

DERECHO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI: FECUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA Y FILIACIÓN ADOPTIVA



***“EL DERECHO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI:
FECUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA Y FILIACIÓN ADOPTIVA”***

Primera edición

3,000 ejemplares.

Coordinación general:

Carmen Rosa Hernández e Iluminada González.
Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia.

Diagramación:

José Miguel Pérez N.
Centro de Documentación e Información Judicial
Dominicano (CENDIJD).

Corrección:

Departamento de Sentencias y Publicaciones.

Diseño de portada:

Shidarta Sangiovanni T.
Dirección de Comunicaciones.

Impreso en:

República Dominicana
Abril 2006



Presentación

Mi primer tema para optar por el título académico de doctor en Derecho, el cual logré el 25 de marzo del año 1970, era el relativo a las consecuencias jurídicas del hijo fruto de una inseminación artificial, tema que abandoné poco tiempo después al comprobar que no había en nuestro país suficiente material bibliográfico que permitiera abordar con éxito ese tema. Fue así como me incliné por el título de la “Evolución Histórica del Artículo 1384, Párrafo 1ro. del Código Civil”, y del cual no he podido alejarme durante toda mi carrera.

Pero confieso que siempre he sentido particular atracción por las secuelas jurídicas de las personas que han “nacido” por aquellos métodos ajenos a una “natural” relación de pareja. Por eso me he sentido muy bien al presentar esta obra.

En todo el tiempo de la humanidad siempre ha estado presente el tema del comienzo y el fin de la vida humana.

Al hablar de persona humana, hablamos de familia, la cual a pesar del resquebrajamiento que ha sufrido en sus principales valores, principalmente en los últimos años, se mantiene como el núcleo más importante de la sociedad.

En el pasado las grandes amenazas contra la familia eran las guerras; hoy, en la paz, otros factores afectan la familia: la incomprensión, la corrupción, las inconductas, la aculturación, los antivaleores, etc.

La familia no ha sido ajena al proceso de cambio que ha venido sacudiendo a la humanidad, y en los últimos tiempos se ha visto influenciada por esa rama de la medicina denominada la Medicina Reproductiva.

En la actualidad en el desarrollo de la medicina, tanto la tecnología como la biotecnología, han ido conformando la bioética, como una forma de aplicar los valores éticos a la

medicina. El único control y freno a nivel médico-científico de la ingeniería genética parece ser la bioética: se puede generar la vida en un laboratorio, pero también se puede prolongar la vida de un moribundo.

La medicina reproductiva, la ingeniería genética y la biotecnología han revolucionado la medicina, pero al mismo tiempo han convulsionado la ciencia jurídica, que no puede permanecer ajena a esos cambios científicos.

La conducta del médico formado según el pensamiento hipocrático dista mucho del médico de la actualidad. Ese paternalismo médico que imperaba: el médico era el gran técnico, el máximo árbitro, no sólo en el técnico sino también en lo moral, ha desaparecido.

En la actualidad, al médico no le es dable callar ni ocultar al paciente la enfermedad que padece. El paciente tiene derecho a conocer su quebranto. Tiene derecho éste a estar informado. Tribunales supremos de justicia, como el de los Estados Unidos de América, consideran que el derecho a la muerte no es más que una expresión del derecho a la vida. Antes existía una relación vertical entre paciente y médico, hoy en día esa relación es bilateral; es imprescindible la confianza. No se puede engañar al paciente.

Los tres temas tratados en la presente obra: Aspectos Jurídicos Planteados por las Técnicas de Fecundación Asistida, de la autoría del magistrado Víctor José Castellanos; la Filiación Adoptiva, del magistrado Francisco Pérez Lora, y Aspectos Psicológicos de la Procreación Artificialmente Asistida y la Adopción, de Licda. Zelided Alma Ruiz, fueron expuestos de manera magistral por sus autores durante la celebración del Seminario celebrado por la Suprema Corte de Justicia en fecha 2 de diciembre del 2005, constituyen temas que de seguro despertarán en los lectores el interés por profundizar en los mismos.

Dr. Jorge A. Subero Isa
Presidente de la Suprema Corte de Justicia

Contenido

Introducción	vii
• ASPECTOS JURIDICOS PLANTEADOS POR LAS TECNICAS DE FECUNDACION HUMANA ASISTIDA. Magistrado Víctor José Castellanos Estrella	
Introducción	3
Ciclo vital del ser humano	6
¿Cuándo comienza la vida en el ser humano?	7
¿Qué decir de la personalidad del concebido?	8
Diversas técnicas en la reproducción humana asistida	10
A. Inseminación Artificial	11
A.1. Inseminación artificial con semen del marido (IAC)	12
Análisis de la filiación que genera la fecundación artificial homóloga	14
Inseminación artificial homóloga <i>post-mortem</i>	16
A-1. Inseminación artificial con espermatozoides de donante (IAD)	16
Naturaleza Jurídica de la Donación de Espermatozoides	17
Contrato entre el Médico Inseminador y la Pareja Receptora	18
Interrogantes sobre la filiación	18
Qué decir de la inseminación de la mujer soltera	19
B. Fecundación “ <i>In vitro</i> ”	20
b.1 Fecundación <i>in vitro</i> por transferencia de embriones (FIVITE)	21
b.2 Fecundación <i>in vitro</i> por transferencia intratubárica de Gemelos (GIFT)	21

Consideraciones generales de la fecundación <i>in vitro</i>	21
La Maternidad Subrogada	23
La Inseminación Artificial <i>Post Mortem</i>	29
1. Admisibilidad	29
2. La constitucionalidad de la fecundación artificial <i>Post Mortem</i>	31
3. La filiación del nacido por reproducción asistida <i>Post Mortem</i>	32
a) Filiación matrimonial	32
b) Filiación no matrimonial	34
Derechos sucesorios sobre el material genético depositado	36
Legado de semen congelado	40
4. Los derechos sucesorios del nacido	41

• **FILIACION ADOPTIVA. Magistrado Francisco Pérez Lora**

1. Introducción	45
2. Aspectos Históricos	45
2.1. En el antiguo derecho	46
2.2. En el Siglo XX y XXI	48
3. Aspectos generales	50
3.1. Etimología	50
3.2. Concepto	50
3.3. Características	53
4. La adopción es una medida de protección	55
5. El derecho a tener una familia es un derecho fundamental	58
6. La adopción en los instrumentos internacionales	58
6.1. En el Código de Bustamante	59
6.2. En la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño	59

6.3. En la Convención de La Paz, sobre adopción.....	59
6.4. En la Convención de la Haya, sobre adopción.....	60
7. Condiciones y requisitos	61
7.1. Requisitos de los adoptantes	61
7.2. Requisitos de los adoptados	66
7.3. Otros requisitos exigidos	68
7.3.1. Consentimiento de los padres biológicos.....	68
7.3.2. La adopción del viudo y la viuda y de los padres divorciados o separados	68
7.3.3. La certificación de idoneidad.....	68
8. Procedimientos	69
8.1. Fase administrativa de protección	69
8.2. Fase administrativa jurisdiccional	71
8.2.1. Partes en el proceso de adopción	71
8.2.2. Pasos ante el Tribunal de NNA	71
8.2.3. Impugnación de la adopción	74
9. Recursos en contra de la decisión de la adopción	74
10. La adopción internacional.....	75
11. Efectos de la adopción	77
12. Extinción de la adopción	79
13. Peligros de la adopción	80
14. Conclusiones propositivas	81
15. Bibliografía	81

• **ASPECTOS PSICOLOGICOS DE LA PROCREACION
ARTIFICIALMENTE ASISTIDA Y LA ADOPCION. Licda.
Zalided Alma de Ruiz**

Introducción	85
Historia del desarrollo de las técnicas sobre procreación artificialmente asistida	88
La teoría del apego	89

Los derechos del niño	90
Consideraciones sobre los datos empíricos	91
Métodos de Procreación Artificialmente Asistida	92
La inseminación artificial homóloga (IAC)	92
La inseminación artificial heteróloga (IAD)	94
En parejas estables heterosexuales	94
En parejas lesbianas	95
En mujeres solas	97
La fecundación in Vitro (FIV)	98
La maternidad subrogada o de alquiler	100
La Adopción	105
La adopción simple	105
Adopción de niñ@s mayores	109
Adopción abierta	110
Conclusión	111
Referencias	117

Introducción

La sociedad evoluciona día a día. Las relaciones entre los seres humanos se establecen en base a muchas variables y, por tanto, se tornan complejas.

Antiguamente era simple hablar sobre familia, pues sólo existía la nuclear, o era fácil dirimir conflictos de filiación, pues la única forma de reproducción era a través del encuentro sexual interpersonal.

Sin embargo, hoy las cosas son distintas. Existen diversas técnicas de fecundación humana asistida que producen efectos jurídicos que aún no han sido contemplados en nuestra legislación, entre ellos podemos señalar: la inseminación artificial con fecundación interna, la fecundación externa a través de la fertilización '*in vitro*', la maternidad subrogada a través del arrendamiento de útero o alquiler de vientre y la clonación.

Los avances experimentados en los últimos tiempos en el campo de la biología, la genética, la embriología y otras ciencias afines, han producido que la sociedad tenga que abordar sin demora estudios que le permitan discernir y tomar decisiones sobre los adelantos científicos planteados.

Respecto al debate sobre la temática, debe realizarse de forma interdisciplinaria, puesto que se propician nuevas alternativas de 'dar vida' o de 'transmitir vida' en los seres humanos. En la fecundación asistida se conjugan aspectos biológicos, genéticos, filosóficos, éticos, morales, religiosos y jurídicos, entre otros, que, de alguna manera deben buscar respuestas en sus respectivos campos a la temática planteada.

No obstante las implicaciones legales de las técnicas de fecundación, existen otras que afectan la psique, pues estamos hablando de la identidad, del origen de un ser humano; por tanto, es una problemática compleja que debe ser vista de forma

holística, no reduciéndola sólo a lo jurídico, sino tomando en cuenta el aspecto humano y psicológico.

Se impone que se estudie y se profundice rápidamente en la temática, propiciando vencer la distancia entre la norma jurídica como elemento de control social y la realidad científica y social que pretende regir. La ciencia, sobre todo la genética, en su desarrollo dinámico se aleja cada vez más de la realidad jurídica existente. El derecho siempre se percibe en retraso con relación a la dinámica científica.

El derecho y la ciencia están ante un gran reto. No podemos pretender que el derecho corra tras el dinamismo de la ciencia. Pero es deseable que cuando el legislador decida crear las bases jurídicas necesarias ante las innovaciones que nos trae la fecundación humana asistida, se nutra, en gran medida, de los valores más trascendentes de la sociedad, sobre todo, en sus dimensiones ética, moral, espiritual y de bien social.

Esperamos que la reflexión sobre estos nuevos aspectos enriquezca el debate nacional, estableciendo bases conceptuales que sirvan de aporte a la normativa que regirá nuestro país en relación al Derecho de Familia.

DIRECCIÓN DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA
DIVISION MUJER Y FAMILIA

**Aspectos Jurídicos Planteados por las
Técnicas de Fecundación Humana Asistida**

*Aspectos Jurídicos Planteados por las
Técnicas de Fecundación Humana Asistida*

Aspectos Jurídicos Planteados por las Técnicas de Fecundación Humana Asistida

Introducción

En la historia de la humanidad, la esterilidad, como disfunción fisiológica en la persona, ha suscitado grandes tensiones, originando sentimientos enormes de carencia, y propiciando a su vez trastornos en las relaciones conyugales. En muchos casos el hombre o mujer estéril se percibe disminuido a ser “la causante” de la infelicidad matrimonial.

De igual manera, unido a esa inquietud que genera la esterilidad como tal, la especie humana ha mostrado el deseo de intervenir, de alguna forma, en la generación de los seres humanos. Esa tentación o disposición se manifiesta en numerosas fábulas y leyendas, así como en la tradición de algunos pueblos. Por ejemplo: Simón el Mago, da vida a un muchacho por medio de la hechicería. El mismo rito cabalístico del “*golem*” tiene su correspondiente en el rito *diksha* de los brahmanes.

En esa misma línea de pensamiento, en los pueblos primitivos el proceso de reproducción era un misterio cargado de profundas connotaciones mágico-religiosas. La capacidad reproductora de los humanos se solía asociar o identificar con la capacidad de la tierra para producir frutos; la mayoría de los ritos fálicos estaban dirigidos a solicitar los favores de alguna divinidad a la que se invocaba para lograr también cosechas abundantes. Recordemos en la mitología a Dionisio (*Dionysus*), el dios griego de la máscara, el vino y el desenfreno sexual, era también el mismo ser mitológico de la vegetación.

Obviamente, que esa identificación de la maternidad con la fertilidad de la tierra o, si se quiere, con el misterio del nacimiento, tenía, un preciso y evidente interés social: los hijos eran tan imprescindibles para la supervivencia de la comunidad como la abundancia de cereales. Definitivamente, la esterilidad no sólo se entendía como el mayor de los

infortunios, era también un motivo más que justificativo de repudio o separación.

Empero, los avances registrados en los últimos tiempos en el campo de la biología, la genética, la embriología y otras ciencias afines, han producido en la sociedad, entre perpleja y asustada, la necesidad de abordar sin demora estudios que le permitan discernir y tomar decisiones sobre los adelantos científicos planteados.

Con respecto al debate sobre la temática que nos ocupa, pienso que debe realizarse de forma interdisciplinaria puesto que, de alguna forma, se abandona en estos casos la "*copula carnalis*" y se propician nuevas alternativas de "dar vida" o de "transmitir vida" en los seres humanos. En la fecundación asistida se incluyen aspectos biológicos, genéticos, filosóficos, éticos, morales, religiosos y jurídicos, entre otros, que, de alguna manera deben buscar respuestas en sus respectivos campos a la temática planteada. Insisto en lo jurídico porque es la razón de ser de estas líneas y, porque además, "el derecho es consustancial de la sociedad: es su elemento formal. No puede deducirse libremente de principios axiomáticos: el derecho se deriva necesariamente de postulados sociales, no se infiere del concepto arbitrario de justicia, sino que se refiere a la necesidad concreta del orden".¹ De manera pues, por razones imperativas, el derecho como manifestación de los fenómenos sociales se debe a las exigencias insoslayables de la vida social de todos los seres humanos.

Se impone que la norma jurídica estudie y profundice rápidamente en la temática, propiciando vencer la distancia, muchas veces abismal, entre ella como elemento de control social y la realidad científica y social que pretende regir. Admito, con todo pesar, que la ciencia, sobre todo la genética, en su desarrollo dinámico se aleja cada vez más de la realidad jurídica existente. De hecho, el derecho siempre se percibe en retraso con relación a la dinámica científica.

¹ Mans, Jaime. "*Los Principios Generales del Derecho*". Repertorio de reglas y máximas. Bosch, Barcelona, 1947, xxii.

Hoy, el derecho y la ciencia están ante un gran reto, de tal magnitud que, con motivo de la celebración del *Simposium Internacional de Florencia* en el año 1986 sobre la temática que nos ocupa, el profesor Watson expresaba: “La ley será superada antes de ser votada”.²

Ahora bien, no podemos pretender que el derecho intente igualar el dinamismo de la ciencia, sólo deseamos que cuando el legislador dominicano decida crear las bases jurídicas necesarias ante las innovaciones que nos trae la fecundación humana asistida se nutra, en gran medida, de los valores más trascendentes de la sociedad, sobre todo, en sus dimensiones éticas, morales, espirituales y de bien social.

Además, este epifenómeno exige un constante replanteamiento de los enfoques y soluciones, teniendo que reconocer, al menos el derecho no puede dar siempre respuestas plenas satisfactorias.³ Y, así, en relación con la materia objeto de este trabajo, se ha podido afirmar que en los países con cierto grado de avance cultural rige el principio de que todo hombre desde que nace hasta que muere, tiene derecho a la vida. Esto con independencia de su viabilidad, salud, deficiencias o incluso valor vital, este principio ha sido recogido igualmente por la ética médica.⁴ Sin embargo, se ha tenido que reconocer que “esta absoluta protección de la vida sólo se vio relativamente exenta de problemas mientras la biología y la medicina no estuvieron en condiciones de manipular el comienzo y el fin “natural” de la vida por medios artificiales”.⁵

² “*Simposium Internacional de Florencia*”. Publicaciones del Consejo de Europa, 1986, pág. 3.

³ Martín Mateo, V. Ramón. “*Bioética y Derecho*”. Ed. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 10 y sgts.

⁴ Kaufman, Arthur. Relativización de la Protección Jurídica de la Vida. En “*Avances de la Medicina y Derecho Penal*”. (S. Mir Puig, ed). PPU, Barcelona, 1988, pág. 41.

⁵ Kaufman. “*Relativización de la Protección Jurídica de la Vida?*” eug. cit.; Manuel Bueno, Sánchez, Algunos Problemas Éticos en Pediatría en “*Arch. Esp. De Pediatría*”, núm. 34, 409 (1991), citado a su vez por Romeo Casabona, Carlos María. “*El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1994, págs. 2 y 3.

En fin, en estas líneas nos interesa dejar por sentado, desde nuestra humilde óptica, que el derecho se desenvuelve en el mundo de lo axiológico, de los valores, igual que la ética, pero la separación entre ésta y el derecho debe situarse, en lo que aquí nos interesa, tanto en el carácter coercitivo de éste, como a través de la norma, la cual se legitima cuando ha sido emanada en el seno de un Estado democrático.

Ciclo vital del ser humano:

El ciclo vital de los seres humanos, en el mayor de los casos, se inicia a partir de una célula muy sencilla: “el cigoto”; éste a su vez, se ha formado por la fecundación de dos gametos ⁶ y que dará lugar a la formación del ser adulto que, cuando alcance la madurez sexual, producirá a su vez gametos, con los que se vuelve a iniciar el ciclo de la vida.

Desde el punto de vista genético, el desarrollo puede definirse como *“un proceso regulado de crecimiento y diferenciación resultante de la interacción núcleo-citoplásmica, del ambiente celular interno y del medio externo, de tal manera que en su conjunto el desarrollo constituye una secuencia programada de cambios fenotípicos (de apariencia externa), controlados espacial y temporalmente, que constituyen el ciclo vital del organismo”*.⁷

Se debe señalar que, como expresamos al principio de esta parte, al producirse la fecundación de los gametos se origina el cigoto que reúne, ya desde el mismo instante de su formación, toda la información genética necesaria para programar el desarrollo del nuevo ser, de manera que, de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfieran en el proceso, a partir del momento que empieza a funcionar el primer gen⁸ en dicha célula inicial única, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto.

⁶ Gameto: Célula sexual (reproductiva) madura, de constitución cromosómica, capaz de fusionarse con otra célula de origen similar pero de sexo opuesto para dar lugar al cigoto.

⁷ Lacadena, J. R. “*La Naturaleza Genética del Hombre: consideraciones en torno al aborto*”. Cuenta y Razón, 10 Madrid, Marzo - Abril 1983, pág. 39-59.

⁸ Es un fragmento de ADN, que representa una unidad funcional de la herencia.

¿Cuándo comienza la vida en el ser humano?

Para que un hombre se considerara como existente al tenor del ordenamiento del derecho romano, era preciso que “*fuera totalmente separado del claustro materno*”, es decir, que se produjera el nacimiento. De ahí surge el que muchos romanistas⁹ hayan planteado que el inicio de la personalidad jurídica surge en el momento del nacimiento.

Además, en el derecho romano, era necesario, antes que todo, establecer si el nacimiento había sido verdadero o aparente. De interés esto último para la madre por las ventajas ciudadanas que producía la procreación de hijos.

Independientemente del nacimiento como génesis de la existencia como ser humano, se precisaba además, analizar las condiciones de ese nacimiento. En ese orden de ideas, se necesitaba que el hijo estuviese separado de la madre y que siguiera vivo.¹⁰ Pero, además, el ser nacido debía poseer características normales de los seres humanos. Por consiguiente, no podía parecer un “*mostrum*” o “*prodigium*”.¹¹

No obstante, a pesar de lo anterior, se consideraba un ser humano al niño con apariencia de monstruo, siempre que éste beneficiare a la madre con el “*yus liberorum*”.¹²

Una vez comprobadas estas condiciones después de su nacimiento, se le tenía como “*persona*” y, como tal, sujeto de derechos y obligaciones.

A pesar de todo, aún antes del nacimiento, durante la gestación, el ser humano concebido, para el derecho romano era el “*nasciturus*”, es decir, ser “*que está por nacer*”. Esa

⁹ Bonfante, Pietro. “*Manuel des Institutions Juridique des Romains*”. 2da. edición. Plan General, París, 1928, pág. 77.

¹⁰ De Posthumis Vi, 29, 31 “*Perfecte Natus ... ad or bemtotos processit*”. D. 25, 4, 1: “*Sobre la Imprecisión del Embarazo y la Guarda del Hijo*”; Paulo IV, 9. 1º: “*Vivos Pariant*”, citado por D'Savigny, M.F.C. “*Sistema del Derecho Romano Actual*”. 2da. edición. Centro Editorial de Góngora, Madrid, pág. 307.

¹¹ D. De Status Hominem 1, 5, 14.

¹² Era el privilegio concedido a la mujer ingenua que tuviese tres hijos, de quedar exceptuada de la tutela perpetua y capacidad para hacer testamentos y recibir herencias. D. 49, 8.1.2.

noción, tomada por los juristas modernos, difería de la antigua, puesto que, predominaban los términos: “*venter*”¹³ y “*feto*”.¹⁴ De hecho, en el Digesto, ciertamente, al hablarse del concebido, los autores se refieren a “*qui in utero est...*”,¹⁵ o, “*qui in utero sunt...*”.¹⁶

¿Qué decir de la personalidad del concebido?

Existen posiciones encontradas sobre esta cuestión. Según Pontes de Miranda¹⁷, como consecuencia de estas discrepancias se pueden resumir tres corrientes: la natalista (el *nasciturus* no era considerado persona hasta su nacimiento), la de la personalidad condicional (se reconocía la personalidad jurídica desde la concepción a condición que naciera vivo y de forma humana) y la concepcionista (se sostenía que la personalidad comenzaba con la concepción y no con el nacimiento).

En definitiva las teorías que se relacionan con el “*nasciturus*”, son muy numerosas y siempre han sido muy contradictorias.¹⁸

Por todo lo anteriormente expuesto, el derecho romano fue y seguirá siendo fuente inagotable del derecho civil moderno. A pesar de los siglos transcurridos desde la vigencia del derecho romano, hoy, todavía persisten las discusiones entre el estatuto del concebido, nacido y no nacido.

Sin embargo, el Código Civil dominicano, en sus artículos 725 y 906, al referirse al ser concebido, en los ámbitos sucesorales y de donación, le otorga un estatuto jurídico del cual se infiere

¹³ Taback, Héctor. “*La Persona por Nacer*”. VII Congreso Latinoamericano de Derechos Humanos. Universidad de los Andes, 1986, pág. 1.

¹⁴ Schulz, Fritz. “*Derecho Romano Clásico*”. Ed. Bosch, Madrid, 1960, pág. 69.

¹⁵ 15. D.1.5, 7 Y D.26, 5.20.

¹⁶ Juliano D.1, 5, 26. “*De Status Hominem*”.

¹⁷ Miranda, Pontes de. “*Tratado de Direito Privado Romano*”. Pessvas Fisicas e Jurídicas Borsoi. Río de Janeiro, 1954, pág. 34.

¹⁸ “*Tratado de Direito Privado Romano*”. op. cit., pág. 42. Enumera cerca de nueve teorías: La de los sujetos sin derecho de Wincheid; la de los hereditas iacems de Endeman; la de la personalidad de Rudosf; la de la representación; la de los derechos futuros y otras más.

que, cuando es del “interés del recién nacido”, se supone que posee personalidad jurídica desde el momento de su concepción.¹⁹

De manera pues, que en nuestro derecho el inicio de la personalidad se verifica a partir del nacimiento. Sin embargo, el nacimiento no basta para propiciar la personalidad jurídica, es necesario que el niño nazca vivo y viable; no obstante, el niño puede ser titular de derechos, desde su concepción, en aplicación de la máxima: “*Ynfans conceptus pro iam nato habitur*”. Esa máxima ha sido establecida en favor del niño.

A pesar de todo, el infante, en cuanto a su personalidad se le condiciona, en la medida en que la posee, si nació vivo y viable.

Retomando el título de “¿cuándo comienza la vida en el ser humano? Dejando a un lado el derecho romano y el derecho dominicano, en el análisis de la fisiología de la reproducción humana, hay que diferenciar tres etapas, que representan situaciones genética y embriológicamente muy distintas: 1ra. Gametos-fecundación cigoto; 2do. Cigoto-mórula-blastocisto-anidación; 3ra. Anidación-feto.

Recordemos, en la primera, se pasa de dos realidades diferenciadas (dos gametos) a una nueva y única realidad: el cigoto.

Por mis escasos conocimientos médicos, sólo me permito señalar que el proceso de fecundación es muy largo, difícil y complejo, desde que la cabeza del espermatozoide permea el citoplasma del óvulo, hasta la fusión de los dos pronúcleos. ¿Se podría hablar desde ese momento de la existencia del cigoto?

En la segunda etapa (cigoto-mórula-blastocisto-anidación) es la más crucial en las técnicas de reproducción asistida, puesto que, implican la manipulación de embriones y, en forma

¹⁹ “El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca vivo y viable”.

desordenada e irresponsable, se cuestiona la individualidad del nuevo ser.

En esta etapa, tras la fecundación del óvulo, que ocurre en las trompas de falopio, el huevo así fecundado inicia su camino hacia el útero a la vez que se va dividiendo, alcanzándolo a los tres o cuatro días y en un estadio de 16 ó 3 células (blastómetros), permaneciendo libre dentro del útero por espacio de otros tres o cuatro días. El embrión en estado de blastocisto comienza a fijarse en las paredes del útero hasta terminar el proceso de anidación.

Debo enfatizar en algo muy importante de este proceso por las implicaciones religiosas, morales y éticas que encierra, me refiero a la individualización de un nuevo ser. Es necesario que en este proceso se verifiquen dos propiedades: la unicidad-calidad de ser único- y la unidad-realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, ser uno sólo.

En la tercera y última etapa del proceso (anidación-feto), al estar ya establecida la individualización del nuevo ser, la perspectiva genética del desarrollo humano persiste en un desenvolvimiento progresivo en la formación del nuevo ser (etapas de reproducción).²⁰

Diversas técnicas en la reproducción humana asistida

Son muy variadas las técnicas de reproducción asistida; no obstante, sólo me voy a referir a las indicadas a continuación por ser las más conocidas en nuestro medio y las que más se prestan a ser analizadas en sus perspectivas jurídicas.

