



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA

UNAN-León.



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

**DE LA FILIACIÓN INDUCIDA
A LA LUZ DEL CODIGO DE FAMILIA Y LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE**

Presentado por: Br. Martin Noel Bherviz
Br. Ana Luisa Flores Núñez

Para Optar al Título de Licenciado en Derecho

Tutor: Lic. Beligna Salvatierra

León 20 de Febrero 2012

DE LA FILIACIÓN INDUCIDA A LA LUZ DEL CODIGO DE
FAMILIA Y LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

20 de Febrero del 2012

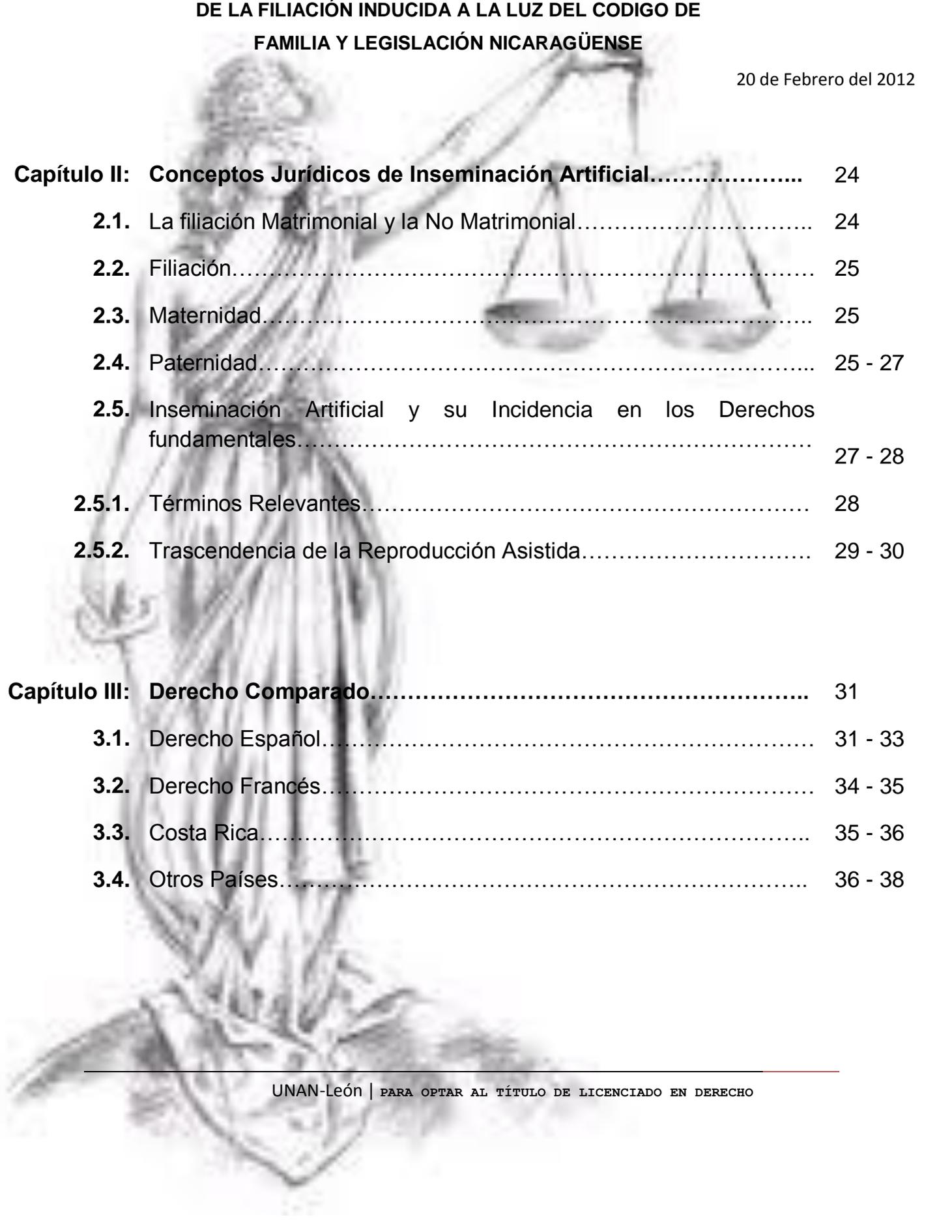
ÍNDICE

Introducción

Capítulo I: Nociones Generales Sobre la Filiación.....	1
1.1. Filiación.....	1 - 2
1.2. Concepto de Filiación.....	3
1.3. Tipos de filiación.....	3 - 4
1.4. Procedimientos para constituir la filiación.....	4 - 5
1.5. Formas de determinar la filiación.....	5 - 7
1.6. Filiación Asistida o Inducida.....	7
1.7. Nociones Sobre Filiación Inducida.....	7 - 10
1.8. Fecundación artificial y sus diferentes Técnicas.....	11 - 12
1.9. Tipos De Fecundación Humana Asistida.....	13 - 14
1.9.1. La inseminación Artificial.....	14 - 16
1.9.2. La inseminación Homologa.....	16
1.9.3. La Inseminación Heterologa.....	16 - 20
1.9.4. Fertilización In Vitro (F.I.V.).....	20 - 22
1.9.5. La Maternidad sustituida o suplente Subrogada.....	23

DE LA FILIACIÓN INDUCIDA A LA LUZ DEL CODIGO DE
FAMILIA Y LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

20 de Febrero del 2012



Capítulo II: Conceptos Jurídicos de Inseminación Artificial.....	24
2.1. La filiación Matrimonial y la No Matrimonial.....	24
2.2. Filiación.....	25
2.3. Maternidad.....	25
2.4. Paternidad.....	25 - 27
2.5. Inseminación Artificial y su Incidencia en los Derechos fundamentales.....	27 - 28
2.5.1. Términos Relevantes.....	28
2.5.2. Trascendencia de la Reproducción Asistida.....	29 - 30
Capítulo III: Derecho Comparado.....	31
3.1. Derecho Español.....	31 - 33
3.2. Derecho Francés.....	34 - 35
3.3. Costa Rica.....	35 - 36
3.4. Otros Países.....	36 - 38

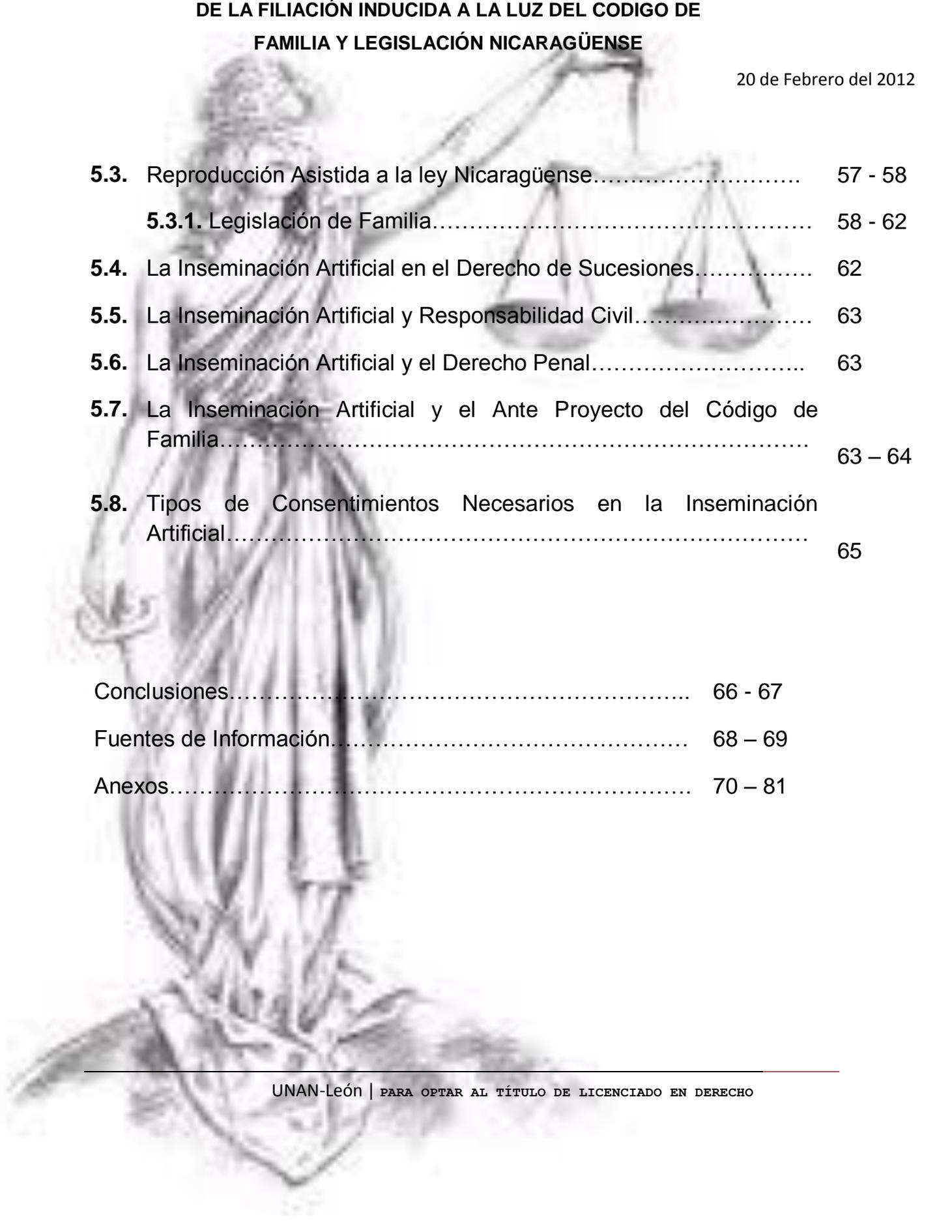
DE LA FILIACIÓN INDUCIDA A LA LUZ DEL CODIGO DE
FAMILIA Y LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

20 de Febrero del 2012

Capítulo IV: Inseminación EN Nuestro sistema Legal.....	39 - 40
4.1. Inseminación y Fecundación Homologa.....	40
4.2. Inseminación y Fecundación en Mujer Sola.....	41
4.3. Maternidad Subrogada o Sustituida.....	41 - 44
4.4. Asistencia Pos Mortem.....	44 - 51
4.4.1. Padres Iniciales.....	51 - 52
4.4.2. Hijos Nacidos de la Inseminación Artificial.....	52
4.4.3. Terceros Donantes del Material Genético y madre subrogada.....	52 - 53
4.5. Ciertas Condiciones y Diferencias en el Derecho Nicaragüense con el Derecho Comparado.....	53 - 54
Capítulo V: La Introducción de la Inseminación Artificial al Ordenamiento Jurídico Nicaragüense.....	55
5.1. Actores que Intervienen en la Inseminación Artificial y su significado Jurídico.....	55
5.5.1. Maternidad y Paternidad Natural.....	56 - 57
5.2. Los Supuestos que se pueden presentar ante el ordenamiento Jurídico.....	57

**DE LA FILIACIÓN INDUCIDA A LA LUZ DEL CODIGO DE
FAMILIA Y LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE**

20 de Febrero del 2012



5.3. Reproducción Asistida a la ley Nicaragüense.....	57 - 58
5.3.1. Legislación de Familia.....	58 - 62
5.4. La Inseminación Artificial en el Derecho de Sucesiones.....	62
5.5. La Inseminación Artificial y Responsabilidad Civil.....	63
5.6. La Inseminación Artificial y el Derecho Penal.....	63
5.7. La Inseminación Artificial y el Ante Proyecto del Código de Familia.....	63 – 64
5.8. Tipos de Consentimientos Necesarios en la Inseminación Artificial.....	65
Conclusiones.....	66 - 67
Fuentes de Información.....	68 – 69
Anexos.....	70 – 81

INTRODUCCIÓN

Debido al poco estudio y al vacío legislativo que hay sobre el tema, consideramos de gran interés e importancia realizar un análisis sobre la fecundación asistida y sus incidencias en el derecho de familia, particularmente en materia de filiación, ya que hasta el momento la mayoría de estudios e investigaciones que se han realizado han tendido a explicar y complementar estudios médicos, científicos, biológicos y fisiológicos, dejando de lado el aspecto jurídico, que juega un papel importante en la vida del hombre y su rol dentro de la sociedad.

Si bien es cierto, que hasta el momento no se han presentado en Nicaragua muchos casos polémicos en relación con la reproducción científica, es una realidad que los índices de infertilidad aumentan cada día y los avances tecnológicos crecen a gran ritmo, por lo cual, el hombre cada vez más está acudiendo a este método de reproducción, que en un futuro cercano generará grandes conflictos jurídicos, que hoy por hoy, no tienen regulación en el sistema legal Nicaragüense.

En consecuencia, consideramos que este tema requiere de un especial análisis y valoración, debido a la importancia social que representa, ya que está estrechamente ligado a uno de los derechos fundamentales más importantes: El derecho a la familia, núcleo fundamental de la sociedad.

La inseminación artificial puede parecer una solución muy radical ante un problema de infertilidad, pero, es simplemente una técnica médica que ha facilitado a muchas parejas el tener hijos.

La primera intervención debió de limitarse a seleccionar a los individuos reproductores. Resultado de ello es la diversidad de razas que vemos en nuestros tiempos.

Se llama inseminación¹ artificial a aquel proceso por el cual se introduce espermatozoides en el aparato reproductor de la mujer por medios artificiales y no a través del acto sexual². Normalmente se coloca el espermatozoides en el cuello del útero de la mujer, utilizando una jeringa a la que se ha unido una cánula de plástico.

Inicialmente se empleó en hombres que presentaban eyaculación retrógrada³. En estos casos, el semen se obtenía mediante un proceso de centrifugación⁴ del contenido de la vejiga.

Otros hombres que se han beneficiado son los que presentan impotencia como resultado de paraplejías⁵ o tetraplejías⁶. Bajo estas

¹ **Inseminación artificial** es todo aquel método de reproducción asistida que consiste en el depósito de espermatozoides de manera no natural en la mujer o hembra mediante instrumental especializado y utilizando técnicas que reemplazan a la copulación, ya sea en óvulos (intrafolicular), en el útero, en el cérvix o en las trompas de Falopio. Con el fin de conseguir un embarazo.

² 1987 Universidad del País Vasco, Barbera Guillen Emilio, La Manipulación ó Mediación Científica en la Reproducción Humana.

³ adj. y s. desp. Partidario de ideas, actitudes, etc., propias exclusivamente de tiempos pasados, y enemigo de cambios e innovaciones

⁴ **Centrifugación** es un método por el cual se pueden separar sólidos de líquidos de diferente densidad mediante una fuerza rotativa, la cual imprime a la mezcla con una fuerza mayor que la de la gravedad, provocando la sedimentación de los sólidos o de las partículas de mayor densidad.

circunstancias, el material seminal puede conseguirse mediante una eyaculación producida por suaves estímulos eléctricos o electroeyaculación; también se emplea la técnica de función del epidídimo⁷.

Existen dos tipos de inseminación artificial: inseminación artificial con semen del marido e inseminación artificial con semen de un donante.

Con este estudio pretendemos Establecer conocimientos acerca de la Filiación inducida para la creación de un Marco Legal que la regule.

La filiación⁸ inducida es un tema que reviste gran controversia en el ámbito social y legislativo, pues refleja gran disparidad entre los que apoyan su reglamentación, regulación y práctica, y el comportamiento general de los individuos que es el pasar por alto su práctica en nuestro país.

⁵ La **paraplejia** es una enfermedad por la cual la parte inferior del cuerpo queda paralizada y carece de funcionalidad. Normalmente es resultado de una lesión medular o de una enfermedad congénita como la espina bífida. Una polineuropatía puede tener también como consecuencia la paraplejía. Si los brazos se ven afectados también por la parálisis la enfermedad se denomina tetraplejía.

⁶ Un padecimiento similar es la paraplejía.

⁷ **Epidídimo** m. Conducto largo y enrollado que recoge los espermatozoides a través de los conductillos eferentes del testículo. Continúa con el conducto deferente y se encuentra adosado al borde posterior del testículo.

⁸ La **filiación** es el vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico. En términos generales.

Para regularla se debe de conocer a grandes rasgos la filiación inducida desde el punto de vista social, jurídico y el marco conceptual en que se ha ido desarrollando, así como el tratamiento que se le ha dado en los diferentes ordenamientos jurídicos, agregamos que es fundamental el papel de los Estados al preocuparse por regular el desarrollo que ha alcanzado la técnica científica de la reproducción humana asistida o inducida y los posibles problemas jurídicos derivados de estas prácticas, la necesidad de la protección de los sujetos participantes en dicha relación jurídica como son: **la madre biológica, madre natural, padre biológico, hijo, donante y médico.**

Debemos de enfocar el problema en cuanto a la necesidad de procreación como característica fundamental o más bien el fin único del ser humano y la necesidad de lograrlo.

Lamentablemente en Nicaragua sobre filiación inducida no existe ningún precedente jurídico excepto en el nuevo Código de Familia Arto. 180, 181,182 que regula esta amplia materia en tres artículos, dejando de esta forma un gran vacío en la de regulación de esta materia.

Son pocas, las clínicas privadas e inclusive Hospitales que ya se encuentran practicando y ofertando los métodos de filiación inducida, hasta el punto de afirmar que existen casos entre particulares provenientes de este tipo de filiación y que por carecer de una reglamentación completa caen en la violación de los derechos de cada partícipe de esta relación jurídica.

