

## DOCTRINA

## Ineficacia de la Presunción de Paternidad en Ciertos Casos de Fecundación Humana Asistida

Víctor José Castellanos\*

*En estas reflexiones, pretendemos incursionar, en los temas de filiación y, como ésta, con miras al futuro, tiene grandes retos de posibles transformaciones conceptuales y corrientes doctrinales tradicionales, dejando a un lado, en muchos casos, la "presunción de paternidad" que prescribe el Art. 312 del Código Civil Dominicano.*

Veamos, pues, que al dejar a un lado la fecundación tradicional natural, sobre todo, para aquellas parejas con dificultad de procreación, el hecho de la multiplicación de la especie por métodos asistidos abren un campo muy amplio de opiniones positivas y negativas que hacen de la temática un problema a resolver por la legislación y jurisprudencia dominicanas.

### LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA

*La participación de la ingeniería genética en la inseminación artificial, consiste en la introducción de espermatozoides de un hombre en el interior de los órganos genitales femeninos, mediante un procedimiento distinto del contacto sexual normal o en la manipulación externa de la espermatozoos masculina y el óvulo femenino, para que una vez fecundado, éste último, se introduzca en el vientre materno femenino.*

\*) Licenciado en Derecho, UCMM, 1971. Especialista en Psicología Industrial, UASD. Profesor Asociado PUCMM. Premio Nacional de Literatura en el género de Didáctica, 1990. Director del Departamento de Ciencias Jurídicas, PUCMM.

La medicina, la biología y otras ciencias afines, en los tiempos actuales, plantean opciones de procreación humana muy distantes del método tradicional natural. Esas opciones, por su profundidad, contenido y fines, producen serias reflexiones en el pensamiento cristiano, así como, en las prescripciones legales, doctrinales y jurisprudenciales de las ciencias jurídicas.

A los fines de este trabajo, por razones obvias, solamente vamos a reflexionar en el campo del derecho y, en algunos momentos nos permitiremos emitir consideraciones de carácter humano-ético.

*La procreación humana asistida se desarrolla en dos vertientes principales:*

*1ª La inseminación artificial, que a su vez, puede ser organizada de dos formas:*

*1.a) La inseminación artificial con semen del cónyuge (IAC), la cual también se le conoce como "inseminación artificial homóloga".*

*1.b) La inseminación artificial con semen de donante (IAD) y, que también recibe el nombre de "inseminación artificial heteróloga".*

*2ª La fecundación "in vitro" con transferencias de embriones (FIVITE); y*

*2.b) Fecundación "in vitro" por transferencias de gametos (GIFT).*

Independientemente de estas clasificaciones, es preciso hablar de otras formas de reproducción humana que hoy en día también están bastante desarrolladas como son: La reproducción asexual o "clonning" y, aquella fertilización que, aunque siguiendo los métodos ya clasificados, se puede producir después que el donante ha dejado de existir y cuyo semen previamente obtenido antes de su muerte, se manipula en pro de una fecundación efectiva. En esta última, el semen se coloca como en un proceso de hibernación hasta su utilización en el seno materno.

En todos y cada uno de estos casos empiezan a plantearse, tal y como hemos expresado al principio, una serie de interrogantes ético-legales de gran trascendencia que pueden modificar a través del tiempo concepciones tradicionales, en especial aquellas que se refieren a los asuntos de filiación para su incubación y luego procreación. O sea, que en todos los casos de fecundación humana asistida, se pretenden salvar los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre un hombre y una mujer.

### INSEMINACION ARTIFICIAL CON SEMEN DEL MARIDO (IAC) (HOMOLOGA)

*Esta forma de fecundación humana, generalmente, se prescribe en aquellos casos, en que real y efectivamente los esposos tienen dificultades preferentemente anatómicas para procrear. Consiste en la introducción por médicos especialistas, de esperma de un hombre (esposo), en el interior de los órganos femeninos.*

En este primer caso de fecundación humana asistida se presentan algunas vertientes jurídicas muy interesantes y que es preciso dilucidar, previo al hecho mismo de la inseminación. Veamos. Los esposos y el médico especialista, por razones obvias, previo a toda asistencia deben celebrar presumiblemente un contrato de asistencia a los fines de fecundación. **Seriaux** sostiene que "todos estos contratos son nulos porque ellos comportan un atentado al principio de la indisponibilidad del cuerpo humano que está fuera del comercio"<sup>1</sup>. Agrega otro autor, **Vouin**, que "tal principio no tiene un alcance absoluto, puesto que, la donación de otros productos del cuerpo como la sangre y la leche es válida"<sup>2</sup>.