La instrucción "*Donum Vitae*" de la Congregación para la Doctrina de la Fe, señala que por procreación artificial, fecundación artificial o fecundación humana asistida, se

²⁰ Lacadena, J. R. "*Genética*". 3ra. Edición, Cap. XIX. AGESA. Madrid, 1981. "*La Naturaleza Genética del Hombre: Consideraciones en torno al aborto*". *Cuenta y Razón*, 10, págs. 39-59, Madrid, 1983. Bervischke, K. "*Spontaneous Chimerism in mammals: a critical review*". *Current topics in pathology*, 51, 1970, pág. 161; Demald, G. "*Conception in the human female*". Academic Press. Londres, 1980.

denomina a los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diferente de la unión sexual del varón con la mujer.²¹

Siempre que un tercero (sea médico, genico-obstetra o un especialista en ingeniería genética) interviene para lograr la multiplicación de la especie humana por métodos artificiales, diferentes a la concepción natural, estamos en presencia de la fecundación humana asistida.²²

Esas técnicas comportan entre otras modalidades las siguientes:

- a) Inseminación artificial, que puede ser:
 - a.1. Inseminación artificial, con semen del cónyuge (IAC).
 - a.2. Inseminación artificial, con semen de donante (IAD).
- b) Fecundación o fertilización in vitro (FIV) que puede ser:
 - b.1. Fecundación in vitro por transferencia de embriones (FIVITE) .
 - b.2. Fecundación in vitro por transferencia intratubárica de gametos (GIFT).
- c) La reproducción asexual o donación (Cloning).*

A. Inseminación Artificial

Consiste en la introducción del esperma en el interior de los órganos genitales femeninos mediante un procedimiento distinto del contacto sexual normal.²³

²¹ Congregación para la Doctrina de la Fe. "Instrucción *Donum Vitae*". Centro Meriño para la Creatividad Cristiana. PUCMM, 1987, No. 111.

²² Cfr. up. Supra.

²³ Rambaur, Raymond. "El drama humano de la inseminación artificial". Revistas Clínicas Obstétricas y Ginecológicas, 1974, pág. 107.

*Nota: No se tocará en este trabajo esta parte por lo amplio que van a resultar los anteriores.

Por su parte, otros autores,²⁴ la describen como la “*técnica o método que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer*”; o también, se define: “*la fecundación o fertilización de una mujer con semen de un hombre, sin éstos unirse carnalmente*”. Se señala que como el médico no es quien da la vida, es más científico referirse como “*fertilización terapéutica*”.

A.I. Inseminación artificial con semen del marido (IAC).

Tal y como hemos expresado, la inseminación artificial tiene una primera variante: Inseminación artificial con semen del marido (IAC). Se conoce también como inseminación artificial homóloga.

Conceptualmente consiste en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos, mediante los correspondientes dispositivos médicos instrumentales.

Sus antecedentes se remontan al experimento publicado por John Hunter en Inglaterra en el año 1799. De igual manera, Sims aporta su experiencia sobre una casuística de seis mujeres, a las que les habían realizado 55 inseminaciones, obteniendo un solo embarazo.²⁵

El contrato a los fines de fecundación. Médico Vs. Paciente.

Los esposos que deciden utilizar esta técnica, suscriben un contrato con el especialista médico a los fines de ser fecundada la esposa. ¿Resulta válido este contrato? Las opiniones doctrinales a este respecto son muy contradictorias.

²⁴ Zanoni, Eduardo. “*Inseminación Artificial y Fecundación Extraurena*”. Proyecciones Jurídicas. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 47; Turner, Paula Diane. “*Love’s Labor Lost: Legal and Ethical Implications in Artificial Human Procreation*” University of Detroit, Journal Urban Law. Vol. 58 No. 2, 1981, pág. 461; Arzobispo de Canterbury “*Artificial Human Insemination*”, 1948, pág. 462. Citado por Journal Urban Law.

²⁵ Gafo, Javier. “*Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*”. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, pág. 15.

Se percibe como opinión generalizada de que se trata de un contrato de servicios, suponiéndolo como forma de actuación del médico con sus pacientes.²⁶

No obstante, hay que recordar que durante mucho tiempo se entendió que las “artes liberales” no podían constituir objeto de arrendamiento de servicios, dado que se trataba de “trabajos superiores” que, como tales, no podían ser remunerados. Decía Séneca: “*Esos hombres que como el médico, el abogado o el preceptor, tienen como misión: “hacer más hermosas nuestras vidas, nunca podrán ser pagados por el dinero que le prometí. Lo que a ellos deberá siempre será el precio de su sacrificio y de su afecto”*”.

Hoy día, nadie pone en duda de que los servicios de las personas que ejercen profesiones liberales, constituyen contratos de arrendamientos de servicios. De ésto, se infiere, que la responsabilidad médica, es de medios y no de resultados. Estp así porque el médico asume una obligación de actividad, cumpliendo con poner todo su empeño en que se logre lo convenido, resultando muchas veces imposible declarar responsable al médico simplemente por no haber obtenido el resultado apetecido. Sólo se requiere la debida diligencia y prudencia, según las circunstancias, en donde el interés último de la mujer favorecida depende de lo aleatorio, potencial y eventual. ¿Cuál sería en definitiva su naturaleza jurídica?

Pero, trasladándonos un poco más atrás, es preciso considerar si el contrato a esos fines es válido o no. Se sostiene que “*todos esos contratos son nulos porque ellos comportan un atentado al principio de la indisponibilidad del cuerpo humano que está fuera del comercio*”.²⁷ El sostén legal es el artículo 1128 del Código Civil que establece que sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contrato.

²⁶ Si se considera además en su doble aspecto de atención médica y de asistencia hospitalaria, será el que Puigo Bruatau denomina “*Contrato desdoblado de asistencia en hospital*”, “*Fundamentos de Derecho Civil*”, tomo II, Vol. 2, Barcelona, 1983, pág. 134.

²⁷ Seriaux, A. “*Droit Natural et procreation artificielle: Jurisprudence?*” Dalloz, Paris, 1985. Cronique No. 9, pág. 55. guelle

Por el contrario, otros²⁸ opinan que tal principio no tiene alcance absoluto puesto que, la donación de otros productos del cuerpo como la sangre y la leche es válida. Sin embargo, a esta última opinión se argumenta en contrario que no es lo mismo donar órganos “para prolongar la vida “que, “transmitir vida” mejor dicho “dar vida”. Al parecer, resulta suficiente subordinar la validez de estos contratos a las condiciones generales que para estas convenciones exige la norma.

Así, el consentimiento requerido deberá ser prestado de manera libre y consciente. Sería discutible, la necesidad de supeditarlos a una forma escrita para poder sostener su validez. Esto más bien resulta como instrumento de prueba. Su objeto y causa parecerían ser el permitir a los esposos remediar la dificultad o la imposibilidad de procrear.

¿Serían estas causa y objeto lícitos? ¿No comportan un atentado al principio de la indisponibilidad del cuerpo humano y a las reglas del orden público?

Análisis de la filiación que genera la fecundación artificial homóloga.

Tal parece que los hijos concebidos mediante esta particular técnica de reproducción, en aquellos casos en que la mujer fecundada esté casada, podrían estar amparados por la “presunción de paternidad” del artículo 312 del Código Civil dominicano. Veamos: de entrada, el fundamento institucional y biológico coinciden. El hijo fue concebido durante el matrimonio, con el óvulo de la mujer casada y el esperma del esposo de esa mujer. El niño biológicamente es hijo de sus padres y nacerá en el contexto del matrimonio.

No obstante, podrían presentarse dificultades en la medida que se aplicara el párrafo segundo del artículo 312 de dicho

²⁸ Vouin, Jean Francois. “*Le Corps Humain Personalité Juridique et Famille en Droit Francais*”, en *Le Corps Humain et le Droit*, Dalloz, Paris, 1975, tomo XXVI, pág. 23.

código, cuando expresa: “sin embargo, éste podrá desconocerle si prueba que en el tiempo transcurrido desde los trescientos hasta los ciento ochenta días anteriores al nacimiento de este niño, estaba por ausencia o por efecto de cualquier otro accidente en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer”.

Aparentemente, el párrafo primero supone una presunción “*jure et de jure*”, que, sin embargo, se traduce en una presunción “*juris tantum*” con la complementación del segundo párrafo.

¿Podría el esposo, alegando su propia impotencia física (*coendi y generandi*) negar su intervención en la fecundación del hijo de su esposa? Además, ¿alegaría el marido su impotencia natural para desconocerle? El artículo 313 del Código Civil lo prohíbe.

Ahora bien, las reflexiones anteriores han versado sobre la inseminación artificial homóloga que se refiere a una mujer casada. ¿Qué decir de esa misma técnica cuando se trate de dos concubinos o convivientes?

En Francia los Centros de Estudios y Conservación del Esperma Humano (CECOS) no hacen distinción entre los hijos nacidos en el matrimonio y los de concubinato. Sobre estos últimos, se les exige un “certificado de concubinato”.²⁹

No obstante, la fragilidad del concubinato, supone en muchos casos, a diferencia del matrimonio, que el primero está formado por la sola voluntad de los concubinos y se puede romper por el deseo unilateral de uno de ellos.

Entonces, resulta difícil concluir que el contrato entre el médico y los concubinos a los fines de fecundación homóloga pone en duda la licitud de la causa del contrato, puesto que, si se separan, su compromiso de hacer crecer la prole en comunidad de vida se desvanece. A pesar, de esa duda, muchos concubinos en el país son ejemplo de “familia” y, por consiguiente, si se trata de una fecundación homóloga, podría resultar un buen y normal desarrollo de los hijos.

²⁹ Op. Cit. up Supra, pág. 123.

Hoy los hijos nacidos fuera del matrimonio y reconocidos por su padre gozan de los mismos derechos que los hijos nacidos en el matrimonio.

Inseminación artificial homóloga *post-mortem*

Los hijos nacidos en este supuesto podrían tener la consideración de matrimoniales, si la inseminación se practica dentro de un plazo prudente (artículo 312 del Código Civil dominicano) y no concurre la presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda. Pienso que esto último podría generar un conflicto de paternidades legítimas o naturales en la medida que se sitúe o no la concepción en el plazo que preceptúa el artículo 312 antes mencionado.

¿Y si el marido deja constancia de su consentimiento en un testamento? Y, que además, la prueba de que en el banco de semen y centro hospitalario se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados?

A pesar de esas interrogantes, que por ahora en el país no tienen respuestas jurídicas, la situación se agravaría si se tratase de un “embrión congelado” que “sobreviva” a quien es su padre biológico.

A-1. Inseminación artificial con espermatozoides de donante (IAD)

Esta técnica también se denomina heteróloga, puesto que, se realiza con semen que no es del esposo, sino de un tercero llamado “donante o dador” .

En ocasión de esta técnica han surgido los bancos de espermatozoides, instituciones que se encargan de conservar por congelación las espermatozoides donadas. En Francia se denominan CECOS (Centros de Estudios y Conservación del Espermatozoides Humano), así como también, los centros de Recursos de Hormonología de París. Desconozco si en el país existen bancos a esos fines.

Se supone que en estos bancos se seleccionan las muestras, tomando en cuenta con profundo cuestionario genético, racial, parecido físico, estado mental, grupo sanguíneo, de tal

manera que estas características puedan ser utilizadas en su momento en la aplicación de la fecundación heteróloga.

Naturaleza Jurídica de la Donación de Esperma

La esperma por sí sola, es una célula que posibilita el surgimiento de otro ser humano distinto del dador y, por consiguiente, tiene o debe tener un valor jurídico preciado: se trata de una posible donación de paternidad. Ahora bien, esa donación puede generar otro ser humano, pero no necesariamente. Como donación la parte más delicada es que se supone “anónima” y por su denominación “gratuita”.

En Francia, esta clase de donación se supone de pareja a pareja.³⁰ Esta regla “permite respetar el principio de que el cuerpo humano está fuera del comercio... la misma palabra donación es cómoda para excluir toda idea de remuneración”.³¹

A pesar de todo, el anonimato del donante de esperma ha sido objeto de muchas discusiones; unos plantean que sólo deben ser conocidas las características fenotípicas y genotípicas del donante;³² otros, para reafirmar lo necesario del anonimato señalan: “que se estaría violando el secreto profesional y por ende la ley penal”.³³

Por el contrario, otros autores cuestionan el anonimato aduciendo: “el derecho a conocer el origen biológico del nacido por IAD, la investigación de esa relación biológica o genética es un derecho inalienable a quien tenga aquel origen, un derecho fundamental de la persona”.³⁴

Sobre el contrato de donación que, necesariamente, debe intervenir entre el donante con el médico inseminador, o con

³⁰ Rubellin Devichi, Jacqueline. “Les Procréations assistées état des questions”. Revue trimestrelle de Droit Civil N-3 Julio Septiembre. Sirey, Paris, 1987, pág. 461.

³¹ Vouin, Jean Francois. Op. Cit., pág. 125.

³² De Rubellin Devichi, Jacqueline. Op. Cit., pág. 462.

³³ Huss Alphonse et Schiltz, Louis. “Le corps humain. Personnalité Juridique et famille en droit Luxembourgeois”, en Le corps humain et droit. Op. Cit., pág. 155.

³⁴ Moro Almaraz, Ma. Jesús. “Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro”. Bosch. 1era. edición. Barcelona, 1988, pág. 99.

la pareja a inseminar o con un banco de espermatozoides, se discute la licitud del objeto y, por consiguiente la posible nulidad del contrato.³⁵ Sin embargo, Pierre Kayser toma una postura diferente, al considerar válido el contrato de donación.³⁶

Contrato entre el Médico Inseminador y la Pareja Receptora

En esta modalidad de fecundación asistida el punto más importante es contar con el consentimiento del cónyuge de la mujer que va a ser inseminada con espermatozoides de donante.

Sobre estos contratos, se opina, que sobre ellos existe un mayor grado de ilicitud que en los demás, puesto que, se pretende conferir al niño una paternidad legal o contractual diferente a su paternidad genética o biológica.

Interrogantes sobre la filiación

Como principio legal y amparado en el artículo 312 del Código Civil, en la inseminación heteróloga, aún el hijo haya sido concebido a partir de los gametos de un donante que no es el marido, a los ojos de la ley, es el hijo del marido de su madre. Recordemos, que la presunción del artículo de referencia se sostiene en la *“confesión implícita del marido de que todo hijo que nazca en el matrimonio se supone engendrado por él”*.

A pesar de todo, en otras legislaciones prima el criterio de la veracidad biológica y abundan acciones en desconocimiento de paternidad, sobre todo cuando el marido desconocía que se usó la fecundación heterológica.

En Francia, la jurisprudencia ha establecido que cuando el niño es el fruto de la fecundación heteróloga, sin importar que el marido haya dado su consentimiento, desde que éste prueba

³⁵ Rivero Hernández. *“La invitación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial”*. Congreso Mundial Vasco, Congreso de Filiación, Vitoria, 28 Septiembre - 2 de octubre de 1987, pág. 14.

³⁶ Seriaux, A. op. Cit., pág. 56.

su incapacidad de procrear, se admite la acción en desconocimiento.³⁷

Más aún, se sostiene que el marido puede consentir en una fecundación heteróloga y después impugnar su paternidad.

Los que sostienen esta tesis señalan: "*ese consentimiento no tiene valor jurídico porque en el derecho (francés) no está permitida la renuncia por adelantado a una acción relativa a la filiación*".³⁸

Por el contrario, la tesis opuesta considera que si ha habido un consentimiento de parte del marido, luego, éste no podría ejercer el desconocimiento. Esta última tesis no ha sido tomada muy en cuenta por la mayoría de los cuerpos legales de procedencia europea, americana y aún en el anteproyecto de reforma del código civil francés.

¿Qué decir de la inseminación de la mujer soltera?

En el caso de mujer sola, concepto que abarca a la soltera, separada, divorciada y viuda, la filiación será fuera del matrimonio, igual que en el caso de pareja no unida en matrimonio. En este último supuesto, y dado que no se admitirá la inseminación si no es con el consentimiento del compañero, se hará la constancia correspondiente de la paternidad de éste, que tendrá la acción para reclamada, así como para impugnar la de un tercero que pretenda atribuirse los derechos de padre.

Es también motivo de debates en el derecho subjetivo a procrear derivado de la condición natural de los seres humanos. Así, de esa manera concebido, el objeto de tal derecho sería tener un hijo. Sin embargo, el hijo es un ser humano, una persona que por su propia dignidad no puede ser considerado como un simple objeto, porque él es un fin en sí mismo. "*Un*

³⁷ Kayser, Pierre. "*Les limites morales et Juridiques de la procréation artificielle*". Recueil Dalloz - Sirey - Jurisprudence général Dalloz. Paris, 1998.

³⁸ Trib. Gr. Inst. Paris 19 février 1985. D.1986 Note Paillet; Trib. Gr. Inst. Nice 30 juin 1976 D 1977. 45 nota Huét Meiller. Vease además, el artículo 311-9 del Nouveau Code Civil).

hijo no puede tener nunca la consideración de ser objeto de un derecho subjetivo".³⁹

Más aún Ruiz Vadillo: *"Frente al derecho de toda mujer a ser madre, ¿no se antepone otro del futuro hijo? En este caso el primero no podría ser reconocido como lícito en el ordenamiento jurídico en virtud de un principio de jerarquía de valores".⁴⁰*

En Gran Bretaña la mujer sola, no sólo puede acceder a las técnicas de reproducción artificial, sino también la que se encuentra en estado de "virginidad". En estos casos se aduce que esa actitud es *"extraña porque aparece como un capricho antinatural y perjudicial para el niño".⁴¹*

Para terminar esta parte cito al jurista Martínez Calcerrada, *"resulta hasta impresionante especular sobre la imagen futura de este hijo sólo" ex matre, que ha venido al mundo no como el tradicional "hijo de padre desconocido" que también fue concebido por "acto de amor" en lenguaje del francés G. Marcel, o "acto de amor corporal" según el Dr. Wood, sino merced al concurso de su madre receptora y la "agresión fecundad ora" en vía paterna de ese banco de semen o de ese complejo de laboratorio".⁴²*

B. Fecundación "In vitro".

Mediante esta técnica se ha demostrado *"que la vida humana puede empezar fuera del útero de la mujer".⁴³*

Como hemos expresado, existen técnicas para llevarla a cabo: con transferencia de embriones (FIVITE) o, con transferencia intratubárica de gametos (GIFT).

³⁹ Rubellin, Devichi, Jacquelin. *"Les Procreation assistées etat des questions"*. Op. Cit., pág. 463.

⁴⁰ De León Arce, A. *"La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana. La filicación a finales del siglo XX"*. 11 Congreso Mundial Vasco, Trivium Madrid, 1988, pág. 411.

⁴¹ *"Inseminación artificial con semen de dador; aspectos iurídicos"*, en Clínica Ginecológica Salvat, pág. 12.

⁴² Arechaga, I. *"Vírgenes con niño"*. Cuadernos de Bioética 1 (1991).

b.1 Fecundación in vitro por transferencia de embriones (FIVITE)

La primera consiste en utilizar un óvulo (ovocito) inmaduro, se remueve de una mujer y se pone cuidadosamente en un medio propicio para su cultivo y luego fertilizado con espermatozoides.

b.2 Fecundación in vitro por transferencia intratubárica de Gemelos (GIFT)

Esta técnica opera introduciendo los gametos en el interior de las trompas de falopio. Esta técnica parece más una inseminación artificial aunque todo su proceso corresponde al de la FIVITE.⁴³

Consideraciones generales de la fecundación in vitro

Al igual que expusimos con la inseminación artificial, en la que planteamos la fecundación con gametos del propio cónyuge, en la fecundación *in vitro*, los gametos (semén y óvulo) pueden provenir de la pareja afectada de esterilidad. De manera pues, que las explicaciones que hicimos en la inseminación homóloga son aplicables a esta técnica que ahora abordamos.

Es preciso señalar que en la fecundación *in vitro* homóloga, el hijo que nace en el matrimonio, legalmente se tiene como tal, o bien de hijo fuera del matrimonio pero reconocido por su padre, si la pareja no está formalmente casada. Pienso que en ambos casos la consanguineidad se impone, sólo que en la “*vera cópula*”, la cohabitación deja de ser elemento necesario para llegar a consumir el efecto procreativo.

Pero, a pesar de esas precisiones habría que preguntarse ¿qué pasaría en el campo de lo jurídico, si durante el período que va desde la fecundación *in vitro* a la transferencia del

⁴³ Martínez Calcerrada. “¿La nueva inseminación artificial?” Autor editor, Madrid, 1989, pág. 196.

⁴⁴ A partir de julio de 1978 con el nacimiento del primer ser humano obtenido por fecundación *in vitro*. Louise Brown, la biotecnología dio un paso gigante de avance.

embrión, el padre muere? ¿Se podría asimilar la fecundación *in vitro* al momento de la concepción? Más aún, la pregunta más importante desde el punto de vista ético y moral. ¿qué sucedería con los embriones sobrantes que no fueron implantados? En este último caso las consecuencias fallidas, permiten una nueva utilización si todavía el matrimonio permanece unido. Si se divorcian ¿qué pasaría con los embriones sobrantes? Sobre todo que el esposo divorciado, en un supuesto, podría oponerse al proceso de procreación o, por el contrario estaría de acuerdo en su destrucción. Por ejemplo, un caso semejante se ventilaba ante el Tribunal del Estado de Nueva York. Cinco embriones congelados, fruto de una pareja divorciada de Long Island, esperan una decisión judicial sobre su destino. Mauren, la madre, quiere que le implanten los óvulos fertilizados con el esperma de su ex marido Steve, quien por su parte desea que se destruyan. En 1944 todavía el juez no había decidido.

Retornando el tema de la FIVITE, supongamos que se dona un óvulo porque la mujer es incapaz de producirlos o existe el riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria, pero, la esperma proviene del marido. En este supuesto la paternidad, en principio, no presenta dificultades.

Pero, y ¿la maternidad? No existen en este caso la maternidad ovular y genética y por la otra, la maternidad gestante? Se impone aquí, "*parters sequitur ventrum*", (Madre es la que ha gestado y parido al hijo). Ahora bien, qué derechos le asisten a la madre ovular o genética?⁴⁵ Se opina que no debería admitirse demanda en la que se reclamaría filiación materna.

Otra variante de la FIVITE, es la donación de embriones con gametos donados por terceros. Así una mujer se le implanta un embrión, en cuyo componente estructural la esperma es de un tercero, no del marido. En esta caso, contrario al anterior,

⁴⁵ Morgan, Derek. "*Assisted conception and clinical practice: whose freedom is it?*". Law Journal. University College of Swansea, Swansea. April 1990, pág. 602.

la maternidad legítima no presente mayores problemas. Su filiación paterna se equipara a la explicada en la inseminación heteróloga.

¿Podríamos en este caso hablar de adopción pre-natal? La Ley 14-94 no responde esta interrogante.

LA MATERNIDAD SUBROGADA

Esta figura se define como la contratación de una mujer para que lleve en su vientre materno una criatura, cuyo embrión le ha sido implantado, para luego traerla al mundo y entregarla a una pareja contratante.

Muchas son las formas como se le define: Maternidad compartida, de alquiler, de sustitución, madre prestada, *mere par procuration*, *mother on loan*, *foster mother*, gestación por otra, préstamo de útero, etc. Puede revestir formas diversas. Estudiada a la luz de las técnicas de reproducción asistida, el supuesto tipo es la mujer dentro de una pareja que puede producir óvulos, pero por una deficiencia orgánica o funcional de su organismo, no es capaz de llevar el embarazo a término. Extraído el óvulo de la mujer y fecundado con espermatozoides del marido o compañero, se logra el embrión. El embrión obtenido, producto de los gametos de ambos se implanta en el útero de otra mujer, para que gestee a la criatura y la entregue a los padres contratantes cuando nazca.

Elizari afirma que: “*en la maternidad sustitutiva, la gestación parece como degradada a una pura función de fabricación, y privada de toda carga afectiva*”.⁴⁶

De igual manera, la Instrucción *Donum Vitae* la cuestiona, cuando afirma: “*La maternidad sustitutiva no es normalmente lícita, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundidad heteróloga; es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana*”.⁴⁷

⁴⁶ Lledó Yagüe, Francisco. “*Fecundación Artificial v Derecho*”. Tecnos, S. A., 1ra. edición. Madrid, 1988, pág. 64.

⁴⁷ Elizari Basterra, F. J. “*Bioética*”. San Pablo, Madrid, 1994, pág. 73.

¿Qué hay que explicar con relación al contrato de alquiler de un vientre?

Para algunos autores⁴⁸ podría equipararse a un “*contrato de locación de obra*”, puesto que la madre sustituta se obliga a quedar embarazada, sostener el embarazo, parir el niño y luego entregarlo a la pareja contratante.

Contrario a estos autores, el artículo 1710 del Código Civil dominicano, no tendría aplicación, puesto que, en este artículo se promete realizar una prestación de unos servicios en sí mismos; por el contrario, en el contrato de maternidad subragada se promete un resultado.

¿Podría aducirse que se trata de la “venta de una cosa futura”? Independientemente de las consideraciones éticas y morales que ésto encierra, sería muy forzado aplicar el artículo 1130 del Código Civil. Semizzi señala: “*que dado que la ley no ha dispuesto una disciplina propia para tal contrato, es más apropiado incluirlos dentro de los contratos innominados*”.⁴⁹

Independientemente de la naturaleza del contrato, ¿resulta válido este contrato? ¿El objeto de la obligación no es ilícito? Recordemos que es el alquiler del útero para gestar un niño.

Sería de interés plantearse lo que ordena el artículo 1128 del Código Civil, cuando expresa: “*sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de los contratos*”. La doctrina tradicional sostiene: “*que la vida de las personas, su salud, el cuerpo humano, escapan al comercio...*”.⁵⁰

Por el contrario, los defensores de la validez de esta modalidad contractual señalan: “*que eso es inmiscuirse en la moral individual de los ciudadanos y en el campo de las libertades que ofrece la técnica*”.⁵¹ y ¿que decir de la causa? ¿Cuáles han

⁴⁸ Instrucciones Donum Vitae. Op. Cit. No. 11.

⁴⁹ Ver Lledó Yagüe, Francisco. Op. Cit. 149 Y Moro Almaraz, Jesús. Op. Cit., pág. 265.

⁵⁰ Semizzi, C. “*Rilievi Giuridici Sulla Fecondazione in vitro embroo trnasfer*”. Italia, 1985, pág. 755.