Los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos en el campo biomédico y biotecnológico han posibilitado el desarrollo y utilización de nuevas técnicas de reproducción humana, hasta hace poco insospechadas.

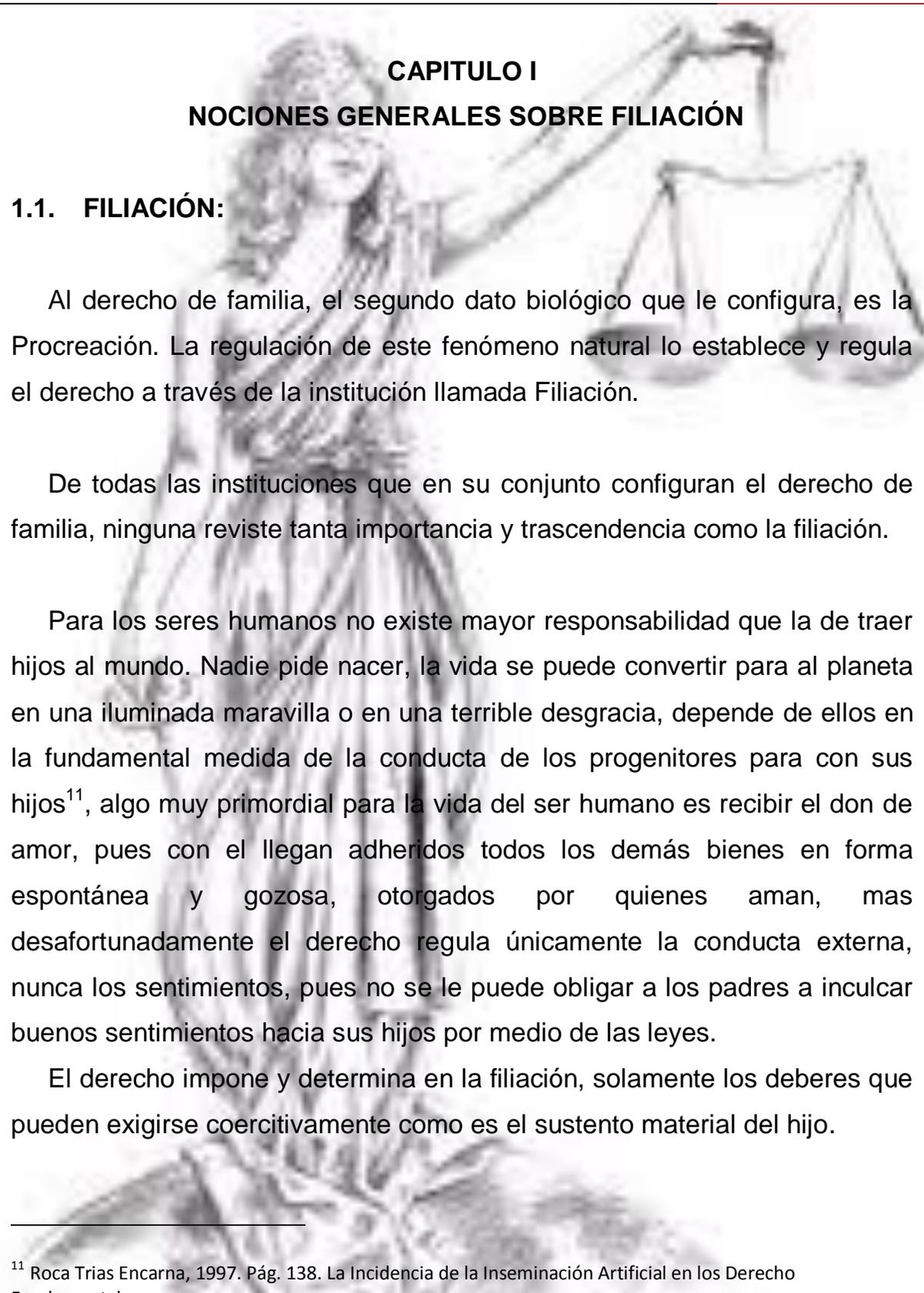
Identificaremos los vacíos en el sistema jurídico de familia de nuestro país con respecto a los avances científicos y tecnológicos en materia de filiación puesto que con el descubrimiento de estas técnicas únicamente hace falta regular a través de legislación nacional su aplicación, esto con el afán de conservar el concepto de la concepción de una familia, tomando en cuenta como principios rectores la política social de la protección de los niños y las madres, así como también de la igualdad de los hijos ante la ley independientemente de su filiación.

Iremos exponiendo los nuevos preceptos, formas y técnicas utilizadas en Nicaragua con el surgimiento de la inseminación artificial, estos conceptos se amplían, puesto que ya no solo madre es la que da a luz, sino también la que aporta el material genético o bien la madre subrogada⁹, desvirtuándose las presunciones de paternidad y maternidad de los hijos fuera del matrimonio, así también la participación del médico responsable de la inseminación artificial.

⁹ Una **madre de alquiler** (también denominado «vientre de alquiler» o «maternidad subrogada») es una mujer que acepta, por acuerdo, quedar embarazada con el objetivo de engendrar y dar a luz un niño que va a ser criado como hijo propio por una pareja o persona soltera. Es una *maternidad por sustitución* mediante un *contrato de gestación*

Por último expondremos los factores humanos involucrados en el proceso de filiación inducida y las posibles circunstancias casuísticas de litis¹⁰ a presentarse entre las partes. Con la creación de un marco legal en esta materia, se pretende regular esta relación jurídica entre las partes intervinientes, previniendo de esta forma, un fuerte conflicto a futuro entre ellos y protegiendo de esta forma los derechos fundamentales establecidos en nuestra constitución.

¹⁰ La palabra Litis, proviene de Latín Lís, Litis se refiere a pleito o contienda, diferencia, disputa de litigio judicial, donde se litiga sobre una cosa.



CAPITULO I

NOCIONES GENERALES SOBRE FILIACIÓN

1.1. FILIACIÓN:

Al derecho de familia, el segundo dato biológico que le configura, es la Procreación. La regulación de este fenómeno natural lo establece y regula el derecho a través de la institución llamada Filiación.

De todas las instituciones que en su conjunto configuran el derecho de familia, ninguna reviste tanta importancia y trascendencia como la filiación.

Para los seres humanos no existe mayor responsabilidad que la de traer hijos al mundo. Nadie pide nacer, la vida se puede convertir para al planeta en una iluminada maravilla o en una terrible desgracia, depende de ellos en la fundamental medida de la conducta de los progenitores para con sus hijos¹¹, algo muy primordial para la vida del ser humano es recibir el don de amor, pues con el llegan adheridos todos los demás bienes en forma espontánea y gozosa, otorgados por quienes aman, mas desafortunadamente el derecho regula únicamente la conducta externa, nunca los sentimientos, pues no se le puede obligar a los padres a inculcar buenos sentimientos hacia sus hijos por medio de las leyes.

El derecho impone y determina en la filiación, solamente los deberes que pueden exigirse coercitivamente como es el sustento material del hijo.

¹¹ Roca Trias Encarna, 1997. Pág. 138. La Incidencia de la Inseminación Artificial en los Derecho Fundamentales.

La filiación constituye un estado jurídico, en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo, el nacimiento son acontecimientos naturales con trascendencia jurídica¹². El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o del que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuará produciendo esas consecuencias.

La filiación es una situación permanente que regula el derecho y se origina no solo en virtud del hecho de la procreación sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través del derecho y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer¹³, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo en razón de edad, como ocurre con el estado de minoridad o de mayoría o incapacidad por enajenación mental cuando se recobrará el uso de la razón.

¹² Abril, 1988, Editorial Trivium S.A. Primera Edición, Madrid España. La Filiación a Finales del Siglo X, Problemática planteada por los avances científicos en materia de Reproducción Humana.

¹³ Ídem,p.

1.2. CONCEPTO DE FILIACIÓN.

Filiación es el vínculo que existe entre el hijo o hija y sus progenitores tienen lugar por consanguinidad o por adopción. La filiación en relación a la madre, se denomina maternidad y en relación al padre, paternidad. Es el único parentesco en primer grado que recoge el derecho¹⁴.

Las consecuencias jurídicas genéricas son las de todo parentesco a saber, derecho y deber de alimentos, derecho a la guarda, tutela legítima y determina prohibiciones para la realización de ciertos actos o contratos así como la configuración de ciertos delitos atenuantes y agravantes en materia penal¹⁵.

El parentesco de filiación tiene ciertas consecuencias particulares, cuales son: derecho al nombre (padres e hijos llevan el mismo apellido), la tutela o patria potestad y ciertos particulares delitos como el infanticidio y el parricidio.

1.3. TIPOS DE FILIACIÓN:

Hasta hace poco tiempo la filiación surge de tres maneras; por matrimonio, por unión de hecho y por adopción o filiación civil. Con el avance de la ciencia el desarrollo de los métodos científicos de inseminación artificial ha hecho surgir un nuevo tipo de filiación como es la

¹⁴ Vid. pág. 7

¹⁵ Op Cit. Pág. 7

filiación asistida o inducida creándose en sí hoy por hoy, cuatro tipos de filiación.

Cada una de ellas se establece o constituyen de diferentes maneras, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijos las consecuencias jurídicas son iguales. No hay discriminación ante el derecho de los hijos ni diferentes calidades entre ellos, lo único que los diferencia es la forma en que se estableció el lazo de la filiación.

En vista de que las tres primeras formas de filiación son clara y ampliamente conocidas nos enmarcaremos en conocer la filiación asistida o inducida.

1.4. PROCEDIMIENTOS PARA CONSTITUIR LA FILIACIÓN.

Se trata de un sistema plural o único, el estado civil filial puede tener su origen en diversos procedimientos que establezca la ley. Cada procedimiento se organiza en torno a un *criterio-base* que origina el procedimiento. Los criterios-base los determina cada legislación, los tradicionales son: el *natural*, mediante acto natural de la procreación¹⁶, y el *puramente jurídico*, mediante un contrato (como en la antigua adopción romana) o un proceso jurisdiccional de adopción. A ellos en algún sistema se les agrega los siguientes criterios-base: de *reproducción asistida*¹⁷, mediante un acto tecnológico de reproducción, y uno *social*, atribuido mediante sólo consideraciones sociales sobre quien sea hijo de quien.

¹⁶ Acción de Procrear.

¹⁷ **Reproducción asistida** o **fecundación artificial** es la técnica de tratamiento de la esterilidad o infertilidad que conlleva una manipulación de los gametos.

En el caso de la filiación de origen biológico, también se distingue entre un contexto matrimonial, cuando los progenitores están casados entre sí, y el contexto no matrimonial (o extramatrimonial), en caso contrario.

1.5. FORMAS DE DETERMINAR LA FILIACIÓN¹⁸

Según el ordenamiento jurídico en concreto, la filiación puede recurrir a ciertos *factores de determinación* de la filiación. Su objetivo es facilitar la *constitución* del estado filial, mediante el establecimiento legal de tipos de hechos relativamente simples de constatar en la práctica, y que sean una *manifestación externa* del criterio-base.

En esta materia depende de cada legislación nacional su establecimiento, y cada procedimiento puede tener sus propios factores independientes de los otros:

- Mediante el *parto*. Éste se construye como un factor de determinación de la filiación en un procedimiento natural, que se aplica sólo a la mujer.
- Mediante la vieja y conocida regla del *pater is est*¹⁹. También sólo opera en un procedimiento natural. Se establece que el marido de la madre será considerado como padre del hijo de ésta. Ésta se construye mediante tres sub reglas:

¹⁸ 1989, Vigésima tercera edición, Editorial Parrua S. A., México D.F., Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derechos Civiles con introducción Personas y Familias.

¹⁹ “Pater is est quem nuptiae demostrant” *“El padre es aquel a quien el matrimonio muestra que es el marido.”*

- **1)** la existencia de un matrimonio, **2)** el nacimiento dentro de un preciso tiempo en relación con el matrimonio y **3)** que se esté determinada la maternidad de la madre.
- Mediante el *acto de reconocimiento* de la progenitura, paterna o materna. Éste constituye un acto voluntario, de tipo unilateral, de admisión de la propia paternidad respecto de otra persona. Cada legislación tiene sus propios límites de procedencia, pero existe una tendencia a que tenga cada vez menos límites.
- Mediante sentencia firme. Este caso es aplicable para adopciones, o para reclamaciones de paternidad. La sentencia también se inscribe en el Registro civil, con el fin de dar publicidad a un hecho que tiene importantes consecuencias frente a terceros.
- A través de la *inscripción de su nacimiento* en el Registro Civil. En alguna legislación, como la chilena, éste no constituye un factor de determinación, sino un medio para acreditar la filiación ya constituida.
- Posesión notoria. Sólo constituye un factor de determinación, cuando la legislación ha erigido un criterio social, como base de un procedimiento. La posesión notoria es la actitud de un aparente padre, es decir, una persona que trata a un niño como si fuera suyo: lo cuida, educa, le provee alimentos y vestimenta, es decir, lo trata como un padre trata normalmente a un hijo. Esta forma en algunas legislaciones es considerada sólo una forma de acreditar la filiación ya constituida, pero con la exactitud de las pruebas de ADN, el

concepto práctico de la posesión notoria como determinante de la filiación ha caído en desuso.

1.6. FILIACIÓN ASISTIDA O INDUCIDA:

Es la filiación que se origina por el nacimiento de un nuevo ser por la intervención de las técnicas médicas biológicas, se recurre a este procedimiento en caso de defectos orgánicos o funcionales del aparato de la reproducción del hombre o de la mujer que no permite la procreación por medio del coito vaginal. Este procedimiento que ha constituido una solución para las parejas sean hombres o mujeres que de otro modo no podrían tener hijos a creado al mismo tiempo un campo polémico en la medicina y el derecho.²⁰

1.7. NOCIONES SOBRE FILIACIÓN INDUCIDA.

Hace muchos años se ha presentado un problema que perjudica de una u otra manera al ser humano y a su fin de reproducción, como es el caso de la impotencia al no poder procrear la pareja un hijo por medio naturales, sea por problemas de esterilidad de uno o ambos conyugues o convivientes.

Uno de los ejemplos que en la humanidad se presento llega a nuestro conocimiento por medio del relato Bíblico de Abraham, que quería un hijo y su esposa Sara era estéril y le entrego a su esclava Agar para que la tomara como mujer a cómo era la costumbre, para que Sara le diera un hijo a Abraham por medio de la esclava de su propiedad.²¹

²⁰ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm>

²¹ Santa Biblia, génesis: 1,4

En Esparta conforme a la idea local de Estado, las uniones estériles se rompen con el Rey Anaxándrides (año 560 antes de nuestra era) y, tomo una segunda mujer sin dejar a la primera que fue estéril para buscar al heredero al trono, así mismo en la época el Rey Aristón tenía dos mujeres sin hijos, tomo a una tercera buscando el mismo objetivo, si el hombre era el que se encontraba sin poder fecundar era muy decente poner la mujer a disposición de un buen semental, aunque no fuese un ciudadano libre.

Cabe recalcar que hay una fuerte discusión acerca de la primera inseminación artificial en humanos, unos la atribuyen a Eustachius²² a fines del siglo I, otros la atribuyen al anatomista Ingles John Huter en 1780.

Los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos en el campo biomédico y biotecnológico han posibilitado el desarrollo y utilización de nuevas técnicas de reproducción humana, hasta hace poco insospechadas o entendidas como producto de una fantasía²³.

En la segunda guerra mundial se dieron algunos casos de inseminación artificial, rústicos por cierto en la que se transportaban el semen del marido que se encontraba en el frente de batalla para fecundar a la esposa que habitaba al otro lado del océano.

Cabe recalcar como un dato histórico que en los inicios la inseminación artificial no planteo problemas morales, sino a partir de los escritos de los

²² Bartolomeo Eustachi Anotamista de la Ciencia Humana conocido como Eustachius

²³ Josefina Sapena. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción Chile. <http://www.ultimahora.com/notas/121656-Fecundaci%C3%B3n-post-m%C3%B3rtem>

cristianos que la iglesia católica expuso su criterio en el mensaje del papa Pio XII, del 29 de septiembre del 1949, en la clausura del IV Congreso Internacional de Médicos Católicos oponiéndose radicalmente al uso de este tipo de práctica.

Un caso concreto es el nacimiento del bebe probeta Luis Brown el 26 de julio de 1978, en Barcelona, otro niño de probeta llamada Victoria Ana, que nace el 12 de julio de 1984, proliferando después de estos un sinnúmero de nacimientos a nivel de todo el mundo inclusive en nuestro país sistema de inseminación artificial.²⁴

La técnica científica ha dado luz a los matrimonios para obtener lo que no era posible de forma natural, como es la fecundación humana, la que se ha perfeccionado y difundido en todo el mundo y en toda América Latina, el problema consiste en pormenorizar o segarse al desarrollo científico por parte de nuestros legisladores.

Uno de los primeros países en legislar sobre la inseminación artificial es Suecia, el cual en el código Civil Artículo 256 inc. 2 redactado por ley federal del 25 de Junio de 1976 y que entro en vigor el 1 de Enero de 1978, lo regula ampliamente.