Obviamente, que la doctrina está dividida en este aspecto del contrato. Sobre todo, hay un aspecto básico en esta forma contractual: el comercio de la fecundación de un ser humano. Pero hoy se hacen transplantes humanos cuya validez no se cuestiona; ahora bien, el derecho siempre debe estar subordinado a la dinámica moral y, ésta, realmente, en especial la moral cristiana rechaza toda forma de comercio que atente contra la dignidad humana.

La doctrina, legislación y jurisprudencias dominicanas, creo, no han tenido oportunidad para pronunciarse sobre el tema de la fecundación humana asistida. Pero, ¿podría encuadrarse este contrato entre aquellos que trasgreden el orden público y las buenas costumbres?

Recordemos que no es lo mismo donar un "órgano" que "dar vida a otro ser" por medio de un simple contrato.

Ahora bien, veamos el hecho de la inseminación con el semen del esposo.

El producto de esa manipulación genética, en principio, sin dudas, está amparado por la presunción de paternidad prevista por el Art. 312 del Código Civil. Es decir, a los términos de la ley, son hijos nacidos dentro de matrimonio.

Basta para justificar esta aseveración. Lo que plantea en su primera parte el referido Art. 312, cuando dice: "se reputa hijo nacido en el matrimonio..." Es preciso puntualizar, que existe una relación biológica hijo, padre y madre.

Ahora bien, ¿podrá el marido "a posteriori" alegar que el profesional de la medicina actuante manipuló su líquido seminal y, que en vez de aquel de su propiedad, se inoculó en su mujer la esperma de otro hombre? Es decir, el marido alegará que si bien es cierto que la criatura fue concebida y nacida en el matrimonio no es de él,

porque fue el producto del semen de otro hombre. Así planteado el asunto, el hombre, el marido, podría intentar utilizar el procedimiento de desconocimiento de paternidad. No obstante, su esposa y en su anhelo de tener descendencia dejaría sin efecto cualquier acción de esta naturaleza. Pero, si los padres son de color blanco, y el niño nace con facciones morenas ¿cómo justificar socialmente esto? Obviamente, que todo va a depender de la madurez de los esposos y de la dificultad de prueba de la manipulación que haya podido haber acontecido.

En fin, sobre este tenor hay que concluir que surge una figura novedosa en el derecho, "la donación de paternidad".

*Es preciso examinar en esta misma parte aquellos casos en que no existe matrimonio, sino que lo que hay es un concubinato público y notorio.* Posiblemente, el fruto de esta inseminación, cuando el semen procede del concubino, no existe dudas que el padre podrá "reconocer" como su hijo a la criatura que nace. Pero, si se manipula su semen con el de otro hombre, se presenta la cuestionante que ya hemos explicado y el padre podrá negarse a reconocerlo. Pero, si aún el padre "donando" su semen, teniendo la certeza, además, de que ese fue el inoculado a su concubina no quiere reconocer al hijo; obviamente, que el hijo podrá reclamar con más fuerza probatoria (contrato con el médico) su filiación con respecto a su padre.

No queremos dejar de enfatizar, y en este último caso con más fuerza, la cuestionante sobre la ilicitud del contrato entre los concubinos y el médico. *Recordemos que las convenciones con concubinos no está debidamente protegidas porque al parecer de la ley son relaciones inmorales.*

## INSEMINACION ARTIFICIAL CON SEMEN DE DONANTE (IAD) (HETEROLOGA)

La inseminación artificial con semen de donante se realiza no con el semen del esposo de la mujer receptáculo, sino, con semen de un tercero. Posiblemente, estos casos son comunes cuando el marido de la mujer tiene deficiencias para engendrar. También hay que agregar que, a estos fines, existen bancos de semen en el extranjero (que yo sepa aquí no existen), que permiten obtener semen hibernado para efectuar la fecundación.