⁵¹ Mazeaud tyIazeaud, Henri et León. “*Lecons de Droit Civil*”. Tome premier, troisieme volume. Editions Montch-restien. Paris, 1978, pág. 270.

sido los móviles de los contratantes? ¿Son contrarios al orden público o a la moral? A pesar de todo, otros autores⁵² se muestran favorables al perfeccionamiento del contrato justificando la pérdida de derechos paternales en la mujer subrogante en función del abandono que comporta esta decisión.

No obstante todas estas opiniones encontradas, existen jurisprudencias también encontradas de tribunales americanos en que se ha decidido que las madres divergentes que no han querido separarse de sus hijos han sido por un lado autorizadas a quedarse con su prole, pero, otras decisiones, las han condenado a entregar al infante a las parejas contratantes o demandantes.⁵³

Por último, habría que comentar en la maternidad subrogada sobre el "*status filii de la descendencia*".

De hecho habría que introducir la temática señalando que en la medida que el contrato se considere válido, la filiación deviene del contexto de la misma convención entre las partes. De manera que, en este supuesto, la madre gestante no le sería atribuida la maternidad, puesto que, aún hayan aportado la pareja contratante las células germinales, el acuerdo de voluntades primaria sobre este último aspecto.

Ahora bien, por el contrario, en este mismo supuesto, si el contrato de maternidad subrogada estuviese viciado de nulidad, el fruto, o sea el hijo traería la herencia genética de los padres contratantes, pero, la gestante aportó la vida intrauterina, que, al final fue quien le dio vida y viabilidad al embrión. Hasta donde se impondría: "*mater certa semper est*" (madre es quien ha dado a luz)? ¿No habría en el caso de la especie una filiación fuera del matrimonio con respecto al padre?

⁵² Labrusse - Riou. "*Questions de droit*". Reveu Project No. Especial.

⁵³ Coleman. "*Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Sugetions for Solutions*". Tenesse, 1982, pág. 998 y Dickens "*Legal Aspects of Surrogate Motherhood Practices and Proposals VK National Comillee of. Comparative Law Colloquium*". Cambridge. 1517 september 1987, pág. 26 y sgts.

A todo esto algunos autores dicen que se trata de un “adulterio biogenético”,⁵⁴ o por el contrario, ¿No se estaría en presencia de un reforzamiento del artículo 312 del Código Civil, puesto que se concibe y nace en el matrimonio?

Por otro lado, si en el supuesto la madre subrogante es soltera, ¿No sería ese hijo el fruto de un hombre casado y, por consiguiente una causal de divorcio? ¿Podría la esposa adoptar al hijo genético de su esposo en virtud de la Ley 136-03 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, aún el óvulo de ella (la esposa) fue que generó ese nuevo ser?

Pero, además, la madre contratante ¿No incurriría en violación del artículo 345 del Código Penal dominicano sobre la infracción que penaliza atribuirse un niño que ella no ha parido o gestado?

Insistiendo un poco más en estas interrogantes, ¿Que pasa si la mujer gestante aporta no sólo la implantación y el parto, sino que, también aporta el óvulo en razón de que la mujer casada su problema era ginecológico puesto que no podía ovular?

En fin, ¿hasta que punto objetaría la sociedad desde el punto de vista moral el tomar en “alquiler un útero” de una mujer para que lleve a término el embarazo de un hijo genético de otra, hasta donde la sociedad, desde el punto de vista moral lo objetaría?

Debo finalizar este trabajo haciendo unas breves reflexiones sobre este último tema y los otros que me he permitido desarrollar.

La maternidad subrogada supone, pues, para la ciencia un avance en las técnicas de fecundación artificial y, no se encuentra hoy en las paredes de una laboratorio de

⁵⁴ Sorkow, J. S. C. (President Judge, Family Part): Superior Court of New Jersey, Chancey Division Family Part, Bergen Country Docket. *“In the Matter of Baby Ma, a Pseudonym of an Actual Person”*, decided march 31, 1987.

⁵⁵ Lledó Yagüe, Francisco. op. cit. págs. 157 y 160.

experimentación; no, por el contrario, se encuentra "en la calle", en el mundo humano que nos rodea. Es ya una realidad social con el correspondiente impacto.⁵⁵

Hasta ahora, en la realidad social y jurídica dominicana, sólo tenemos muestras en el derecho comparado en diversos estadios de elaboración tanto de "*lege ferenda*", como de "*lege data*" para no hacernos interminables.

En lo que respecta a la fecundación humana asistida como técnica científica de reproducción de los seres humanos, se permite hoy, que una mujer pueda llegar a ser madre; que una mujer pueda quedar encinta con el semen del marido sin la relación sexual; que una mujer viuda pueda ser embarazada con la esperma hibernado del marido difunto; que una pareja pueda "adoptar" un hijo embrión recurriendo a la donación de esperma de un tercero; que el óvulo fecundado pueda ser transferido al útero de otra mujer en alquiler, así como otras formas más que, en tiempos recientes era sólo motivo de novelas de ficción.

Todo está científicamente preparado para la creación del hombre fuera de las relaciones entre marido y mujer y de madre e hijo.

Todos estos supuestos, sin excepción, plantean, cada uno desde su óptica, problemas jurídicos profundos que la legislación dominicana positiva del presente, en la mayoría de los casos no aporta soluciones, y sin temor a equivocarme, también, se encuentran condicionados para su realización, por presupuestos de orden jurídico.

De manera pues, que finalizo como decía, en la parte introductiva, "*no podemos pretender que el derecho corra tras el dinamismo de la ciencia, sólo deseamos que, cuando en algún momento, el legislador dominicano decida crear las bases jurídicas necesarias, ante las innovaciones que nos trae la fecundación humana asistida, se nutra, en gran medida, por los valores más trascendentes de la sociedad, sobre todo, en sus dimensiones éticas, morales, espirituales y de bien social*".

¡ La suerte está echada !

LA INSEMINACION ARTIFICIAL POST MORTEM

1. Admisibilidad

La posibilidad de conservar el semen congelado por un largo tiempo, plantea toda una problemática con un notable trasfondo moral y un claro reflejo en las diferentes posturas adoptadas por los juristas, son muy variadas y con múltiples matizaciones.

Se dice que con la inseminación *post mortem* se pretende un imposible, que es hacer revivir la muerte a través del nacimiento del niño⁵⁶, a través del cual lo que se pretende en realidad es prolongar la vida de su padre.

También se dice que la procreación *post mortem* no interviene en interés del niño, sino en el de la viuda, muchas veces por

⁵⁶ En este sentido Frydman, R., op. cit. P. 134

⁵⁷ Raymond habla de adquisición de la herencia por hijo interpuesto, dice que el legislador francés ya ha admitido una aberración que son los matrimonios póstumos. No debe admitir una nueva aberración. Cf, Raymond, "La procréation ...", op. cit., p. 3

Gobert, en cambio, alude a la analogía con el matrimonio póstumo, que se admite en el Derecho francés. Dice: "*Se recordará para esto la existencia en el Código Civil, desde 1959 del Art. 171 dando al Presidente de la República la posibilidad "por motivos graves" de autorizar la celebración del matrimonio si uno de los futuros esposos ha fallecido después del cumplimiento de formalidades oficiales señalando sin equívoco su consentimiento*", y continúa: "*por motivos graves se sobreentiende la hipótesis de un niño a nacer (mujer embarazada). Es por ello por lo que el caso del matrimonio calificado de matrimonio póstumo y el de la inseminación post mortem se aproximan. El orden de los sucesos es simplemente inverso. En el primer caso la procreación precede y justifica el matrimonio, en el segundo es el matrimonio quien precede y justifica la procreación. Lo esencial cada vez es que el consentimiento haya sido cierto para cada uno de los actos*". Cf. GOBERT, M., op. cit., pp. 180 y 181.

En contra Rubellín-Devichi, en la idea de que el matrimonio póstumo hoy día ha perdido su principal virtualidad con la ley de 3 de enero de 1972, que ha introducido la legitimación por autoridad judicial cuando el matrimonio es imposible entre los padres del niño. Cf. RUBELLIN-DEVICHI, et "L'établissement ...", op. cit., p. 573.

un interés meramente económico, como es el de verse atribuida la sucesión del marido a través del hijo.⁵⁷

En realidad éste no me parece argumento de mucho peso, ya que la madre, como representante, únicamente sería administradora de tales bienes. Por otra parte, ese mismo interés económico es invocado otras veces como causa destructora y no creadora de la vida del hijo; así, se habla de la viuda que encinta de poco tiempo aborta para quedarse con la herencia.⁵⁸

Estimo que, aunque el interés económico puede existir, no es éste el motivo que en los casos conocidos ha impulsado a una mujer viuda, o a aquella mujer cuyo compañero ha muerto, a solicitar la inseminación *post mortem* con el semen del fallecido.

Una cosa es cierta, al admitir la inseminación artificial *post mortem*, no siendo la mujer estéril, no nos encontramos ante una técnica practicada con finalidad terapéutica en sentido estricto, sino que estamos entrando en el campo de las procreaciones artificiales de pura conveniencia; en el terreno de la procreación alternativa⁵⁹.

El caso de esas fecundaciones se aproxima al de aquel cuyo padre ha fallecido durante el embarazo⁶⁰, sobre todo cuando la mujer está en tratamiento en el momento del fallecimiento, ¿cómo podrían los bancos de semen enterarse del óbito? El niño así nacido sería, no ya póstumo, sino superpóstumo⁶¹.

En nuestro país no existe ningún texto prohibiendo o admitiendo en determinadas circunstancias una inseminación artificial semejante, por consiguiente en el caso de hacerse se

⁵⁸ En esta idea THERY, R., "La condition juridique de l'embryon et du foetus", D.CHRON n° 35, p.235.

⁵⁹ Así lo pone de manifiesto SUTTON, G., "Procréation artificielle et droit de la filiation". Conc. Méd. 1984 (17-11 – 1984) N° de fascículo 106, n° art. 41, p. 4,044.

⁶⁰ Así lo expresa CLEMENT-BREDIGER, M., n° art. 41p. 4,044

⁶¹ Regourd los llama niños de "ultratumba", Cf. REGOURD, S. loc. Cit., p. 422.

⁶² En Francia Badinter propone la conveniencia de pedir consejo al Comité Nacional de ética. Cf. BADINTER, R. "Comunicado e R. Badinter. "Garde des sceaux" sobre la inseminación artificial", Conc. Méd. 1983 (24-31 dic. 1983), N° 105, 48-49, Informations, p. 5,291).

trata de un acto médico que es practicado exclusivamente bajo la responsabilidad de quien lo realiza⁶². Empero, los artículos 725 y 906, del Código Civil dominicano, respectivamente, obstaculizan de alguna manera la inseminación post mortem, refiriéndose obviamente al aspecto sucesorio.

Sin embargo, en Francia de hecho existe más de un niño fue concebido después de la muerte de su progenitor.⁶³

2. La constitucionalidad de la fecundación artificial *post mortem*

Desde un punto de vista ético se estima que la inseminación post mortem es ilícita porque deliberadamente se hace nacer a un niño huérfano, y si bien existen niños huérfanos ello se debe a una situación inevitable y no buscada a propósito.

A este argumento de carácter ético no le falta, en opinión de algunos autores, apoyo jurídico de la más alta categoría, en concreto constitucional, donde se recoge el deber de los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos⁶⁴, e indirectamente el derecho de los hijos a tener dos padres, como lo corrobora la expresión legal, “padres”, en plural⁶⁵.

Por otra parte, aún admitiendo que existe un derecho del niño a tener padre y madre, resulta que no nos encontramos con un niño, ni siquiera con un ser concebido; en cambio, nos encontramos con una mujer que como fundamento de la inseminación *post mortem* puede alegar, su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Aquí nos enfrentamos con dos intereses contrapuestos, el de la mujer al libre desarrollo de la personalidad y el del fu-

⁶³ Rubellín-Devichi menciona el nacimiento de Matthieu, cuyo padre había fallecido hacia tres años de la enfermedad de Hodgkin. Pero los CECOS la rechazan. Cf NERSON, R. y RUBELLIN-DEVICHI, J., “*Filaition*”, (estudio de Jurisprudencia francesa de Derecho civil, en concreto “*Insémination artificielle post mortem*”, Rev. Trim. Dr. Civ. 1984, p. 703.

⁶⁴ Para Pantaleón Prieto, la existencia del art. 39-3 C.E. hace totalmente inadmisibles e ilícitas la inseminación artificial post mortem. Cf, PANTALEÓN PRIETO, F., loc. Cit., p.38.

⁶⁵ Así se puso de relieve en las sesiones orales celebradas en el Congreso de Derecho de Familia celebrado en Cáceres en octubre de 1987.

turo concebido a tener dos padres. Ante tal conflicto de intereses me inclino claramente por el primero por dos motivos: a) que la existencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad no ofrece dudas, en cambio el derecho a tener padre y madre sí, y b) que aún admitiendo la existencia de este último derecho, no nos encontramos ante ningún titular del mismo ya que estamos ante un no concebido.

Podemos ir más allá aún, admitiendo que estamos ante un no concebido pero que en honor a la verdad lo que se pretende es precisamente su existencia. Llegamos así al punto en el que podemos decir *“hay alguien que no está aquí pero que va a estar y que tiene derecho a tener padre y madre, su interés, por ser la parte más débil debe de ser el primero protegido. Impidámosle nacer”*, ¿no estamos con ello vulnerando el derecho más fundamental que existe y ante el que debe de ceder todo conflicto de intereses porque ocupa la cúspide de la jerarquización de los derechos fundamentales? Es obvio que me estoy refiriendo al derecho de la vida.

3. La filiación del nacido por reproducción asistida post mortem⁶⁶

A) Filiación matrimonial

Sin lugar a dudas en República Dominicana no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas de fecundación humana asistida y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte de él, todo en virtud de lo establecido en el artículo 725 del Código Civil.

Lo primero que tenemos que deducir es que el artículo 312 del Código Civil sólo es aplicable a los matrimonios, y no a las parejas que conviven de hecho. Pero incluso en relación a los matrimonios, poco aporta este precepto, pues si el semen ya

⁶⁶ Me referiré aquí exclusivamente a la inseminación artificial y con ella a las técnicas de reproducción asistida lo que incluye la FIVITE.

estaba en el útero de la mujer en el momento de la muerte del marido es que la inseminación ya se había practicado, con lo cual la inseminación no sería *post mortem*, sino en vida, y dando como fruto un hijo póstumo, que nacería antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio por muerte y que, en consecuencia, se beneficiaría de la correspondiente presunción de paternidad.⁶⁷

Por otra parte, aporta una cierta confusión porque, de no darse el presupuesto fáctico del mismo (que el material reproductor del marido no se halle en el útero de la esposa en el momento de su muerte), no es que una técnica de reproducción asistida con carácter *post mortem* es imposible, sino simplemente que no podrá determinarse la filiación, ni producirse otros efectos.

Ahora bien, cuando el marido ha consentido que su mujer sea inseminada después de él fallecido, en ese caso existe claramente un consentimiento decidido por el premuerto, puesto que lo ha manifestado expresamente, bien a través de escritura pública, bien a través de testamento.⁶⁸

Partiendo de esta hipótesis se introduce una importante novedad, ya que es indudable que el así concebido nacerá, casi con toda seguridad, después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio de los progenitores, en cuyo caso ya no se benefician de la presunción de paternidad y, a pesar

⁶⁷ Herrera Campos, "La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española", Universidad de Granada, 1991, p. 171.

⁶⁸ Se preguntaba Lledó Yagüe qué ocurriría si la autorización se diera en un testamento para inseminación homóloga post mortem y luego ésta se revocara. Creía que no se podía utilizar la analogía con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial pues ese consentimiento no implicaba ningún tipo de reconocimiento y no podía tener pervivencia dicha cláusula testamentaria. Cf. Lledó Yagüe, "Reflexión...", op. Cit., p. 1.106.

⁶⁹ Rivero estimaba, ya antes de entrar en vigor la Ley, que el plazo de 300 días jugaba sólo como un dato para determinar la concepción por obra del marido, pero que no era un obstáculo insalvable para determinar la filiación matrimonial. Cf. Rivero Hernández F., "La fecundación artificial ...", loc. Cit. p.893

En parecido sentido Lledó Yagüe F., "Reflexión ..." loc. Cit., p.1.016, Montes Penades, V., "Informe ...", loc. Cit., p.50; García Ancos y otros. "Problemas civiles de la IA y ls FIV", D.G.R.N., B.I.J.A.M., 1986, pp. 2 y 23.

En cuanto a la inscripción Rivero Hernández opina que la filiación no podrá inscribirse directamente como matrimonial por rebasar la presunción del art. 116 Cc., Cf Rivero Hernández F., "Aspectos jurídico-privados ...", loc, cit., p.84

de todo, y por mandato legal, la filiación se va a considerar matrimonial.⁶⁹

Parece lógico que en estos supuestos se apliquen las previsiones contenidas en el Código Civil para cuando la viuda queda encinta. Pero deberían de haberse tomado otras precauciones, por ejemplo, acreditando que en el momento de la práctica de reproducción la mujer no ha tenido relación sexual con otro varón⁷⁰ e incluso prohibiéndole contraer matrimonio nuevamente, si pretende someterse a una técnica de reproducción asistida, y ello para evitar posibles conflictos entre la presunción de paternidad relativa al nuevo marido y la norma del artículo 312 del mismo Código Civil, aunque, en su caso será posible la destrucción de la presunción de la paternidad, o la impugnación a través de la acción pertinente.

En todo caso, si prohibir contraer matrimonio en tales condiciones se pudiera entender atentatorio contra el derecho a la libertad, al menos, habiendo contraído matrimonio debe de prohibirse la fecundación con material genético que provenga del marido fallecido⁷¹.

Lo que ocurre es que puede haberse procedido a la inseminación artificial *post mortem* y poco tiempo después contraer la mujer nuevo matrimonio, en cuyo caso no encontramos solución en las ideas más arriba apuntadas, que permitiría destruir la presunción de paternidad o en su caso en el ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad. Sin duda estamos en presencia de un conflicto de paternidades.

B. Filiación no matrimonial

Pero la posibilidad de fecundación *post mortem* no se reconoce solamente al varón casado respecto de su esposa,

En cuanto, Rodríguez Castro opina que sí puede inscribirse directamente, pues el art. 9 LTRA tiene la misma jerarquía que el art. 116 Cc y además es norma especial. Cf Rodríguez Castro J., loc. Cit. marginal 746.

⁷⁰ En este sentido, SERRANO ALONSO, E. "Aspectos de ...", loc. Cit., p.397.

⁷¹ Así lo defiende SERRANO ALONSO, "El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de fecundación post mortem", en "La Filiación a finales del s. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana". Trivium, 1988, p.378.

sino también al varón no unido por vínculo matrimonial respecto a su compañera, y ello en condiciones semejantes al varón casado, es decir, cuando consienta en escritura pública o testamento que su material reproductor sea utilizado antes a su fallecimiento.

Evidentemente, en la especie, existe el riesgo de que la mujer tenga relaciones con otro hombre⁷², en cuyo caso el fallecido no podrá defenderse. El riesgo es serio, sobre todo si la filiación se determinó por sentencia, aunque no exista en cuanto a la impugnación un precepto semejante, referente a la reclamación, y que impide reclamar en contra de una filiación determinada en virtud de sentencia, cabe entender que en el caso de impugnación hay que llegar a la misma solución en virtud del principio de cosa juzgada⁷³.

Este riesgo hubiera podido ser evitado de una forma sencilla, pues del mismo modo que se exige el consentimiento expreso, se debió de exigir que el donante de semen depositara junto con el semen una muestra de sangre que permitiera en un futuro realizar la prueba biológica de investigación de la paternidad.⁷⁴

⁷² Hacen notar este riesgo Sportes-Voyer, M., loc. Cit., p.10 y Labber, X. "L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur", GAZPAL. 1984 (18 sept.) DOCT., p.403.

⁷³ Así lo estima Sancho Rebullida. Cf. Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F., "Elementos de Derecho civil", T. IV, Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1984, p.669.

⁷⁴ Tal medida es propuesta también por Rivero Hernández, F., "La fecundación artificial ...", loc. cit., p.876, nota 9 y p.903.

No olvidemos, por otra parte, que la jurisprudencia en otros países conoce hipótesis de investigación de paternidad en las que las pruebas biológicas se hacen en relación con los abuelos. Como exponente de tal posibilidad basta citar la sentencia de la Cour de Cassation 1er Ch. Civ. 16 nov. 1983 (Bulletin de Cassation Civile 1983, I, n° 246). En este caso los herederos de un fallecido ejercitaron la acción de impugnación contra la filiación legítima del que constaba ser hijo ser hijo legítimo del causante. El Tribunal que juzgó estimó que no era posible la investigación de la paternidad dado el fallecimiento del marido, pero que dado que al juicio se habían aportado diversos documentos relativos a las características sanguíneas del difunto, y dado que los abuelos paternos del niño estaban vivos, y eran partes del proceso, se estimó que era posible para el experto sanguíneo investigar si el niño podía o no ser nieto de aquellos.

La citada sentencia, que puede verse también en JCP, 1987, Jurisp., p.20.235, ha sido criticada por la doctrina que señala que el niño había nacido en 1963 y que los padres vivían separados desde 1961, siendo el dato más concluyente que en la época de concepción legal el "presunto padre" tuvo unas vacaciones que pasó a 80 km. de su mujer, no estando probado que no hubieran tenido relaciones. A ello había que añadir que el presunto padre nunca tuvo ninguna relación con el niño. Pero la crítica más importante se hace porque probada la no paternidad a causa del análisis practicado

Derechos sucesorios sobre el material genético depositado

Decíamos al estudiar el objeto del contrato de inseminación artificial que el semen, en cuanto que no es persona, es cosa, y señalábamos también que es objeto de tráfico jurídico, restringido, pero no totalmente excluido del comercio de los hombres. Igualmente decíamos que por su naturaleza transmisora de vida no es susceptible de valoración económica.

Lo hasta aquí dicho ya da una idea de que nos encontramos ante un contrato de depósito muy "especial". Pero la calificación o no como depósito no es ociosa, pues si se considera un verdadero depósito, muerto el depositante la cosa depositada debe de ser devuelta a sus herederos si estos la reclaman, con lo que no se haría fácil la inseminación artificial de la viuda, puesto que el semen sería heredado por los descendientes y ascendientes de su marido antes que por ella, pero no sería imposible. Sin embargo, en el caso de la concubina resultaba indudable que la única posibilidad de recibir el semen y poder utilizarlo posteriormente para una inseminación artificial, en era la vía testamentaria, a través de un legado.

El tema fue resuelto por la jurisprudencia francesa, en una sentencia cuya argumentación jurídica sería trasladable a nuestro ordenamiento jurídico, sobretudo para aquellos países como el nuestro aún sin legislación especial.

El caso era el siguiente, Alain, que padecía cáncer de testículos, depositó su semen en un Centro de Conservación

sobre los abuelos, lo que para que la prueba fuera fiable habría que hacer es investigar la posibilidad de que la abuela paterna hubiere sido infiel a su propio marido, pues en caso contrario ¿cómo determinar que el elemento sanguíneo alógeno en relación con sus abuelos no procedía del varón fallecido, siempre posible que procediera de él por habérselo transmitido su madre (abuela del niño) como consecuencia de una infidelidad a su marido? Vid. Atias, C., "*Les paradoxes du régime biologique en matière de filiation*", JCP (G), 1984, DOCT, n° 3,165, pp. 1 y 2; Masip, J., "*Commentaire a la S. 16 nov. 1983, Cour Cass. 1 Ch, Civil, GAZPAL., 1984, Jurisp, p. 248*"; Durry, G., "*Commentaire a la S. Cour de Cassation 16-no-1983, 1er Ch. JCP (G), 1984 Jurisp. N° 20,235, p.12*."

La jurisprudencia incluso conoce el supuesto de investigación de la paternidad a través del análisis de un cadáver (Vid. Cass. Civ, 1er Ch Civ., 22 avril, 1975, JCP, 1975, IV, p. 183.

de Esperma (CECOS), el 7 de diciembre de 1982, y falleció en diciembre de 1983. Su viuda solicitó la devolución del semen para que le fuera practicada una inseminación *post mortem*; el banco de semen se negó⁷⁵. Ante la negativa la viuda, Corinne Parpalaix, junto con los padres de Alain, demandó judicialmente al centro de conservación del esperma para que les fuera devuelto el semen.

De este modo no se demandaba a los tribunales sobre la licitud o ilicitud de la inseminación artificial *post mortem*, sino sobre la existencia o no de un depósito que confería a sus herederos derecho a su devolución. La cuestión que el tribunal debía de resolver era únicamente si procedía la devolución de las cánulas que contenían el esperma a la viuda en su condición de tal, o a los padres de Alain como herederos de éste. La práctica de la inseminación *post mortem* se hacía depender de que la decisión judicial resultara favorable a la devolución o no, y en el primer caso su realización dependería de la conciencia de la viuda y de su médico.

El "*Tribunal de Grande Instance de Crèteil*", en sentencia de 1 de agosto de 1984 resolvió el caso. Los puntos fundamentales de su argumentación fueron los siguientes⁷⁶:

1. Aunque no constaba expresamente la voluntad del difunto de procrear, ya en vida, ya después de muerto, se consideró probada su existencia por medio de testigos y a través de presunciones. Se admitió la voluntad tácita del fallecido de procrear *post mortem*, estimando que el banco de semen había aceptado tácitamente la voluntad del paciente puesto que no le inquirió sobre

⁷⁵ Ya anteriormente los médicos de difusión habían hecho conocer otro caso semejante ocurrido en Rennes; los hechos eran los siguientes: Simone llega a Rennes y se enamora de Loic. Deciden tener un hijo después de tiempo. En un examen médico se descubre que Loic tiene cáncer de tiroides y que el tratamiento que debe seguir puede dejarle estéril. Decide depositar el semen en un CECOS y cuatro días más tarde, como consecuencia de un accidente de automóvil, fallece. En octubre de 1982 Simone solicita por primera vez la restitución del esperma. El Banco de semen la negó. En esa ocasión no se llevó a los tribunales. Vid, el caso citado en Dajoux, R., op. Cit. p.68.

⁷⁶ Vid, S.G.J. Crèteil (1r Ch. Civ), 1r Août 1984, GAZPAL, 1984, p.560, comentado por Corone, S., JCP(G), 26-12-1984, Jurisp. n° 20,321.

una posible oposición a una devolución de su esperma a sus herederos en caso de muerte.