En Estados Unidos existen diferentes leyes en 34 Estados Federados que protegen los derechos individuales a la protección, crianza de los hijos,

1. ²⁴ Internet <http://www.elestandard.com/2010/06/25/acuerdo-en-caso-del-ventre-de-alquiler/>

fundamentados en el derecho a la intimidad y vida privada, dicha actividad se expande tanto a la reproducción coital como la no coital, quedando pues autorizadas la inseminación homóloga y heteróloga, la maternidad sustituta y subrogada.

Los legislador hasta hace poco tiempo se está entregando a la tarea de modernizar por las exigencias Científicas que se ha presentado desde finales del siglo pasado el derecho de familia, enmarcando este a materias insertas dentro de la filiación, tratando de ajustar el derecho a la realidad social, a las necesidades de los Nicaragüenses y a como estos le dan respuestas a sus problemas, enfrentándose este a la obligación de regular esta nuevas técnicas y practicas genéticas sin perder de vista los principios generales que forman nuestro ordenamiento jurídicos consagrados en nuestra Constitución.

1.8. FECUNDACIÓN ARTIFICIAL Y SUS DIFERENTES TÉCNICAS.

Todo ser humano tiene una madre y un padre, la madre lo Concibe y lo amamanta, el padre engendra a la madre²⁵. Arto.219 CF.

En todos los siglos durante la investigación biológica no ha incidido de manera directa sobre los humanos a excepción de las ciencias médicas, nuestros hábitos y la moral²⁶. Ha incidido en su desarrollo, en la actualidad la ciencia biológica actúa sobre la humanidad en múltiples aspectos y afecta poder utilizar los esquemas generales en cuanto a la reproducción humana, nos obligamos a interpretar biológicamente, esto en contraposición con la moral, los cuales es un aspecto muy difícil, puestos que los esquemas biológicos evolucionan rápidamente.

Así pues la fecundación artificial humana causa gran conmoción trastocando aspectos morales, religiosos y hasta el hecho de segarnos por parte de nuestros legisladores de la existencia en Nicaragua este tipo de reproducción, evitándose con ello la regulación jurídica de este tipo de filiación, de lo anterior se colige conflictos permanentes entre los ciudadanos que opten por la utilización de estos²⁷.

²⁵ La Filiación a Finales del Siglo XX, Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana, Abril, 1988, Editorial Trivium S.A. Primera Edición, Madrid – España.

²⁶ Op. Cit.

²⁷ ROCA TRIAS, ENCARNA, La Incidencia de la Inseminación Artificial en los Derechos Fundamentales. Año 1997.

Entre las clasificaciones de las técnicas tenemos las mal llamadas fecundación artificial y son las que comprenden²⁸:

- a. **Extraer y conservar gametos condicionales, para fusionar y producir una fecundación:** dentro de este grupo se ubican las maniobras de extracción de óvulos dispuestos para la fecundación, la obtención de semen por la eyaculación controlada y los bancos de semen.
- b. **Poner en contacto gametos en un lugar adecuado para que se produzcan la fusión y por tanto la fecundación:** Aquí se inscribe la inseminación artificial (I.A.), Inseminación Artificial Conducida (I.A.C.) o Inseminación Artificial por Donante (I.A.D.), la fecundación in vitro o los niños de probeta (F.I.V) y la transferencia intratubárica de gametos (T.I.G.).
- c. **Conservar adecuadamente e instalar cigotos en medios que permitan la anidación:** En este tercer grupo se inscriben los bancos de embriones y la transferencia de embriones.

Ninguna de las técnicas anteriores, modifican la herencia biológica, no poniendo en duda la filiación o linaje del nuevo ser, mientras se conozca a los individuos que generan los gametos, utilizados para la fusión.

²⁸ Ibídem

1.9. TIPOS DE FECUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA²⁹.

La inseminación artificial se realiza en aquellas parejas que no se han podido embarazar debido a que:

- La mujer tiene algún problema a nivel del cuello del útero como: alteración en el moco cervical, presencia de anticuerpos anti espermatozoides, estenosis³⁰ (estrechez), secuelas de conización³¹, tratamiento con láser o criocirugía, etc.
- El hombre muestra alteraciones en el semen como son disminución del número de espermatozoides y/o de su movilidad, disminución en el volumen del eyaculado, aumento excesivo en el número de espermatozoides, malformaciones anatómicas de su aparato reproductor o alteraciones funcionales de la eyaculación.
- la pareja presenta una esterilidad inexplicable (aquella en que todos los estudios demuestran normalidad pero no se logra la fecundación).

La inseminación artificial puede ser **HOMOLOGA** o **HETEROLOGA**

- La **inseminación artificial homóloga** es aquella donde se utiliza el **semen de la pareja.**

²⁹ RIVERA HERNANDEZ FRANCISCO, La Investigación de la mera Relación Biológica en la Filiación Derivada de la Fecundación Artificial, 1987.

³⁰ La Estenosis Aórtica se refiere a los cambios patológicos, fisiopatológicos y clínicos que se asocian a la disminución del área valvular aórtica. Su etiología es variada, siendo las más frecuentes las de origen congénito, las secundarias a una enfermedad reumática y las estenosis calcificadas del adulto mayor.

³¹ Conización, Es un procedimiento para obtener una muestra de tejido anormal del cuello uterino para su análisis posterior

- La **inseminación artificial heteróloga** es cuando se utiliza **semen de un donador** (semen congelado de banco), y se indica cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria.

No se recomienda usar semen fresco de donador por el riesgo de contraer el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

1.9.1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL³²:

Introducción médica del semen o esperma en la vagina de la mujer con la finalidad de conseguir una gestación. Esta vía recibe el nombre de 'inseminación artificial'. Normalmente, con esta técnica, de cada 100 ciclos de inseminación 13 resultan en gestación, y de cada 100 parejas que completan 4 ciclos, 60 consiguen gestación. De todos los embarazos conseguidos, un 15-20% son gemelares³³ y otro 15% se malogran.

Para poder someterse a un ciclo de inseminación artificial se han de cumplir una serie de requisitos: las trompas de Falopio han de ser permeables, el semen ha de ser de buena calidad, y se han de considerar otros factores como la edad de la mujer, el tiempo de esterilidad y los ciclos de inseminaciones anteriores para decidir si es conveniente realizar un nuevo ciclo de inseminación artificial o por el contrario sería más recomendable someterse a otra técnica más compleja como la fecundación

³² ZANONI EDUARDO A, Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Editorial ASTREA, Buenos Aires Argentina – 1978.

³³ Pertenciente o relativo a los hijos o hermanos gemelos. *Parto gemelar. Pareja gemelar*

in vitro y transferencia de embriones, la cual ofrecería más garantías de éxito.

Se distinguen dos situaciones según el origen del semen³⁴:

- Inseminación artificial homóloga o conyugal (IAH): el semen procede de la pareja. Se lleva a cabo la inseminación de manera artificial cuando hay alguna dificultad para que se deposite el espermatozoide en la vagina de la mujer de manera natural (el coito), por ejemplo debido a problemas de eyaculación precoz, vaginismo, impotencia o eyaculación retrógrada. También puede recurrirse a la Inseminación Artificial Heteróloga cuando la mujer presente malformaciones uterinas, un moco cervical demasiado espeso, disfunciones ovulatorias, etc. o simplemente cuando la causa de esterilidad en la pareja sea desconocida (15% de los casos).

- Inseminación artificial con donante (IAD): el semen proviene de un donante anónimo. Se recurre a un banco de semen cuando el integrante masculino de la pareja presenta azoospermia, una enfermedad genética hereditaria o una enfermedad de transmisión sexual, cuando la paciente es una mujer sin pareja... y cuando ya ha fallado la técnica ICSI³⁵, ya sea por fallo de fecundación o por mala calidad de los embriones³⁶ (genética o morfológica³⁷)

³⁴ SALGADO MONGUE CARLOS & Add, Filiación Inducida a la Luz del Derecho Comparado, Unan – león, Monografía – 1999..

³⁵ inyección intracitoplasmática del espermatozoide

³⁶ Se llama así al ser humano desde su concepción hasta su nacimiento, durante un desarrollo que suele durar 9 meses y sigue varias fases.

³⁷ estudio de la forma de un organismo o sistema

La inseminación artificial consta de tres fases³⁸:

- Estimulación hormonal del ovario, para aumentar el número de ovocitos³⁹ maduros.
- Preparación del semen, seleccionando y concentrando los espermatozoides móviles.
- inseminación de la mujer, que se realiza en una consulta.

De esta forma de fecundación asistida, se puede decir lo siguiente: a no ser por los diferentes obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre el marido y la mujer, usualmente las causas de infecundidad atañen a la mujer no pudiendo superar esto por tratamientos terapéuticos, por los que se ven obligados a recurrir a la inseminación artificial con semen del marido.

1.9.2. LA INSEMINACIÓN HOMÓLOGA⁴⁰, los componentes genéricos óvulos y espermatozoides fértiles, están en buen estado, solo se deben facilitar el encuentro optimo para lograr la fecundación.

1.9.3. LA INSEMINACIÓN HETERÓLOGA:

La adquisición del esperma fértil de un tercero a donante, ante la necesidad de la esterilidad del marido, recurre este a la inseminación

³⁸ ZANONI EDUARDO A, Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Editorial ASTREA, Buenos Aires Argentina – 1978.

³⁹ Célula sexual femenina que se forma en el proceso de ovogénesis y que da lugar a los óvulos.

⁴⁰ Se refiere a Inseminación Artificial.

artificial que ya no solo es el permitir la fecundación genética, sino además aportar un componente genético ausente en la pareja para lograr la fecundación, así pues la inseminación se da en el aporte del espermatozoide del tercero introduciéndolo en el óvulo de la madre.

Tanto la inseminación artificial homóloga, heteróloga y la biseminal, participan de un carácter común, como fin único, como es la fecundación, así como también la falta de cópula o coito. Se verifican extrayendo El semen es inoculado⁴¹ mediante jeringas o catéteres⁴² y se depositan en el cuello vaginal o en la cercanías del óvulo femenino.

Si la inseminación o fecundación *in vitro* es con el consentimiento del matrimonio con óvulo de la esposa y semen del donante, la filiación matrimonial no puede ser impugnada por el marido, aplicando por analogía de artículo 200 del Código Civil que dispone la legitimación del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio no puede impugnarse si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento de la preñez de su mujer o si de cualquier modo lo reconoció como tal. Sirve, pues, el reconocimiento o consentimiento anterior o posterior del marido aprobando la técnica empleada.

Si el marido no consintió el hijo es extramatrimonial y puede impugnar la paternidad.

El consentimiento del cónyuge o la pareja quedaría sin efecto si antes de realizarse la reproducción asistida fallece el marido o la pareja, si se

⁴¹ Comunicar por medios artificiales

⁴² Dispositivo que puede ser introducido dentro de un tejido o vena.

propone una demanda de divorcio o si es revocado el consentimiento por cualquiera de los cónyuges o pareja estable porque es un acto muy interno y personalísimo. Por tal razón tampoco podría darse el consentimiento por poder.

La misma solución podría darse si dona óvulo otra mujer al matrimonio y se fertiliza con el semen del marido: tampoco el matrimonio podría impugnar la legitimación del hijo.

Por otra parte, no se podría impedir una reclamación del hijo para reconocer su origen biológico, por aplicación analógica del artículo 233.2 del Código Civil, si logra comprobar el convenio de asistencia, o si la paternidad resulta de una sentencia civil o penal.

También quedaría pendiente la impugnación de la filiación por parte del donante del semen o del óvulo, la cual podría ser rechazada por aplicación analógica del artículo 233.1 del Código Civil que no permite reconocer al hijo habido con mujer casada durante el matrimonio de ésta y además prohíbe la investigación de la paternidad o maternidad en este caso.

Pero no debemos callar que el tema de la licitud de este convenio procreacional es objeto de controversia. Se puede sostener que es válido, ya que el padre no puede contradecir su propio acto del consentimiento donde comprometió su buena fe (doctrina de los propios actos), lo que llevó a la esposa a someterse al proceso de procrear en esa forma; pero por el contrario, se podría afirmar que la filiación es una cuestión de orden público, fuera del comercio, la cual no puede ser objeto lícito de la libre voluntad de las partes, ya que está fundada en la realidad biológica y no en la

autonomía del consentimiento, lo que trae como consecuencia la nulidad absoluta del convenio y, como consecuencia, surgirían las acciones de impugnación de la paternidad del marido o del donante y de la maternidad de la que donó el óvulo. También se pueden presentar problemas en la sucesión del nacido, o reclamos de éste en las sucesiones de los padres biológicos.

Como nuestra legislación no regula esta situación ni la prohíbe queda, pues, en poder de los jueces determinar su procedencia, tomando en consideración los derechos de las personas, las circunstancias sociales, éticas y legales que presenta el caso.

Si la inseminación o fecundación in vitro se logra sin el consentimiento del marido no se podría invocar el adulterio porque no existe este delito al derogarse el artículo 211 y otros del Código Penal que lo contemplaban. Pero aun cuando se encontraba vigente tampoco existía adulterio porque para que este delito existiera era necesario la consumación del acto sexual de acuerdo con el citado artículo que en el párrafo 1 disponía que "comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no es su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casado, aunque después se declare nulo el matrimonio"⁴³.

Como hecho histórico también es importante relatar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Ontario, Canadá, al resolver un juicio de divorcio instaurado por el marido ofendido porque su mujer había sido inseminada con semen de un tercero sin haber dado él su consentimiento. La Corte en el año de 1921 accedió a la disolución del matrimonio porque la

⁴³ Cfr.

mujer había cometido adulterio, aduciendo que lo esencial en el adulterio no es el acto sexual del cónyuge con un extraño sino la voluntad de reproducir con un extraño e introducir en la familia sangre extraña a la estirpe. Posteriormente se dictaron sentencias en el mismo sentido y otras contradictorias.

En el año de 1958 una corte inglesa exigió el acto sexual consumado para que existiera adulterio, aunque no tuviere lugar la impregnación seminal. Sin acto sexual no hay delito de adulterio.

Como consecuencia, en nuestro sistema no existe el delito de adulterio en la fecundación *in vitro* heteróloga.

1.9.4. FERTILIZACIÓN IN VITRO (F.I.V.):

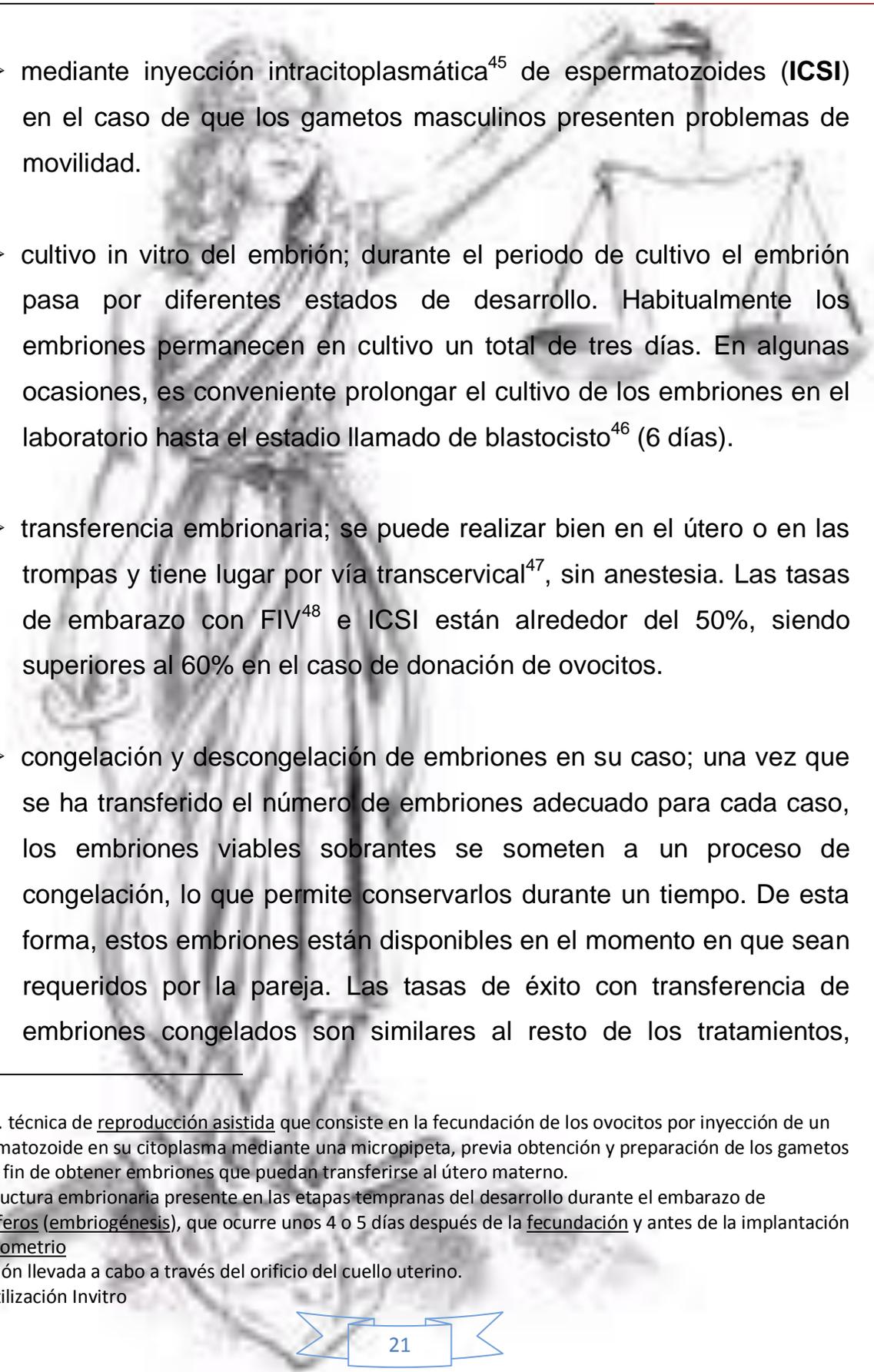
Extracción del ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer con espermatozoides obtenidos previamente del hombre. Tras la fecundación, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer. Esta vía recibe el nombre de *fecundación in vitro* (FIV). La FIV consta de seis fases:

- estimulación del ovario con hormonas.
- extracción de ovocitos; en el caso de infertilidad femenina, se puede recurrir a la donación de ovocitos.