Existe la posibilidad que el "donante" sea un hombre anónimo o, podría ser, que éste sea conocido por los cónyuges. Lo que si creo que debe asegurarse en estos casos es que el donante sea sano y que por lo menos, reúna los caracteres morfológicos parecidos al de los padres.

En los niveles que se maneja el tema hoy día, sería intrascendente puntualizar sobre el contrato mismo por medio del cual el donante o el banco de semen transfieren el mismo a la mujer receptáculo. Para todos hay que señalar lo ya expresado; es un contrato que pretende legitimar la creación de una vida diferente a lo establecido por el método natural, más aún, con la intervención de un tercero que no es el marido de la mujer casada. Enfatizaremos, otra vez, que se encuentra en los términos actuales de la legislación dominicana muy en entredicho la licitud del mismo. Más aún, podríamos estar en presencia de un posible incesto, si el semen donado pertenece a un familiar de la mujer, de aquellos que le está prohibido esa relación.

El hijo así concebido y su posterior nacimiento dentro del marco del Art. 312 del Código Civil, en principio, su filiación no se cuestiona, su filiación es legítima.

No obstante, hay que hacer algunas puntualizaciones: ¿Podría posteriormente al hecho del nacimiento accionarse en contra de la legitimidad, por el hecho de que nació en un matrimonio en que el marido es impotente?

¿Podría el donante de semen alegar su paternidad y reclamarla como tal?

¿Debemos descartar en el caso de la especie que el producto de ese "negocio" no es el fruto del adulterio de la madre?

¿Debe negársele al hijo así concebido el conocimiento de su génesis? ¿No se le estaría negando un derecho inalienable que como persona posee?

Vamos a estudiar en primer lugar la primera cuestionante. El Art. 313 del Código Civil plantea, que el marido no puede invocar su impotencia natural para negar al hijo, más aún, el Art. 312 del Código Civil señala, que la impotencia sólo puede ser invocada si es por efecto de un accidente. A estos fines, el legislador francés ha considerado que la prueba de la impotencia natural, sino es imposible, por lo menos resultaría muy difícil de suministrar. Ahora bien, para que "haya accidente", es preciso, que exista un atentado material contra los órganos sexuales masculinos, tales como: heridas mutilaciones, operaciones quirúrgicas... En esta última, las operaciones quirúrgicas, *La Morandiere* expresa: "La impotencia resultante de una enfermedad debe ser asimilada a la impotencia natural"<sup>3</sup>. No obstante, al parecer ningún otro hecho diferente de los admitidos por el texto puede justificar el desconocimiento, pero la jurisprudencia francesa señala, que la impotencia resultante de una operación en los órganos sexuales masculinos debe ser asimilada a la impotencia accidental y, por tanto, sería admisible como válida una acción

en desconocimiento basamentada en este último argumento.

O sea, que el desconocimiento de paternidad fundada en la impotencia del hombre, sólo funciona cuando es a consecuencia de un accidente.

En segundo lugar, en lo referente a si el donante de semen puede alegar su paternidad y reclamarla como tal. Hay que precisar algunas cosas:

La acción en reclamación de estado es aquella por medio de la cual una persona pretende establecer su derecho a un estado civil del cual no goza, demostrando su filiación. Es decir, que nació de una mujer casada. Esta acción por su naturaleza familiar se encuentra sometida a restricciones particulares, y se refieren: 1º a la competencia del tribunal; 2º a las personas que pueden intentar la acción; 3º sobre la prescriptibilidad de la acción y, por último, 4º la autoridad de la cosa juzgada en materia de filiación. Al tenor de lo expresado por el Art. 326 del Código Civil, sólo los tribunales civiles son competentes para conocer de las acciones en "reclamación de estado". Aún el texto sólo hable de la acción en reclamación, no cabe dudas, que debe extenderse a las acciones en contestación de estado.