2. El tribunal estimó que el llamado “depósito de semen” en realidad no constituye un verdadero contrato de depósito al que le puedan ser aplicadas las normas contenidas en el código civil, y ello porque el semen no es una cosa que entre en el comercio de los hombres, sino una secreción que contiene el germen de vida destinado a la procreación humana. Dada la especial naturaleza del semen como portador de vida humana, estimó que tampoco se podía aplicar la ley de donación de órganos. Se consideró que el que habitualmente se denomina “depósito de semen” es un contrato específico que comporta para el banco de semen la obligación de conservación y de restitución al donante, o de entrega a aquella a quien el esperma estaba destinado.
3. También se estimó que ni las condiciones de conservación o de devolución del esperma de un marido fallecido, ni la inseminación de su viuda estaban prohibidas ni reguladas por un texto legislativo, y que siendo uno de los fines del matrimonio la procreación no iba en contra del derecho natural.

La importancia de esta sentencia radica en lo siguiente⁷⁷.

1. Fue la primera sentencia que trató de la inseminación artificial *post mortem*.
2. No declaró ilícita la inseminación *post mortem*.
3. Aunque no determinó la naturaleza jurídica del contrato de depósito de semen, rechazó su calificación como de depósito, y puso de relieve su naturaleza específica.
4. Dejó libertad para abordar, según la propia conciencia, la problemática de la inseminación *post mortem*. En ello radicó su principal mérito.

⁷⁷ Nuevamente comentada esta sentencia, Vid. Corone, S., JCP (N), 7-3-1986, JURISP, p. 60.

La cesión del Tribunal fue criticada, desde un punto de vista moral, estimando que no se puede hablar de un derecho del cónyuge sobreviviente a fundar una familia en estos casos y que las fuerzas genéticas del individuo escapan a su libre disposición.⁷⁸

Desde un punto de vista estrictamente jurídico hay que reconocer que la decisión del Tribunal, en general fue loable⁷⁹, aunque susceptible de una crítica pues, personalmente, en todo momento entendí que la voluntad de procrear post mortem, dado el complejo del fenómeno, debía manifestarse expresamente⁸⁰, pero el silencio legislativo del momento en que fue dictado hace que la crítica sea puramente personal y no jurídico positiva.

Una cosa quedó clara en ese momento, y es que no nos encontrábamos ante un contrato de depósito susceptible de ser reclamado por los herederos del depositante⁸¹, sino ante un contrato "*sui generis*"⁸², que comportaba para el banco de

⁷⁸ Cf. Nerson, R. y RUBELLIN-DEVICHI, J., "*Filiation*", Rev.Trim.Dr.Civ., 1984, p. 704.

⁷⁹ Dubois aprueba la decisión del tribunal, pero sostiene que no le parece deseable que la inseminación artificial post mortem pueda utilizarse sin límites. Cf. DUBOIS, L., "*Jurisprudence*", Note à la sentence T.G.I. Créteil 1er Août 1984. Rev.Trim.Droit.Sanitaire et Social, 1984, p. 492.

⁸⁰ Corone sostiene que el análisis de la sentencia le parece criticable y se pregunta si hay que concluir de este razonamiento que respecto a todos los hombres que proceden a depositar su espermatozoos se presume que quieren engendrar a título póstumo. Cf. Corone, S., JCP (N), 1986, JURIS, cit. p. 60.

⁸¹ Labbé señala que en estas hipótesis no es necesario aplicar las normas generales del derecho sucesorio (descendientes, ascendientes...), sino que es posible aplicar esquemas sucesorios particulares, como los propios del Derecho funerario, los recuerdos de familia, etc., hipótesis en las que no habiendo disposición concreta del causante, a menudo, quien tiene la palabra es la esposa o la concubina; y habiendo ambas, ante el posible conflicto al respecto debería de decidir el Juez. Cf. LABBEE, X., loc. Cit., p. 403.

⁸² Clavería Gosálbez, a través de un magnífico estudio, anterior a la Ley TRA, estimaba que nos encontrábamos ante actos jurídicos atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al Derecho de familia, e naturaleza consensual, aunque –estimaba– que debía exigirse forma ad substantiam y plena capacidad de obrar. De él surgen unos efectos, derechos y obligaciones sobre prestaciones consistentes en la entrega de células u otros objetos y en el hecho de someterse a ciertas intervenciones médicas: es muy dudoso –dice– que sea admisible hablar, como ocurre en el terreno de los derechos de la personalidad, de verdaderos derechos subjetivos, pues los poderes públicos que la ley concederá previsiblemente a los particulares a través de su voluntad negocial no estarán encaminados a la satisfacción de intereses preferentemente propios: se tratará, pues, de "*créditos*" y "*deudas*" de novedosa configuración. Cf. Clavería Gosálbez, L.H., loc. Cit. p. 25 y en general 23 a 27.

semen la obligación de conservación y restitución al donante o a aquella persona a quien el semen iba a ser destinado.

Legado de semen congelado

Admitiéndose que, aunque restringido, el semen es susceptible de un cierto tráfico jurídico, no parece totalmente fuera de razón que el semen se transmita *post mortem* por medio de un legado, en cuyo caso nos hallaríamos ante un nuevo caso de contenido atípico del testamento⁸³.

Parece, pues, que una inseminación *post mortem* intentada por las vías señaladas, podría tener éxito también en nuestro sistema, siempre que constase expresamente el consentimiento del varón⁸⁴, aún no pueda determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el nacido y la persona de quien procede el semen, si éste no estaba en el útero de la mujer en el momento del fallecimiento, caso de que conste en escritura pública o testamento su consentimiento.

Ello me parece una solución injusta por discriminatoria, máxime teniendo en cuenta que si del depósito o del legado de semen resulta evidente la voluntad del depositante o causante en orden a la futura procreación, no habría dificultades insalvables para establecer unos lazos de filiación entre el progenitor biológico y el niño.

⁸³ Así lo admite Labeo, X., loc. cit., p. 402 y Clavería Gosálbez, L. H., loc. cit., p. 23. Señala este último autor que no lo serían aplicables las reglas de la institución del heredero o del legado, aunque no necesariamente sería inválido. Indica que nos encontramos ante un caso de contenido atípico del testamento, pudiendo según los diversos supuestos y la interpretación que quepa dar a la declaración de voluntad *mortis causa*, los herederos los albaceas compartir con la "Beneficiaria" el control del cumplimiento de la determinación del causante.

⁸⁴ Rivero Hernández hace una afirmación que podría hacer cuestionar los razonamientos aquí señalados, aunque no cierre el paso a la IA *post mortem*. Dice este autor que "*la mujer a quien va destinado el semen del disponente difunto adquiere un derecho al mismo y, para ser utilizado en ella según lo previsto formalmente*". Señala también que ese derecho nace "*ope voluntatis*", pero no, desde luego, "*iure successionis*", aunque el acto o instrumento jurídico sea "*mortis causa*". Cf. Rivero Hernández, F., "*Aspectos Jurídico-privados...*", loc. cit., p. 82.

Desde este punto de vista, en el legado de semen más que en el derecho hereditario al semen tendríamos que ver el consentimiento en una disposición testamentaria en orden a permitir la inseminación artificial *post mortem*. Así considerado el legado de semen no sería irrelevante.

4. Los derechos sucesorios del nacido

Determinada la filiación del nacido en relación con su progenitor, nacen para el primero derechos sucesorios. De igual manera, al permitir la acción judicial de reclamación de paternidad no matrimonial, una vez determinada ésta, de no discriminación por razón de nacimiento, los hijos no matrimoniales nacidos de inseminación post mortem tendrán los mismos derechos hereditarios que los hijos matrimoniales nacidos en las mismas circunstancias, y en general los mismos derechos que cualquier hijo en relación a su padre.

Estando en idéntica posición los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, también deben de estar en igualdad de condiciones los habidos en vida del progenitor y los habidos después de su fallecimiento. Por lo tanto deben de reconocérseles idénticos derechos sucesorios.

Por otra parte, en nuestro sistema no hay inconveniente para admitir los derechos sucesorios del así nacido, ya que en nuestro Código Civil no existe una norma semejante a la del Art. 725 del Código Civil Dominicano, donde se dispone que para suceder es necesario existir en el momento de la apertura de la sucesión⁸⁵.

⁸⁵ En el sistema francés, exponen y critican tal obstáculo Guinand, J., loc. cit., p. 30; Carbonnier, J., "*Rapport ...*", loc. cit., p. 83; Mazen, N. J., loc. cit., p. 5.

**LA ADOPCION
EN LA REPUBLICA DOMINICANA**

*La Adopción
en la República Dominicana*

SEMINARIO DERECHO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI:

LA ADOPCION EN LA REPUBLICA DOMINICANA

Lic. Francisco Pérez Lora

1. Introducción

En la presente ponencia nos proponemos analizar la adopción desde la perspectiva del interés de los menores de edad; para esos fines haremos un recorrido histórico de esta institución tanto en el contexto universal como en el local, observaremos su evolución y cambio de paradigma: desde la óptica adulto céntrica al fin protector de los derechos fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En el ámbito general expondremos cuál ha sido la influencia de la comunidad internacional en esta medida de protección, repasando los instrumentos normativos internacionales que abordan este instituto, además analizaremos los aspectos sustantivos y procesales de nuestra legislación, estableciendo comparaciones con otras normas de Latinoamérica, España y Francia.

Abordaremos aspectos conflictivos relativos a la adopción, tales como la adopción de personas del mismo sexo (homosexuales) la adopción prenatal, los peligros de la adopción y la pertinencia o no de la adopción internacional, finalizaremos con varios planteamientos denominados conclusiones propositivas, que consideramos deberían ser aplicados en nuestra práctica por los órganos administrativos y jurisdiccionales que tienen competencia para conocer los asuntos relativos a la adopción.

2. Aspectos Históricos

En este título nos referiremos a la adopción en el ámbito internacional y local previo al siglo XX y a partir de ese siglo.

2.1. En el Antiguo Derecho.

La primera regulación normativa escrita que aborda la adopción es el Código de Hammurabi.

El Código de Hammurabi, (Escrito en Babilonia, aproximada-mente 1750 años antes de Cristo) se refiere a la adopción en los artículos 185 al 193, en sus regulaciones se parte de la idea de que el adoptante se obliga a instruir y tratar como hijo al adoptado y de que este le debe gratitud, de no cumplir con sus deberes uno u otro, el incumplidor estará sujeto a sanciones.

Las sanciones a imponer al adoptante conforme al citado código son de tipo económico y las impuestas al adoptado son de tipo físico. Así vemos como en el artículo 190, expresa que si un hombre se lleva un niño para adoptarlo y lo cría, pero no lo trata como su hijo, ese niño podrá volver a casa de su padre, en cambio el artículo 192, expresa que si el hijo adoptivo de un cortesano o el hijo de una hieródula le dice al padre que lo ha criado o la madre que lo ha criado: tu no eres mi padre; tu no eres mi madre, que le corten la lengua.¹

En la antigüedad la adopción solo tenía importancia en sociedades como la romana, donde la voluntad del paterfamilia ejercía influencia sobre la composición de la familia, en esa época el fin de las adopciones era procurar que la familia no se extinguiera, para preservar el culto doméstico.

En el derecho romano existían dos clases de adopciones: la adopción de una persona sui juris, denominada la adrogación² y la adopción³ de una persona alieni juris, que es la adopción como tal⁴.

¹ Trajano Vidal Potentini. Legislaciones antiguas comentadas. p. 71

² La adrogación hacía pasar a un ciudadano sui juris, quizás jefe de familia bajo la autoridad de otro ciudadano que se instituía en su jefe, sólo podía tener lugar después de la información de los pontífices y mediante la decisión de los comicios por curias. En sus inicios solo los hombres podían ser adrogados, hasta el siglo III de nuestra era donde se permitió la adrogación de las mujeres

³ Se empezó a utilizar después del año 304 después de Cristo y constituía un acto menos grave que la adrogación, donde no se exigía la intervención de los pontífices ni del pueblo, sino de los magistrados, pues siendo el adoptado alieni juris no se extinguía una familia ni un culto, se realizaba en favor tanto de varones como de hembras

⁴ Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. p. 113

Solo los adultos podían ser adrogados, porque eran los que participaban en los comicios por curias, pero a partir del imperio de Antonino el Piadoso, se permitió la adopción de los denominados impuberos, siendo esta adopción sujeta a exigencias mayores y pudiendo ser revocada si no le era ventajosa al adrogado u adoptado.⁵

El Código de las Siete Partidas, (Atribuido al Rey de Castilla y León Alfonso X el Sabio, escrito aproximadamente entre el año 1256 y 1265), se refería muy brevemente a la adopción, en la partida 4ta, titulo 16, al expresar que adoptio en latín quiere decir en romance prohijamiento, por lo cual los hombres pueden ser hijos de otros aunque no lo sean naturalmente.⁶

La parte Este de la isla Española, hoy República Dominicana, estuvo bajo el imperio de las leyes de España durante los años 1493 hasta 1801, durante esa época, según reseña Wenceslao Vega, existió la adopción, pero los hijos jamás heredaban a sus padres adoptivos.⁷

En el antiguo derecho francés no existía la adopción, porque la iglesia, que tenía predominio, entendía que la familia descansaba sobre el matrimonio.⁸

En el Código Civil Napoleónico de 1804, solo era admitida la adopción de mayores de edad⁹, y estaba sometida a condiciones muy estrictas y efectos restringidos¹⁰. Las disposiciones del Código Civil Napoleónico entraron en vigencia en nuestro país de manera forzosa con la invasión haitiana a partir del año 1822 y de manera voluntaria, como resultado del "decreto" número 58 de fecha 3 de julio de 1845 dictado por el Congreso Nacional de la República Dominicana, que ordenó observar los códigos franceses.

⁵ Ibidem. p.115

⁶ T. Vidal Potentini. Op. Cit. p. 128

⁷ Wenceslao Vega. Historia del derecho colonial dominicano. p. 59

⁸ Henri, León y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. p.544.

⁹ Martha Villazon Delgadillo. Familia, Niñez y Sucesiones. p 201

¹⁰ Mazeaud. Op. Cit. P. 549

Conforme a la legislación napoleónica estaba prohibida que personas con hijos solicitaran la adopción, considerándose esta situación como un requisito de fondo,¹¹ sin embargo en la actualidad las personas con hijos pueden adoptar.

Las adopciones en Francia eran excepcionales, pero a partir de la primera guerra mundial se reguló la adopción de menores de edad, con el fin de dotar de una familia a los niños huérfanos y su número se elevó considerablemente.

En el derecho francés se admitía la adopción de los hijos naturales por sus propios padres. Esta situación obedecía a la desigualdad existente entre los hijos denominados “naturales” o extramatrimoniales y los denominados “legítimos” o matrimoniales, debido a que los segundos gozaban de privilegios con relación a los primeros, por esto sus padres para que gozaren de iguales derechos que sus hermanos le adoptaban, en razón de que la adopción producía con relación a los hijos los mismos efectos que la relación filial “legítima”, incluso la Corte de Casación Francesa, se pronunció afirmativamente, estableciendo en el año 1841 una sentencia de principio, que en el año 1843, ella misma contradice, pero en el año 1846 volvió a su primera solución acogiendo la adopción de los hijos naturales.¹²

2.2. En el Siglo XX y XXI

Con el paso del tiempo se han suprimido en Francia algunas modalidades de adopción que estaban previstas, tales como: La adopción remuneratoria¹³ y la testamentaria, ambas en el año 1923.

El título de la adopción del Código Civil Dominicano (que era una traducción del Código Civil Napoleónico) comprendido por los artículos 343 al 370, fue modificado en el año 1959 por la Ley 5152, entre otras cosas se permitió la

¹¹ Ibidem. p. 545

¹² Marcel Planiol y George Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil, p. 225

¹³ Ibidem. págs. 228 y 237.

adopción de menores de edad y estableció los requisitos exigidos para su otorgamiento.

En el año 1994, se aprueba la Ley 14-94 (Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y deroga las disposiciones de la ley 5152, sobre adopción, y establece requisitos más rigurosos para el otorgamiento de la adopción y permite que sea otorgada a personas que viven en una relación consensual o de hecho de manera ininterrumpida por cinco años.

En el año 1995 se emite el decreto 59-95, denominado: *“Reglamento para la Aplicación del Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”*, en las que estableció reglas para la aplicación de la adopción nacional e internacional.

El 27 de julio del año 1999, el Organismo Rector del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dictó la Resolución No. 1-99, en la que establece que: *“toda solicitud de adopción debe realizarse ante la dirección técnica ejecutiva del organismo rector”*, designada como la entidad administrativa y de coordinación que ejercerá las funciones de autoridad central en esta materia.

Por otro lado el 6 de enero del 2000, la Suprema Corte de Justicia dictó la Resolución No. 3- 2000¹⁴, en la que estableció reglas procesales relativas a la notificación de la sentencia de adopción y el momento oportuno para la interposición del recurso de apelación.

La adopción simple u ordinaria (llamada peyorativamente con el título de Pseudoadopción) fue permitida en nuestro país hasta el año 2004, con la entrada en vigencia de la Ley 136-03, en Bolivia fue derogada la adopción simple en el año 2000. En ambos países la razón fundamental de su supresión es que contrariaba los principios que deben regir la adopción, en razón de que el hijo adoptivo (bajo la modalidad simple) continuaba

¹⁴ Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia en materia de niños, niñas y adolescentes. p. 10.

vinculado filialmente a su familia de origen, existían causales para ser revocada, y no existía ninguna relación jurídica entre el adoptado y la familia del adoptante, salvo los impedimentos matrimoniales.

En nuestro país, actualmente, sólo existe la modalidad de la adopción privilegiada (denominada antiguamente adopción plena y legitimación adoptiva) que puede ser nacional e internacional, de conformidad a lo previsto en el artículo 115 de la Ley 136-03, que establece que la adopción es sólo privilegiada y puede ser nacional o internacional, según que los adoptantes sean dominicanos residentes en el país o ciudadanos extranjeros.¹⁵

A partir del próximo título de manera transversal abordaremos las disposiciones vigentes en nuestro país sobre la adopción, contenidas en el Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 136-03 (que identificaremos por las siglas CNNA).

3. Aspectos Generales

3.1. Etimología

La palabra adopción proviene del latín *adoptio*, que significa escoger, optar.

En el Código de las Siete Partidas se expresa que su significado en romance es prohijamiento.

3.2. Concepto

Con relación a la adopción se han elaborado infinidad de conceptos, unos contenidos en normas, otros creados por los doctrinarios, algunos son obras de los jueces y están contenidos en sus decisiones, otros reposan en los diccionarios, vocabularios jurídicos, en fin, casi cualquier persona sería

¹⁵ Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (CNNA). Artículo 115

capaz de construir un concepto sobre la adopción y esta concepción sobre ese tema, de seguro estaría marcado por el momento histórico en el que se elabora y la ocupación del que la crea.

No pretendemos elaborar un concepto sobre la adopción, sino más bien confrontar algunos que se han emitido y extraer de ellos palabras claves con el objeto de construir sus características.

Como nuestra profesión es la abogacía, acudiremos a las opiniones de los tratadistas del derecho más conocidos en diferentes épocas y a las definiciones dadas por normas adjetivas de diferentes naciones.

Eugene Petit, define la adopción como la institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *Justae Nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia.¹⁶

Con relación a la definición del connotado jurista Eugene Petit, maestro de Derecho Romano, de muchas generaciones, si bien es cierto que la adopción es una institución, hoy se afirma que es parte del derecho de familia, otrora parte del derecho civil, además en razón de los principios de igualdad, los efectos que produce no son los de la relación filial matrimonial sino más bien los de la relación filial biológica.

Planiol y Ripert, plantean que es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas, relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.¹⁷

Contrario a lo planteado por los grandes maestros del derecho francés, Planiol y Ripert, hoy está excluida de la adopción toda idea que tienda a hacerla parecer como una relación de orden contractual y como dijimos previamente sus

¹⁶ E. Petit. Op. Cit. p.113.

¹⁷ Planiol y Ripert. Op.Cit. p. 220.

efectos serian los mismos de la relación filial biológica, independientemente de la situación de los padres.

Los hermanos Mazeaud la califican de una filiación artificial, ficticia y expresan que se asimila a la filiación legítima.¹⁸

Ciertamente como afirmaban los hermanos Mazeaud la adopción es una filiación artificial (entendiendo que es artificial porque ha sido creada conforme a la regulación normativa y por una decisión judicial) o no biológica, pero nunca le debe ser dada la calificación de ficticia, en tanto implicaría desvirtuar los propósitos de la adopción, que nunca serán imaginarios, ni falsos, además como se ha expresado anteriormente los hijos ya sean adoptivos o biológicos, independientemente de la situación de sus padres tienen iguales derechos.

La adopción fue definida por un documento de las Naciones Unidas¹⁹ que data del año 1953, como el hecho voluntario y legal de tomar y tratar al hijo de otros padres como hijo propio, con arreglo a las leyes del país.

La adopción nunca debe calificarse como un hecho porque implica una voluntad dirigida a un propósito definido y el cumplimiento de requisitos y formalidades previas consignadas en un cuerpo normativo.

En la ley de adopción de Nicaragua del 2 de mayo del año 1980, se establece en su primer artículo que: *“la adopción es la institución por la que el adoptado entra a formar parte de la familia del adoptante para todos los efectos, creándose entre adoptante y adoptado los mismos vínculos jurídicos y de parentesco que ligan a los padres con los hijos, estableciéndose en interés exclusivo de los hijos”*.²⁰

Conforme a la opinión de la tratadista contemporánea, Aurora González González, la adopción es: “una institución

¹⁸ Mazeaud. Op. Cit. p. 548

¹⁹ María Teresa Larrain Aspillada. La adopción. Un análisis crítico y comparado de la legislación chilena. p.192

²⁰ Familia y derechos humanos. p. 84.

familiar que crea un vínculo paterno-filial semejante al que se crea a través de la filiación natural”.²¹

A estos últimos dos conceptos, creo que lo único que le faltaría, sería expresar que la adopción debe ser otorgada por autoridad judicial.

En nuestro Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, se dispone que *“la adopción es una institución jurídica de orden público e interés social que permite crear, mediante sentencia rendida al efecto, un vínculo de filiación voluntario entre personas que no lo tienen por naturaleza”*.²²

La definición dada por nuestro Código bajo el título de naturaleza de la adopción, es totalmente acertada.

3.3. Características

De todos los conceptos emitidos por autores de Chile, Francia, España, Nicaragua y República Dominicana, copiados precedentemente podemos rescatar cinco características propias de este instituto jurídico, a saber:

1. Es una institución jurídica de derecho de familia, debido a que está regulada por reglas de orden público, en consecuencia con requisitos inmodificables por las partes.
2. Es imprescindible la voluntad libre de vicios de los adoptantes, el adoptado (si hubiere lugar) y las otras personas a las que le es requerido su consentimiento.
3. Constituye una medida de protección a favor de los niños, niñas y adolescente (a partir de ahora NNA) que persigue como fin su interés superior y en consecuencia la satisfacción de sus derechos fundamentales. Sobre esta características abundaremos más en el título siguiente.

²¹ Aurora González González. La Adopción. p. 413.

²² CNNA. Op. Cit. Artículo 111.

4. Requiere de la intervención judicial. Esta característica será tocada en el título denominado procedimientos.
5. Crea vínculos jurídicos de filiación entre personas que no lo tienen, es decir; tiene un carácter constitutivo de estado y además produce los efectos derivados de la filiación biológica.

Otras características de la adopción son:

1. Su tramitación es reservada, debido a que no se prevé su publicación en edictos previo a su otorgamiento, ni tampoco la publicación de la sentencia que la ordena (Como ocurría conforme a las disposiciones del reglamento 59-95, relativo a la aplicación de la Ley 14-94), además de que el CNNA, establece en su artículo 152 lo siguiente “RESERVA DE DOCUMENTOS. Todos los documentos y actuaciones administrativas o jurisdiccionales propios del proceso de adopción serán reservados por un término de treinta (30) años, en un Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes. Sólo podrá expedirse copia de los mismos a solicitud de los adoptantes o del adoptado al llegar a la mayoría de edad y del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes. La reserva en el aspecto concerniente a custodiar la confidencialidad de la adopción no es absoluta, en razón de que la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes, correspondiente al tribunal de primer grado que homologó la adopción, ordenará el levantamiento de la reserva cuando se presenten graves motivos que lo justifiquen o cuando se haya admitido el recurso extraordinario de revisión civil.²³

2. Es Irrevocable, debido a que los hijos adoptivos al igual que los biológicos no pueden dejar de serlo por voluntad de las partes, conforme lo expresa la parte infine del artículo 116 y el artículo 150 del CNNA, expresando el último texto regulatorio citado, lo siguiente: “IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN PRIVILEGIADA. La sentencia de adopción privilegiada es constitutiva de derechos y es irrevocable desde

²³ Ibidem. Artículo 152.

que la decisión que la pronunció ha adquirido la autoridad de la cosa definitivamente juzgada.²⁴

3. El adoptado tiene derecho a conocer su filiación de origen, a estos fines el CNNA deja a los padres adoptivos la opción de determinar el tiempo oportuno para comunicar dicha información²⁵.

Con relación al derecho del sujeto adoptado a conocer su origen, algunas legislaciones no lo contemplan, como la polaca²⁶ y la chilena, por esta razón autores como el Dr. Didier Operti Badam, citado por Larrain²⁷, cita tres (3) argumentos en contra del secreto de las adopciones: 1. cada persona tiene derecho de saber quienes son sus verdaderos padres. 2. problemas de herencia biológica podrían hacer necesario conocer el origen de una persona para adecuar su tratamiento. 3. para determinar la existencia de impedimentos matrimoniales.

4. La Adopción, es una Medida de Protección.

En sus inicios la adopción tenía como fin, como hemos dicho, asegurar la perpetuidad de las familias con el objeto de preservar el culto doméstico, en consecuencia es obvio que su objeto no era la preservación de los derechos de las personas a ser adoptadas.

En el siglo pasado, después de la primera guerra mundial, ya se empezó a tomar conciencia que el objeto de la adopción debe ser proteger a la niñez y que ésta viva en un ambiente de familia, existiendo la dualidad de buscarle un hijo a la familia que no lo tuvieran y unos padres al niño huérfano o “desamparado”, uno de los inconvenientes era que no se le reconocía derechos a los menores de edad y que se veía a la adopción como una institución caritativa.

²⁴ Ibidem. Artículo 157.

²⁵ Ibidem. Artículo 154.

²⁶ José A. Paja Burgoa. La Convención de los Derechos del Niño. p 116.