Inseminación de los mismos, que puede producirse⁴⁴:

- de forma clásica, poniendo juntos los ovocitos y los espermatozoides previamente seleccionados y tratados.

⁴⁴ BARBERA GUILLEN EMILIO; año 1987. La manipulación o Mediación Científica en la Reproducción Humana. Universidad del País Vasco –

- 
- mediante inyección intracitoplasmática⁴⁵ de espermatozoides (**ICSI**) en el caso de que los gametos masculinos presenten problemas de movilidad.
 - cultivo in vitro del embrión; durante el periodo de cultivo el embrión pasa por diferentes estados de desarrollo. Habitualmente los embriones permanecen en cultivo un total de tres días. En algunas ocasiones, es conveniente prolongar el cultivo de los embriones en el laboratorio hasta el estadio llamado de blastocisto⁴⁶ (6 días).
 - transferencia embrionaria; se puede realizar bien en el útero o en las trompas y tiene lugar por vía transcervical⁴⁷, sin anestesia. Las tasas de embarazo con FIV⁴⁸ e ICSI están alrededor del 50%, siendo superiores al 60% en el caso de donación de ovocitos.
 - congelación y descongelación de embriones en su caso; una vez que se ha transferido el número de embriones adecuado para cada caso, los embriones viables sobrantes se someten a un proceso de congelación, lo que permite conservarlos durante un tiempo. De esta forma, estos embriones están disponibles en el momento en que sean requeridos por la pareja. Las tasas de éxito con transferencia de embriones congelados son similares al resto de los tratamientos,

⁴⁵ ICSI. técnica de reproducción asistida que consiste en la fecundación de los ovocitos por inyección de un espermatozoide en su citoplasma mediante una micropipeta, previa obtención y preparación de los gametos con el fin de obtener embriones que puedan transferirse al útero materno.

⁴⁶ estructura embrionaria presente en las etapas tempranas del desarrollo durante el embarazo de mamíferos (embriogénesis), que ocurre unos 4 o 5 días después de la fecundación y antes de la implantación al endometrio

⁴⁷ Acción llevada a cabo a través del orificio del cuello uterino.

⁴⁸ Fertilización In vitro

superando el 40%, sin aumento del riesgo de aborto⁴⁹ o malformaciones.

- En la actualidad la reproducción asistida (*in útero o in vitro*) es una práctica muy común, aunque dependiendo de los centros, los resultados pueden cambiar.

Es la remoción del óvulo materno, su fertilización in vitro en un laboratorio ya sea con semen del marido o de un tercero donante para su posterior implantación en el vientre de la misma mujer, donde el óvulo procedió, en otras palabras **EN VES DE FERTILIZAR EN VIVO, LA FERTILIZACIÓN ES IN VITRO (EN VIDRIO).**

La segunda situación es cuando el semen proviene de un tercero donante.

La tercera situación es la utilización de un óvulo y un semen provenientes de donantes, así pues, la madre fisiológica, no es la misma madre genética, puesto que se dio la fertilización in vitro y luego se implanto en el vientre de la madre fisiológica (T.I.G.), (Transferencia Intra tubárica de Gametos).

⁴⁹ El término **aborto** procede del latín *abortus*, participio pasado de *aborīrī* (con el mismo significado que en español) y éste, a su vez, compuesto de *ab-* («de», «desde») + *oriri* («levantarse», «salir», «aparecer»). Su significado es el fracaso por interrupción o malgramiento de un proceso o actividad.

1.9.5.LA MATERNIDAD SUSTITUTA, SUPLENTE O SUBROGADA⁵⁰.

Esto se desglosa de lo que anteriormente expusimos, es el método más controversial de la creación de la filiación, tanto en su aspecto jurídico como social, siendo pues la maternidad subrogada, una aplicación Nobel de la técnica de la inseminación artificial, que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil.

La madre subrogada es una mujer fértil que conviene mediante contrato legal, la inseminación artificial con el semen de un hombre casado para gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o fisiológica renuncia a su custodia a favor del padre biológico y declina todos sus derechos de filiación sobre el nacido, para que la esposa del hombre cuyo semen fue inseminado dicha criatura la adopte.

⁵⁰ RIVERA HERNANDEZ FRANCISCO, año. 1987. La Investigación de la mera Relación Biológica en la Filiación Derivada de la Fecundación Artificial,

CAPITULO II CONCEPTOS JURÍDICOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Normalmente se entiende por filiación la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes de primer grado.

Nuestra legislación en el Código Civil no da un concepto de filiación, solo nos indican quienes entablan la relación filial, presentándonos los diversos tipos de filiación⁵¹

2.1. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y LA NO MATRIMONIAL:

En el Artículo 199 Código Civil Vigente “los hijos son legítimos o hijos fuera del Matrimonio, el marido es padre del hijo concebido durante el Matrimonio de la madre⁵².”

La filiación adoptiva en Nicaragua es regulada en el decreto 862 “Ley de adopción” del doce de octubre de mil novecientos ochenta y uno.

El Artículo 70 de la Constitución nos dice que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de esta y del Estado⁵³.

En cuanto a la filiación inducida no existen disposiciones que regulen la relación filial derivada de la inseminación artificial

⁵¹ Código Civil de La República de Nicaragua, Tomo I, Tercera Edición Oficial, Editorial Carlos Heubeger, Managua, Nicaragua – 1933.

⁵² Ídem,p.

⁵³ Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas, Editorial Parlamento, Managua, Nicaragua – 1995.

2.2. FILIACIÓN⁵⁴:

Es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado, padre o madre, hijo o hija.

Este concepto de filiación toma los nombres específicos de maternidad y paternidad o filiación en un sentido estricto en razón de la persona a quien se refiere de un determinado momento de esta relación.

2.3. MATERNIDAD⁵⁵:

Maternidad es la relación de la madre con su hijo o hija, la maternidad es un hecho indudable derivado de los datos contundentes del embarazo y del parto, se da la misma dentro o fuera del matrimonio.

2.4. PATERNIDAD:

Es la relación del padre con su hijo, siempre es una presunción jurídica *juris tantum*⁵⁶, admite prueba en contrario, surge con certeza relativa dentro del matrimonio, *pater is est quem justae neptae nuptiae demostrant*⁵⁷.

El hijo de mujer casada, es hijo del marido de su madre, la paternidad habida fuera del matrimonio es incierta por principio y solo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por investigación de paternidad.

⁵⁴ Legislación de Familia de la República de Nicaragua, Grupo Editorial Acento S.A. (Editasa), 2010.

⁵⁵ Ídem, p.

⁵⁶ Ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento.

⁵⁷ Padre es quien en derecho lo demuestra.

La definición dada tiene un punto meramente clásico, no se refiere en lo absoluto a la filiación no coital derivada de la nueva técnica de reproducción humana asistida. La nueva realidad a que se alude ya no tan nueva para el mundo actual, parte de un dato inicial completamente diferente.

Atribuyéndole una óptica más específica, aunque no exista con perspectivas históricas y comparativas ni conceptos unitarios e invariables de la categoría jurídica que se llama filiación, paternidad, maternidad y aun reconocimiento que hay una evolución que sin perjuicio de favorecer en muchos casos la búsqueda de la verdad, va acentuando en la filiación los componentes o elementos culturales (sociales afectivos y funcionales), en detrimento del puramente biológico en un frecuente y progresivo desdoble de los conceptos del padre y progenitor, sobre todo parece evidente, sin embargo, que esos términos y valores jurídicos que concluyen en la relación de filiación entendida al modo clásico, de Roma, hasta hoy son bien distintos conceptual y realmente de los que resultan de alguna de las situaciones derivadas de la fecundación asistida.

Para Francisco Rivera Hernández, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, nos conceptualiza la filiación inducida como: **es la filiación resultante de la moderna técnica de reproducción asistida, de denomina FILIACIÓN INDUCIDA**, aquí se trata de definir la filiación inducida diferenciada de la filiación típica, podría hablarse así de una filiación (Paternidad o Maternidad), como opuestas a la filiación natural.

Se puede considerar que hay ciertas filiaciones derivadas de la fecundación artificial que se aproxima a la filiación por adopción, se ha llegado al hecho que ciertos autores se refieren a la filiación inducida como una filiación civil, opuesta a la filiación natural, así pues la adopción busca dar padres a los hijos abandonados y la inseminación artificial busca dar hijos a los padres que lo deseen, así pues el fin es el encuentro de quien lo necesita y del necesitado.

La legislación de Estados Unidos de Norte América, define a la filiación inducida como la filiación de los hijos conocidos, concebidos y nacidos mediante la inseminación artificial.

2.5. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES⁵⁸.

Los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad, a la reproducción humana y a la identidad, entran en juego en la reproducción humana asistida, la que repercute en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación y en general en los principios e instituciones del derecho de familia.

⁵⁸ Dictamen del Código de Familia, 31 de Marzo del 2011.

La reproducción humana normalmente es producto del amor y las relaciones sexuales entre la pareja. Con amor o sin amor el hombre y la mujer en forma natural son los autores de la reproducción humana. Pero también puede la reproducción humana no ser producto del acto sexual, sino de procedimientos técnicos dirigido por un personal cualificado.

Esta reproducción asistida repercute en el derecho y en la realidad biológica, y si ésta es perjudicada repercutirá en la vida de las personas.

2.5.1. TÉRMINOS RELEVANTES.⁵⁹

Se distinguen tres términos que es importante conocer para comprender mejor este tema. Ellos son: a) gameto es la célula germinal masculina (espermatozoide) o femenina (óvulo). El espermatozoide tiene como función fertilizar al óvulo o célula sexual femenina originada en el ovario; b) la fecundación o concepción se realiza cuando el espermatozoide penetra en el óvulo, sea en el seno materno o fuera de él; c) el producto de la concepción es el cigoto que, hasta los noventa días, que principia la vida fetal, se denomina embrión, el que tiene tres estadios: el mórula, que termina hasta que se produce la segmentación celular; después aparece el periodo de la blástula o blastocito, que a los catorce días aproximadamente anida en el útero, comenzando la gestación, hasta los noventa días y entonces aparece la vida fetal, que termina hasta el nacimiento.

⁵⁹ Ídem,p.

2.5.2. TRASCENDENCIA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA⁶⁰.

El avance de la tecnología, la revolución que provoca, trasciende hasta en las relaciones sexuales y reproductoras de las personas. Poco tiempo atrás la pareja solamente podía tener hijos a través de las relaciones sexuales.

Pero actualmente la inseminación genética, con fines procreativos, permite la procreación asistida, o sea, la inseminación o fecundación *in vitro* con espermatozoides del mismo marido o de un donante, en una mujer virgen y soltera con espermatozoides de donante; la fecundación en mujer casada o soltera que presta su vientre para procrear con material reproductivo de un matrimonio o pareja; la inseminación de la viuda con espermatozoides de su marido difunto. Todo esto, repito, era impensable no hace mucho tiempo.

La repercusión de estos nuevos sistemas de procreación es revolucionaria en el derecho de familia, y en la mayor parte de los países no encuentran regulación legal por atraso de su orden jurídico o rechazo de este tipo de procreación.

El 26 de julio de 1978 se produjo un gran acontecimiento en Gran Bretaña al nacer el primer bebé de probeta (la niña Louise Brown), revolución biológica realizada por los doctores Patrick Steptoe (ginecólogo) y Robert Eduardo (fisiólogo). Se hizo a través de una fecundación *in vitro* de óvulos de su madre (Leslie Brown) y espermatozoides de su padre (John Brown), seguido de la transferencia embrionaria.

⁶⁰ Vid, pág. 29

Esto trae problemas legales y éticos que se estudian en la bioética⁶¹. El problema es delicado y como tal debe ser abordado.

Son muchos los cambios que producen en la medida en que la reproducción humana asistida es aceptada: la procreación pierde su dimensión sentimental, sexual e íntima porque la procreación asistida se hace con cierta publicidad e intervención de varias personas que constituyen un equipo especializado; afecta el derecho a la intimidad; los progenitores sufren en su personalidad porque es todo un equipo el que dirige y vigila la procreación; el marido y la mujer que recibe el esperma del donante, y éste, sufren en su dignidad; existe riesgo sobre la vida del concebido o de los embriones que se pierden en el proceso; aparecen nuevos conceptos de paternidad y maternidad; se crean nuevas presunciones o ficciones legales como la de que el marido que consiente la inseminación artificial con esperma de donante es el padre, al prohibírsele impugnar la filiación matrimonial del bebé; se daña el derecho a la identidad en los casos de donación de esperma, maternidad subrogada⁶², aplicación en mujeres solas; la asistencia *pos mortem* supone la derogación de la regla de la sucesión testamentaria de que el heredero debe sobrevivir al causante de acuerdo con los artículos 977.1 y 1155 del Código Civil.

⁶¹ La **bioética** es la rama de la ética que se dedica a proveer los principios para la correcta conducta humana respecto a la vida, tanto de la vida humana como de la vida no humana (animal y vegetal), así como del ambiente en el que pueden darse condiciones aceptables para la vida.

⁶² Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra.

CAPITULO III DERECHO COMPARADO

3.1. Derecho Español⁶³.

La Ley 35 de España del 22 de noviembre de 1988 regula la técnica de reproducción asistida. Es una ley amplia que ha despertado mucha polémica.

Con la mayor amplitud establece que toda mujer puede ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida.

Se pueden presentar varios casos:

a) Si se trata de inseminación artificial homóloga, o sea, en la esposa o compañera de vida con espermatozoides y consentimiento del marido o compañero de vida. La ley no se pronuncia sobre este caso con relación a la filiación, pero esta será determinada como si no hubiera intervenido la reproducción artificial y, por lo tanto, el hijo será matrimonial y en caso de impugnación se admite toda clase de prueba. Este supuesto no produce muchos problemas.

b) En el supuesto de inseminación heteróloga⁶⁴, es decir, cuando la esposa sea inseminada con espermatozoides de donante anónimo, se necesita el consentimiento del marido. Al marido que prestó su consentimiento le está prohibido legalmente impugnar la filiación matrimonial del hijo producto de esta asistencia reproductiva. Se establece pues, una filiación matrimonial

⁶³ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm>

⁶⁴ *heterólogo*. Sinónimo: seudoplasma (pseudoplasma). Nombre dado por los antiguos anatomopatólogos a los tejidos mórvidos.

inimpugnable, garantizada también por el anonimato del donante, que debe mantenerse. Se formula así una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la ley. Si falta el consentimiento del padre, el hijo será extramatrimonial de la madre. Si lo inscribe como del marido, éste podrá impugnar la paternidad según el derecho común.

c) Se permite la inseminación de la mujer sola, y el hijo que nazca tendrá el carácter extramatrimonial de la madre, pero no tendrá padre; se piensa que no se excluye de modo absoluto el conocimiento de la identidad de su progenitor, aunque es difícil por el anonimato del donante.

d) Se contempla la fecundación *pos mortem*, la que consiste en fecundar a la viuda del matrimonio con gametos conservados del marido fallecido, como caso excepcional cuando el marido dispuso en vida por escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su esposa. La filiación de este hijo es matrimonial. El varón unido por vínculo no matrimonial también podrá hacer uso de este procedimiento.

La maternidad subrogada o sustitutiva, la que se puede dar con la donación de óvulos o con el uso del útero de otra mujer, está regulado por el artículo 10 que establece que es nulo de pleno derecho el contrato en que se convenga la gestación con o sin precio a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del tercero contratante. La filiación de los hijos será determinada por el parto, y queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico.

La ley sienta algunos principios. La técnica de reproducción sólo puede ser utilizada cuando existe posibilidad de éxito y no represente algún

riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia; solo se pueden practicar en mujeres mayores de edad, en buen estado de salud y que consientan libremente; los establecimientos encargados de hacer esta técnica deben de dar las explicaciones del caso, los riesgos que conlleva, y los problemas biológicos, jurídicos, éticos o económicos; se prohíbe la fecundación de óvulos para cualquier fin distinto para la procreación humana; se transferirán al útero los embriones más adecuados.

A los hijos nacidos con estas técnicas se les prohíbe conocer su identidad, lo que pone en duda su constitucionalidad.

Cataluña (España)

La Ley 9/1998 del 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, regula en el artículo 92 la fecundación asistida de la mujer.