Planteado así, si un asunto de filiación se presenta por ante una jurisdicción de excepción, el tribunal deberá declararse incompetente y enviar el asunto por ante la jurisdicción civil. Esto a pesar de que "el juez de la acción, es el juez de la excepción". Sin embargo, este principio sufre algunas restricciones cuando no impide que la cuestión de filiación sea examinada incidentalmente por una jurisdicción represiva. Por ejemplo, en caso de parricidio, se presenta el caso de saber si el acusado es hijo de la víctima. Pero, existe un caso, en que

de manera tajante, la ley le otorga exclusividad a los tribunales civiles para el conocimiento del asunto de la filiación y, resulta, de lo prescrito por el Art. 327 del Código Civil, en lo relativo a las acciones de los delitos de "supresión de estado". El autor de estos hechos no puede ser penalizado si ante el tribunal civil no haya establecido su verdadera filiación. Contrario a todo principio procedimental, aquí, lo "civil mantiene lo penal en estado". Esto quiere decir que la acción criminal no puede concluirse hasta que no haya intervenido sentencia definitiva sobre la cuestión del estado.

¿Qué personas pueden intentar la acción en reclamación?

En principio, sólo puede ser ejercida por el hijo mismo o, por sus representantes legales. No obstante, la jurisprudencia francesa, parece admitir, sin embargo, que puede ser ejercida por la madre cuyo hijo no ha sido declarado conforme a su verdadero estado civil y, aún, por el marido de la madre. A todas luces, esta acción en reclamación es negada a los acreedores. Además, se permite el ejercicio de esta acción a los herederos, en los casos previstos en los Art. 329 y 330 del Código Civil.

Es decir, que a los fines de una inseminación heteróloga, el padre verdadero, el donante de semen, podrá reclamar válidamente su paternidad, lo que podría hacer caer las prescripciones del Art. 312 del Código Civil, aún el niño haya sido concebido o nacido durante la vigencia del matrimonio.

Recordemos que los hijos que se encuentran sometidos a la presunción del Art. 312 del Código Civil son: 1º los hijos concebidos; 2º los hijos nacidos durante el matrimonio.

Ahora bien, ¿cómo podrá establecerse que un hijo ha sido concebido durante el matrimonio? La

ley para evitar cuestiones médicas delicadas ha establecido: "que la concepción del hijo debe colocarse en el tiempo transcurrido desde los trescientos hasta los ciento ochenta días anteriores al nacimiento del niño". A consecuencia de esta presunción, aún si lleva el niño otra paternidad diferente a la del matrimonio se reputa hijo de éste. Pero, no obstante, el marido, por un lado, puede retractarse de esta presumida admisión de paternidad probando que la concepción del niño ha tenido lugar en condiciones inconciliables con la idea de filiación legítima y, por otro lado, el donante puede intentar reclamar su paternidad al ser el donante del semen que dio lugar a la criatura.

En otro sentido, pero, siguiendo la línea de la acción en reclamación y, en lo referente a las restricciones que ésta impone, agregamos que también se tiene que tomar en cuenta la prescriptibilidad de la acción. De manera general, la acción en reclamación es imprescriptible cuando ella es acordada a un individuo en un interés personal. Es más, el padre reclamante no puede renunciar a ella y no sería susceptible de ninguna transacción.

Y por último, la autoridad de la sentencia en materia de filiación se discute. Unos alegan que las sentencias dictadas en esta materia poseen un carácter absoluto. Es decir, que producen efectos "erga omnes". Mientras que la jurisprudencia francesa, después de ciertas vacilaciones, se ha pronunciado afirmando que las sentencias que intervienen en materia de filiación tienen un carácter relativo, tal y como lo dispone el Art. 1351 del Código Civil. No conozco la apreciación de la jurisprudencia dominicana sobre este tema.

Ahora bien, ¿debemos descartar en este caso que el fruto del negocio de la donación de esperma no presenta visos de adulterio?

El Art. 336 del Código Penal establece que el adulterio del marido o de la mujer no podrá ser denunciado sino por el otro cónyuge<sup>4</sup>. Eso significa que el cónyuge, pretendidamente ofendido, lo sería el esposo de la mujer objeto de la inseminación heteróloga. Pero creemos que si él y la esposa son los requerientes para tener un hijo, sería muy cuesta arriba, que luego, el marido quisiera impugnar ese pacto y sobre todo, inculpar a su esposa de adulterio y al donante como cómplice. A todas luces, todo esto nos parece absurdo y fuera de la realidad, sobre todo, que falta la intención en uno y otro; además, no hubo relación coital entre la esposa y el donante.