²⁷ M. T. Larrain Aspillada. Op. Cit. p.265

La adopción en nuestro país desde la década de los cincuenta del siglo pasado ha tenido como finalidad el interés superior de los niños, denominado anteriormente como los justos motivos y ventajas del adoptado.²⁸

Hoy se afirma en todas las legislaciones de reciente data, que el principal fin de la adopción debe ser la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así lo consagra nuestro CNNA en su artículo 112, al disponer que es una medida de integración y protección familiar para los niños, niñas y adolescentes en función de su interés superior, cuyo proceso debe ser llevado bajo la suprema vigilancia del Estado.²⁹

El interés superior del niño se configura como el estándar jurídico aplicable a todas las medidas que se deben tomar respecto de un menor de edad, y que con relación a la adopción como institución especialmente proteccional (...) encuentra aplicación en todas las resoluciones que se produzcan en el juicio y particularmente en la sentencia que le pone fin.³⁰

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, dispone que *“En todas las decisiones que conciernen a los niños, provengan de instituciones públicas o privadas de protección social, de los tribunales, de autoridades administrativas o de órganos legislativos, el interés superior del niño debe tener consideración primordial”*.³¹

Al interés superior del Niño, se le otorga el título de principio general de la Ley 136-03, es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les conciernan a los menores de edad, y tiene como objeto contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales.³²

²⁸ Código Civil Dominicano modificado por la ley 5152 sobre adopción, artículo 343.

²⁹ CNNA. Op. Cit. Artículo 112.

³⁰ Daniel Hugo D’Antonio. Práctica del derecho de menores. p.93

³¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN), artículo 3.1

³² CNNA. Op. Cit. Principio V

La adopción, es una medida de protección subsidiaria, debido a que la mejor protección de los niños es la que pueda proveerla su familia biológica, en consecuencia debe ser una alternativa que permita que el niño encuentre una familia fuera de su entorno familiar, acorde a lo previsto en el artículo 113 del CNNA, que prevé que la adopción debe considerarse sólo para casos excepcionales.³³

La opinión consultiva 17-2002, de fecha 28 de agosto del 2002, sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, concluye en su parte dispositiva, en el párrafo 137, numeral 4, que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos (...) y en el numeral 5, señala *“que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y preferentemente temporal”*³⁴

Del mismo modo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que conforma parte de nuestra legislación interna por haber sido ratificada por el Congreso Nacional en el año 1991, prevé en su artículo 20 que los Estados miembros, deben procurar la inserción familiar del niño cuando se halle privado de su medio familiar, en consecuencia, el Estado (CONANI y los órganos Jurisdiccionales) deben procurar que se mantenga con miembros de su familia biológica, antes de decidir colocarlo como sujeto de adopción.

Para finalizar este título, concluimos que la adopción es una medida de protección que tiene como fin garantizarle los derechos al niño, en virtud de su interés superior, pero que antes de iniciar los trámites de la adopción se requiere que sean agotadas alternativas para asegurar los derechos de los niños a ser criados en el seno de su familia nuclear o ampliada.³⁵

³³ Ibidem. Artículo 113

³⁴ La opinión consultiva 17-2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 137

³⁵ Pedro Caetano de carvalho. Antes da adocao. p. 52

5. El Derecho a Tener una Familia es un Derecho Fundamental.

Todo menor de edad tiene derecho a pertenecer a una familia, sea ésta su familia de origen o una familia adoptiva.

La adopción, como afirma Antonio Manuel Rodríguez Ramos,³⁶ no está prevista en la Constitución Española y agregamos nosotros, ni en la nuestra, pero el silencio del constituyente no implica que el derecho del menor de edad de tener una familia no sea configurado como un derecho fundamental, así lo manifiesta nuestro CNNA, en su artículo 59, que expresa que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser criados en su familia de origen y excepcionalmente en una familia sustituta.³⁷

Conforme a la redacción del artículo 59, copiado precedentemente, podemos afirmar que el derecho del niño a tener una familia adoptiva, solamente nacerá cuando no exista posibilidad fáctica de colocarlo bajo el cuidado de su familia de origen.

Es pertinente acotar que cuando hablamos de colocarlo en su familia de origen, no nos referimos exclusivamente a los padres biológicos, sino además y de conformidad al artículo 58, literal d, del CNNA, a los ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad (hermanos y hermanas, abuelos, tíos, primos).³⁸

6. La Adopción en los Instrumentos Internacionales

La adopción Internacional ha merecido la atención de la comunidad internacional, hasta el punto de que en el ámbito regional (OEA) y en el universal (ONU y Haya) se hayan dictado normas que la regulan, en los subtítulos siguientes abordaremos brevemente algunos aspectos contenidos en los

³⁶ Antonio Manuel Rodríguez Ramos. Configuración constitucional de la adopción de menores

³⁷ CNNA. Op. Cit. Artículo 59

³⁸ Ibidem. Artículo 58

instrumentos internacionales vigentes y los que pudieran aprobarse por el Congreso Nacional que se refieren a la adopción.

6.1. En el Código Bustamante

El Código de Bustamante, también denominado Código de Derecho Internacional Privado, que conforma parte de nuestro derecho positivo, por haber sido ratificado por el Congreso Nacional, en su artículo 73 prevé que: *“La capacidad para adoptar y ser adoptado, las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la ley personal de cada uno de los interesados”*.

6.2. En la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

Es necesario acotar que esta Convención (a partir de ahora identificada por las siglas CNUDN) es el único instrumento internacional que goza de un consenso casi universal, debido a que 192 países la han ratificado, restando solo 2 por realizarlo Estados Unidos y Somalia. Fue aprobada en New York el 20 de noviembre del 1989 y dispone en su artículo 21 que los Estados que reconocen o permiten la adopción, cuidaran de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, además plantea que la adopción solo podrá ser admitida cuando se cumplan los requisitos establecidos en las leyes y establece que la adopción internacional solo será realizada en caso de que no se pueda colocar al niño en un hogar de guarda o entregado a una familia del país de origen.³⁹

6.3. En la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores⁴⁰

Esta convención fue aprobada en La Paz en fecha 24 de mayo del año 1984, no ha sido ratificado en nuestro país, pero debido a que aplica en muchos de los países de la región y que

³⁹ Derechos del niño. ONU, p. 12

⁴⁰ Ibidem. p. 12

existe la posibilidad de que fuera aprobada en nuestra nación consideramos oportuno citar sus aspectos más preponderantes.

La convención contiene 29 artículos y esta dividida en los siguientes 7 títulos: 1. Ámbito de aplicación del Convenio, 2. Condiciones de las adopciones internacionales. 3. Autoridades centrales y organismos acreditados. 4. Condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales, 5. Reconocimiento y efectos de la adopción y 6. Disposiciones generales. 7. cláusulas finales

La Convención Interamericana de La Paz, a los fines de establecer competencia utiliza la expresión “*residencia habitual del adoptado*”, de este modo deja de lado la noción nacionalidad, debido a que la residencia habitual constituye un elemento suficiente para atribuirle al menor un domicilio propio, independiente del de sus representantes legales y juega el papel que otrora le estuviera reservado al domicilio.

6.4. En el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.⁴¹

El Convenio de la Haya sobre adopción fue aprobado en fecha 29 de mayo del año 1993 y contiene 48 artículos insertos en los siguiente 7 capítulos: 1. Ámbito de Aplicación del Convenio, 2. Condiciones de las Adopciones Internacionales. 3. Autoridades Centrales y Organismos Acreditados. 4. Condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales, 5. Reconocimiento y Efectos de la Adopción y 6. Disposiciones Generales. 7. Cláusulas Finales.

El objetivo de este Convenio es evitar el tráfico de niños y sujetar la adopción internacional a un control administrativo respecto a la idoneidad de los solicitantes de la adopción y de los sujetos a adoptar, así como establecer mecanismos de

⁴¹ Ibidem

cooperación entre autoridades denominadas centrales de los diferentes países que le hayan ratificado.

Este Convenio se encuentra depositado en el Congreso Nacional a los fines de obtener su ratificación, sin embargo, es necesario acotar que la Ley 136-03, dispone en sus artículos 135 literal d y 165 párrafo II, indistintamente lo siguiente: “135. “Se preferirán las solicitudes de ciudadanos dominicanos y, en su defecto, ciudadanos oriundos de un país que haya ratificado o se haya adherido a la Convención de la Haya sobre Adopción. En este caso, la adopción se sujetará a las cláusulas allí establecidas. 165 *“Toda adopción internacional realizada en República Dominicana estará regida por las disposiciones de este Código, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre Adopción”*.⁴²

7. Condiciones y Requisitos

La adopción que solicitan los dominicanos y los extranjeros está sujeta a condiciones y requisitos. En esta primera parte abordaremos los requisitos exigidos a la adopción independientemente de la nacionalidad o residencia habitual de los adoptantes y en el capítulo referente a la adopción internacional señalaremos los requisitos adicionales que le son requeridos.

Dentro de los requisitos de fondo, están aquellos exigidos al adoptante y los relativos a los adoptados.

7.1. Los Requisitos de los Adoptantes, son los siguientes:

1. Consentimiento de los Adoptantes.

La adopción es una institución que requiere de consentimientos voluntarios multilateral debido a que se exige el consentimiento de los adoptantes, los padres biológicos, si fuere necesario, la autoridad central, y el niño a ser adoptado si tuviere más de 12 años.

⁴² CNNA. Op. Cit. Artículos 135 y 165

2. Vínculo Matrimonial de 3 años si se trata de una Adopción Nacional y de 5 años si fuere Internacional, o que las personas solicitantes estén unidas consensualmente por un periodo mínimo de 5 años ininterrumpidos.

Puede adoptar la pareja no casada, pero en sentido contrario el profesor y Juez de Brasil, Jorge Lauro Celidonio,⁴³ plantea que esta situación es inconstitucional debido a que asimila la unión estable al casamiento, violentando su norma sustantiva, sin embargo en nuestro país nadie ha discutido ni planteado una tesis similar, asumiéndose desde la práctica que esta posibilidad de adopción en nada riñe con nuestra norma sustantiva.

Para que una pareja adopte a un niño, necesariamente debe conformar una familia, Aida Kemelmajer de Carlucci⁴⁴, citando a Coussirat Coustère Vincent (*La notion de famille dans les jurisprudences de la Comisión et de la Cour Europeennes des droits de l'Homme*, en obra colectiva *Internationalisation des droits de l'Homme et evolution du droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1996, Pág. 55) señala que las relaciones homosexuales no encuadran en la noción de vida familiar, sino exclusivamente en la noción de vida privada, conforme a jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En legislaciones como Suecia y Noruega a pesar de que se permite el registro de las parejas homosexuales esta prohibida la adopción de menores de edad.

La Corte Europea de Derechos Humanos, citada por Headrick⁴⁵, decidió que no era discriminatoria la negativa del departamento de ayuda social a la infancia, en base a una disposición legal, de consentir en la adopción de un menor por un homosexual. La justificación de esta sentencia era por

⁴³ Citado por Paulo lucio Nogueira, Estatuto da crianza e do adolescente comentado. p. 62

⁴⁴ Aida Kemelmajer de Carlucci. Derechos humanos y derecho de familia

⁴⁵ William Headrick, Tendencias mundiales actuales del derecho francés p. 240

el desacuerdo científico en las consecuencias sobre el desarrollo de un niño de ser educado por un homosexual (2002.280, n17).

La adopción de niños por parejas homosexuales es una situación compleja, aceptada ya en algunos países de Europa, pero repudiada en Centroamérica y el Caribe, el hecho de elegir una pareja del mismo sexo, veda a ambos la posibilidad de procrear, entonces no se justifica en modo alguno que se le otorgue un menor de edad en adopción, máxime, cuando el fin de este instituto es el interés del niño y en razón de que existe la duda de que haya una relación filial adecuada, porque no estarían definidos los roles de padre y madre.

En nuestra legislación la adopción de homosexuales está prohibida, en razón de que a los nacionales les exige estar casados (no permitiéndose en nuestra legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo) y a los extranjeros además de estar casados se le exige adicionalmente que sean una pareja de diferentes sexos. El CNNA le exige a las personas unidas consensualmente que sean de sexo diferentes.⁴⁶

El artículo 140 letra b, del CNNA, prevé que se le realice una evaluación biosicosocial a los adoptantes, que persigue establecer las relaciones sociofamiliares de los adoptantes y la capacidad mental para asumir la función de ser padres.

La adopción acumulativa está permitida solo en los casos de parejas consensuales o unidas en matrimonio, fuera de estos casos está prohibida. Tampoco se permite que un NNA sea adoptado en más de una ocasión, salvo que sea adoptado en principio por una persona soltera, luego se casa y su hijo adoptivo es adoptado por su consorte.

3. Las Personas Solteras, con las Características de Idoneidad Física, Sexual, Moral y Económica.

Puede adoptar la persona soltera, pero en la antigüedad se le prohibía a las mujeres, por carecer de patria potestad, actualmente denominada autoridad parental.

⁴⁶ CNNA. Op. Cit. Artículos 118 a y b y 165

Para adoptar la persona soltera, debe tener al menor de edad bajo su cuidado y los órganos competentes deben garantizar, en la medida de lo posible, que el adoptante le brinde al adoptado un óptimo desarrollo físico, psíquico, social y sexual.

Nuestra legislación excluyó a la persona homosexual que desee adoptar de manera individual, en razón de que prevé que se requiere idoneidad sexual, pero la pregunta sería ¿Es inidóneo sexualmente el homosexual?, Creemos que nuestro legislador le otorgó este calificativo al tiempo de vedarle la posibilidad de iniciar una adopción.

4. Las Edades Mínimas y Máximas de los Adoptantes, son 30 y 60 años.

La edad mínima para poder adoptar a una o varias personas ha variado a lo largo de la historia, en Roma, en principio se exigía la pubertad plena, es decir 18 años.⁴⁷

En el código civil guatemalteco de 1877, el adoptante debía tener mas de 60 años, con el objeto de que hubiera desaparecido en el la posibilidad de tener descendencia natural.⁴⁸

En Brasil, conforme al Art. 42 del Estatuto da Crianza do Adolescente, pueden adoptar las personas mayores de 21 años.⁴⁹

En nuestro país es necesario que el adoptante tenga más de 30 años la excepción de la edad mínima es que el adoptante sea el cónyuge del padre o madre.

En países como Bolivia se exige una edad máxima de 50 años para adoptar salvo que se tenga el niño bajo su crianza, en nuestro país es 60 años, esto obedece a que el Estado quiere garantizar que existan mayores posibilidades de supervivencia de los padres. Nuestro CNNA establece una excepción relativa a la edad máxima y es que el adoptante sea ascendiente del adoptado.

⁴⁷ E. Petit. Op. Cit. p.116

⁴⁸ Familia y derechos humanos. Op. Cit. p. 45,

⁴⁹ Antonio Chávez. Comentarios ao estatuto da crianza e do adolescente.

5. La diferencia de edad con el adoptado debe ser de 15 años.

En tiempos remotos, la diferencia de edad no era requerida, así vemos como Cicerón reprocho a Clodio por haberse hecho adrogar de Fontelio que era más joven que él.⁵⁰

En nuestra legislación se exige una diferencia mínima de 15 años entre adoptantes y adoptado, salvo en el caso de la adopción de integración.

La adopción de integración, es la adopción otorgada al cónyuge del padre o madre del niño, de ahí que sólo se crearía el vínculo filial del NNA con respecto al cónyuge de su padre o madre.

En nuestro país no existen datos de este tipo de adopción, que se practica con mucha asiduidad en Inglaterra, Alemania y Suiza, en donde representan aproximadamente la mitad del conjunto de las adopciones otorgadas.

Con relación a esta adopción, la Ley 136-03 ha flexibilizado la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptados, al expresar que no será exigible la diferencia de quince años.

6. La Convivencia Preadoptiva

El CNNA exige que entre los adoptantes extranjeros y el NNA se efectúe una convivencia preadoptiva de 60 días si el niño a adoptar tiene 12 años o menos y 30 días si tuviere 12 o más años de edad.

Este requisito se exige de manera expresa a las adopciones de extranjeros, pero nada se dice con relación a las locales, asumiéndose en la práctica el mismo plazo.

⁵⁰ E. Petit, Op. Cit. p. 116

7.2. Los Requisitos de los Adoptados, son los siguientes:

1. Edad Inferior a los 18 años

La Adopción de Adultos, está consagrada en algunos códigos civiles de otros países, como el de Brasil, artículos 368 al 375.⁵¹

En el código de familia de Costa Rica se permite la adopción de adultos, bajo la condición de que la persona que solicita la adopción y el sujeto a adoptar hayan vivido un mínimo de 6 años antes de su mayoría y en caso de que fueren familiares un mínimo de 3 años.⁵²

En Inglaterra y los países bajos, sólo se admite la adopción de menores de edad, en el primero para los menores de 18 y en el último para los menores de 21 años.⁵³

En nuestro país la Ley 136-03, prevé en su artículo 121 que la adopción procederá a favor de las personas menores de 18 años de edad a la fecha de la solicitud.⁵⁴ Anteriormente la ley 5152 regulaba la adopción de adultos, pero esta ley fue derogada por la Ley 14-94, de ahí que podemos afirmar que la adopción de adultos en nuestro sistema jurídico no está regulada.

La Adopción Prenatal, no está permitida en nuestra legislación, sino conforme a la interpretaciones que se pueden deducir de nuestro CNNA pareciera prohibida, en razón de que se requiere que el niño haya nacido, de todas formas explicaremos brevemente en que consiste y la posibilidad de su aplicación.

Graciela Medina, plantea que la adopción prenatal puede resultar beneficiosa en razón de que persigue dar solución al problema de los embriones congelados no implantados.⁵⁵

⁵¹ Paulo Lucio Nogueira. Estatuto da crianza e do adolescente comentado. p. 82

⁵² Ricardo Mora González. La tramitación de los procesos de familia. p. 179

⁵³ Larrain Aspillada, María Teresa. La adopción. Un análisis crítico y comparado de la legislación chilena p. 219

⁵⁴ CNNA. Op. Cit. Artículo 121

⁵⁵ Graciela Medina. La adopción prenatal

El pacto de San José, Costa Rica, ratificado por nuestro país, en su artículo 4, inciso 1, establece que se debe garantizar el derecho a la vida desde la concepción, en consecuencia el derecho positivo debería garantizar el derecho a la vida del concebido.

En legislaciones como la francesa y la española, se permite la dación (o adopción de los embriones conservados). En la quinta jornada interdisciplinaria de Derecho de Familia y Sucesiones, de Moròn, se recomendó que “resulta conveniente la adopción prenatal del óvulo fecundado cuando en caso de fertilización extracorpórea hubiere sido imposible realizar la transferencia de los mismos al seno materno.”⁵⁶

2. Consentimiento si tuviere más de 12 años

El consentimiento del niño mayor de 12 años en los procesos concernientes a su adopción, es imprescindible no tan sólo para garantizarle su derecho a ser oído, previsto en el artículo 12 de la CNUDN y en el artículo 16 del CNNA, sino sobre todo en el artículo 127, segundo párrafo de la legislación local, que le otorga una capacidad de ejercicio para consentir en su propia adopción.

En Brasil⁵⁷ y España⁵⁸ al igual que en nuestro país es un requisito imprescindible que el niño mayor de 12 años otorgue el consentimiento con relación a su adopción. En Alemania y Portugal es exigido al cumplir los 14 años de edad

3. Debe encontrarse en una situación familiar disfuncional

Por relación familiar disfuncional debemos entender la situación del NNA abandonado, cuando sus padres hayan perdido la autoridad parental, su filiación sea desconocida, sean huérfanos o los padres lo hayan entregado a CONANI.

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Charles Jean Inicio de Abreu. Estudo Critico ao estatuto da crianca e do adolescente. p 40

⁵⁸ M. T Larrain Aspillada. Op. Cit. p. 240

Como excepción a esta situación está el NNA que pueda ser adoptado por el cónyuge de su padre o madre.

7.3. Otros Requisitos Exigidos

7.3.1. Consentimiento de los Padres Biológicos

La voluntad de los padres biológicos de entregar a su hijo en adopción, debe ser manifestada en un acto auténtico, realizado ante Notario Público o el Juez de Paz, en consecuencia es un acto solemne, pero la autorización para que entreguen a su hijo en adopción será innominada, es decir se le otorgara a CONANI, para que su órgano de selección de familias designe la pareja que cualifique, de conformidad al artículo 130 del CNNA.

La Ley 136-03, es muda en relación a la posibilidad o no de consentir de los padres biológicos, si estos fueren menor de edad, nosotros creemos que su consentimiento es imprescindible y que debe ser dado luego de que se le oriente debidamente sobre las consecuencias de este acto y que además se debe requerir el consentimiento de sus padres, para tratar de evitar que su nieto sea dado en adopción sin brindársele la oportunidad de que lo acojan en su calidad de ascendientes.

7.3.2. La Adopción del Viudo o Viuda y la de la Persona Divorciada o Separada Judicialmente.

El CNNA prevé que el viudo o viuda, la persona divorciada o separada judicialmente puedan adoptar, siempre y cuando los tramites de adopción se hubieren iniciado antes de estas situaciones y que cumplan con los demás requisitos exigidos, con la finalidad de garantizar los derechos de los NNA.

7.3.3. La Certificación de Idoneidad

El artículo 138 del CNNA, establece que CONANI al termino de la fase administrativa de protección, deberá emitir una certificación de idoneidad (o inidoneidad), para otorgar este certificado se deberán de haber cumplido con los requisitos legales.

Otros requisitos exigidos para la adopción serán tratados en el tema de los procedimientos de la adopción.

8. Procedimientos

Existen dos fases de la adopción: la primera denominada administrativa de protección, a cargo del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONANI) y la segunda denominada administrativa jurisdiccional cuya competencia es atribuida al Tribunal de NNA.

En los casos de NNA de filiación desconocida o de pérdida de autoridad parental, se requiere que previo al inicio de los trámites administrativos de la adopción el Tribunal de NNA dicte una sentencia declarando al menor de edad en estado de abandono o declarando la pérdida de la autoridad parental de los padres, de conformidad a lo previsto en la ley 136-03.⁵⁹

8.1. La Fase Administrativa de Protección

Es tratada en los artículos 129 al 138 de la ley 136-03, y tiene dos procedimientos: según se trate de una entrega voluntaria; o está precedida por una declaración de abandono o de pérdida de la autoridad parental.

Luego de cumplido los requisitos de adoptabilidad, la comisión de adopciones de CONANI escogerá una familia para entregarlo en adopción.

Los criterios para escoger a la familia adoptante, conforme lo prevé el artículo 135 del CNNA, serán los siguientes:

- “a) Se dará preferencia, una vez cumplidos los requisitos establecidos por este Código, a las solicitudes presentadas por adoptantes dominicanos sobre las presentadas por adoptantes extranjeros;*

⁵⁹ CNNA. Op. Cit. Artículos 132 y 133

- b) *Se tendrá en cuenta el orden de llegada de la solicitud de adopción. Para controlar el orden de expediente, a cada solicitud se le asignará un número por orden de llegada;*
- c) *Características del niño, niña y adolescente. Deberá primar el criterio de buscar una familia para un niño, niña o adolescentes, evitando asignaciones que respondan a otros criterios que no sea el interés superior del niño, niña y adolescente;*
- d) *Se preferirán las solicitudes de ciudadanos dominicanos y, en su defecto, ciudadanos oriundos de un país que haya ratificado o se haya adherido a la Convención de la Haya sobre Adopción. En este caso, la adopción se sujetará a las cláusulas allí establecidas.”⁶⁰*

Los criterios establecidos en el artículo 135, no cumplen con los requisitos establecidos en la CNUDN, en su artículo 21, en razón de que se debe evitar la adopción, pero si fuere necesaria se deben privilegiar a los familiares del niño adoptado, los que fueron omitidos en la redacción del citado texto, después de estos se puede seguir el orden citado en el artículo copiado, con la excepción del literal d, que debería decir (para que esté conforme al literal b, del artículo 21 de la CNUDN) que ante la inexistencia de solicitudes de adopciones de dominicanos o cuando estos no cumplan con los requisitos legales, se optará por entregarlo en adopción a extranjeros.

Después de asignado el niño a una familia para fines de adopción se inicia el plazo de convivencia entre adoptantes y adoptado. Durante ese lapso de tiempo se le practicarán evaluaciones biopsicosociofamiliares a los solicitantes de adopción e irán recolectando la documentación requerida por la ley para ser depositada en el Tribunal.

Esta fase culmina con la expedición del certificado de idoneidad, del Departamento de Adopciones del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI).

⁶⁰ Ibidem. Artículo 135

8.2. La Fase Administrativa Jurisdiccional

El tribunal competente para conocer la adopción es el de NNA y en razón del territorio el lugar donde tenga su domicilio o donde se encuentre “albergado” el NNA.

La adopción en la fase jurisdiccional requiere de una actividad jurisdiccional no contenciosa⁶¹, por ello debe el tribunal revisar su competencia y en caso de que no tuviere aptitud en razón del territorio declararse incompetente y remitir a la jurisdicción correspondiente, en virtud de lo establecido en el Art. 21 de la Ley 834, del 15 de julio del año 1978.

8.2.1. Partes en el Proceso de Adopción

En el proceso de adopción participan diferentes personas físicas per se o en su calidad de funcionarios de entidades públicas, en nuestra legislación se distinguen las siguientes:

1. Los adoptantes o el adoptante
2. La persona adoptada
3. El Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes
4. El Consejo Nacional para la Niñez
5. Los padres biológicos, en los casos que hubiere lugar

8.2.2. Pasos ante el tribunal de NNA:

El Tribunal de NNA del domicilio o residencia del menor de edad se apodera mediante instancia dirigida, suscrita por los solicitantes y/o su abogado, adjuntándole los documentos previstos en el artículo 140 del CNNA, los cuales son, a saber:

- a) Estudio biosicosocial de los adoptantes;*
- b) Consentimiento de adopción debidamente legalizado;*
- c) Acta de nacimiento de los adoptantes y adoptado(a);*

⁶¹ R. Mora González. Op. Cit. p.176

- d) *Acta de matrimonio o de notoriedad en la cual se haga constar la convivencia extramatrimonial de los adoptantes, sin perjuicio de las que corresponden a los demás requisitos exigidos por este Código;*
- e) *Copia de la declaración de pérdida de la autoridad parental o autorización de adopción, según sea el caso;*
- f) *Certificación de idoneidad, con vigencia no mayor de seis meses, expedida por el Departamento de Adopciones del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia;*
- g) *Certificación de una entidad de carácter cívico, comunitario o religioso, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes;*
- h) *Certificación de convivencia del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia;*
- i) *Certificación de cumplimiento de criterios de asignación de niños, niñas y adolescentes, emitida por la Comisión de Asignación de Niños, Niñas y Adolescentes a familias adoptantes;*
- j) *Certificado de no antecedentes penales y certificado de no delincuencia de los adoptantes, expedidos por autoridad competente;*
- k) *Certificado médico de los adoptantes;*
- l) *Poder especial otorgado al abogado de la parte adoptante, debidamente legalizado por la Procuraduría General de la República;*
- m) *Copia de las cédulas o pasaportes de los adoptantes y padres biológicos;*
- n) *Acto de no oposición de los hijos mayores de doce años de los adoptantes, en caso de que existan.”⁶²*

La publicidad de la solicitud de la adopción y de la sentencia ya no es requerida, en virtud de que esto resquebrajaría el principio de confidencialidad de este procedimiento, sin embargo en Costa Rica, al igual como existía en nuestro país du-

⁶² CNNA. Op. Cit. Artículo 140

rante la vigencia de la Ley 14-94 se requiere que se publique en edicto la solicitud para que los interesados si los hubiere puedan hacer oposición.