Los hijos nacidos por fecundación asistida de la mujer con el consentimiento expreso del marido, formalizado en escritura pública, son considerados hijos matrimoniales del marido.

Regula la fecundación *pos mortem*. Se dispone que esta fecundación después de la muerte del marido con espermatozoides de éste, tiene por efecto tener al nacido como hijo del difunto siempre que concurren tres condiciones: a) el consentimiento del marido en forma fehaciente para la fecundación asistida después de su muerte; b) que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple; y c) que el proceso de fecundación principie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido. Este plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días.

3.2. Derecho Francés

El Código Civil francés, en el título VII, sección IV, en virtud de reformas de 1994, regula la reproducción asistida. En el artículo 311-19, para garantía del fruto de la reproducción y del donante dispone que no pueda establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación, y no permite ninguna acción de responsabilidad en contra del donante.

En el artículo 311-20 establece que los cónyuges o concubinos que quieran procrear y recurrieren a asistencia médica para la intervención de un tercero donante, deben prestar su consentimiento ante juez o notario, que les informará de las consecuencias de sus actos en la filiación. Este consentimiento debe darse en condiciones que garanticen el secreto. El consentimiento dado a la reproducción asistida prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado, salvo que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento quedare sin efecto. Queda privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Queda también sin efecto cuando el hombre o la mujer revoquen por escrito el consentimiento antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

El que después de haber consentido la asistencia médica o la reproducción no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad con la madre y el hijo. Además, se declarará judicialmente la paternidad no

matrimonial de quien después de haber consentido la asistencia médica no reconociere al hijo que ha nacido.

3.3. Costa Rica

En Costa Rica se dictó el Decreto Presidencial No. 24029-S sobre la Regulación de la Reproducción Asistida del 3 de febrero de 1995.

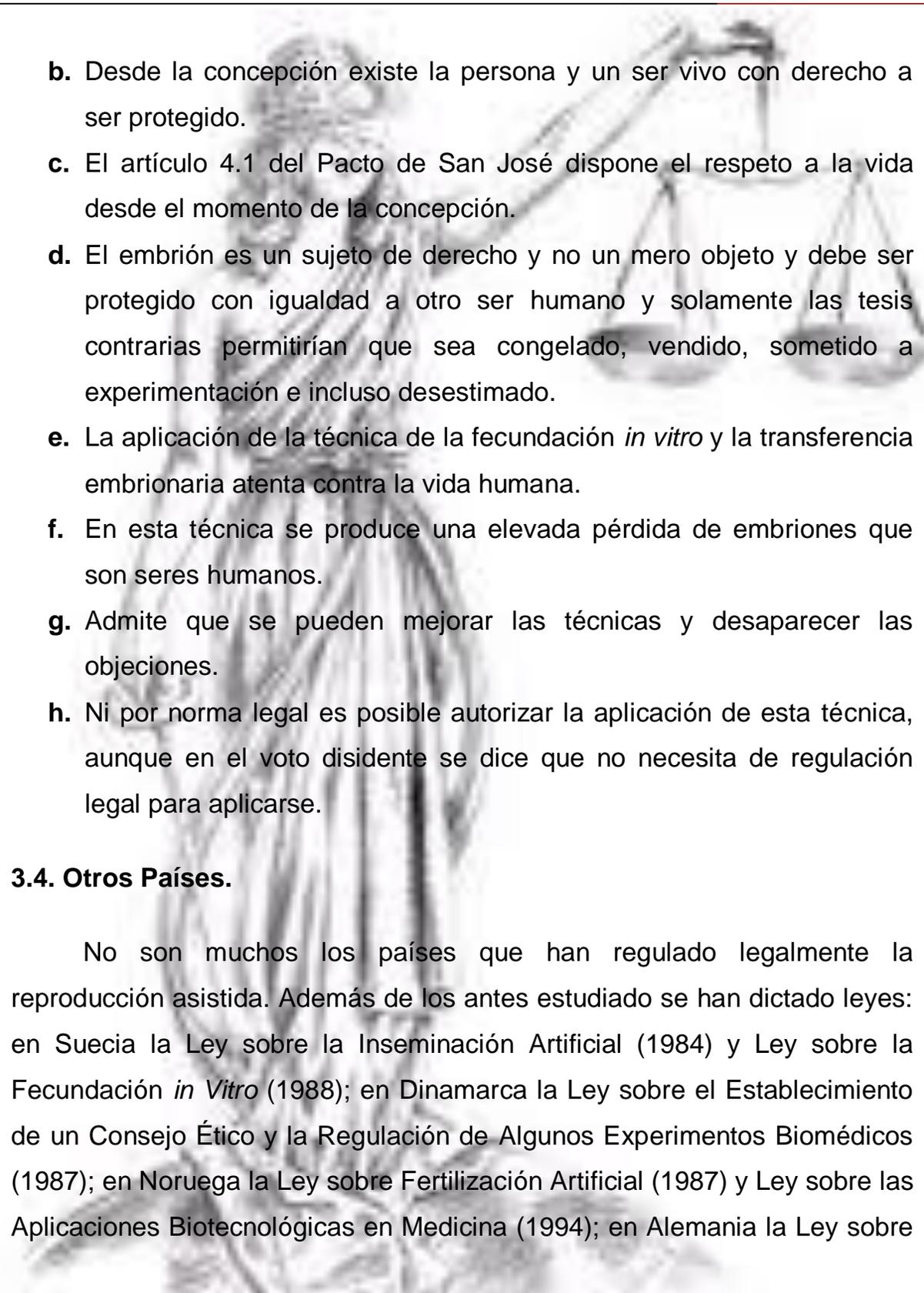
En este Decreto se hace una regulación parcial de la reproducción asistida:

a) Se autoriza la reproducción asistida homóloga entre cónyuges por un equipo profesional interdisciplinario, previos requisitos indispensables, entre ellos: que sea el último medio técnico terapéutico para concebir, y que informado el matrimonio sobre la adopción renuncie a ella.

b) También se permite la reproducción asistida heteróloga en el matrimonio cuando aun con las técnicas homólogas no se puede concebir, se identifique el tercero donante y se renuncie a las posibilidades a una adopción, entre otros requisitos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, por sentencia del 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos magistrados, declaró la inconstitucionalidad de dicho Decreto por razones de forma y de fondo. Entre otras razones expresa las siguientes:

a. El Decreto No. 24029-S es declarado inconstitucional y, como consecuencia, nulo por defecto de forma, al violar la reserva de ley que exige este tipo de norma que regula la materia que contiene y no un reglamento ejecutivo.

- 
- b. Desde la concepción existe la persona y un ser vivo con derecho a ser protegido.
 - c. El artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respeto a la vida desde el momento de la concepción.
 - d. El embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto y debe ser protegido con igualdad a otro ser humano y solamente las tesis contrarias permitirían que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e incluso desestimado.
 - e. La aplicación de la técnica de la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria atenta contra la vida humana.
 - f. En esta técnica se produce una elevada pérdida de embriones que son seres humanos.
 - g. Admite que se pueden mejorar las técnicas y desaparecer las objeciones.
 - h. Ni por norma legal es posible autorizar la aplicación de esta técnica, aunque en el voto disidente se dice que no necesita de regulación legal para aplicarse.

3.4. Otros Países.

No son muchos los países que han regulado legalmente la reproducción asistida. Además de los antes estudiado se han dictado leyes: en Suecia la Ley sobre la Inseminación Artificial (1984) y Ley sobre la Fecundación *in Vitro* (1988); en Dinamarca la Ley sobre el Establecimiento de un Consejo Ético y la Regulación de Algunos Experimentos Biomédicos (1987); en Noruega la Ley sobre Fertilización Artificial (1987) y Ley sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina (1994); en Alemania la Ley sobre

Protección del Embrión Humano (1990); en Inglaterra la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología (1991).

El tema que estamos tratando ha sido incorporado a la Constitución en Suiza, dado la importancia de la ingeniería genética. Transcribiremos dos artículos:

Artículo 119.1. El ser humano está protegido de los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. La Confederación dicta prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito prevé la tutela de la dignidad humana, de la responsabilidad y de la familia y se atiene en particular a los siguientes principios: Todos los tipos de clonación y las intervenciones en el patrimonio genético de células germinales y embriones humanos son inadmisibles. El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano ni ser fundido con este último. Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas sólo cuando no existan otros modos para curar la infertilidad o para evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves, pero no para predefinir determinados caracteres en el *nasciturus*⁶⁵ o para fines científicos; la fecundación de ovocitos humanos fuera del cuerpo de la mujer está permitida sólo en las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer pueden ser cultivados como embriones sólo tantos ovocitos⁶⁶ humanos cuantos se puedan implantar inmediatamente. La donación de embriones y toda otra forma de

⁶⁵ término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido.

⁶⁶ Un ovocito es la célula reproductora femenina. Los ovocitos se desarrollan en el ovario, en el interior de los folículos. El funcionamiento del ovario en la especie humana es cíclico y cada 28 días aproximadamente se produce la maduración de un ovocito.

maternidad de alquiler son inadmisibles. No puede comerciarse el patrimonio germinal humano ni los productos de los embriones. El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado sólo con su consentimiento en base a una prescripción legal. Toda persona tiene acceso a sus datos genéticos.

Artículo 120.1. El ser humano y su ambiente están protegidos de los abusos de la ingeniería genética. 2. La Confederación dicta prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético de los animales, plantas y de otros organismos. En ese ámbito tiene en cuenta la dignidad de la criatura así como la seguridad del ser humano, de los animales y del ambiente y protege la variedad genética de las especies animales y vegetales.

CAPITULO IV

INSEMINACIÓN EN NUESTRO SISTEMA LEGAL

Nuestro sistema legal carece de un cuerpo normativo sobre la procreación asistida. El Código Civil de 1904 obviamente no contempla las técnicas de la reproducción asistida, ni las rechaza, porque no existían, razón por lo cual resulta difícil dar una solución firme, carente de impugnaciones, a los diferentes casos.

Solucionó el problema de la concepción y el nacimiento de acuerdo a los conocimientos científicos y prácticos de la época. Los artículos 50., 11, 18, 19, 22, 23, 200, 202, 211, 212, 213 del Código Civil y otros regulan estos conceptos.

El derecho a la reproducción humana es de la tercera generación y aparece consagrado en el artículo 74 de la Constitución que en su párrafo 1 expresa: "El Estado otorga especial protección al proceso de reproducción humana".

Este párrafo no señala ninguna prohibición a la procreación asistida. Por el contrario, sin distinciones acepta la procreación en forma general.

Para solucionar los casos en el estado actual de nuestra legislación o para promulgar una futura legislación sobre el derecho humano a la reproducción humana asistida debemos tener presente que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común, la ética y las buenas costumbres.

Por otra parte, creo que para hacer uso de las técnicas de la procreación asistida deben agotarse primero los recursos terapéuticos para concebir.

Debemos de tener en cuenta que como no existe regulación legal de la procreación asistida no se ha establecido el anonimato del donante, la prohibición del marido que prestó su consentimiento de impugnar la filiación matrimonial del hijo en la fecundación *in vitro* heteróloga y su responsabilidad, la prohibición de cualquier vínculo de filiación entre el donante y el niño y la prohibición de cualquier acción de responsabilidad contra el donante.

A la luz de lo expuesto y de nuestras leyes haremos el estudio de algunos casos de procreación asistida.

4.1. INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN HOMÓLOGA.

La mujer es embarazada por inseminación artificial o fecundación *in vitro* con consentimiento del marido y material genético de ambos. Si ambos consienten el fruto es matrimonial y la filiación se determina por el artículo 199 del Código Civil que expresa que el marido es el padre del hijo concebido en matrimonio, y que la maternidad se determina por el parto. El parto sigue al vientre (*partus sequitur ventrem*). Este supuesto es aceptable en nuestro sistema y presenta pocos problemas. Si al marido se le ocurre impugnar la paternidad porque no tuvo acceso carnal durante el periodo de la concepción, bastará probar la realización de la fecundación asistida o realizar la prueba biológica que establezca el vínculo con el padre impugnador (ADN).

4.2. INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN EN MUJER SOLA⁶⁷.

Se refiere a la procreación con semen de donante por inseminación artificial o fecundación *in vitro* en mujer soltera, viuda, divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo. Es una filiación extramatrimonial. La maternidad se determina por el parto.

La paternidad queda determinada en el supuesto que el donante reconozca al hijo, situación muy difícil que se presente ante la ausencia de la voluntad pro creacional del donante. El caso es muy improbable ante donador anónimo, pero el hijo conserva el derecho de investigar su identidad biológica.

Ante el silencio de la ley y no estar expresamente prohibida se puede permitir esta procreación asistida, pero como ya expresamos queda a juicio de los jueces y autoridades aceptarla o rechazarla analizando caso por caso.

4.3. MATERNIDAD SUBROGADA O SUSTITUIDA⁶⁸.

La maternidad subrogada se presenta cuando el embrión (unión del semen con el óvulo) se implanta y desarrolla en el vientre de otra mujer.

⁶⁷ ZANONI EDUARDO A, Editorial ASTREA, Buenos Aires Argentina – 1978. Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina,

⁶⁸ SALGADO MONGUE CARLOS & Add, Filiación Inducida a la Luz del Derecho Comparado, Unan – león, Monografía – 1999

Cabe distinguir en esta situación entre la madre genética (la que da su óvulo) y la madre de gestación (la que da su vientre).

Veamos los supuestos:

a) Mujer que presta su vientre y óvulo (casada o no) y es fecundada por inseminación artificial o fecundación *in vitro*, comprometiéndose a entregar el niño o la niña al marido donador del semen y a su mujer. Esta se denomina también maternidad sustituida o compartida.

La maternidad se determina por el parto de la que prestó su vientre y óvulo. Si esta mujer fuere casada, su marido queda afectado por el artículo 199 del Código Civil, que establece que el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio, pero se puede impugnar la paternidad matrimonial si el marido no dio su consentimiento. Pero en ningún caso están obligados a entregar al bebé porque el convenio es nulo, pero tampoco puede reclamar el precio por el servicio, si se pactó.

En caso que la que presta su vientre y su óvulo, sea soltera, la filiación es extramatrimonial y al padre biológico o dador del semen se le presenta la disyuntiva⁶⁹ de reconocerlo o ser demandado por el hijo para reclamar su filiación extramatrimonial.

Si el hijo fue inscrito a nombre de la mujer del dador del semen, procede la acción de impugnación de la maternidad, por no ser la madre del hijo.

⁶⁹ disyuntiva s. f. Situación en la que hay que elegir entre dos cosas o soluciones diferentes

Es nulo el pacto de este procedimiento de asistencia entre el esposo, su mujer y la mujer inseminada, y por lo tanto, la mujer soltera no está obligada a entregar al bebé, pero tampoco puede reclamar el precio por el servicio.

La nulidad es absoluta porque tiene un objeto ilícito, fuera del comercio y contra las buenas costumbres de acuerdo con los artículos 2204, 2211 y 2473 del Código Civil.

b) Fecundación *in vitro* con material genético (óvulo y semen) de un matrimonio o pareja estable y gestación en el vientre de otra mujer. Existe madre genética y madre gestacional⁷⁰. Se denomina maternidad subrogada.

La maternidad se determina por el parto. Podría plantearse la posibilidad de impugnarse la maternidad por no ser la mujer que prestó el vientre la madre biológica;⁹ pero creo que no pueden impugnar la mujer que prestó el vientre (madre subrogada), su marido, el marido y la esposa a quien o a quienes se comprometieron a entregar al bebé, porque este convenio es nulo, con nulidad absoluta, por ser su objeto (el embrión) no negociable de acuerdo con los artículos 2165 y 2205 del Código Civil. Como consecuencia, y en virtud de *adagio nemo auditur*⁷¹, frente a una demanda la mujer que prestó el vientre no está obligada a entregar al bebé.

Sin embargo, algunos autores sostienen que el convenio es válido y los donadores del material genético tienen acción para reclamar al niño. Dentro de un criterio contractual, como en algunos casos resueltos en los

⁷⁰ madre gestacional, la cual llevará a término los embriones que se desarrollen dentro de su vientre.

⁷¹ Frase corta nadie es bendecido antes de su muerte.

Estados Unidos, se podría, pues, obligar a la madre sustituta a entregar al hijo.

Pero un tribunal de Inglaterra declaró sin lugar la acción esgrimida⁷² por el matrimonio contra la madre genética que reclamaban a unos mellizos, porque no debían romperse los lazos entre la madre y sus bebés.

Este tipo de procreación pudiera ser aceptable cuando el convenio es gratuito, ya que la madre subrogada lo hace por altruismo⁷³. Es el juez a quien le corresponde estudiar bien el caso. En algunos países se admite este tipo de procreación.

La verdad que el alquiler de vientre se ha generalizado y ya es un negocio; pero debe rechazarse.

4.4. ASISTENCIA POS MORTEM.

a) Mujer embarazada por inseminación artificial o fecundación *in vitro* con el semen congelado de su marido muerto. La maternidad queda determinada por el parto.

Se priva al niño de la sucesión testamentaria, ya que el heredero debe sobrevivir al causante de acuerdo con los artículos 977.1 y 1155 del Código Civil.

⁷² Esgrimir. Manejar la espada, el sable y otras armas blancas defendiéndose de los golpes del contrario y atacándolo.