Por último, debemos expresar que todo ser humano tiene derecho a saber su origen y, en un momento dado, conocer que nació del fruto del esperma de otro hombre que no es el marido de su madre. Puede resultar traumatizante para el hijo, ya que las relaciones familiares deben estar sustentadas en la sinceridad de todos los componentes familiares, porque cualquier sospecha daría al traste con la estabilidad familiar.

### FERTILIZACION "IN VITRO"

Tal y como hemos expresado, la fertilización "*in vitro*" puede concebirse de dos formas: 1º con transferencias de embriones (FIVITE); 2º transferencias de gametos (GIFT). La primera, con transferencias de embriones (FIVITE), se define "como una técnica en la cual el óvulo (ovocito) inmaduro, es removido de la mujer y puesto cuidadosamente en un medio preparado para su cultivo y fertilizado luego con esperma"<sup>5</sup>.

El informe **Warnok** la define como aquella que "se produce mediante la extracción del óvulo humano maduro para que se fecunde "*in vitro*"

con el semen, bien de su esposo, de manera que una vez que hubiera ocurrido la fecundación se transfiera el embrión al útero, bien de la pareja comitente, bien en el útero de una tercera persona que lleva a cabo con aquella pareja un contrato de gestación"<sup>6</sup>.

El procedimiento médico que se sigue en estos casos, comienza por una estimulación ovárica que permite recoger directamente en el ovario, bajo anestesia y mediante una laparoscopia, un número de óvulos variantes de uno a diecisiete. Estos óvulos puestos en presencia "*in vitro*" de los espermatozoides del marido son fecundados en una proporción mediana del 60%. Tres o cuatro de los embriones así producidos son implantados de los primeros... en el útero, en el curso de un nuevo ciclo, si la implantación ha sido seguida de un embarazo<sup>7</sup>.

En el aspecto jurídico, cuando los gametos provienen de la propia pareja afectada del problema de esterilidad, se puede concluir que las soluciones jurídicas apreciadas dentro del marco del Art. 312 del Código Civil son similares a la inseminación homóloga. En este caso, la pareja casada ofrece el fruto (semen y óvulo) para que manipulado, científicamente, se reimplante de nuevo en la mujer casada y, surja así un nuevo ser, hijo de ambos. El hijo así procreado resulta hijo legítimo si la pareja está unida por el vínculo del matrimonio o, puede ser considerado hijo natural reconocido por ser consanguíneo de ambos padres. Obviamente, que en este último caso, debe ser expresamente reconocido por su padre genético. Hay que observar que lo único que faltó en el caso de la especie para la fecundación es la "era cópula"; es decir, no se produjo la fecundación como resultado de una relación sexual.

Esta fecundación asistida, a nuestro modo de entender, no permite la existencia de dudas acerca de la maternidad y/o paternidad, porque la manipulación genética es con el producto sexual de ambos padres biológicos, de suerte que adquiere todo su rigor la regla según la cual "pater is quem sanguis demonstrat".

Pero, aún en estos casos de tanta seguridad para la maternidad y paternidad se puede presentar la situación de que el padre fallezca o se divorcie ambos esposos. Aquí sería importante determinar la fecha posible de la concepción; pues existe el riesgo de que la criatura nazca después de los 300 días y no se encuentre entonces amparado por la presunción de paternidad. Para **Rubellin-Devich**<sup>8</sup> el niño se reputará concebido a partir del día de la transferencia de los embriones en el útero y cuando se verifique un embarazo. Creemos que debe haber una apertura mental más amplia y, pensar que el hecho de que el padre haya consentido en la fecundación, es una muestra irrefutable de su paternidad y, que por tanto, en todo caso, el hijo sea legítimo o natural reconocido. Una segunda hipótesis que puede aparecer, es la que se realice con un óvulo donado y el semen sea del esposo. En este caso se recurre cuando la mujer puede dar a luz, pero, es incapaz de producir óvulos o que exista algún riesgo de transmitir alguna enfermedad.

Aquí, el espermatozoide es del esposo y, por tanto, la paternidad resulta incuestionable. Pero, lo que sí es discutible, es la maternidad. Existe una maternidad ovular o genética y, por otro lado, la maternidad gestante.