El Juez de NNA dentro del plazo de tres días después que le es realizada la solicitud de la adopción envía el expediente formado al Ministerio Público de NNA a los fines de que emita su opinión dentro del plazo de 5 días, luego de recibido el expediente dicta sentencia motivada dentro del plazo de 10 días, a menos que compruebe que falta algún documento, en cuyo caso le solicita (mediante auto) a la parte demandante en adopción, que los deposite. Además el Juez puede ordenar a solicitud de parte interesada el sobreseimiento del proceso hasta por 3 meses.

La sentencia de adopción no requería de motivación acorde a las disposiciones de la Ley 5152 sobre adopción, de igual forma se refiere el proyecto de código civil⁶³ que se encuentra en las cámaras legislativas, lo que constituye un contrasentido con la obligación del juez de explicar las razones en las que se funda para tomar una decisión.

Después de emitida la decisión se le notifica a las partes en el proceso de adopción y al cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, en la práctica se acude ante la Junta Central Electoral a los fines de que le ordene a la Oficialía del Estado Civil correspondiente a realizar las anotaciones correspondientes en el acta de nacimiento del NNA adoptado, sin embargo no existe disposición legal que establezca que la Junta Central Electoral debe ordenarle al Oficial que realice la transcripción, por lo que cumpliría el voto de la ley con que se solicita directamente al Oficial del Estado Civil correspondiente que haga la transcripción de lugar.

La sentencia es transcrita en el registro de adopciones, de la Oficialía del Estado Civil en la cual se haya efectuado la declaración de nacimiento del niño, niña y adolescente. Dicha transcripción deberá ser hecha dentro de los treinta días

⁶³ Proyecto de Código Civil, artículo 354

posteriores a la fecha en que la sentencia de adopción haya adquirido la autoridad de la cosa definitiva e irrevocablemente juzgada.

8.2.3. Impugnación de la Demanda de Adopción

La impugnación de la adopción es el incidente que promueve una parte interesada ante el Tribunal de NNA apoderado de una demanda de adopción, con el objeto de que ésta no sea otorgada.

El CNNA le ha otorgado calidad para presentar impugnación a los padres biológicos y en su ausencia a los familiares hasta el cuarto grado, siguiendo el orden sucesoral, al CONANI y al Ministerio Público de Niños, Niños, Niñas y Adolescentes.⁶⁴

Si se presentaren objeciones a la adopción deberá de fijarse una audiencia oral a los fines de escuchar a todas las parte interesadas, incluso al NNA sujeto de la adopción si tuviere 12 años o más.

Nuestra Ley 136-03, no prevé la posibilidad de retractación del consentimiento de adopción o entrega voluntaria del menor de edad a CONANI para fines de adopción, sin embargo, la posibilidad de impugnar de los padres biológicos es una consecuencia de la posibilidad de retractación, pero en todo caso el Juez será el que decidirá tomando en consideración los intereses del menor de edad sujeto a la adopción.

9. Recursos

El CNNA plantea de manera expresa dos recursos que se pueden interponer contra la sentencia de adopción: la apelación ⁶⁵ y la revisión civil.⁶⁶

⁶⁴ CNNA. Op. Cit. Artículo 143

⁶⁵ Ibidem. Artículo 143

⁶⁶ Ibidem. Artículo 153

Con relación a la adopción expone que la sentencia que interviene como consecuencia de la impugnación de la adopción podrá ser recurrida en apelación ante la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes.

El recurso de apelación es aquel que interpone la parte que se considera lesionada por una sentencia pronunciada en el primer grado de jurisdicción ante un tribunal de segundo grado, en solicitud de que la sentencia contra la cual se recurre sea reformada o revocada⁶⁷. En consecuencia conforme a esta definición pueden recurrir en apelación la sentencia de adopción toda parte que tenga interés.

La apelación debe realizarse mediante un escrito depositado en la Secretaria de la Corte de Apelación de NNA, dentro del plazo de un mes, de conformidad a la resolución no. 1841-05, dictada por la Suprema Corte de Justicia.

La revisión civil⁶⁸ es un recurso extraordinario mediante el cual se pide al juez o tribunal que dictó la sentencia impugnada que la retracte en razón de las irregularidades o errores que la vician.

10. La Adopción Internacional

La expresión “adopción internacional”, conforme a la opinión del Defensor del Menor de la comunidad de Madrid, citado por Mariano González⁶⁹ por una parte es un acto jurídico entre sujetos privados enmarcado ello en el derecho civil, y por otra, supone un escenario interestatal para su realización que lo sitúa en el ámbito del derecho internacional privado.”

Como expresamos anteriormente la adopción internacional, es una institución jurídica del derecho de familia, regida por el derecho internacional privado, por tratarse de personas de diferentes nacionalidades.

⁶⁷ Jacinto Bdo Valdez. Las vías de recursos. p. 17

⁶⁸ Jottin Cury. Los recursos. p. 92

⁶⁹ Mariano González. La adopción, como adoptarlo. Como educarlo. P. 137

El CNNA, en su artículo 164 la define como: aquella en la que los adoptantes y el o la adoptado(a) son nacionales de diferentes países o tengan domicilio o residencia habituales en diferentes Estados.⁷⁰

En países Suramericanos, como Argentina, de conformidad a su ley de Adopción, del año 1997, se le exige a los extranjeros que deseen adoptar un NNA, que tengan una residencia permanente en ese país por un período mínimo de cinco años anteriores al pedido de la adopción, lo que implica una prohibición implícita de la adopción internacional.

La Adopción Internacional de conformidad a la CNUDN y el Convenio de la Haya debe ser una medida subsidiaria de la Adopción Interna, debido a que se concederá prioridad a colocar un niño en el propio país o en un entorno cultural, lingüístico y religioso próximo a su entorno de procedencia.

Los ciudadanos de los países desarrollados, impropriamente denominados del 1er mundo buscan en otros países, generalmente los llamados en vías de desarrollo y en algunos casos estados fallidos, niños para adoptar; una de sus causas es la baja tasa de natalidad en los países industrializados y en sentido inverso la alta tasa en los demás países.

Para los países del Continente Europeo la Adopción Internacional, es la adopción más corriente, debido a que se puede realizar con mayores posibilidades de logro, afirman algunos de sus doctrinarios que la adopción nacional entraña mucha dificultad por el número escaso de niños sujetos a la adopción.⁷¹

La adopción de extranjeros está regulada en nuestro país desde el año 1959, por disposición contenida en el artículo 345 de la Ley 5152, sin embargo era poco utilizada en esa época.

⁷⁰ CNNA. Op. Cit. Artículo 164

⁷¹ M. González. Op. Cit. p.134

El fenómeno de la Adopción Internacional es relativamente reciente, iniciando entre el final de la década de los sesenta y principio de los 70 e incrementándose en los años 80 y 90.⁷²

La Adopción Internacional en República Dominicana acorde a las disposiciones del CNNA debe ser excepcional, sin embargo, vemos que según los datos de estadísticas judiciales se realizan más que las locales.

El CNNA exige documentos y requisitos adicionales para los extranjeros, que a continuación se enumeran: 1. Certificación expedida por el organismo o autoridad oficialmente autorizado, en la que conste el compromiso de efectuar el seguimiento del NNA en proceso de adopción, hasta su nacionalización en el país de residencia de los adoptantes; 2. Autorización o visado del gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del niño, niña o adolescente adoptado(a); 3. Que se encuentren casados por más de 5 años. 4. Que sean de diferentes sexos. 5. Otros documentos del país del extranjero o de residencia del dominicano adoptante, que considere pertinentes el CONANI.

La Adopción de Extranjero está sometida a mayores requisitos que la Nacional, por esto algunos han manifestado que se viola el principio de igualdad de las personas, sin embargo estas condiciones extras tienen como fin asegurar que la adopción se realicen con el fin de preservar los derechos de los niños. Estos requisitos adicionales exigidos en modo alguno violan el principio de igualdad, en razón de que como hemos afirmado anteriormente es la CNUDN y la Convención de la Haya, que plantean su excepcionalidad.

11. Efectos de la adopción

Con relación a la adopción siempre se ha determinado que produce en el aspecto sucesoral los mismos efectos que la filiación legítima, no tenemos constancia de la existencia de

⁷² Luiz Carlos de Barros Figueredo "Adopción internacional: convenciones internacionales p. 285

jurisprudencia local que haga efectivo este derecho, pero en otras naciones, como por ejemplo en Puerto Rico, se han dictado sentencia que reconocen esta igualdad, por ejemplo en el caso *Valladares vs. Rivera*, sentencia del año 1963, se reconoció que *“el adoptado tiene todos los derechos que el hijo legítimo, (...) porque la adopción crea lazos de parentesco entre el adoptado y los familiares del adoptante con las consiguientes consecuencias jurídicas en el orden de sucesión”*.⁷³

La sentencia de adopción tiene un efecto constitutivo, porque crea una situación nueva, el NNA pasa a pertenecer a una familia diferente a la de origen y produce todos los efectos creadores de derechos y obligaciones propias de la relación materna o paterna filial.⁷⁴

La adopción es irrevocable y sus efectos se producen entre las partes y es oponible a los terceros a partir de la transcripción de la sentencia en los registros de la Oficialía del Estado Civil correspondiente. Sus efectos lo podemos clasificar en patrimoniales y personales.⁷⁵

Los Personales Son:

1. Ruptura de vínculos con la familia de origen, subsistiendo únicamente los impedimentos matrimoniales;
2. Creación de vínculos paterno-materno filial, denominado por la doctrina “parentesco civil o adoptivo”, adquiriendo todos los derechos de carácter personal, patrimonial y sucesoral;
3. La autoridad parental y sus efectos;
4. Apellido de los adoptantes;
5. Impedimento matrimonial, entre las siguientes personas: a. Entre adoptante y adoptado; b. Entre adoptado

⁷³ Ruth Ortega-Vélez. Síntesis: Jurisprudencia Derecho de Familia (1900-2000), P.264

⁷⁴ CNNA. Op. Cit. Artículo 158

⁷⁵ Villazon Delgadillo. Op. Cit. p 206

- y los hijos del adoptante; c. Entre el adoptante y los descendientes del adoptado; d. Entre el adoptado y el cónyuge del adoptante; e. Entre el adoptante y el cónyuge del adoptado; f. Los hijos e hijas adoptivos(as) de una misma persona; y g. El o la adoptado(a) o los hijos e hijas que puedan sobrevivir al o a la adoptante;
6. En razón de que la adopción tiene una autoridad absoluta, sería inadmisibile toda demanda de reconocimiento del niño realizado por su presunto padre biológico.

Los Patrimoniales Son:

1. La asistencia familiar u obligación alimentaría y;
2. El derecho sucesorio, el o la adoptado(a) adquiere todos los derechos de los hijos e hijas con calidad de heredero reservatario y viene a la sucesión de los miembros de la familia tanto en línea directa como en la colateral;

12. Extinción de la adopción

La adopción puede ser extinguida por el pronunciamiento de su nulidad.

La nulidad de la adopción puede ser solicitada por las partes que tengan interés, por que entiendan que se han violado requisitos de fondo o procesales en el curso del proceso de adopción y dentro del plazo de 5 años a partir de la sentencia.⁷⁶

La acción de nulidad puede dirigirse contra el acto de adopción o la sentencia. La regla de que las sentencias no pueden ser anuladas sino es como consecuencia de los recursos ordinarios o extraordinarios, no existe para los casos de adopción, la razón es que se afirma que en la adopción la participación del juez tiene como fin homologar un acto, cumpliendo así un proceso administrativo.

⁷⁶ El plazo de 5 años inicia con relación a los adoptados al cumplimiento de su mayoría, en los demás casos con la expedición de la sentencia.

El objeto de la nulidad es suprimir los efectos de la adopción celebrada que ha violentado los requisitos previstos en la ley.

El titular de la acción es el adoptado y los familiares biológicos.

El tribunal competente es el de NNA y se regirá por las reglas de apoderamiento de las salas civiles de los Tribunales de NNA, fijadas en la Resolución 1841-05 dictada por la Suprema Corte de Justicia.

Los efectos de la sentencia que ordena la nulidad de la adopción, será que la considerara como inexistente, (efecto retroactivo)⁷⁷ tal como si nunca hubiere existido, en consecuencia el NNA retornará a su familia de origen con todos los derechos y obligaciones legales.

13. Peligros de la adopción

La finalidad de que los padres adoptivos pueda que no sea desinteresada, por esta razón es que la ley ordena la realización de estudios sico-socio-familiares, para garantizar al mínimo que el objetivo perseguido sea el bienestar del sujeto adoptado, los que deberían de realizarse por los técnicos encargados con la mayor profesionalidad.

La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, del 18 de marzo de 1994, ratificada por la República Dominicana⁷⁸, prevé en su artículo 18 que las adopciones y otras instituciones afines constituida en un Estado Parte serán susceptible de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades competentes del estado de constitución de la adopción.

Internet también ha irrumpido en el mundo de la adopción, sumándose a los tradicionales organismos oficiales y a las entidades mediadoras o ECAI, lo que es muy peligroso, por que se ve al NNA como un objeto de consumo.

⁷⁷ Mazeaud. Op. Cit. p. 565

⁷⁸ Derechos del Niño. Op. Cit.

14. Conclusiones propositivas

La adopción debería solo realizarse a favor de los niños institucionalizados, con relación a los demás niños se debería buscar una alternativa a la adopción, como colocarlo en su familia ampliada o en una familia sustituta.

El Estado debería de crear los mecanismos para tener un control postadoptivo de los NNA.

Para los casos en que sea absolutamente necesario otorgar la Adopción Internacional la República Dominicana debería llegar a acuerdos con países que solicitan Adopción Internacional a los fines de instaurar un sistema de cooperación que tenga como propósito que el proceso de adopción y el seguimiento post-adoptivo quede garantizado.

Es necesario el consentimiento de los adolescentes para la entrega de sus hijos en adopción sin perjuicio de la asistencia de sus representantes.

La Adopción Internacional debe ser excepcional como lo manda la CNUDN, la Convención de la Haya y la ley 136-03, debido a que se debe tratar de preservar la identidad de los niños colocándolos en una familia en su país de origen.

15. Bibliografía

- Barros Figueiredo, Luiz Carlos de. "Adopción Internacional: Convenciones Internacionales" Revista da ESMERC (Escola superior da magistratura do estado de Santa Catarina), Brasil, Artecrol, año 4, volumen 5, 1998.
- Caetano de Carvalho, Pedro. "Antes da adoção", Cadernos de directos da crianza e do adolescente 2, Brasil, Editorial Rubens Feijo, 1998.
- Código Civil, 12 Edición, Ed. Juan Pablo Acosta. República Dominicana, Dalis, 2003.
- Convención Sobre los Derechos del Niño, UNICEF, República Dominicana, Taller, 1998.

- Chávez, Antonio. Comentarios ao estatuto da crianza e do adolescente, 2ª. ed. Brasil, LTR, 1997.
- Cury, Jottin. Los recursos. República Dominicana, 1976.
- D"Antonio, Daniel Hugo. Práctica del Derecho de Menores. Argentina, Astrea, 1999.
- Derechos del niño. ONU, Conferencia de la Haya, Derecho Internacional Humanitario, Consejo de Europa, Unión Europea, Organización de Estados Americanos, y Organización para la Unidad Africana, Ed. Isabel Álvarez Vélez y Elena Calvo Blanco, España, McGraw hill, 1998.
- Familia y Derechos Humanos. Costa Rica, Litografía Varitec, S. A., 1999.
- García Zúñiga, Rocio, Adopción Internacional: El Derecho de Todo Niño a Tener una Familia
- González González, Aurora. "La Adopción." Manual de Derecho de Familia. Coord. Eduardo Serrano Alonso, Madrid, España, Edisofer, S.L. 2000.
- González, Mariano. La Adopción. Como Adoptarlo. Como Educarlo. España, Edimat libros, 2001.
- González Mora, Ricardo. Abandono y Adopción de Menores de Edad: Antología, (compilador), Poder Judicial San José, Costa Rica, Escuela Judicial. 1999.
- Headrick, William. Tendencias Mundiales Actuales del Derecho Francés, República Dominicana, Taina, 2003.
- Inicio de Abreu, Charles Jean. Estudio Critico ao Estatuto da Crianza e do Adolescente, Brasil, Sintese, 1999.
- Larrain Aspillada, Maria Teresa. La Adopción. Un Análisis Crítico y Comparado de la Legislación Chilena, Chile, Editorial jurídica de Chile, 1991.
- Las Prioridades del UNICEF para la Infancia 2002-2005, Estados Unidos de América. UNICEF, 2002.
- Mazeaud, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, parte primera, Volumen III. Trad. Luis Alcalá Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América.

- Mora González, Ricardo. *La Tramitación de los Procesos de Familia*, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2000.
- Nogueira, Paulo Lucio. *Estatuto da Crianza e do Adolescente Comentado*, 4a. ed. Brasil, Saraiva, 1998.
- Opinión Consultiva 17-2002, de fecha 28 de agosto del 2002, dictada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.
- Ortega-Vélez, Ruth. *Síntesis: Jurisprudencia Derecho de Familia (1900-2000)*, Puerto Rico, Scisco. 2000.
- Paja Burgoa, José A. *La Convención de los Derechos del Niño*. Madrid, Tecnos, 1998.
- Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Trad. José Fernández González, Santo Domingo, Tiempo, S.A., 1990.
- Planiol, Marcel y Ripert, George. *Tratado elemental de Derecho Civil*, tomo II. Trad. José Cajica. México, Cardenas 1998.
- Proyecto de Código Civil de la República Dominicana. República Dominicana, Unibe. 2002
- Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia en materia de Niños, Niñas y Adolescentes. República Dominicana, 2000.
- Valdez, Jacinto Bdo. *Las Vías de Recursos*. República Dominicana, Serrallos, 1999.
- Vega B, Wenceslao. *Historia del Derecho Colonial Dominicano*, República Dominicana, Taller, 1979.
- Vidal Potentini, Trajano. *Legislaciones Antiguas Comentadas*, República Dominicana. Ediciones Jurídicas Potentini, 2001
- Villazon Delgado, Martha. *Familia, Niñez y Sucesiones*, sucre, Bolivia, Editorial judicial 2000.

**SEMINARIO DERECHO DE FAMILIA
EN EL SIGLO XXI:**

**ASPECTOS PSICOLOGICOS
DE LA PROCREACIÓN ARTIFICIALMENTE
ASISTIDA Y LA ADOPCIÓN**

SEMINARIO DERECHO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI:

ASPECTOS PSICOLOGICOS DE LA PROCREACIÓN ARTIFICIALMENTE ASISTIDA Y LA ADOPCIÓN

Licda. Zelided Alma de Ruiz

Introducción

Los estudios de la genética y la embriología apoyados en los avances tecnológicos han abierto una entrada a la vida familiar llena de asombro, preguntas e incertidumbre. Con el objetivo inicial de ayudar a las parejas infértiles y más tarde, con la excusa de encontrar alivio para enfermedades como el Alzheimer; nos encontramos hoy con países que tienen ya 20 años ofreciendo servicios de procreación artificialmente asistida (PAA).

El término *procreación artificialmente asistida* se refiere a la fecundación (fertilización) del óvulo femenino por el espermatozoide masculino lograda a través de la intervención de técnicas y/o procedimientos científicos, independientes de la relación sexual (coito) entre un hombre y una mujer. Por lo tanto, estos procedimientos dependen de la intervención de terceros, sin la cual la concepción sería imposible. Son varios los métodos utilizados en la PAA, estos incluyen: la inseminación artificial, sin donante (Homóloga - IAC) y con donante (Heteróloga - IAD); y la fertilización in vitro (FIV).

Antes de presentar cada uno de los métodos, hemos incluido una breve historia del desarrollo de éstas técnicas, después presentamos un resumen de los conceptos fundamentales de la teoría del apego, como base para la comprensión de los aspectos psicológicos que utilizamos en el desarrollo del trabajo. Además, mencionamos algunas de las implicaciones que la PAA tiene en los derechos de los niños. Con este marco teórico, pasamos a presentar aspectos generales relacionados con los datos empíricos fruto de la revisión bibliográfica realizada para este trabajo. Enseguida pasamos a discutir cada uno de los

métodos de PAA e incluimos algunos aspectos psicológicos relacionados con la adopción simple, la adopción compleja y la adopción abierta; terminando con nuestras conclusiones.

No pretendemos ser exhaustivos en este discutido campo de la ciencia. Nuestro objetivo ha sido la consideración de los efectos psicológicos en la madre, el padre, la familia y los niñ@s, en cada una de las situaciones generadas por las técnicas de PAA y la adopción.

Historia del desarrollo de las técnicas sobre procreación artificialmente asistida

En 1765 el alemán Ludwig Jacobi realizó las primeras experiencias de inseminación artificial en peces. Pero fue al final del siglo XIX que el abate Spallanzani logró la primera inseminación artificial en un mamífero: una perra que parió tres crías.

En los años siguientes se reportaron algunas experiencias en humanos, pero sin mucha exactitud. Sin embargo, parecen más precisos los informes de la primera inseminación artificial humana en el año 1799, realizada por Hunter en Inglaterra y después le siguió la primera inseminación con donante. En 1950 los científicos pudieron congelar el semen bovino y obtener una inseminación artificial exitosa. Este paso fue crucial para que en 1953 Sherman lograra los primeros embarazos humanos con semen congelado.

Los años siguientes fueron testigos de avances extraordinarios hasta que en 1978 nace Louise Brown por fecundación in vitro en el Hospital de Manchester. Le siguieron iguales experiencias en Francia en 1982, y en España en 1984; hasta que finalmente, en 1984 nace Zoe en Queen Victoria, Australia, de un embrión congelado, bajo la dirección del Dr. Woods.

Esta incursión de la ciencia en un área hasta entonces vedada, ha creado innumerables desafíos psicológicos, sociales, éticos y morales. La dimensión psicológica y ética en el campo de las prácticas de la procreación artificialmente asistida

presenta situaciones muy discutidas hoy en día en relación con los padres intencionales (los que solicitan estos servicios médicos), la madre biológica, los donantes, la familia y los hijos deseado. Los clínicos y expertos en ética que estudian el Derecho de Familia están muy preocupados por las violaciones al derecho de los niños a conocer su historia genealógica y a que obtengan información sobre sus raíces (Andrews, 1999). Así también, muchas clínicas de infertilidad reconocen las crisis emocionales y los riesgos físicos que representan los procesos médicos necesarios en la aplicación de las nuevas técnicas de procreación asistida, por lo que han tenido que ofrecer programas de terapia individual, familiar y grupal para asistir a las parejas durante ese, muchas veces, largo período de tiempo (Leiblum, 1997; Stanton y Burns, 1999).

La teoría del apego

Se define como *apego* “la relación especial entre un bebé y su madre (en su ausencia la persona que le cuida) y que se desarrolla durante el primer año de vida y después de este período, no siendo un simple vínculo afectivo entre la madre/padre y su hijo sino que se le considera *el regulador de la emoción infantil*”. (Bowlby, 1973).

La teoría del apego tiene una base evolutiva y biológica, colocando el vínculo madre-hijo en el centro del sistema bioconductual evolutivo que mantiene a los niños seguros frente a los depredadores y otros peligros. (Bowlby, 1969) Así también, se refiere a los fuertes vínculos de afecto de un niño hacia una figura más fuerte, sabia y potencialmente protectora (Bowlby, 1969/1973).

Esta teoría es utilizada en la comunidad científica cuando se estudia la relación del niño con su madre/padre en los primeros años como indicador del desarrollo de una personalidad adulta emocionalmente estable y una relación positiva con su familia.

Los avances en las neurociencias cognitivas nos ofrecen una base empírica adicional para destacar la importancia de las relaciones de apego en el desarrollo positivo de los niños

(Schore, 1994), ya que sugiere que es a través del proceso por el que se forman estas relaciones de apego que se estimulan importantes aspectos del desarrollo cerebral en los inicios de la vida del niño (Spiegel, 1999).

Las condiciones como el hambre, el miedo, la enfermedad y en general condiciones de malestar; activan las conductas humanas de apego. Con la madurez los niñ@s van desarrollando estrategias personales de protección para promover proximidad física o psicológica y seguridad con sus figuras de apego.

Como podemos deducir por lo antes expuesto, la calidad de la relación con la madre/padre o quién les sustituye, condiciona en el niñ@ la formación de su desarrollo emocional. Es lo que llama Erikson (1963) la etapa básica de “confianza versus desconfianza”. Si las necesidades biopsicológicas del bebé no son satisfechas en estos primeros meses por una figura *protectora, consistente y afectiva*; el niñ@ elaborará respuestas de inestabilidad, miedo, llanto e inseguridad ante el peligro que su contexto le ofrece. En este sentido, la formación de la relación de apego será incompleta e inestable también, como sus emociones.

Los derechos del niño

Si aplicamos el precepto básico consagrado en los Derechos del Niño de que en las decisiones relacionadas con el bienestar de los niñ@s y adolescentes *siempre se favorezca el interés superior del niñ@*; tendríamos que evaluar con cuidado si el ejercicio del llamado derecho a la paternidad y maternidad de los adult@s satisface el interés superior de los hij@s procreados con tecnología artificialmente asistida.

Es interesante señalar que a pesar de vivir en un mundo que cambia aceleradamente, con matices de un individualismo hedonista, el deseo de la paternidad y maternidad y de formar familia permanece. Para una pareja de esposos con fuertes vínculos afectivos, el tener un hij@ es una de las experiencias más importantes en su vida. Les ofrece un sentimiento de realización personal y la sensación de estar conectados con su

pasado y proyectados hacia el futuro con nuevas generaciones. (Erikson, 1963).