⁷³ Sacrificio personal por el beneficio de otros

Si se prueba el nexo biológico y la voluntad de tener el hijo manifestado en vida de los padres, por escritura pública, testamento o cualquier otro medio auténtico de prueba, el hijo es del matrimonio independientemente si nace dentro o fuera de los trescientos días del fallecimiento del marido.

No es un caso prohibido por la ley y creo que es lícito por lo que es aceptable, aunque de *lege ferenda*⁷⁴ es discutible, ya que se permitiría que un niño naciera sin padre.

b) Fecundación *in vitro* en una mujer que presta su vientre con material genético del matrimonio después del fallecimiento de la madre del matrimonio.

La maternidad se determina por el parto. La filiación del hijo con el padre será extramatrimonial, pero puede ser reconocido, voluntariamente o en juicio.

Si el padre se casa con la madre genética el hijo será del matrimonio por la presunción del artículo 212 del Código Civil. Además puede ser legitimado.

Ante el silencio de la ley serán las autoridades y los jueces los que podrán admitir o rechazar caso por caso la procreación.

⁷⁴ Expresión latina que significa "para una futura reforma de la ley", o "con motivo de proponer una ley". Es decir, recomendación que debe ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa

c) Mujer fecundada *in vitro* con material genético de un matrimonio ya fallecido antes del implante. Este tipo de procreación es ilícito porque deja al niño sin padre ni madre.

La filiación denominada asistida ha de ser estudiada del punto de vista de los derechos fundamentales, así pues derechos reconocidos a nivel constitucional en nuestro país y cuya violación daría lugar a recursos de amparos.

Se puede comprobar en la lectura de infinidad de literatura la preocupación de los juristas de todo el mundo sobre este tema, que bien solo afecta a un limitado número de persona, por el exclusivo uso de la filiación inducida, pero su aceptación y necesidad de sufragar la finalidad de una reproducción nos hace vaticinar⁷⁵ un aumento en el uso de esta práctica provocando una reestructuración en lo dicho jurídicamente en esta materia.

Los derechos fundamentales considerados como valores inherentes a la personalidad (título IV, Constitución Política de Nicaragua) y la necesidad de interpretar el ordenamiento a la luz de la constitución y de lo dispuesto en la declaración Universal de los derechos humanos y de los tratados internacionales.

Exige tratar este tema desde este punto de vista, porque además solo este método puede ayudar a resolver determinadas cuestiones y delimitar la solución que los legisladores deben ofrecer.

⁷⁵ Pronosticar, adivinar, profetizar

Es cierto como señala Trabucchi, el derecho civil tradicional o parte del sujeto ya nacido, para otorgarle unos derechos y situarlo dentro de una célula social, la familia que velará por él⁷⁶.

Existen dentro del derecho de familia la aplicación de los derechos fundamentales, como el derecho de pertenecer a un núcleo familiar, con la atribución de un nombre de la familia, a la educación del niño, a la alimentación, a su protección en los casos de minoría de edad o incapacidad y a los derechos sucesorios, por lo tanto la participación de los individuos en la sociedad se pronuncia a través de la familia, la cual tiene intereses protegidos en el artículo 70 y subsiguientes de la Constitución política de Nicaragua, exceptuando los casos de delitos sexuales, el sistema va a partir del ser ya engendrado (artículo 11 y subsiguiente y 19 y subsiguiente del código civil).

Este sistema tradicional se rompe en la actualidad con las distintas posibilidades de influir en la concepción y en los nacimientos, el control de natalidad, la interrupción voluntaria del embarazo y la procreación por medios artificiales, implica que los problemas tradicionales deben ser examinados desde un punto de vista distinto.

⁷⁶ La Filiación a Finales del Siglo XX, Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana, Abril, 1988, Editorial Trivium S.A. Primera Edición, Madrid – España.

Debemos ver si se puede practicar la técnica de reproducción humana asistida bajo el esquema jurídico tradicional de Nicaragua y de otros países con regulación similar a la nuestra.

Una gran parte de la doctrina que se ha ocupado de estos temas no va más allá de la filiación, tal y como hoy está concebida e intentan adaptar en estos esquemas tradicionales aun nuevo modo de concepción de los seres humanos, a los que se han llegado por medio de avances de la técnica.

Muchos autores intentan solucionar el problema en base a la regulación urgente en materia de filiación, con ello no llegan a resultados satisfactorios, por ejemplo Auletta Tomaso.

En Nicaragua contamos con dos tipos de filiación que dispone la constitución política en su artículo 75 y 79 y el decreto 862, Ley de adopción, los cuales nacen de un desarrollo en el proceso histórico, recordando que el derecho no es un producto inmóvil, sino que se adapta a la demanda sociales, pero existen algunos legisladores que olvidan lo anterior enfrentándose con una actitud pasiva a tal fenómeno evolutivo, aplicando el principio de que lo que no está prohibido, está permitido, aplicando el artículo 32 Cn.

Siempre sí, los legisladores deben de partir en base del respeto a los derechos de las personas, evitando caer en el peligro de un *iusnaturalismo*⁷⁷.

⁷⁷ *iusnaturalismo* o Derecho natural es una teoría ética y un enfoque filosófico del derecho que postula la existencia de derechos del hombre

El legislador debe enfrentar con una legislación de este tipo, de tres formas:

- a. Desde el punto de vista del ius naturalismo: conduciendo al rechazo de cualquier técnica de este tipo.
- b. Limitar absolutamente las formas de inseminación con el razonamiento de proceder acorde a los derechos inalienables.
- c. La veracidad de las relaciones jurídicas de forma que al permanecer en el anonimato el nombre del donante del material genético se produce un hiato⁷⁸ entre la verdad y el derecho.
- d. Existe una postura abstencionista⁷⁹ de no legislar en estos momentos sobre esta cuestión.

Todo el mundo parece estar de acuerdo que por lógica es una necesidad la regulación de estos fenómenos genéticos, el acuerdo parte de una concepción tradicional de la sociedad y el resultado final de esta regulación sería o deberían consistir en una serie de prohibiciones dirigidas a conservar la sociedad tal y cual es ha hora, partiendo de esto la pregunta es qué tipo de legislación, diferentes países del mundo ya tienen su regulación en esta materia, para citar un ejemplo más cercano, Costa Rica, Honduras, Guatemala poseen lo indispensable para la regulación, Costa Rica en su código Civil en su artículo 72, dice: *La inseminación artificial de la mujer con semen del marido o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldría a la cohabitación⁸⁰ para efecto de filiación de*

⁷⁸ se refiere a una pausa o interrupción

⁷⁹ es el acto por el cual un potencial votante en unas elecciones decide no ejercer su derecho al voto

⁸⁰ Hecho de habitar en conjunto dos o más personas

paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades. Si nos damos cuenta en el artículo recogido en el ante proyecto de Nicaragua. **Artículo 220. Inseminación artificial o implantación de un óvulo.**

Se debe de tomar en cuenta en cuanto a la regulación de esta materia que ya existen muchas legislaciones acerca de la legislación artificial (I.A.), encargándose de regular el problema y sus consecuencias como la acción de impugnación de paternidad, otra consideración a tomarse en cuenta es que el principal problema se plantea en torno a la fecundación In vitro (F.I.V), con todos los problemas de conservación y/o destrucción de embriones, maternidad subrogada e ingeniería genética.

El artículo 46 y 74 Cn, nos expresa una concreta protección los derechos de la persona con ello aclimatándonos al ingreso de la filiación inducida al campo jurídico en un futuro no muy lejano.

Esta protección a la persona y a sus derechos inherentes es el fin de los ordenamientos constitucionales.

En el proceso de procreación artificial existen como mínimo dos sujetos implicados.

- a. Los padres iniciales o sea la pareja estéril a quienes se les ofrece las técnicas.
- b. Los nacidos como consecuencias del uso de esas técnicas.
- c. Los terceros que son las personas que aparecen como donantes de gametos masculinos o femeninos, así también las madres de sustitución o madres subrogadas, quienes intervienen solamente en la gestación.

El proceso de protección de los derechos fundamentales a los que pertenecen cada uno de los grupos anteriormente descritos aflorará una serie de intereses propios o derivados de la posición que ocupa cada sujeto de los grupos antes descritos en el proceso de inseminación y se debe elegir cuál de los intereses de cada grupo es el más digno de proteger a nivel constitucional.

4.4.1. PADRES INICIALES:

La pareja casada o no, que decide usar el procedimiento de procreación artificial, pueden ser o no padres genéticos y solo serán cuando ambos o uno de ellos aporte su material genético y con él se realice I.A. o una I.A.D. y ello con independencia también de que se trate de una I.A. o in vitro, puede ser que esta pareja no sean padres genéticos si el nuevo ser se produce totalmente donado, se trata más bien de elegir a un posible derecho a procrear y un derecho a la salud, considerando el hecho que el derecho de procrear nace de un derecho fundamental, como el derecho a la vida y a la integridad física y a la libertad, así pues el Estado no puede prohibir a las parejas el derecho a tener o no tener hijo, por ende no puede prohibir el uso de la inseminación artificial, lo que no está prohibido, está permitido.

En cuanto a la filiación no se puede prohibir que una mujer sola tenga derechos a la procreación, pues un derecho inalienable como el derecho a la salud y a la reproducción inherente al ser humano, así también no existirán argumentos para negar a las parejas homosexuales este mismo derecho o bien utilizar el esperma del marido muerto para la procreación,

así mismo el uso prudente del I.A.D., I.D.A. y F.I.V. por indicaciones médicas ante la presencia de problemas como esterilidad irreversible, posibilidad de transmisión de enfermedades hereditarias, protegiéndose todos los anteriores.

4.4.2. HIJOS NACIDOS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

El nacimiento de este niño o niña, producto de la inseminación artificial, afectan los derechos de: derecho a la vida (nace la problemática de la protección del embrión y manipulación genética), derecho a nacer dentro de un familia y derecho a conocer el propio origen.

4.4.3. TERCEROS DONANTES DEL MATERIAL GENÉTICO Y LA MADRE SUBROGADA.

Los donantes son el hombre o la mujer que proporcionan el material genético necesario, se deben de proteger los derechos de estos como el derecho a la intimidad el cual pueden renunciar, esto podemos abarcarlo en un doble sentido, desde el punto de vista de la publicidad de la forma de concepción utilizando estas técnicas, el secreto de la identidad del donante en contra posición del derecho del nacido a conocer su origen genético, los tratadistas están de acuerdo a exigir el anonimato.

En cuanto a la Maternidad Subrogada se deben de tomar en cuenta la constitucionalidad de algunas limitaciones en los contratos de maternidad

subrogada, especialmente la obligación de no abortar el embrión después de implantado, considerando esta actividad como ilegal y la obligación de entregar al hijo después del parto.

En contraposición de los derechos de la madre portadora subrogada, están los del padre que proporcione el semen para la gestación que seguramente comporta una grave lesión para la dignidad humana.

4.5. CIERTAS COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS EN EL DERECHO NICARAGUENSE CON EL DERECHO COMPARADO⁸¹.

Se podrían extraer algunos conceptos en los cuales existe coincidencia y en otros no; a saber: la experimentación en embriones humanos no es de aceptación general, la procreación asistida generalmente se admite en el matrimonio y en algunos países en la pareja en unión de hecho estable; en la mujer sola existe fuerte discusión, pero es admitida excepcionalmente; la fecundación *pos mortem* en algunos países se admite, en otros no; En Italia (Ley 40/2004) y Francia (Ley 94-654 del 1994) no está permitida la fecundación post mórtem, ya que solo pueden acceder a la reproducción artificial, parejas compuestas por un hombre y una mujer vivos, mayores de edad y en edad de procrear. Alemania (Ley 745/90), Suecia (Ley 1.140/84), Noruega (Ley 68/87) y Costa Rica (Dto. N° 24.029-S/95) también prohíben la fecundación post mórtem. se admite la donación y conservación de semen, pero en algunos países se permite conservarlo

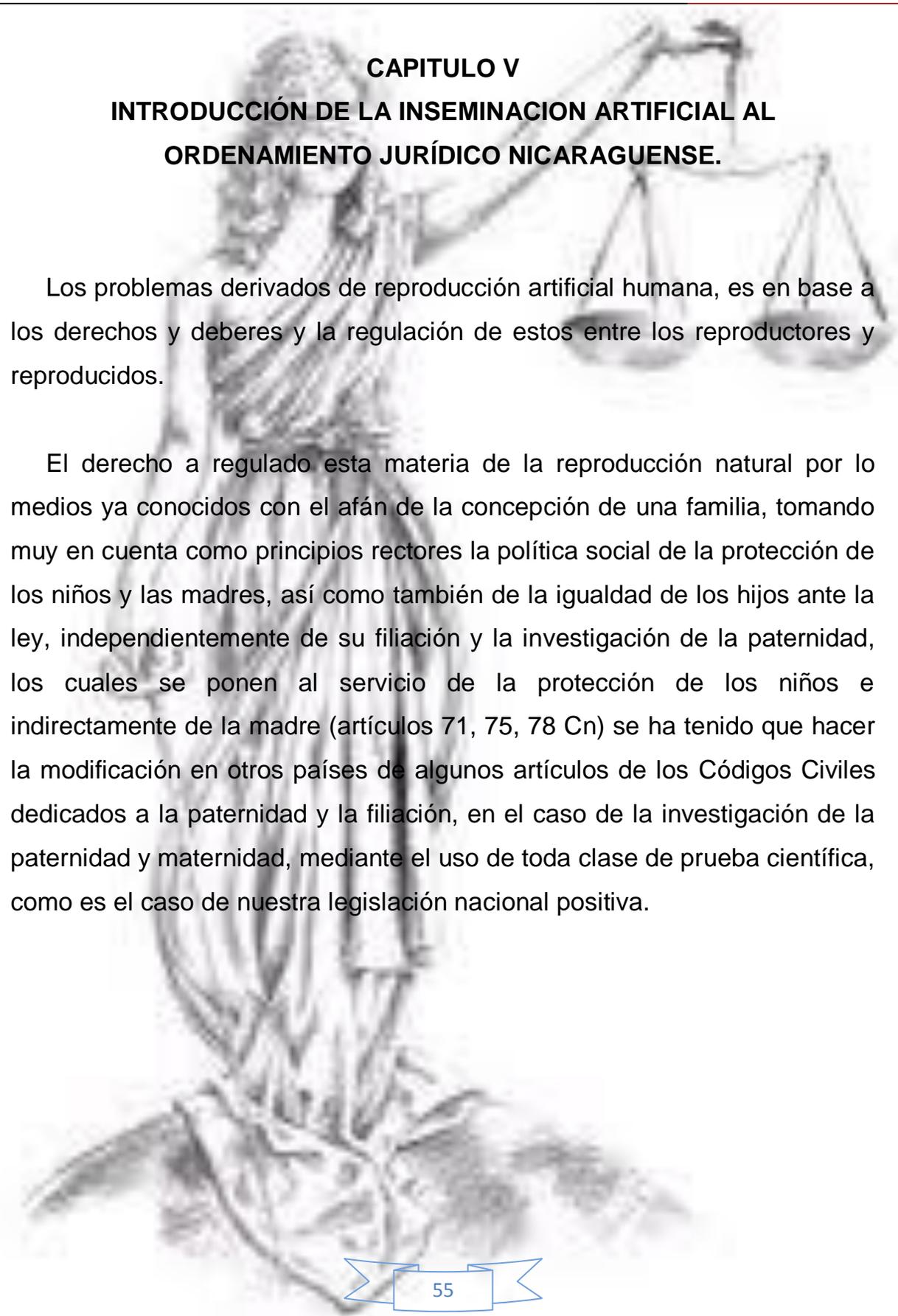
⁸¹ ZANONI EDUARDO A, Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Editorial ASTREA, Buenos Aires Argentina – 1978.

por un periodo de cinco o diez años; se limita el número de hijos del mismo donante; deben seleccionarse minuciosamente los donantes para evitar enfermedades o deficiencias hereditarias; se le concede el derecho al anonimato al donante, salvo casos excepcionales, aunque algunas legislaciones permiten investigar la identidad biológica; la congelación de óvulos es permitida en algunas legislaciones y en otros no; en algunas legislaciones se permite la donación de embriones, en otros se prohíbe; se prohíbe generalmente la experimentación embrionaria no encaminada a obtener nacimientos; algunos países permiten la maternidad de sustitución, pero sin fines lucrativos, otros la prohíben; se prohíben las desviaciones en el uso de la técnica de la reproducción asistida como la clonación, y la creación de híbridos⁸² y quimeras⁸³; se prohíbe la selección de sexo en el embrión obtenido *in vitro* cuando no exista riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria ligada al sexo; se prohíbe la transferencia de embriones humanos en útero de animales o viceversa.

Las violaciones a las prohibiciones son castigadas con multas o prisión, más los daños y perjuicios que se pudieren haber causado.

⁸² **híbrido** es el organismo vivo animal o vegetal procedente del cruce de dos organismos de razas, especies o subespecies distintas, o de alguna o más cualidades diferentes

⁸³ Los hombres mezclados con animales mediante alquimia en la serie de manga y anime



CAPITULO V
INTRODUCCIÓN DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL AL
ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGUENSE.

Los problemas derivados de reproducción artificial humana, es en base a los derechos y deberes y la regulación de estos entre los reproductores y reproducidos.