La madre ovular o genética tendría, obviamente, una posible alternativa jurídica: reclamar su filiación materna<sup>9</sup>, pero, en este sentido, el informe **Warnock**<sup>10</sup> señala que, "cuando nazca un niño de

una mujer como consecuencia de la donación del óvulo de otra mujer, la mujer que alumbró al niño sea considerada, a todos los efectos, como la madre de ese niño, y que la donante del óvulo no tenga derechos o deberes con respecto al niño"<sup>11</sup>. Además, el Art. 312 del Código Civil plantea el asunto de la paternidad y, como ésta resulta incuestionable la filiación de la criatura sería legítima. Más aún, de ese mismo artículo se infiere que lo imprescindible es una gestación y un alumbramiento de la mujer que se pretende la madre, y la existencia de un matrimonio entre ésta y el padre.

Otra forma de fecundación "*in vitro*", podría ser por la donación de embriones con gametos, provenientes de terceros (donantes). Este caso resultaría, posiblemente, de un esposo infértil o, evitando la transmisión de una enfermedad del mismo. El embrión implantado a la mujer no produce, en lo jurídico, ningún problema para la maternidad (existe la gestación y el parto de la mujer). Pero, con respecto al padre, la situación es parecida a la inseminación heteróloga y se plantearía las mismas opciones jurídicas que nos hemos planteado en este trabajo.

Resultaría también osado plantearse la adopción del "non nato", porque nuestra legislación positiva no concibe la adopción prenatal.

## LAS MADRES SUSTITUTAS O PORTADORAS

Presenta dos modalidades: que exista una sustitución completa de la madre o, que estemos en presencia de una madre portadora. Veamos la diferencia entre ambas. En la primera existe una contratación de una mujer que accede a desarrollar en su vientre una criatura en una etapa determinada, dar a luz y luego entregarla a una

pareja contratante. A estas madres también se les llama "madre prestada", "madre por procuración", "madre de reemplazamiento", etc..

El caso no presenta para la esposa ni una gestación, ni un parto. La esposa simplemente fue la receptora del producto de un embarazo de otra mujer y que, por medio de un contrato, se le ha entregado el resultado: un niño.

Independiente del juicio ético y moral, el "negocio jurídico", resulta también altamente cuestionable. No podríamos concebir la naturaleza del contrato, ni a la luz del artículo 1710 del código Civil (locación de obra), ni tampoco en el ámbito del Art. 1130 del Código Civil (venta de cosa futura)<sup>12</sup>.

Nuestra opinión muy particular es que tanto el objeto, como la causa contractual son ilícitos. Recordemos que "sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de los contratos"<sup>13</sup> y, el hombre como tal, no es un objeto de comercio. Son contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

De todo esto resultaría que la mujer gestante, podría negarse a entregar el producto de su "negocio jurídico" y, consecuentemente, los padres presuntos (los esposos) no dispondrían de ninguna acción para hacer cumplir lo pactado. De ahí que, el Art. 312 del Código Civil no tendría ninguna vigencia real. Pero, aún después de una posición tan radical, habría que plantearse una distinción, entre la maternidad de sustitución completa y la que solamente es portadora.

Veamos en el primer caso. Los esposos aportan sus células germinales, que fecundadas "in vitro", serán con posterioridad implantadas como cigoto o embrión en el útero de la mujer gestante.

La madre no es otra que la que dio a luz "mater certa semper est". Parecería que el niño es hijo

natural del padre y de la madre gestante. Pero, ¿la mujer gestante puede ser a su vez casada? ¿Y entonces? El Art. 312 del Código Civil recobra su imperio y el marido de ella sería en este caso el padre. Naturalmente, que "su marido" podría desconocerlo por las causas establecidas por la ley.

Por otra parte, si la mujer gestante es soltera, tampoco cabría aplicarle el Art. 312 al producto de ese "negocio", porque la pareja de esposos contratantes podrían incurrir en el delito de suposición de parto que prevee y sanciona el Art. 345 del Código Penal.