Sin embargo, el ejercicio de esa paternidad y maternidad conlleva una inmensa responsabilidad de pensar primero en el bienestar del hij@ y después en la satisfacción personal de los padres intencionales.

El grave peligro que enfrentamos con la PAA es que se recurra a ella como si el hij@ fuera un objeto que puede "comprarse", aunque implique dificultades físicas y emocionales que se soportan por el disfrute futuro. Como bien lo expresa María Carcaba (1995): "Estamos en presencia de una medicina del deseo y la conveniencia".

Consideraciones sobre los datos empíricos

Algunos de los autores, como Ambert, A. (2003) descalifican los riesgos del proceso de la adopción para lograr una adaptación favorable del niñ@ afirmando que: "los riesgos negativos de la adopción son una construcción social". También Golombok, S.et al. (2002) le quita importancia a los vínculos de apego apoyados en la herencia genética cuando dice: "la ausencia de vínculos genéticos entre los padres y el niñ@ no interfiere con el desarrollo de una relación positiva entre ellos. En contradicción con estas posiciones están las principales teorías psicológicas (como veremos ampliamente más adelante) e innumerables investigaciones (Verrier, N.N.1994; Sorosky, A., 1989; entre otros).

Otro aspecto importante es que algunas de las muestras estudiadas no son elegidas al azar, sino que las familias participan de manera voluntaria en respuesta a una invitación de los investigadores. Esto significa que tienden a responder y participar las familias que menos problemas tienen, y las que sí tienen problemas quedan fuera del estudio. Sin embargo, se ha hecho un esfuerzo de objetividad con pruebas reconocidas que, sin embargo, pueden responder a ciertas posiciones o criterios del evaluador. Pero, hemos querido incluir datos de los estudios de mayor importancia para facilitar una evaluación

de las posiciones que se han asumido en este difícil campo de la vida de la familia del Siglo XXI.

Así también, muchos autores objetan que los estudios para evaluar las condiciones psicológicas de los niñ@s pequeños están, de alguna manera, bajo la influencia de las opiniones de los adultos.

Es interesante observar que en el “Estudio Europeo sobre Familias de Reproducción Asistida: La Transición a la Adolescencia” realizado por S, Golombok, et al (1996); en la mayoría de los países estudiados (Italia, Francia, España, Inglaterra y Holanda) los niños fruto de las técnicas de PAA no presentaban desórdenes psicológicos ni alteraciones en su percepción de su relación con sus padres. Sin embargo, en un estudio posterior que incluyó un país de Europa del Este: Bulgaria, se encontraron niveles más altos de problemas conductuales y emocionales en los niñ@s fruto de la Fertilización in Vitro (FIV) y de Inseminación Artificial Heteróloga (IAD) (Cook et al, 1997). Los investigadores concluyen que: *estos datos sugieren que las consecuencias de la reproducción asistida en el desarrollo del niñ@ están relacionadas con el contexto social en que éstas técnicas se realicen.*

Por lo tanto, los datos citados en este trabajo deben ser considerados con discreción y en el contexto en que se producen. No proceden las extrapolaciones a otros contextos socioculturales con condiciones de vida y valores culturales y religiosos diferentes.

MÉTODOS DE PROCREACIÓN ARTIFICIALMENTE ASISTIDA

La inseminación artificial homóloga (IAC)

Se llama IAC a la fecundación de una mujer con semen de su marido, al margen del coito, gracias a una ayuda instrumental. (Carcaba, M. F., 1995). La pareja que solicita la IAC no solo tiene una conexión biológica con su hij@ sino que hace un esfuerzo extraordinario para lograr ser padres. Esta motivación y la estabilidad de su vida afectiva en común, son

de buen pronóstico y les facilitará su misión de protección física y psicológica, para ofrecerle a su hij@ la seguridad básica que favorece el apego.

El proceso de la IAC incluye: largos meses de preparativos y tratamientos suplementarios de hormonas para la madre o para ambos; y otros procedimientos médicos invasivos que desgastan muchas veces a la madre, quién inicia su embarazo ya muy fatigada. Después del parto o la cesárea, debe enfrentar las malas noches, y la dedicación que el recién nacido demanda. Es una realidad que no es tarea fácil responder adecuadamente a las exigencias biopsicológicas del recién nacido. Sin embargo, de las técnicas de procreación asistida, este proceso es el de mejor pronóstico tanto para el hij@ como para los padres, ya que ambos son los padres biológicos, los une una relación afectiva estable y además, la madre vive su íntima relación en el embarazo y da a luz a su hij@.

Este pronóstico positivo podría variar si el padre o la madre no comparten el deseo de tener este hij@ y no dan su consentimiento o lo dan por evitarse problemas maritales; pero existiendo un rechazo encubierto que podría proyectarse en la criatura. Esta situación de rechazo encubierto sucede con mayor frecuencia en el padre. Se recomienda entonces ayuda profesional para evitar que el padre se sienta marginado, emocionalmente aislado y se aleje de la díada madre-hij@. La ausencia emocional del padre en la crianza del hij@ provocaría resentimiento en la esposa, que finalmente podría generar conflictos maritales e inestabilidad en el sistema familiar.

Un aspecto que ha ocasionado mucha controversia en los casos de procreación artificialmente asistida es la decisión de si decirle al hij@ la manera como fue concebido. En estos casos de IAC no existe el problema de la herencia genética como en otras técnicas que usan el aporte genético de donantes. El problema en este caso es la cantidad de personas involucradas en un proceso difícil de realizar sin el conocimiento de familiares cercanos y profesionales del área. El riesgo de que alguna de estas personas o sus relacionados se lo diga al hij@, hace que muchos clínicos recomienden informárselo en una etapa adecuada de su desarrollo. La edad en que el niñ@ reciba

esa información de sus padres influirá en la calidad de su respuesta. Algunos autores recomiendan esperar hasta los 11 ó 12 años para asegurar cierta maduración psicológica. Esto coincide con las investigaciones que indican los 11 años como el momento en que los niñ@s adoptados demuestran un marcado interés en sus orígenes biológicos acompañado de un aumento en problemas conductuales y/o emocionales (Maughan y Pickles, 1990; Miller et al. 2000).

La situación se torna más difícil cuando la inseminación artificial es con el semen de un donante desconocido. En estos casos, en que la madre sí tiene la relación biológica pero el padre no, la mayoría de las familias no están de acuerdo con informarle a los hij@s, para no exponer la infertilidad del padre ante los demás.

La inseminación artificial heteróloga (IAD)

La inseminación artificial heteróloga se refiere a la que se realiza con semen de un donante. La solicitan: parejas donde el marido no puede tener hijos o evita transmitir una enfermedad congénita y mujeres solas por necesidad (no han encontrado pareja) o por deseo (lesbianas que reclaman su derecho a la maternidad) (Carcaba, M.F. 1995).

En parejas estables heterosexuales

Cuando se trata de *parejas estables heterosexuales* en que el esposo o compañero no puede o debe procrear, uno de los aspectos que le dará seguridad a la toma de decisión es la firmeza y claridad de su consentimiento. Con mayor intensidad que en el caso anterior de la IAC, se recomienda que la pareja esté informada de lo largo y complejo del proceso, de los riesgos físicos y emocionales asumidos por la madre y de los compromisos generados por el hij@ deseado. De nuevo, es la relación con el padre intencional la que necesita fortalecerse y fomentarse integrándolo al cuidado del niñ@. La madre tiene su vínculo biológico que le da seguridad en su rol. Además, los meses de gestación le proporcionan una intimidad especial - un conocimiento mutuo en cada función vital como

dormir y comer, así como en el compartir de las emociones percibidas a unísono en el útero.

Como en el caso anterior de la IAC, en que la madre sí tiene la relación biológica pero el padre no, la mayoría de las familias no están de acuerdo con informarle a los hij@s; y las investigaciones confirman que muy pocos lo hacen (Golombok, S. et al. 2002). Sin embargo, se supone que es mejor manejar la verdad, por el riesgo de que otra persona se lo diga y le ocasione mayores consecuencias emocionales al hij@. Lo contrario sucede con los niñ@s adoptados, ya que actualmente, la mayoría de los padres adoptivos les informan en un momento de su desarrollo que “no te tuve en mi barriga, pero te quería sin conocerte y eres el hij@ de mi corazón” (palabras de una madre adoptiva). *¿Qué les impide a los padres de hij@s fruto de la inseminación homóloga o heteróloga decirle la verdad sobre su concepción?*

Los estudios de Klock (1997) indican que la *mayoría* de los hombres prefieren proteger su privacidad en relación con su infertilidad y son más resistentes al uso de donantes que las mujeres.

En parejas lesbianas

Hasta donde sabemos, solo en algunos países desarrollados se acepta la solicitud de parejas lesbianas para una IAD. La criatura así concebida que llega a una familia con dos mamás, necesariamente tiene que hacer ajustes muy especiales cuando inicia su socialización en la escuela. En este caso, el niñ@ va a socializarse además de tener dos mamás sin la figura paterna. Los que apoyan esta situación proponen que el niñ@ compense con alguna figura del contexto social (familiar o amigo), ya que la figura paterna se considera un elemento que puede o no estar y que no es indispensable para el sano desarrollo de los niñ@s. Son muchos los autores que se oponen a estas opiniones que subestiman el rol del padre en la familia y no aceptan que sea adecuado exponer a los niñ@s fruto de una IAD a situaciones de gran dificultad para su adaptación en su contexto social por complacer el deseo de tener hij@s de la pareja lesbiana.

Para los niñ@s con historias familiares diferentes a la mayoría de sus experiencias en su contexto de desarrollo, el sufrimiento de ser diferentes puede ser intenso, y se agudiza en la escuela provocando preguntas emotivas en su familia (Shapiro, V.B.; Shapiro, J.R.; Paret, I.H., 2001)

Además, la mayoría de las teorías psicológicas reconocen que una relación satisfactoria con los compañer@s de su edad es un factor importante para que los niñ@s desarrollen habilidades sociales y emocionales satisfactorias. En el caso de las familias lesbianas los niñ@s estarán en mayor riesgo de sufrir burlas y rechazos de sus compañer@s con las consecuencias negativas que estas experiencias tendrán en su desarrollo emocional.

De acuerdo a la teoría psicoanalítica la pareja heterosexual de padres es de gran importancia para el desarrollo de la identidad sexual de los hij@s. Su presencia asegura la resolución exitosa de la fase edípica, que culmina en la identificación de la niña y el niño con la madre o el padre de su mismo sexo, la integración de las características de varón o de mujer y una orientación heterosexual a lo largo de su vida. Los niños que crecen en una familia lesbiana, según esta teoría, no se identificarían con el rol del varón y serían menos masculinos. Las niñas, al identificarse con una madre que representa un rol diferente a lo esperado en sus ambientes, sufrirán confusiones y serán menos femeninas. En esta situación, tanto el niño como la niña estarán en riesgo de adoptar una orientación homosexual.

Así también los teóricos conductistas (Bandura, 1977) que se basan en el aprendizaje social defienden que la pareja heterosexual: madre y padre, le ofrece a los niños modelos apropiados para la conducta que acompaña la identidad sexual y refuerzan esta conducta de manera espontánea en sus hij@s.

a moderna teoría de los sistemas (Minuchin, 1984) utilizada para el trabajo terapéutico con el sistema familiar, le da un papel determinante al contexto de desarrollo del niñ@, que es la familia, para la formación de la personalidad adult@. Este contexto primario establece las reglas básicas de lo que es bueno

y lo que es malo, lo aceptado y lo no aceptado, considerando que las bases de la identidad personal son fruto de los procesos de adaptación a las reglas de la vida familiar. La identidad sexual se elabora en esta red psicosocial de relaciones familiares.

En mujeres solas

La IAD en *mujeres solas que no han podido encontrar un compañero* representa ciertos riesgos para la adaptación y sano desarrollo del hij@. Esta situación le niega, de hecho, el derecho que tiene un niñ@ a tener padre. Aun cuando se acepta la capacidad de compensación que los niñ@s poseen integrando familiares o figuras especialmente atractivas del contexto social, no existe la seguridad de que estos procesos de adaptación sean *consistentes, protectores y afectivos*, para que la relación de apego pueda establecerse adecuadamente.

No conocemos de ningún programa, en los preparativos para la PAA, que incluya como requisito, asegurarle al niñ@ una figura masculina compensatoria de manera estable. Esta posibilidad se deja al azar. Como en el caso anterior, se está imponiendo una seria *banalización de la figura del padre en el desarrollo de los hij@s*. Se elimina la necesidad de la coparticipación del padre que es *sobrecompensada solo con el vínculo materno*.

Tampoco en la literatura hemos encontrado ningún estudio que haya probado la inutilidad del padre en el sano desarrollo de los hij@s. Por el contrario, sí tenemos mucha literatura relacionando la ausencia de la figura paterna con baja autoestima, inestabilidad emocional, conductas agresivas, depresión, conductas delictivas, y hasta embarazos en la adolescencia, entre otras.

Si en la experiencia clínica se reconocen los riesgos psicológicos en la crianza del hijo único, ya sea de sobreprotección como de exageradas expectativas de logro y sobre identificación - *¿Qué podemos pronosticar de una relación de diada madre/hij@ exclusiva- generada por la conveniencia de la madre?* La situación psicológica de este niñ@ podemos considerarla de *alto riesgo*.

Si es el caso de una *mujer sola lesbiana* que solicita una IAD, se aplica todo lo que hemos presentado sobre el caso anterior, agregándole los elementos de un contexto sociocultural más amenazante con que el hij@ tendrá que lidiar en sus esfuerzos de socialización para adaptarse con éxito a su medio. Reconocemos que ya existen, en otros países, comunidades tolerantes que son menos agresivas frente a la realidad homosexual, sin embargo, no deja de ser un serio obstáculo que el niñ@ tiene que vencer dentro de su proceso educativo.

La fecundación in Vitro (FIV)

Se refiere a *la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que después de realizarse la división celular será transferido al útero de la que va a ser su madre, antes del decimocuarto día después de la fecundación, y sin contar el tiempo que pudo estar crioconservado* (Carcaba, M., 1995,p. 137).

La FIV puede realizarse:

- a) Con óvulo de la mujer que va a gestar y semen de su marido; o con semen donado;
- b) Con óvulo de la mujer que va a gestar que no tiene marido y semen donado;
- c) Con óvulo donado y semen del marido de la mujer que va a gestar.

Es importante recordar que el 25% de los nacimientos por FIV son de mellizos, trillizos o más. Como era de esperarse, en estos casos se agudiza la dificultad de suplir las necesidades básicas de los niñ@s, los que también pueden necesitar cuidados especiales por condiciones médicas de salud (bajo peso, prematuros, entre otros) (Botting, H. et al. 1990)

Como hemos dicho anteriormente, son escasos los estudios empíricos sobre las consecuencias psicológicas de la procreación artificialmente asistida en los niñ@s y sus familias. (Singer, D. & Hunter, M. 2003). Se destaca entre ellos “El Estudio Europeo Sobre Familias de Reproducción Asistida: La Transición Hacia la Adolescencia”, en el que participaron Inglaterra, España, Italia, Francia y Holanda, realizado por

investigadores de universidades de cada uno de los países (Golombok, S. et al, 2002) Se compararon las familias con hij@s de FIV y IAD, con familias con hij@s de concepción natural (CN), y familias con hij@s adoptados (A).

Algunos de los resultados son los siguientes:

- Las madres de FIV y IAD reportaron más disfrute de su maternidad que las madres de CN y A.
- Una proporción mayor de madres y padres de FIV e IAD fueron clasificados como “aglutinados” (sobre protectores y super preocupados).
- Los niñ@s de FIV e IAD percibieron menos críticas de sus padres que los de CN y A.
- Los padres de FIV e IAD fueron percibidos como más benignos en su disciplina que los de CN y A.
- Los niñ@s de FIV e IAD pasaban menos tiempos con compañer@s de su edad que los de CN y A.
- 66.7% de los padres afirmaron que no era necesario decirle al niñ@ su origen genético.
- Menos del 10% de los padres de IAD le dijeron a su hij@ su origen genético.

Estos resultados señalan algunos de los conflictos psicosociales que sufren los niñ@s fruto de la FIV y la IAD.

Los padres intencionales y de crianza tienden a ser sobre protectores y benignos con la disciplina, y junto con la madre tienden a establecer una relación familiar aglutinada. En este dato es justo aclarar que lo que para una familia europea es “aglutinada” puede no serlo para una familia dominicana – donde las relaciones pueden ser cotidianamente más cercanas o involucrar la familia extendida .

En la mayoría de los casos de FIV e IAD, es la mujer la que busca insistentemente vivir la experiencia de la maternidad, lo que la motiva a aceptar los difíciles y dolorosos procesos para ser madre. Por lo tanto, es de esperarse que disfrute su maternidad (definido en el estudio como “mayor involucración emocional”) más que las madres de concepción natural y las

adoptivas. Pero esta definición puede no reflejar lo que vive la madre natural, ya que para ella su embarazo y el parto no son una enfermedad sino que por el contrario, los médicos le recomiendan que siga su actividad cotidiana sin mayores cambios.

Lo contrario sucede con las madres de FIV o IAD, quienes pasan por procesos médicos que las alteran física y emocionalmente: tratamientos de hormonas y los repetidos ciclos de implantación de los embriones en las FIV con las crisis emocionales que estas generan. Esta madre se entiende que estará “más involucrada emocionalmente” que la madre de parto natural o la adoptiva; lo que no significa menos afecto ni menos cuidados. Sin embargo, ese disfrute de la madre tiene la contra partida de una difícil adaptación social para los niñ@s que pasan menos tiempo con compañeros de su edad que los hijos de CN y los de A. Esta dificultad en los procesos de adaptación social es precursora de posibles problemas psicológicos futuros.

La maternidad subrogada o de alquiler

La maternidad subrogada o de alquiler consiste en tres situaciones:

- a) *Cuando una mujer acepta ser inseminada artificialmente con el esperma de un hombre que tiene una esposa o compañera estéril;*
- b) *Cuando una mujer acepta gestar el cigoto producto de una FIV del semen de un hombre (cuya mujer es estéril) y su propio óvulo;*
- c) *Cuando una mujer acepta gestar el cigoto producto de una FIV del semen de un hombre (cuya mujer es estéril) y el óvulo fecundado es también donado.*

En la práctica, lo más común es que la madre subrogada sea también la que aporta el óvulo para la IAD o para la FIV; así los costos serán más bajos y los aspectos del contrato más ágiles por ser menos personas las involucradas.

En el primer caso en que la mujer aporta el óvulo y pasa por el proceso de gestación y alumbramiento del bebé, se le

considera *la madre biológica*; y a pesar de que este “contrato” pretende *despersonalizar* esa condición y convertirla en una transacción comercial exigiéndole anonimato – a menudo la madre reclama mantener cierta relación con su hij@, con los conflictos que esto puede generar en los *padres intencionales*. Además, algunos autores consideran que este contrato no es válido legalmente porque *obliga a la madre a renunciar a sus derechos parentales, lo que viola el principio fundamental del derecho de familia – cuyo objetivo es proteger la institución familiar para la protección del desarrollo de los hij@s*.

Estas consideraciones legales están apoyadas también por la realidad psicológica de la íntima y exclusiva interacción prenatal del hij@ con su madre biológica. Esta interacción genera en ella un profundo sentido de pertenencia que responde a la necesidad del recién nacido de no separarse del latido tranquilizador del corazón de la madre, que le acompañó en su desarrollo intrauterino y reconoce integrado a su propia existencia. La autora Verrier (1994) llama a esta separación del niñ@ al nacer el “Grito Primario” (Primal Scream) por su impacto en la personalidad futura del adulto.

Otros autores señalan que como se trata de tomar “prestada” una parte del cuerpo de la mujer: su útero, este “alquiler” la degrada tanto a ella como a su hij@ porque pueden ser considerados como el producto de un contrato puramente comercial, en el que *se viola el derecho de los niñ@s a conocer su madre biológica y su historia genética*.

Estos casos son tan desconcertantes que podría darse el caso de que un niñ@ tuviera tres madres: la madre biológica (que aporta el óvulo), la madre gestacional (que recibe la implantación del cigoto y pasa por el alumbramiento) y la madre intencional (aquella que lo cría). ¿Entendemos ahora porque estos padres intencionales no les dicen su origen genético a los hij@s? ¿Cómo explicar estas situaciones artificiales y hasta mecánicas como su origen a un hij@?

Si consideramos que el bebé que nace necesita un contexto que le proporcione estabilidad emocional, seguridad, consistencia (los cuidados de una misma persona y coherencia

en los estímulos) y protección, para desarrollar su apego, el cual funciona como su regulador emocional - estamos obligados a afirmar que las condiciones de estas tres situaciones de madres de alquiler serán de alto riesgo para el sano desarrollo del niño@.

Si el contrato de la madre alquilada no incluye el anonimato pero sí el compromiso de dar la criatura en adopción a los padres intencionales, pueden aplicarse las condiciones de una adopción regular. En esta situación de adopción, la madre biológica puede mantener una relación especial con su hijo@, cuidando de que se establezca la llamada "*maternidad compartida*" con la madre intencional que lo cría y la interrelación de ambas le proporcione un contexto de seguridad y afecto al niño@. Esta interrelación ideal, se ha constatado en familias adoptivas, que resulta con demasiada frecuencia, difícil de mantenerse en armonía, ya que ambas "madres" podrían percibirse como rivales. Para el niño@ establecer su relación de apego y desarrollar su propia identidad en este contexto afectivo puede requerir de un gran esfuerzo, que la mayoría de los niños@s encuentran difícil de lograr.

Desde hace 16 años, en Estados Unidos, los psicólogos participan en los acuerdos para la elección de la madre subrogada; pero después de más de 4,000 casos atendidos, tenemos muy pocos estudios sobre seguimiento psicológico de los niños@s, las madres subrogadas o las familias adoptivas. (Hanafin, H. 1996) En un país donde existen grandes facilidades para la investigación, se continua con una práctica que incluye la calidad de vida de todos los involucrados: madre de alquiler, hijo@, padres intencionales - y sin embargo, no existe el seguimiento necesario para protegerlos de los riesgos para su vida futura.

La profesora Nancy Reame (1998) de la Universidad de Michigan, demostró que las madres subrogadas tienden a decepcionarse de su rol al pasar de los años y las pocas que se sentían satisfechas eran las que mantuvieron buenas relaciones durante el embarazo con los padres adoptivos. También se

detectaron conflictos no resueltos con los padres adoptivos en cuanto a promesas no cumplidas de mantener contacto, estilo de crianza y la decisión de informar al niñ@ sobre su origen genético. Todas las madres subrogadas esperaban conocer al hij@ después de cumplir sus 18 años.

No todos los centros de fertilidad asistida tienen evaluaciones psicológicas para la elección de la madre subrogada, pero cuando se realizan, representan un proceso de intenso escrutinio antes de firmar el contrato legal. Además de buenas condiciones físicas se exige que no reciban ayudas gubernamentales y que tengan un salario estable. Esta condición trata de eliminar el atractivo del dinero, sin embargo, ¿quién nos asegura que las importantes sumas que se ofrecen no sean atractivas para cualquier mujer, aunque tenga un salario estable?

Así también se eliminan aquellas aspirantes que tengan historias traumáticas o conflictos no resueltos, fragilidad emocional, desconfianza o problemas para predecir su conducta (impulsividad). Es decir, se aseguran de que la candidata tenga buenas condiciones físicas, psicológicas y socioeconómicas.

En este contexto, si consideramos lo sacrificado e invasivo que es el impacto físico y psicológico del largo proceso que las técnicas de procreación asistida tienen, en especial la FIV; el tratar de pensar que no es por la remuneración económica sino por humanidad que la candidata a madre subrogada ofrece su cuerpo - nos parece una pantalla para enmascarar el objetivo real de estas evaluaciones, que es: ofrecerle a los padres intencionales *lo mejor que su dinero puede comprar*. Las consecuencias psicológicas de este arreglo técnico/comercial para el niñ@ o para la madre subrogada, no son tomadas en cuenta.

En los casos en que *no hay un interés comercial* también se presentan conflictos psicológicos y familiares, pues la mayoría de las madres que están dispuestas a sacrificarse por casi un año de su vida para gestar y alumbrar uno o posiblemente varios niñ@s son familiares cercanos en familias unidas. Este

sacrificio generoso conlleva una alteración profunda de la dinámica familiar por el largo tiempo que dura el proceso.

Para comprender mejor lo anterior, tomemos un ejemplo de la vida real:

Los esposos Díaz no podían tener hijos, pero si podían producir los gametos para la concepción. Pertenecían a una familia larga y muy unida donde acostumbraban apoyarse en los conflictos. La hermana de la Sra. Díaz, la Sra. García y su esposo, aceptaron recibir el embrión de los esposos Díaz para que la Sra. García lo gestara y diera a luz. Los esposos Díaz cubrirían todos los gastos relacionados con el proceso. Como el tener sus hij@s era un valor en esa familia la hermana aceptó participar en el proceso de FIV.

El embarazo tuvo éxito pero generó serios problemas con sus dos hijos que resentían la falta de atención y las ausencias por malestares físicos. En general, el embarazo ocasionó perturbaciones maritales y familiares. Además, los hermanos no entendían porque su mamá iba a regalarle sus hermanitos a su tía cuando nacieran.

Después del nacimiento, la Sra. García se dio cuenta de que estaba más apegada a los bebés que lo que ella había esperado. Cuando visitaba su hermana, no podía dejar de cargarlos y acariciarlos. Sus emociones iban mucho más allá que las de ser su tía. Las relaciones de abuelo, abuela, madre, padre, tío, tía y prim@s quedaron muy trastornadas en esta familia tan unida.

A pesar de que los padres psicológicos de los mellizos eran también los padres biológicos, la confusión en las fronteras familiares fueron difíciles de manejar. Los niños a su vez mostraban lucha de lealtades y sus padres se sentían amenazados por la confusión de roles. También se mostraron inseguros y confusos con su identidad personal y familiar. Esta es precisamente una de las grandes dificultades del uso de la procreación artificialmente asistida. Los niño@s no saben a cuál pareja de padres ellos pertenecen ni cuáles son sus padres primarios. Finalmente, ésta como casi todas las familias que

utilizan los procesos de PAA, buscaron ayuda terapéutica para mejorar la calidad de sus relaciones familiares.