El derecho a regulado esta materia de la reproducción natural por lo medios ya conocidos con el afán de la concepción de una familia, tomando muy en cuenta como principios rectores la política social de la protección de los niños y las madres, así como también de la igualdad de los hijos ante la ley, independientemente de su filiación y la investigación de la paternidad, los cuales se ponen al servicio de la protección de los niños e indirectamente de la madre (artículos 71, 75, 78 Cn) se ha tenido que hacer la modificación en otros países de algunos artículos de los Códigos Civiles dedicados a la paternidad y la filiación, en el caso de la investigación de la paternidad y maternidad, mediante el uso de toda clase de prueba científica, como es el caso de nuestra legislación nacional positiva.

5.1. ACTORES QUE INTERVIENEN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y SUS SIGNIFICADO JURÍDICO⁸⁴.

5.1.1. Maternidad y Paternidad Natural:

En nuestra legislación la maternidad natural se produce con el parto, la mujer que como consecuencia del embarazo da a luz a un nuevo ser y la paternidad natural es el hombre que haya fecundado a la madre por medio del coito (única forma conocida hasta hace poco en la participación del hombre en la generación humana) y nace al igual que en la madre a partir del parto.

En la actualidad con el surgimiento de la inseminación artificial, estos conceptos se amplían, puesto que ya no solo madre es la que da a luz, sino también la que aporta el material genético o bien la madre subrogada, desvirtuándose las presunciones de paternidad y maternidad de los hijos fuera del matrimonio, así también la participación del médico responsable de la inseminación artificial.

Es recomendable por la trascendencia de la aplicación de dichas técnicas que en cada caso se formalice un expediente y que la voluntad de las personas implicadas quede recogida en escritura pública.

La certeza de la prueba pre constituida (expediente con la voluntades de los implicados) garantiza el principio con absoluta seguridad la identificación del donante y consecuentemente la determinación de la paternidad natural.

⁸⁴ Dictamen del Código de Familia, 31 de Marzo del 2011.

Es necesario destacar que no se debe lesionar el interés legítimo de algunos progenitores, puesto que lo indispensable para los juristas, debe de ser la protección de los derechos de estos a favor de los nacituros.

5.2. LOS SUPUESTOS QUE SE PUEDEN PRESENTAR ANTE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS⁸⁵.

1. Inseminación artificial con semen del cónyuge (I.A.)
2. Inseminación artificial de pareja no casada con semen propio (F.I.V.).
3. Inseminación artificial de mujer casada con semen de un tercero que no es su marido (I.A.D.).
4. Inseminación artificial de mujer no casada con semen que no es de su compañero (I.A.D.).
5. Alquiler de madres o vientres.

5.3. REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA LEY NICARAGUENSE⁸⁶.

Debido a que las Ciencias Medicas no habían avanzado tanto en el tema de las inseminaciones artificiales y a que cuando se promulgo nuestro Código Civil vigente no existía la inseminación artificial como practica medica en seres humanos, no era necesario en ese momento la regulación de dicha materia, pero en la actualidad si es importante contemplarlo a través del una

⁸⁵ Legislación de Familia de la República de Nicaragua, Grupo Editorial Acento S.A. (Editasa), 2010.

⁸⁶ Vid. Pág. 60

reforma a nuestro sistema jurídico que regule estas nuevas prácticas medicas en seres humanos.

5.3.1. LEGISLACIÓN DE FAMILIA⁸⁷:

En ella se habla de concepción solo producto del coito entre la relación íntima de un hombre y una mujer, dejando a fuera las concepciones sin coito.

El derecho civil Nicaragüense en lo que a filiación respecta, se fundamenta en un hecho biológico y la legitimidad de un niño depende del matrimonio de la madre y del reconocimiento del padre, concepción caduca por la aplicación de nuestras legislaciones de familia, esto pues que una vez probado el parto y la identidad del hijo son factores de maternidad en la madre casada, se acredita automáticamente la filiación paterna del recién nacido, puesto que se presume que el padre es el marido de la madre, salvo excepciones demostrables por parte del padre, cayendo el hijo en calidad de hijo extramatrimonial de la madre.

Hablamos pues de filiación legítima al hijo que nace dentro del matrimonio, así pues, genética y biológicamente es de la pareja, que pasaría si se utilizara el método de reproducción humana asistida en esta pareja en caso que el marido impugne la paternidad del hijo, alegando la ausencia de relaciones sexuales con la madre durante la época que tuvo la

⁸⁷ Código Civil de La República de Nicaragua, Tomo I, Tercera Edición Oficial, Editorial Carlos Heuberger, Managua, Nicaragua – 1933.

concepción, estaría pues amparándose dentro de lo que consagra el código civil, puesto así de esta forma, se le daría la impugnación, esto en contra posición al avance de la ciencia ya no es necesaria la cohabitación o las relaciones íntimas entre la pareja, pues perfectamente se pudo haber dado una inseminación artificial homóloga o sea, con semen del marido.

Así, los legisladores tendrían que regular sobre el conocimiento y consentimiento del marido y la utilización de su semen, ya que si el dio la aprobación de la misma, no podrá luego retractarse, el problema estaría en que si el hijo es genéticamente del padre es obvio el lazo de filiación, expongamos el caso en que no haya habido autorización por parte del padre y luego se le exija a este obligaciones al respecto del reconocimiento, alimentos y más.

El principal problema se agudiza, cuando el semen no es del marido, sino de un donante, efectivamente el marido no es el padre biológico del niño nacido y que este lo reconozca como hijo, sería ridículo que se pudiese proceder con una impugnación de este reconocimiento.

El consentimiento informado del cónyuge ó conviviente solo podría dispensarse como una excepción en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo, porque el conviviente no se haga cargo de la mujer o bien cuando exista riesgo inminente para la salud, vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido, de modo que dependiendo de las causas de ausencia del consentimiento, podría el juez de turno definir

si procede o no la impugnación de paternidad por ausencia del consentimiento.

Si la mujer es soltera, nuestra legislación solo consagra la posibilidad de demandar si hubo relaciones sexuales o vida marital estable (Ley 143 Arto. 18, ley de alimentos) en el caso de la inseminación artificial se requiere en nuestro país ya una ampliación de este concepto y decir que si el donante consiente el uso de su material genético en esa mujer o del material genético de otra mujer, de lo anterior se colige⁸⁸ que la autorización o consentimiento al uso de ese material está asumiendo su paternidad o maternidad y podría judicialmente ser declarado como tal, en caso de falta de consentimiento y se diese la manipulación del material genético, tal imputación⁸⁹ no podría prosperar, igual solución debe darse cuando no procede tal reconocimiento y el hijo planteará la investigación de la paternidad frente al donador del semen, cuando es un donante desconocido este no tiene ningún tipo de derecho, obligaciones frente a los hijos que nazcan de tal donación.

Se puede también presentar el caso de la mujer viuda que se insemina con el semen del marido obtenido antes de su muerte y guardado en el banco de semen, tal hijo a la luz de nuestra legislación de familia y Código Civil no se puede presumir como hijo del matrimonio, así que el marido fallecido no se reputa padre de ese hijo.

⁸⁸ Sacar una conclusión por medio de un razonamiento

⁸⁹ La imputación, es el acto mediante el cual se le acusa formalmente a una persona de un hecho concreto.

Lo mismo sucedería en caso de utilizar el semen de un donante en una mujer casada, aun que el marido haya aceptado tal situación de forma clara antes de morir, amparando esto en nuestras legislaciones tal imputación de paternidad no existiría por la simple muerte del marido aun existiendo su voluntad escrita de la aceptación de la inseminación.

Otro tema a discutir en los vacíos que nuestra legislación contiene, es la llamada maternidad sustituta, es posible hablar en este caso de una maternidad disputada, por lo que es viable ante nuestra legislación atacar la maternidad de la mujer recurrente si esta no fue quien lo dio a luz, predominado en Nicaragua por nuestras legislaciones el criterio biológico (Madre es la que da a luz), así pues para nuestra legislación la madre del bebe, es la madre subrogada o madre de vientre de alquiler, ya que ella es la que lo pare, que pasa con el hecho de que genéticamente no contiene ninguna información de la mujer que dio a luz ese niño, simplemente lo gestó en su vientre por nueve meses, así que para la ciencia, madre sería la que posea la información genética del nacido que es lo más lógico, quedando en nuestro país desprotegido los derechos de esta madre.

En cuanto a la maternidad subrogada o sustituta, se podría acudir a la analogía con las normas atinentes a la adopción con el fin de proteger situaciones eventuales de un hijo subrogado, el decreto 862, ley de adopción Artículo 1, nos habla que el adoptado entra a formar parte de la familia del adoptante creándose vínculos jurídicos y de parentesco entre los padres y los hijos.

Esto es lo más cercano a la maternidad subrogada y se ha llegado a decir en el derecho comparado que la maternidad subrogada es una forma de adopción prenatal, propuesta que consideran al embrión ya como una persona o un ser.

Generalmente los nascituros no traen ninguna información genética según los tratadistas, si la pareja recurrente no es la dueña de los gametos, porque tal vez los adquirieron en un banco de semen.

5.4. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y EL DERECHO DE SUCESIONES⁹⁰.

En Nicaragua, los hijos suceden por testamento o *ab intestato*⁹¹, a sus padres ya que son sus descendientes biológicos y jurídicamente legales, en el caso de las madres subrogadas, el hijo nacido de la madre de vientre de alquiler, ante nuestra legislación entra dentro de los derechos sucesorios de la misma y peor aun si esta es casada en los del marido de esta, excepto si, se hubiese recurrido a la adopción del nacido por parte de los padres que aportaron el material genético.

Igual problema tendríamos si el hijo nacido de inseminación artificial, la madre que lo pare hereda todo al respecto de este, excepto en caso de adopción.

⁹⁰ Legislación de Familia de la República de Nicaragua, Grupo Editorial Acento S.A. (Editasa), 2010.

⁹¹ Sin Testamento

5.5. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL:

En la reproducción humana asistida, los médicos tienen la obligación de informar al paciente sobre el estado cierto de las investigaciones y procedimientos que aplicará, quedando el paciente claro en todos sus aspectos inclusive en cuanto a los riesgos. Cualquier omisión les genera a los médicos responsabilidad debido al deber que tiene de informar al paciente de los procedimientos y riesgo que conlleva esta práctica médica, por otra parte el paciente es responsable de su propio estado de salud cuando ha sido informado sobre su estado de salud y de los procedimientos y riesgo a los que se somete al realizarse la inseminación artificial (nos referimos a omisiones por parte del paciente).

5.6. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y EL DERECHO PENAL:

Trastocando en la materia de Derecho Penal, nuestro Código sancionan conductas derivadas por parte del médico en falta de información y descuido en su trabajo.

5.7. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y EL ANTE PROYECTO DEL CÓDIGO DE FAMILIA⁹²:

Solamente estipula al referirse a este tema lo siguiente:

⁹² Dictamen del Código de Familia, 31 de Marzo del 2011.

Artículo 219. Técnicas de reproducción humana

El embarazo como resultado de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida exige una previa información para la mujer receptora y para el cónyuge o conviviente, de los riesgos y responsabilidades que conlleva.

Artículo 220. Inseminación artificial o implantación de un óvulo

La inseminación artificial de la mujer con semen del cónyuge, conviviente o de un tercero, así como la implantación de un óvulo de otra mujer con el consentimiento de ambos cónyuges o convivientes, equivaldrá a la cohabitación para los efectos de filiación y paternidad. El tercer interviniente, no adquiere ningún derecho inherente a tales calidades.

Artículo 221. Validez de la inseminación artificial

El hombre que consienta la inseminación artificial ajena u otro procedimiento científico de embarazo de su cónyuge o conviviente, NO PODRÁ IMPUGNAR LA PATERNIDAD DEL PRODUCTO DE LA MISMA AUNQUE COMPRUEBE QUE ES ESTÉRIL.

Quedándonos más que claro el enorme vacío en cuanto a las regulaciones de lo que inseminación artificial se refiere, al hacer una comparación de todos los campos en los cuales se pueden interactuar los derechos y deberes de los sujetos involucrados en esto.

5.8. TIPOS DE CONSENTIMIENTOS NECESARIOS EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Debemos tener en cuenta que el consentimiento es un elemento importante y necesario en la materia de inseminación artificial, de los cuales destacamos los siguientes:

1. El consentimiento del dador del semen.
2. El consentimiento de la mujer inseminada artificialmente.
3. El consentimiento del marido de la mujer inseminada.,
4. El consentimiento del varón que convive de manera estable con la mujer.
5. El consentimiento en la dación de ovocitos⁹³.
6. La valoración y exigencias del consentimiento de la aplicación de las técnicas de fecundación asistidas.

⁹³ **Ovocito** u **oocito** es una célula germinal femenina que está en proceso de convertirse en un óvulo maduro. En general es un óvulo liberado por el ovario en cada ovulación

CONCLUSIONES

Se ha venido conceptualizando que la filiación por naturaleza la enmarca la matrimonial y la no matrimonial y ambas surten los mismos derechos permaneciendo siempre la libre investigación de paternidad o determinación de la filiación a través de la búsqueda de la verdad natural o biológica, la modernización de la legislación enmarcaría una obligación de modificar cuerpos de leyes en cuanto al tema tratado en este trabajo.

Se debe de proceder a la elaboración de una ley especial que regule la utilización de técnicas de filiación asistida y las consecuencias de la misma, en cuanto al campo de la filiación, dejando si claro la necesidad de que se desarrolle todo la problemática.

Por lo tanto es necesario tener claro todos los problemas para ofrecer solución tomando en cuenta que la filiación artificial ha dado lugar a una categoría nueva de filiación, prescindiendo de la relación natural para la procreación con tal de lograr el fin de tener hijos.

La legalidad actual de este tipo de filiación y de puntos relativos a esta, deja demasiadas interrogantes y problemas irresueltos o con una solución insatisfactoria. Son sin embargo, todos ellos cuestiones que afectan muy de cerca a la persona, valores y derechos fundamentales de la misma, como derechos protegidos y delimitados por la constitución política de Nicaragua, los Estados tienen que garantizar al ciudadano sobre todo al más necesitado o vulnerable, como es el caso del ser que nazca del empleo de técnicas científicas y dar una normativa que defina el marco de actuación y

que garantice sus derechos fundamentales antes que las consecuencias desborden sus límites y lesionen sus intereses.

Las personas individuales, parejas, donantes de gametos, deben de conocer las reglas del juego, que son diferentes a la de la procreación natural, para saber a qué atenerse, a los riesgos, responsabilidades que pueden derivar en toda las participaciones de dicha actividad e incluso en la cesión de gametos.

Estamos en total desacuerdo con la posición de los legisladores que creen prematura una regulación de la fecundación asistida, por el simple hecho de no tener suficiente información de campo de las clínicas privadas y hasta hospitales de renombre que ya en sus páginas de internet, propagandizán la utilización de esta práctica, arriesgando por sí, la protección de los derechos fundamentales de los implicados, estipulados en nuestra legislación.

En nuestro medio nacional, dichas clínicas de fertilidad ginecológicas no se someten a ningún reglamento jurídico familiar, sino que simplemente se basan en prestar las condiciones y orientar a los interesados para lograr la fertilización natural y fertilización homóloga y heterólogas.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- 5.8.1. CABANELLAS de las Cuebas, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Nueva Edición, actualizada, Corregida y Argumentada por editorial HELIASTA SRL, 1989, Buenos Aires.
- 5.8.2. GARCÍA PELAYO, RAMÓN; Diccionario la Russe Ilustrado, 1997.
- 5.8.3. BARBERA GUILLEN EMILIO; La manipulación o Mediación Científica en la Reproducción Humana. Universidad del País Vasco - 1987.
- 5.8.4. La Filiación a Finales del Siglo XX, Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana, Abril, 1988, Editorial Trivium S.A. Primera Edición, Madrid – España.
- 5.8.5. MONTERO DUHALT, SARA, Derecho de Familia, Cuarta Edición – 1990.
- 5.8.6. ROCA TRIAS, ENCARNA, La Incidencia de la Inseminación Artificial en los Derechos Fundamentales, 1997.
- 5.8.7. RIVERA HERNANDEZ FRANCISCO, La Investigación de la mera Relación Biológica en la Filiación Derivada de la Fecundación Artificial, 1987.
- 5.8.8. NARANJO R, GLORÍA PATRICIA, La Ley Colombiana ante la Reproducción Asistida, Revista de la Facultad de Derecho y

Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Boliviana, número 98 - 1997.

5.8.9. ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derechos Civiles con Introducción Personas y Familias, Viguésima Tercera Edición – 1989, Editorial Porrúa S.A., México Distrito Federal.

5.8.10. ZANONI EDUARDO A, Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Editorial ASTREA, Buenos Aires Argentina – 1978.

5.8.11. SALGADO MONGUE CARLOS & Add, Filiación Inducida a la Luz del Derecho Comparado, Unan – león, Monografía – 1999.

5.8.12. Código Civil de La República de Nicaragua, Tomo I, Tercera Edición Oficial, Editorial Carlos Heuberger, Managua, Nicaragua – 1933.

5.8.13. Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas, Editorial Parlamento, Managua, Nicaragua – 1995.