En otra segunda hipótesis, uno de los esposos aporta su gameto reproductor. En ésta la maternidad de sustitución es muy ambivalente. Una mujer aporta su óvulo para ser inseminado con el semen del marido y, a su vez, se compromete a asumir el embarazo para después cumplir con su obligación contractual de entregar el hijo. A nuestro modo de ver no existe una clara y fundamentada relación de filiación, sobre todo, por lo ilícito del contrato. Pero, podría ser también, que una mujer acepte la gestación de un embrión formado por los gametos del marido contratante y el óvulo, a su vez, de una donante. Aquí realmente, se presenta tamaño problema jurídico. El niño tendría una madre genética, una madre gestante y una posible madre afectiva o contratante.

La madre genética no cabría imputársele de responsabilidad materno filial, en cierto modo, porque ella aportó "algo" que no era definitivamente un niño en gestación. Pero ¿qué decir de las dos restantes?

La madre gestante tendría que aplicársele lo expresado, por aquello que "mater certa..." Notemos que el marido contratante no es esposo

de la mujer gestante y por tanto no podríamos aplicar la presunción de paternidad. Pero, le es entregado a una mujer contratante, que a su vez es casada y que por tanto, podría ampararse en el Art. 312 del Código Civil, por lo de que "se reputa hijo del marido..." Pero quizás no debemos flexibilizar tanto el asunto, por lo de aquello que expresábamos que el contrato entre los esposos y la gestante aparentemente es nulo.

En este último caso, la ley no plantea una solución posible y que pueda ser amparada la criatura por la presunción de paternidad establecida en el Art. 312 del Código Civil.

### REPRODUCCION ASEJUAL O CLONNING

El Clonning: "es una reproducción asexual caracterizada por la creación de individuos genéticamente idénticos, a partir de un solo padre"<sup>14</sup>. En esta forma de reproducción el acto sexual le es ajeno.

Más aún, por su forma todavía experimental, que implica altos riesgos de producir "seres malformados o con taras genéticas"<sup>15</sup>. A todas luces, los problemas jurídicos que esta reproducción pueda generar, todavía están en potencia, como lo está la misma reproducción. Pero, de antemano, pensamos que la omisión misma de la relación sexual implica desestimar de plano la vigencia del Art. 312 del Código Civil, en base, sobre todo, a ese deber de cohabitación que debe existir entre los esposos, para fundamentar el fondo de la presunción.

Es más, no debíamos incluir esta reproducción como técnica asistida, porque al final, lo que ésta procura es la duplicación de personas idénticas, con algunas características mentales o físicas posiblemente superiores a los demás de la especie.

### INSEMINACION POST MORTEN

No es propiamente una forma de inseminación asistida, sino que, utilizando los métodos ya explicados, se usan cuando ya el marido ha fallecido y la madre a supervivido. o, lo que es lo mismo, una mujer que fue casada se hace inseminar con el semen de su marido fallecido, pero, que previamente, sometió a un proceso de hibernación su semen en un banco destinado a esos fines.

El informe **Warnock**, aunque no la prohíbe, aconseja que no les asista a los así procreados derechos sucesorios<sup>16</sup>. No obstante, a esto podemos agregar una interrogante, ¿a la luz del derecho dominicano, ese contrato de hibernación no estaría sometido a caerse por ser nulo? Más aún, ¿por la muerte del esposo se rompe el vínculo matrimonial y por ende, el Art. 312 del Código Civil no tendría una aplicación plena y efectiva? Ha sido concebido fuera del vínculo del matrimonio. Pero, ¿y cuál sería la filiación del hijo?

El Art. 315 del Código Civil responde, "podría ser puesto en duda y reclamarse contra la legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio o la separación personal"<sup>17</sup>. No existiría pues una filiación legítima.

Ahora bien, ¿podría concretizarse una filiación natural reconocida? Tampoco, porque no podría oficializarse, en principio, el reconocimiento puesto que el padre murió. Tampoco podríamos hablar de reconocimiento póstumo, porque no existía la condición de padre al momento de la concepción.

Quizás haciendo un uso extensivo de la declaración judicial de paternidad planteada en el Art. 7 de la Ley 985 del 5 de septiembre de 1945 (G.O. 6321) podría resolverse el problema de la

paternidad. Pero, en el fondo sería ese el sentir de lo que quiso expresar el legislador de aquella época cuando se redactó la ley 985?

Al final de cuenta, el hijo así concebido se va a reputar, a nuestro entender, hijo natural de la madre.