Este ejemplo nos demuestra la complejidad de los procesos emocionales que viven los involucrados en esta situación y el impacto psicológico negativo que puede tener en las dos familias. Estamos frente a la *despersonalización del embarazo*. Esto significa que *se le prohíbe a la madre que sienta apego/afecto por el ser que se forma por nueve meses en su vientre, que siente palpar, moverse y estremecerse, en sus entrañas al unísono con sus emociones*. ¿Cómo calificaríamos esta demanda hecha a la “madre alquilada”? ¿Estamos frente a una nueva forma de explotación al comercializar esta relación madre/hij@ durante la gestación? ¿Es lícito promover la venta del afecto como si fuera un producto manufacturado a voluntad? ¿Qué efectos tiene para la “madre alquilada” esta despersonalización (negación) de su afecto durante la gestación? ¿Qué efectos tiene para el hij@ esta separación?

LA ADOPCIÓN

La adopción simple

La adopción simple o tradicional es aquella en que una pareja de esposos asume la responsabilidad de convertirse en padre y madre de un niñ@ quien adquiere “los mismos derechos y deberes de hij@ , extinguiendo los vínculos con su familia de sangre”, con el consentimiento de sus padres biológicos o con la autorización de una institución pública o privada que cuida de niñ@s abandonados, implementando los reglamentos y leyes establecidos para esos *fines*. Los padres adoptivos asumen la responsabilidad de decirle, en el momento oportuno, a sus hij@s, los detalles de su origen y a la edad conveniente, facilitarles que les visiten (Código para la Protección de Niñ@s y Adolescentes y Normativa Internacional 1994).

Lamentablemente, no conocemos estudios en nuestro país sobre las consecuencias psicológicas de la adopción, por lo que presentaremos algunos de los datos empíricos de investigaciones en Estados Unidos:

- * Los niñ@s y adolescentes adoptados tienen más tendencia a tener dificultades con drogas/alcohol, desórdenes del comer, ADD, infertilidad, suicidios y embarazos prematuros (Young, J. 1990; Bohman, M. y Van Korryn, A. 1979).
- * El 25 -35% de los jóvenes internos en Centros de Tratamiento Residencial, son adoptados. (Lifton, B. J. (1988).
- * En el Centro “The Haven” para albergar niños de la calle, en Illinois, el 50-70% de los adolescentes son adoptados. (Henderson, P. 1998).
- * Los niñ@s adoptados comparten ciertas vulnerabilidades que en los casos más severos presentan patrones conductuales que les obligan a buscar asistencia profesional. (Kischner, D. 1988).

Para resumir, los estudios revisados parecen indicar que los niñ@s adoptados necesitan vencer una sensación de desarraigo que les dificulta su socialización y que les hace sentirse “diferentes”. Dependerá en gran parte, de la acogida de los padres adoptivos y de las especiales características de los niñ@s el superar esta inseguridad sobre su relación con su familia y su sitio en el mundo.

Profundizando en la dimensión psicológica de la adopción vemos que es un proceso intergeneracional que une a la familia de nacimiento, los adoptados y la familia adoptiva para siempre. Es necesario reconocer que en la vida de los tres, esta experiencia afecta siete aspectos: 1) *pérdida*, 2) *rechazo*, 3) *culpa y vergüenza*, 4) *pena*, 5) *identidad*, 6) *intimididad*, 7) *control*. (Silverstein y Kaplan, 1982).

Pérdida: la adopción surge de una pérdida. Los padres adoptivos pasaron por el dolor de perder el sueño de tener sus hij@s, quizás perdieron embarazos que fracasaron,... Los padres de nacimiento pierden a su hij@; y los niñ@s adoptados sufren su primera pérdida con la separación de su familia de nacimiento.

Rechazo: Los niñ@s adoptados tienden a pensar que fueron rechazados por sus padres de nacimiento, estos a su vez, se condenan por no haber sido capaces de criar a su hij@; y los padres adoptivos viven el rechazo del hij@ como una amenaza constante que se materializa cuando se hacen las primeras preguntas sobre los padres de nacimiento.

Culpa y vergüenza: El sentimiento de que, pudieran merecerse el rechazo, provoca en los tres grupos culpa y vergüenza. Llegan a pensar que algo malo les pasa que los señala frente a los demás.

Pena: Las pérdidas de la adopción ocasionan pena; pero no hay espacio para expresar esa pena pues la adopción se considera una solución y solo hay espacio para la alegría. Nuestra cultura inhibe las expresiones de pena en los niñ@s y en los adultos, de manera que estos desahogos emocionales muchas veces se expresan con conductas inadecuadas ya sean de retraimiento o excesivo contacto emocional. La expresión de esta pena reprimida puede llevar a muchos adolescentes al consumo de drogas/alcohol, conductas agresivas y depresión.

Identidad: La identidad puede definirse por lo que somos y por lo que no somos. Los padres de nacimiento son y no son padres. Los padres adoptivos sufren a veces cierta confusión al sentirse que no tienen toda la información que necesitan para sentirse integrados completamente con el hij@ adoptado. Y el hij@ está atormentado por preguntas sobre su nacimiento: ¿Poque vine al mundo si no me querían? ¿Sería yo un accidente o un error? Estos cuestionamientos se presentan con mayor frecuencia en la adolescencia y pueden expresarse con conductas de rebeldía o rechazo a la familia.

Intimidad: Todo este proceso de pérdidas, sentimientos de rechazo, vergüenza y pena, así como una percepción incompleta de su identidad, pueden impedir, en los hij@s adoptados, el desarrollo de la capacidad para mantener relaciones de intimidad con los demás. Por eso las dificultades para la socialización, las amistades y especialmente las relaciones con el sexo opuesto. En los padres adoptivos puede haber cierto malestar en la intimidad de la pareja al culparse

por uno al otro de decisiones o intervenciones médicas invasivas, por tener el hij@. Los padres de nacimiento también pueden resentirse en su intimidad si se han mantenido juntos – asociando las relaciones íntimas con un peligro de embarazo y pérdida.

Control: Tanto los padres de nacimiento como los padres adoptivos y el hij@ adoptado se ven obligados a ceder su control sobre sus vidas. Los padres de nacimiento deben renunciar al hij@ para resolver una crisis de juventud, pobreza, conveniencia – donde la adopción viene a ser la solución. Para los padres adoptivos, casi siempre la adopción es una segunda decisión de la pareja, al no controlar su incapacidad de tener sus propios hij@s. Los hij@s adoptados están muy conscientes de que no tuvieron control para evitar su separación de su familia de nacimiento ni en la elección de la familia adoptiva. Los adolescentes adoptados, frecuentemente acuden a conductas de lucha de poder con los padres adoptivos para asegurar el desarrollo de su autocontrol. También son frecuentes conductas de naturaleza pasiva/agresiva, que pueden continuar hasta la adultez.

Este análisis no significa que existe una situación lineal de causa y efecto en la vida de las familias relacionadas con la adopción. Estas tendencias pueden y deben ser resueltas al tomar conciencia de que las dificultades existen y pueden resolverse con o sin ayuda profesional. El fenómeno humano es muy complejo y pueden surgir los recursos para mejorar los conflictos presentados de fuentes familiares, comunitarias y espirituales. Lo importante es estar atentos a que existe el riesgo de estos estados psicológicos para atenderlos a tiempo e incluso, prevenirlos.

En relación con la madre biológica, estudios en Estados Unidos coinciden con el estudio del Instituto de la Familia de Melbourne, Australia cuyo reporte indica que el 90% de las madres de nacimiento encuestadas presentaron: malestar emocional, angustia profunda, sensación de pérdida, y señalaban que el dolor no desaparecía, como le habían anunciado para convencerlas de entregar su hij@, sino que

aumentaba con el tiempo. (Winkler, 1984; Silverman, P.1981; Chesler, P. 1988).

La mayoría de las madres de nacimiento (69%) reporta que cedió su hij@ en adopción bajo presión. Algunas de las razones fueron: ser soltera, pobreza, muy joven y presión parental y/o del novio. (Deykin, E. 1982; Van Keppel, M. 1988).

A la mayoría de los padres que buscan la adopción les gustaría adoptar un recién nacido o niñ@ lo más pequeñ@ posible, para asegurar la formación del apego con la exclusividad de sus primeras experiencias como padres. Sin embargo, en muchos países, cada día hay menos niñ@s en adopción a esa temprana edad, por el uso de los anticonceptivos, el aborto y la acogida compasiva a la madre soltera. En este contexto surge *la adopción compleja*.

Se le llama *adopción compleja* porque son alternativas que incluyen factores sociales y psicológicos significativos que representan importantes desafíos para los padres y para los hij@s. En estos casos, los padres adoptan niñ@s de más edad que han sufrido negligencia, pérdida, y/o trastornos familiares traumáticos.

Generalmente, se reconoce que “la edad de un niñ@ en el momento de la adopción y la calidad de sus cuidados tempranos, tienen mucha importancia para la salud emocional y física en el momento y las posibilidades de su adaptación futura en la familia de adopción.” (Shapiro, Shapiro y Paret, 2001, p. 26)

Adopción de niñ@s mayores

Se refiere a la *adopción de niñ@s mayores quienes tienen una historia de negligencia, trauma y diversas perturbaciones en sus experiencias tempranas*. Esta población incluye niñ@s que han estado en programas de *cuidados sustitutos* y *las adopciones internacionales*. Esta clase de adopción ha crecido en los últimos años en países desarrollados, muchos de ellos con índices negativos de crecimiento poblacional.

Estas experiencias tempranas de abuso, negligencia y trauma provocan retrasos en el desarrollo en áreas importantes como la social, cognitiva y emocional. Por lo tanto, estos niños vulnerables presentan problemas para establecer un vínculo de confianza con sus padres adoptivos, manifiestan fragilidad emocional, ansiedad de separación aguda, problemas para dormir y comer, y desorganización en la regulación del afecto (Paret y Shapiro, 1998).

Adopción abierta

En esta forma de *adopción abierta* el niño es adoptado al nacer por la familia intencional elegida por los padres biológicos con el acuerdo mutuo de que ellos pueden de alguna manera permanecer en contacto con el niño. Este tipo de adopción tiene las características de la “*paternidad y maternidad compartidas*” mencionadas anteriormente en los casos de maternidad subrogada o de alquiler. Le ofrece a los padres adoptivos la oportunidad de establecer una buena relación de apego con el bebé desde su nacimiento, lo que influirá positivamente en la calidad de su desarrollo. Sin embargo, uno de los desafíos para esta familia será mantener fronteras claras y firmes y establecer una relación estable y positiva con los padres biológicos, manteniendo siempre el interés superior del niño.

CONCLUSIÓN

Para nuestro país, donde la carencia de servicios básicos de salud, educación, vivienda y empleo; mantiene a demasiados dominican@s en la pobreza – como “para la mayoría de los países latinoamericanos, la procreación asistida no es una prioridad” (Luna, F.,2000). Los servicios médicos de procreación asistida son sumamente costosos y solo una pequeña minoría tiene acceso a ellos. Sin embargo, en República Dominicana ya se están ofreciendo servicios de procreación artificial asistida. En uno de los centros, de acuerdo con una entrevista personal, se nos informa que, por el momento, se están realizando solo inseminaciones homólogas pero esperan ampliar sus servicios en el futuro. En otro centro se ofrecen también la IAD y la FIV. Ambos funcionan sin ninguna regulación y de acuerdo a los criterios de los médicos de turno. Así también sucede en muchos otros países, donde los profesionales tienen el campo abierto para la experimentación *con la vida humana*.

Además de servirle a una escasa minoría adinerada, los servicios de PAA representan una vía para obtener gametos y embriones que congelan (crioconservados) y son vendidos para ser utilizados en experimentos. No se toma en cuenta que se trata de una vida humana indefensa, la que, como un vaso desechable, se descarta después de usarlo y se echa a la basura.

Los servicios médicos de PAA han logrado generar nuevos desafíos éticos para la comunidad universal:

- a) Han separado lo que hasta ese momento era inseparable: la procreación humana de la intimidad sexual de un hombre y una mujer.
- b) Han colocado los derechos de los adult@s a ser padre o madre por encima de los derechos del niñ@ a un

- desarrollo biopsicosocial en un contexto familiar estable y protector, y a conocer su origen genético.
- d) Se ha banalizado la figura del padre en la crianza de los hij@s hasta casi declararlo innecesario y sustituido por gametos y cigotos crioconservados.
 - e) Se estremece la identidad familiar y tiende a desintegrarse cuando un niñ@ puede tener una madre biológica, una madre gestacional y otra de crianza; y cuando una madre gestacional debe renunciar a la criatura que creció en su vientre despersonalizando el vínculo afectivo que de manera espontánea se genera;
 - f) Se despersonaliza el afecto cuando la madre biológica (gestacional y de nacimiento) es obligada a mantenerse en el anonimato.
 - g) Los hij@s se “cosifican” cuando se busca comprar las características genéticas como elegimos el color de un carro y sus accesorios.

Este anuncio en el “Stanford Daily News” (Febrero 2, 1999) es muy ilustrativo:

“SE NECESITA DONANTE DE OVULO

Gran incentivo económico; Inteligente, Atlético - Se necesita una donante de óvulo para una familia amorosa; Debe medir por lo menos 5'10", tener un puntaje en el SAT de 1,400+, no tener ningún problema familiar médico. 50,000 dólares, Evaluación Médica Gratis, Pago de todos los gastos.”

Shapiro, V. B., Shapiro, J.R., Paret, I. H., 2001

La pregunta que debemos considerar es: *¿Todo lo que la ciencia puede lograr, y podemos comprar, es éticamente lícito?*

A continuación presentamos otro ejemplo también muy elocuente. Lo encontramos circunstancialmente en una revista de amplia circulación el pasado mes de septiembre.

Donante de Ovulo ..Disponibilidad Inmediata

El programa de renombre internacional de donantes de óvulo en el Instituto de Genética & FIV, establecido en Washington, D.C. por mucho tiempo ha llenado las altas expectativas de pacientes sofisticados y especialistas médicos de todo el mundo.

Ofrecemos aproximadamente 100 donantes completamente pre-evaluados con disponibilidad inmediata para corresponder a nuestros pacientes incluyendo Donantes con Grado de Doctorado en programas de grados avanzados, y otros numerosos donantes de óvulos con logros especiales, talentos, o etnicidad.

Están disponibles fotos de la actualidad y de su niñez. Cada donante es evaluado completamente para factores genéticos y otros por nuestros propios genetistas médicos, utilizando métodos de laboratorio de acuerdo a los más altos estándares de confiabilidad y sensibilidad.

Al escoger un óvulo de donante anónimo, está haciendo una importante decisión basada en la confianza. Su decisión tiene implicaciones de por vida. El Instituto de Genética & FIV le ha ofrecido un servicio de la más alta calidad y avances continuos significativos en fertilidad y genética por 20 años, y tiene una reputación sobresaliente por su integridad y logros.

Por favor llame al Coordinador de Donantes de Ovulo al teléfono para enviarle un paquete de información gratis, o para programar una consulta.

La vida comienza en el Instituto de Genética & FIV



Algunos científicos están mareados por su nueva capacidad de fertilizar el óvulo en el laboratorio; y lo anuncian como el “comienzo de la vida”. Pero no es así. En el laboratorio puede formarse in Vitro el embrión humano. “Pero no sucede nada más”; dice el doctor en Neurología y director del Centro Nacional de Bioética Católica: “hasta que no es implantado, con éxito en el útero de la mujer; en cuyo momento se reactiva su desarrollo” (Pacholczyk, T.2005).

En este caso, si la PAA se presenta como una ruta preferencial para mejorar el control de la calidad del hijo deseado; este hijo será considerado como un “producto” cuyo valor depende en gran medida de su *calidad*. ¿Se desarrollará en el futuro una élite de seres con control de calidad? ¿Será esto humano? ¿Qué pasará con los que no llenen los criterios de calidad?

La mayoría de los autores consultados reconocen que este es un campo de investigación relativamente nuevo y como resultado, pocos estudios sistemáticos han evaluado los efectos en estas familias según los niñ@s van pasando de la adolescencia a la adultez. “Mucho queda por determinar en cuanto a cómo les va a los niñ@s cuando sean adult@s” (Singer, D. y Hunter, M. 2003). Sin embargo, nos encontramos frente a un relativismo sorprendente que pudiera confundir a muchos en nombre de los “datos empíricos.” Aun frente a definiciones operacionales interpretables de acuerdo a las diferentes culturas y muestreos limitados, aun cuando se reconocen variaciones significativas de acuerdo *al contexto social en que se realicen las pruebas* (Golombok, 1996); se trata de descalificar la importancia de la estructura familiar cuando se afirma de manera categórica: “*Los hallazgos sugieren que un ambiente familiar positivo es más importante para el bienestar psicológico de los niños que su estructura familiar, o sea si tienen un padre o dos, si sus padres son heterosexuales u homosexuales, y si están genéticamente relacionados a uno, ambos o ninguno de sus padres*” (Golombok, 2002, p. 121).

Esta afirmación está muy lejos de ser la realidad con que trabajamos los profesionales de la conducta que vemos las

heridas emocionales que la ausencia de estructura familiar le ocasiona al ser humano diariamente. También lo que se entiende por “ambiente familiar positivo” es susceptible a muchas interpretaciones de acuerdo a la cultura y los valores de cada comunidad.

Por eso nos unimos a una voz que sigue insistiendo en que lo mejor para un niñ@ es que sea el amor y la responsabilidad compartida de un hombre y una mujer como padres, los que asuman darle a cada hij@ un contexto de desarrollo estable – donde la biología estimule a la psicología a sentir y vivir las emociones que impulsan a una madre a ser amorosa y generosa con su hij@; y al padre que comparte ese amor por su hij@; a ser corresponsable con la madre, de la salud física y emocional de quién es su proyección hacia el futuro.

Esta voz dice así: “En su origen único e irrepetible, el hijo habrá de ser respetado y reconocido como igual en dignidad personal a aquellos que le han dado la vida.....la generación de un hijo ha de ser el fruto de la donación recíproca realizada en el acto conyugal, en el que los esposos cooperan como servidores y no como dueños en la obra del Amor Creador.” Gaudium et spes, 50:n.18.

Reconocemos las carencias y dificultades que muchas personas sufren en su ciclo de vida que les impide lograr ese ideal de familia completa. Pero los vínculos primarios padre-hij@, madre hij@ se mantienen como la base del desarrollo de la personalidad. Podemos superar nuestras carencias de infancia con apoyos de afecto sustituto sin restarle importancia a que para muchos es un esfuerzo emocional que les marca para toda la vida.

Como terapeutas familiares y como madre, compartimos la tragedia que vive una mujer infértil y que le impide conocer el calor de la maternidad. Apoyamos los esfuerzos de la ciencia para combatir la creciente esterilidad tanto del hombre como de la mujer moderna; pero resulta peligroso aceptar que el fin justifica los medios. Una de las características principales de una verdadera MADRE es, precisamente, pensar en el hij@ antes que en sus propios intereses personales. No es aceptable que una mujer de 50 años, aunque pueda comprar los servicios

de PAA traiga un niñ@ al mundo para no sentirse sola y que le niegue el apoyo que necesitará en su futuro desarrollo.

Para los que creemos que el ser humano, desde su concepción es una persona con cuerpo y espíritu poseedora del principio vital que le permitirá desarrollar no solo su cuerpo sino de manera muy especial sus valores morales y espirituales, nos preocupa la ligereza con que se descartan embriones humanos en los diferentes ciclos de las técnicas de PAA o se mutilan sin contemplaciones en experimentos que pudieran realizarse por otras vías que no atentan contra la vida humana.

Cuando no se habla de amor, de generosidad, de sacrificio, estamos perdiendo lo más bello de nuestra humanidad, aquello que nos hace hermanos con el vecino y comprometidos con el bien común. Ese amor generoso se aprende en la familia, sin ese aprendizaje de afecto y solidaridad, solo existimos - pero no vivimos con la dignidad que nos caracteriza como seres humanos. Ese es el verdadero desafío del siglo XXI: La defensa de la familia para preservar nuestra humanidad.

REFERENCIAS

- Ambert, A. (2003). *The negative social construction of adoption: its effects on children and parents*. Artículo publicado en el Website del Consejo de Adopción de Ontario.
- Andrews, L. B. (1999). *The clone age*. New York: Holt.
- Bandura,, A. (1977). *Social learning theory*. Engelwood Cliffs, N.J. Prentice Hall.
- Bohman,M. y Van Korryng, A.(1979). *Psychiatric illness among adults adopted as infants*. En *Statistics on the Effects of Adoption*. (2005). <http://www.adoptioncrossroads.org/ginni.html>.
- Botting, B. et al. (1990). *Three, four and more: a study of triplet and higher order Births*. En Golombok, S. et al. (2002). *The European study of assisted*
- *Reproduction families: the transition to adolescence*. Human Reproduction, Vol. 17, No. 3.
- Bowlby, J. (1969). *Attachment and Loss: Vol.1 Attachment*. New York: Basic Books.
- Bowlby, J. (1973). *Attachment and Loss:Vol.2 Separation: anxiety and anger*. New York: Basic Books.
- Carcaba, M. (1995). *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de Proceación humana*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona.
- Chesler, P.(1988). *Sacred Bond: the legacy of Baby M*. Times, New York.
- Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y Normativa Internacional. (1994). UNICEF, Santo Domingo.

- Concilio Vaticano II. (1966). *Constitución pastoral de la Iglesia en el mundo*. Roma: Gaudium et Spes. 50,18.
- Cook, R.; Vatev, I. et al. (1997). *The European study of assisted reproduction Families; a comparison of family functioning and child development between Eastern and Western Europe*. En Golombok, S.; et al. (2002). *The European Study of assisted reproduction familias: the transition to adolescente*. Human Reproduction, Vol. 17, No. 3, p. 830-840.
- Deykin, E. (1982). *The post adoption experience of surrendering parents*. American Journal of Orthopsychiatry.
- Dickens, B. (2002). *Ethical issues arising from the use of assisted reproductive Technologies*. En Current practices and controversies in Assisted Reproduction. Edited by Vayena, E.; Rowe, P.; Griffin, P.D. World Health Organization, Geneva.
- Erikson, E. H, *Childhood and Society*. New York: Norton, 1963.
- Gaudium et Spes, 50: no.18. Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral.
- Golombok, S.; Brewaeys, M.T.;Giavazzi, D.; Guerra, F.; MacCallum & Rust,J. (2002). *The European study of assisted reproduction families: the transition to adolescence*. Human Reproduction, Vol.17, No.3, p. 830-840. European Society of Human Reproduction and Embriology.
- Golombok, S.; Brewweys, A.; Ciik, R. et al. (1996). *The European study of assisted Reproduction families*. Human Reproduction, Vol. 11, p.2324-2331.
- Hanafin, H. (1996) *Overview of surrogacy parenting*. The American Surrogacy Center Inc. Georgia.
- Henderson, P. (1998). *The Haven*. New Trier Township Pub. En <http://www.adoptioncrossroads.org/ginni.html>.

- Kirschner, D. (1988). *The adopted child syndrome*. Lecture American Adoption Congress, Boston. En *Statistics on the Effects of Adoption*. (2005). <http://www.adoptioncrossroads.org/ginni.html>.
- Klock, S.C. (1997). *The controversy surrounding privacy or disclosure among donor Gamete recipients*. En Singer, D. & Hunter, M. (2003). *Assisted humanReproduction: psychological and ethical dilemmas*. Whurr Publishers, London.
- Leiblum, S. R. (Ed) (1997) *Infertility: Psychological issues and counseling strategies*. En Shapiro, V.B.; Shapiro, J.R.;& Paret, I.H. (2001). *Complex adoption & Assisted reproductive technology*. The Guilford Press, New Cork.
- Lifton, B.J. (1988). *Lost and Found: the adoption experience*. 2nd Ed. New York.
- Luna, F.(2000). *Assisted reproductive technology in Latin America: some ethical and sociocultural issues*. En Vayena, E.;et al.(2002) *Current Practices andcontroversies in assisted reproduction*. World Health Organization, Ginebra.
- Maughan , B.P. (1990). *Adopted and illegitimate children growing up*. En Singer, D. & Hunter, M. (2003). Eds. *Assisted human reproduction: psychological and ethical dilemmas*. Whurr Publishers, London.
- Minuchin, S. (1984). *Family Kaleidoscope*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Miller, B.C.; Christensen, M. et al. (2000). *Comparisons of adopted and nonadopted Adolescents I n a large, nationally representative sample*. En Singer, D. & Hunter, M. (2003). Eds. *Assisted human reproduction: psychological and Ethical dilemmas*. Whurr Publishers Ltd, London.
- Pacholczyk, T. (2005). *Myths of stem cell research and cloning*. Florida Catholic Conference.
- Pontifical Academy for Life.(2004). *Final communique on the dignity of human procreation and Reproductive technologies: Anthropological and ethical aspects*. Tenth General Assembly. Vatican City Publisher.

- Reame, N. (1998). En Reyes, A. *Surrogate mothers feel some degree of disappointment*. Article published by University of Michigan, http://www.eurekalert.org/pub_releases/1998.
- Schore, A. (1994). *Affect regulation and the origin of the self: The neurobiology of emotional development*. Hillsdale, NJ:Earlbaum. En Shapiro, V.; Shapiro, R.J.; & Paret, I.H. *Complex adoption & assisted reproductive technology*. The Guilford Press, New York.
- Shapiro, V.B.; Shapiro, R.J.; & Paret, I.H. (2001). *Complex adoption & assisted Reproductive technology: a developmental approach to clinical practice*. The Guilford Press, New York.
- Siegel, D. (1999). *The developing mind: Toward neurobiology of interpersonal experience*. The Guilford Press, New York.
- Silverman, P. (1981). *Helping women cope with grief*. Sage Publication, New York.
- Silverstein, D. N.y Kaplan, S. (1987). *Lifelong issues in adoption*. http://www.adopting.org/silveroze/html/lifelong_issues_in_adoption.html.
- Singer, D. y Hunter, M. 2003 *Assisted Human Reproduction: Psychological and ethical dilemmas* Whurr Publishers, London.
- Sororsky, A.;Baran, A.; & Pannor, R. (1989). *The adoption triangle*. San Antonio:Corona.
- Stanton, A. L., y Burns, I. H. *Behavioral medicine approaches to infertility counseling*. En Shapiro, V. B.; Shapiro, J. R.; Paret, I. H. *Complex Adoption & Assisted Reproductive Technology: a developmental approach to clinical practice*. New York: The Guilford Press, 2001.
- Verrier, N.N. (1994). *The primal wound: understanding the adopted child*. Lafayette, California.

- Young, J. (1998). *Steve Jobs: the journey is the reward*. En *Statistics on the Effects of adoption*. <http://www.adoptioncrossroads.org/ginni.html>.