5.8.14. Legislación de Familia de la República de Nicaragua, Grupo Editorial Acento S.A. (Editasa), 2010.

5.8.15. Dictamen del Código de Familia, 31 de Marzo del 2011,

A black and white illustration of a woman, likely representing Justice, standing and holding a pair of scales of justice in her raised right hand. She is wearing a long, draped garment. The word "Anexos" is written in a large, stylized, cursive font across the center of the image, partially overlapping the woman's figure.

Anexos

1. NICARAGUA: COLOMBIANO ALEGA ESTAFA EN UNA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Canal 15/100% Noticias/The Associated Press

Managua, 9 Junio 2010

Un colombiano residente en Estados Unidos se declaró estafado por una mujer nicaragüense y el médico que realizó una inseminación artificial, luego que la policía le demostró mediante prueba de ADN que la hija que creía biológicamente suya no correspondía a sus genes.

El colombiano, identificado como Johnny Alexander Henao Agudelo, fue arrestado el 3 de mayo en el Aeropuerto Sandino, por sospechas de trata de personas cuando se preparaba a viajar con su supuesta hija rumbo a San Diego, California, Estados Unidos, donde reside, dijo a AP la vocera policial, comisionada Vilma Reyes.

Reyes dijo que Henao Agudelo se declaró estafado por el médico a quien identificó como, Vernon Halleslevens, y la mujer que él contrató, Nora Marín, de 35 años. Señaló que a ambos les pagó unos 13.000 dólares para obtener un hijo mediante inseminación artificial.

La niña fue inscrita en el Registro Civil de las Personas de Managua con el nombre de Erika Henao Marín. La vocera policial dijo que el caso fue pasado al Ministerio Público que deberá tomar acciones al respecto.

Noel Alonso Cano, abogado del colombiano, dijo a AP que acusarán a Marín, "por estafa" y a los responsables de la Clínica o a Halleslevens, "por haber prestado cooperación necesaria en el caso" en el que hubo "negligencia médica".

La prueba de ADN de la niña fue realizada por el Instituto de Medicina Legal. Marín se ha negado a dar declaraciones, lo mismo que Halleslevens.

El abogado Alonso Cano dijo que la niña se encuentra bajo protección del Ministerio de la Familia.

2. EL MILAGRO DE LA VIDA LA PRENSA.COM.NI

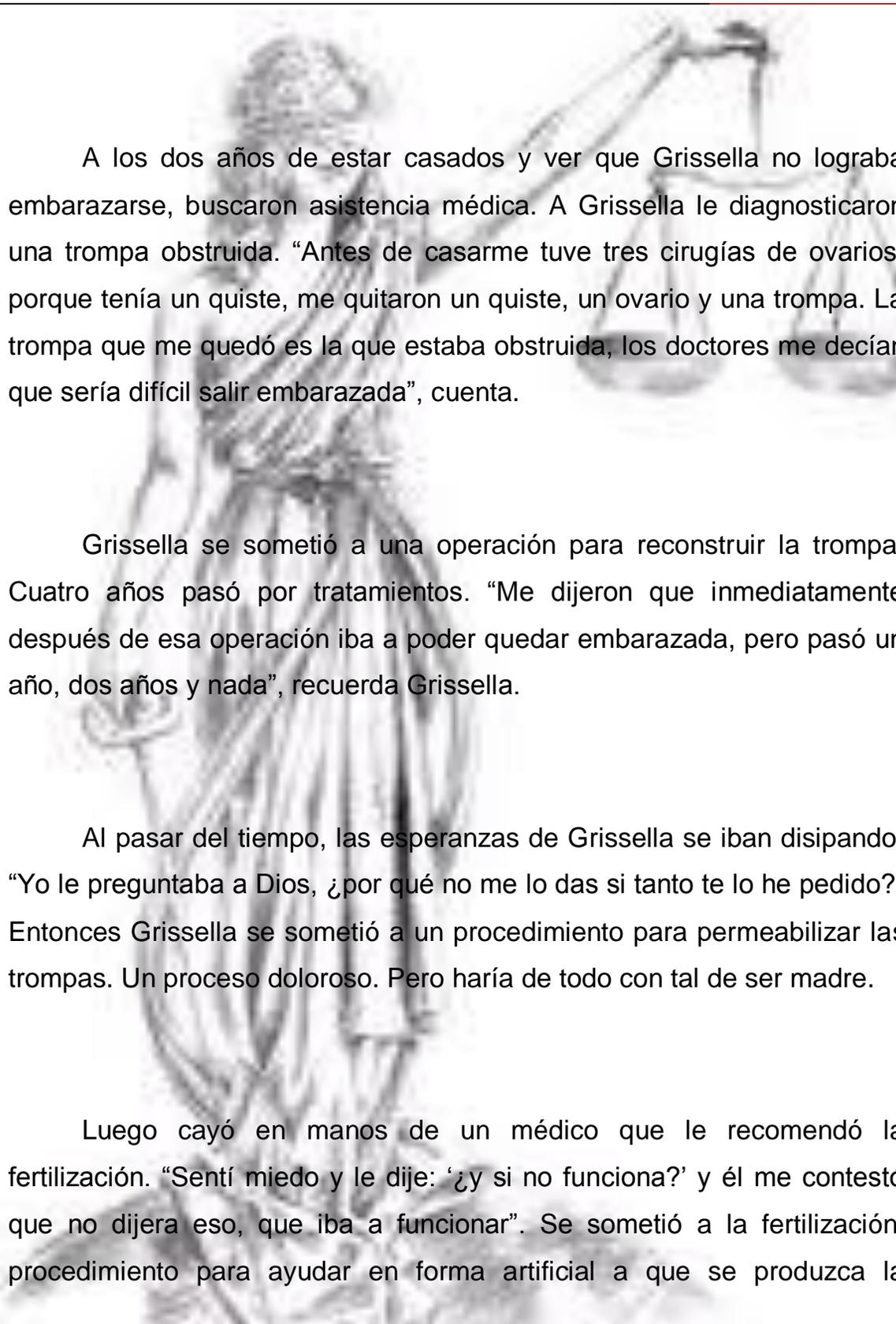
Tres mujeres que por años lucharon para lograr ser madres comparten sus historias cargadas de tropiezos, inseguridades, pero sobre todo fe en que lo lograrían... y lo lograron.

Cada día es más común encontrarse con parejas que no logran concebir. Así lo confirma uno de los miembros del Centro de Fertilidad en Managua, el doctor Vernon Halleslevens.

La infertilidad es un fenómeno en aumento. Las causas son sobre todo ambientales. De 10 parejas con problemas para concebir, en 6 el problema lo presenta el hombre. Los pesticidas, fumar, uso de drogas, incluso los famosos “traguitos sociales”, pueden ser causas de infertilidad, según el especialista en fertilización in vitro.

Hasta que llegó

Grissella Saavedra y Francisco Javier Silva Lazo se casaron en 1999, después de 7 años de noviazgo. Nunca contemplaron que Grissella consumiera anticonceptivos porque querían ser padres pronto.



A los dos años de estar casados y ver que Grissella no lograba embarazarse, buscaron asistencia médica. A Grissella le diagnosticaron una trompa obstruida. “Antes de casarme tuve tres cirugías de ovarios, porque tenía un quiste, me quitaron un quiste, un ovario y una trompa. La trompa que me quedó es la que estaba obstruida, los doctores me decían que sería difícil salir embarazada”, cuenta.

Grissella se sometió a una operación para reconstruir la trompa. Cuatro años pasó por tratamientos. “Me dijeron que inmediatamente después de esa operación iba a poder quedar embarazada, pero pasó un año, dos años y nada”, recuerda Grissella.

Al pasar del tiempo, las esperanzas de Grissella se iban disipando. “Yo le preguntaba a Dios, ¿por qué no me lo das si tanto te lo he pedido?” Entonces Grissella se sometió a un procedimiento para permeabilizar las trompas. Un proceso doloroso. Pero haría de todo con tal de ser madre.

Luego cayó en manos de un médico que le recomendó la fertilización. “Sentí miedo y le dije: ‘¿y si no funciona?’ y él me contestó que no dijera eso, que iba a funcionar”. Se sometió a la fertilización, procedimiento para ayudar en forma artificial a que se produzca la

fecundación e implantación del huevo. Recuerda que un lunes de la Semana Santa le tocaba recoger el resultado de la prueba de embarazo, pero no tuvo valor y le pidió a su esposo que él lo recogiera. A las 8:30 de la mañana su esposo la llamó para felicitarla.

“Tenía ganas de gritar de felicidad”, cuenta. Y desde entonces inició un proceso de inyecciones por tres meses para retener el embarazo.

“Este niño fue un regalo del Señor, un milagro del Señor y también de la Virgen”, asegura Grissella, quien es devota de Jesús del Rescate, en Rivas.

El 14 de febrero del año en que salió embarazada, su esposo le preguntó qué regalo quería. Ella pidió una Purísima para rezarla los 9 de diciembre. Grissella considera una señal que cuando le calcularon su fecha de parto el resultado fue 9 de diciembre.

Los miedos quedaron atrás. Su bebé tiene seis meses. Es muy sano y feliz.

i. ENSAYAN OPERACIONES MÁS SEGURAS Y ECONÓMICAS



Médicos
nicaragüenses se
capacitan en
nuevas técnicas
quirúrgicas

Doctor Vernon Halleslevens realizando una laparoscopia. (LA PRENSA/ M. ESQUIVEL)

Adelayde Rivas Sotelo
adelayde.rivas@laprensa.com.ni

En el Hospital Militar Alejandro Dávila Bolaños se llevó a cabo ayer la Primera Jornada de Cirugía Ginecológica Endoscópica, con el objetivo de ofrecer óptimos resultados a corto plazo en la recuperación de las pacientes con padecimientos como miomas, hemorragias, pólipos, entre otros.

Según el doctor Walter Mendieta, la técnica laparoscópica ginecológica existe en Nicaragua desde 1974. Fue practicada inicialmente por el doctor Edmundo Mendieta. “En vista de los cambios ocurridos en

los años ochenta, pasó a mantenerse a un estado suspendido por la falta de material quirúrgico necesario en estas intervenciones”, dijo el doctor Walter Mendieta.

El doctor Vernon Halleslevens C., ginecólogo obstetra opina que este tipo de técnicas quirúrgicas promueven la mejoría del paciente y beneficia la economía para cada institución.

“Este tipo de cirugía ahorra todo el material hospitalario (hilo, gasa, agujas). La paciente entra y sale el mismo día, sin incurrir en gastos de hospitalización”, afirmó Halleslevens.

Muchos médicos –continúa el especialista– se resisten a aplicar esta tecnología. “Están acostumbrados a seguir utilizando los métodos tradicionales y nuestro objetivo es estar a la vanguardia mano a mano con la tecnología”, dijo.

“Nuestros médicos están totalmente capacitados para realizar esta cirugía, lo que falta es mayor entrenamiento y disposición de querer aprender”, enfatiza el doctor Juan José Lugo quien dirigió una operación de histeroscopia.

La jornada fue auspiciada por la empresa Bühler Pharma & Storz, fabricantes y distribuidores de instrumental quirúrgico y equipos médicos, quienes estuvieron a cargo de proporcionar los histeroscopia utilizados.

ii. PUBLICIDAD. <http://guialocal.com.ni/dr-vernon-halleslevens.html>

Dr. Vernon Halleslevens

Dirección: Clínica Plaza España Rotonda El Güegüense 1 1/2C Abajo

Teléfono: 22665279

Rubros

Esterilidad - Infertilidad • Ginecología

iii. PUBLICIDAD. <http://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/76349>,
Hospital - Reproducción Humana en Managua

Clínica de fertilidad, Ginecología y Obstetricia.

Ciudad Jardín Litro 1c Al Oe 1/2c Al N no 37Managua

Dr Juan José Lugo Kautz

Bolonia Clínica Plaza España Managua

Dr. Vernon Halleslevens

Clínica Plaza España Rotonda el Güegüense 1 1/2c Abajo Managua

Dra. Michelle Herrera Vásquez

Cd Jardín No.37 de la Litro 1c Ab 1/2c Lago Managua

Dra. Yacoi. Hernández

Lomas del Valle Entrada 10m Al S Oe 1c Al S C Miguel de Cervantes

E-07Managua

Montenegro Larios Martha

Iglesia el Carmen 75 Varas Al Norte Managua

v. ALQUILAR VIENTRES, ES NEGOCIO LIBRE / ERNESTO GARCÍA y
RAFAEL LARA | Nacionales

* La madre de alquiler dice que el médico le planteó el negocio, pero éste afirma que fue ella quien llegó a ofrecerse, por estar con problemas económicos

* Colombiano dice estar dispuesto a permanecer en el país el tiempo que sea necesario para que los señalados respondan por haberlo engañado

Nora María Marín Sevilla y el médico Vernon Halleslevens Castillo, señalados por el colombiano Johnny Alexander Henao de haberlo estafado haciéndole creer que la mujer le había tenido una bebé por fecundación in vitro, se recriminaron cuando brindaron sus respectivas declaraciones en la Dirección de Auxilio Judicial Nacional, DAJ.

El 13 de mayo, la mujer que alquiló su vientre dijo a la Policía que fue el doctor Halleslevens quien le hizo la propuesta, y que ella aceptó de inmediato por estar en una situación económica precaria.

Según Marín, ella le preguntó al doctor qué tan cierto era eso de los vientres de alquiler, y el galeno le respondió que esa era su

especialidad y que él conocía a una pareja de la cual la mujer no podía tener hijos, y le preguntó si ella estaba dispuesta a alquilar su vientre.

“Cuando yo le respondí que sí al doctor, es porque estoy pasando una mala situación económica, entonces él me dijo que debía prepararme psicológicamente, porque el niño que iba a crecer dentro de mi vientre no era mío”.

Halleslevens la contradice

El ginecólogo, al rendir su declaración ante las autoridades policiales, dijo que Nora Marín se presentó hace un año a su consultorio a decirle que había visto en un programa de televisión el tema de los vientres de alquiler.

“Ella me expresó que estaba en una situación económica muy difícil, y que si había una oportunidad de participar en ese tratamiento se la diera. Es así que luego de conocer el deseo del señor Johnny Alexander Henao de ser padre, contacté a Nora Marín, y ella aceptó los términos del trato de ser madre ‘surrogacy’, es decir, alquilar su vientre”, manifestó Vernon Halleslevens, ante las autoridades policiales.

Halleslevens dijo que el trato entre Marín y el extranjero se hizo de manera verbal, y que la mujer que se comprometió a alquilar su vientre recibiría un pago de 5 mil dólares una vez que nacieran la criatura y él 2 mil dólares por sus honorarios.

Al declarar ante la Policía, el galeno se cuidó de no decir que también él fue engañado por Marín, como supuestamente le dijo a Henao

cuando se descubrió con la prueba del ADN, que la niña que la mujer -- habitante de un barrio del Distrito V de la capital-- no es fruto del embarazo in vitro, sino de una relación con otro varón.

Noel Alonzo Cano, abogado del colombiano Henao, dijo que su representado está dispuesto a llevar el caso hasta los tribunales de justicia, y que para ello permanecerá en el país el tiempo que sea necesario.

“Del análisis que hemos hecho tenemos como primera conclusión que el médico Vernon Halleslevens al menos fue cooperador necesario en la autoría de este delito de estafa”, expresó Alonzo.

“Mi hija es víctima”

Ana Francisca Sevilla, madre de Nora Marín Sevilla, dijo que su hija es “víctima del doctorcito”, refiriéndose al médico Halleslevens, “porque ella cayó en su jueguito” (el vientre de alquiler).

“Mi hija está muy afectada por lo sucedido. Ella está destruida de manera psicológica, y si se muere, yo sé a quién voy a responsabilizar”, sentenció Ana Francisca Sevilla, en alusión al galeno.

Ante la pregunta de si su hija recibió el dinero que tanto el médico como el colombiano aseguran que le pagaron por alquilar su vientre, doña Ana Francisca Sevilla respondió:” Eso sólo ella --Nora Marín-- se lo puede responder”.

Ayer, por segundo día consecutivo, EL NUEVO DIARIO trato de obtener la versión del doctor Halleslevens, pero éste, a través de su asistente, dijo estar anuente a ser entrevistado, pero que tenía varias cirugías pendientes.

Al igual que el día anterior, la llamada telefónica confirmando el momento de la entrevista nunca llegó.

Fiscalía a la expectativa

La fiscal Odette Leyton, Directora de la Unidad de Género del Ministerio Público, dijo que aunque los vientres de alquiler no están penalizados en la legislación nicaragüense, lo denunciado por el colombiano Alexander Henao “es una campanada de alerta, ya que también se necesita regular no sólo ese tema, sino también el sacar al bebé del país”.

Para la directora de Género de la Fiscalía, la denuncia del extranjero también debe ser una campanada de alerta para el Ministerio de Salud, que debe regular a quienes brindan sus servicios médicos como especialistas en temas como los embarazos in vitro.

- ✓. <http://www.elsestandard.com/2010/06/25/acuerdo-en-caso-del-vientre-de-alquiler/> Acuerdo en caso del vientre de alquiler Un acuerdo extrajudicial entre el médico ginecólogo Vernon Halleslevens Castillo y el colombiano Johnny Alexander Enao, según el abogado Noel Alonzo Cano, “abortó” un inminente juicio del extranjero contra el galeno por un fallido embarazo in vitro.