En Francia, el hijo no se beneficia de la presunción "pater is et..." Es la opinión dominante en jurisprudencia y doctrina. Pero, parece que la ley francesa considera que el hijo así concebido es legítimo, siempre y cuando, "que el marido antes de morir hubiera expresado su consentimiento a tales fines", o en el caso de ampliar la presunción de paternidad más allá de los 480 días siguientes al fallecimiento del marido<sup>18</sup>. Es decir, que se crea una nueva presunción de paternidad, con una prescripción mucho más amplia en cuanto a tiempo que aquella que prevee la legislación dominicana.

En definitiva, una fecundación "post mortem", independiente del análisis del contrato mismo de asistencia para la inseminación, estaría fuera del abanico de protección del Art. 312 del Código Civil, y, en consecuencia, el producto de la misma se reputaría como nacido fuera del matrimonio.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Seriaux, A. *"Droit Naturel et Procreation Artificielle: quelle jurisprudence?"* Dalloz, París, 1985. Chronique No. 9, pág. 55. (Citado por Laura Arzeno en su tesis de grado "De la protección debida al Nasciturus; implicaciones en la Fecundación Humana Asistida, el ordenamiento romano y legislaciones actuales", PUCMM, pág. 16).
2. Vouin, Jean Francois. *"Le Corpus Humain Personalité Juridique et famille en Droit Francais"*, Dalloz, París, 1975, tomo XXVI, pág. 123. Citado por la misma autora Laura Arzeno.
3. De la Morandiere, León Juliot. *"Droit Civil"*, Tomo I Dalloz.

4. Pérez Méndez, Artagnan. *Código Penal Dominicano Anotado*. UCMM, 1983. Libro III. Título II, Cap. I, Editora Taller, pág. 508.
5. Tumer, Paula Diane. *"Love's labor est; Legal and Ethical Implications in Artificial Human Procreation"*. University of Detroit, Journal of Urban Law 1981, pág. 471.
6. Informe Warnock: *Comisión Investigadora sobre la Fertilización Humana y Embriología*. Depto. de Sanidad y Seguridad Social. Imprenta de su Majestad la Reina, Londres, julio de 1984, pág. 29.
7. Morgan, Derek. *"Assisted Conception and Clinical Practique: Whose freedom is it?"*. Law Journal. University College of Siuansea, Siuansea, April 1990, pág. 602.
8. Rubellin-Devichi, Jacqueline. *"Les Procréations Assistées: état des questions"*. Revue Trimestrielle de Droit Civil No. 3 julio-septiembre, Sirey, París, 1987, pág. 486.
9. Lledó Yaque, Francisco. *"Fecundación Artificial y Derecho"*. Tecnos, S.A., 1era. edición, Madrid, 1988, pág. 64.
10. Informe Warnock. Op. Cit., pág. 38.
11. Kayser, Pierre. *"Les Limites Morales et Juridiques de la Procreation Artificielle"*. Recueild Dalloz-Sirey. Jurisprudencia Générale Dalloz. París, 1987, págs. 194-195.
12. Artículo 1710: "La locación de obras es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer una cosa por la otra, mediante un precio convenido entre ellas". Artículo 1130: "Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación. Sin embargo, no se puede renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer estipulación alguna sobre ella, ni aún con el consentimiento de aquél de cuya sucesión se trata".
13. Artículo 1128 del Código Civil. "Sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de los contratos".
14. Tumer, Paula Diana. *Op. Cit.*, pág. 480.
15. Asexual Reproduction and Genetic Engineering: A Constitutional Assessment of the Zechnology of Clonning California Leu Revee No. 47, 1974, pág. 484.
16. Consejo de Europa. *Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los Problemas Derivados de las Técnicas de Procreación Artificial*. Strasbourg, 17 octubre 1984, CAHGE, G.T. (84) 2, appendix 1.
17. *Código Civil de la República Dominicana*. Editora Taller. Santo Domingo, República Dominicana, 1984, pág. 53.
18. *"Proposition de Loi Relative aux Consequences Juridiques de l'insemination post-mortem"*. No. 257, Seriat, Seconde Sesion Ordinaire de 1984-1985, pp. 2 y 55.