

872709



UNIVERSIDAD DON VASCO, A. C.
INCORPORACIÓN No. 8727-09 A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



ESCUELA DE DERECHO

"LA NECESIDAD DE REGULAR LAS TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL
CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

WENDY EQUIHUA QUEREA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

URUAPAN, MICHOACÁN; JULIO DEL 2003





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE.

Introducción.	8
Capitulo 1 Antecedentes históricos y reproducción asistida.	
1.1 Antecedentes Históricos Internacionales.	11
1.2 Antecedentes Históricos Nacionales.	14
1.3 Concepto de Reproducción Asistida.	15
1.4 Técnicas de Reproducción Asistida.	16
1.4.1 Inseminación Artificial.	17
1.4.2 Inseminación In vitro y transferencia de Embrión.	20
1.4.3 Crioconservación.	22
1.4.4 Subrogación.	23
Capitulo 2 Legislación comparado.	
2.1 Legislación Internacional.	26
2.1.1 Que prevalece el desarrollo técnico.	27
2.1.2 Por la protección a la persona.	33
2.2 Legislación Nacional.	39
2.2.1 Código Penal para el Distrito Federal.	40
2.2.2 Iniciativa de ley que regula las técnicas de reproducción asistida.	48

ENCIS CON
FALLA DE ORIGEN

Capitulo 3	Diversos aspectos de la reproducción asistida.	
3.1	Aspecto Sociológico.	58
3.2	Aspecto Ético.	59
3.3	Aspecto Económico.	62
3.4	Aspecto Religioso.	65
3.5	Aspecto Jurídico.	66
Capitulo 4	Filiación, Maternidad y Paternidad.	
4.1	Filiación.	72
4.1.1	División.	75
4.2	Maternidad y paternidad.	78
4.2.1	Maternidad.	79
4.2.2	Paternidad.	80
Capitulo 5	Análisis e Interpretación de las técnicas de reproducción asistida.	
5.1	Maternidad Subrogada.	
5.1.1	Contrato de maternidad subrogada.	83
5.1.2	Contrato de compraventa.	84
5.1.3	Contrato de arrendamiento.	85
5.1.4	Contrato de prestación de servicios.	87
5.1.5	Contrato Innominado.	88
5.1.6	Legalidad del contrato	89
5.2	Fecundación "In vitro"	94

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6

5.3 Inseminación Homóloga.	96
5.4 Inseminación Heteróloga.	100
5.5 Inseminación fuera de matrimonio.	102
5.6 Inseminación después de muerto el marido	103
Conclusiones	105
Propuesta.	110
Bibliografía.	116
Anexos.	121
Glosario.	124

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN.

A lo largo de la vida y al paso del tiempo la mayor preocupación del Estado ha sido la familia, por considerarse la célula de la sociedad. Entendiendo a ésta como aquélla unión de personas de sexos opuestos con la finalidad de la procreación y convivencia social. Pero no siempre resulta que en una familia existan hijos, pues en la actualidad se ha demostrado que tanto el hombre como la mujer pueden verse involuntariamente incapaces de engendrar un nuevo ser, lo que conocemos como estériles, siendo la esterilidad un problema que está referido a la pareja y no al individuo, como a veces lo entendemos.

En el último cuarto de siglo, la medicina ha dado un salto gigantesco en el tratamiento de los trastornos de reproducción, dando las posibilidades de congelación, almacenamiento y manipulación de material genético y el desarrollo acelerado de una nueva técnica de concepción o reproducción asistida.

Debido a la aparición de los fenómenos relacionados con la tecnología reproductiva, se ha provocado pánico en la sociedad y en sus sistemas jurídicos, ya que el ámbito del derecho de familia, las manipulaciones genéticas implican la necesidad de reafirmar los principios jurídicos que son reconocidos para la maternidad, paternidad y filiación. Sabemos que en nuestro ordenamiento jurídico, la maternidad es siempre cierta, que se atribuye al parto, y que en relación al padre se establece la presunción, que el marido de la madre es el padre del hijo.

TRABAJO CON
FAMILIA DE ORIGEN

más sin embargo, al utilizarse algunos de estos nuevos procesos de fecundación se muestra que alteran dichos principios, pues según nuestras normas, a un hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre.

El motivo del presente trabajo es demostrar que una familia solamente puede conformarse por hijos producto de material genético de los cónyuges, estableciendo entre estos un parentesco consanguíneo, y que de lo contrario al haber imposibilidad para ello, se establezca lazos afectivos, que sería por medio de la adopción. Ello en beneficio del hijo, de los cónyuges, de la familia, de la sociedad y de la humanidad entera.

Nuestra finalidad es dar a conocer en el desarrollo del trabajo como se ha venido evolucionando y han sido utilizadas las técnicas de reproducción asistida por medio de un capitulado que se presenta, comenzando por los antecedentes históricos, ello para conocer de donde surge este tipo de operaciones a internacional y en nuestro país, así mismo se presenta las causas que originan la esterilidad y los tipos de técnicas de reproducción asistida que hasta nuestra actualidad son utilizadas. En nuestro segundo capítulo hacemos un análisis de derecho comparado, haciendo mención de los países más evolucionados en la legislación en este aspecto, mencionando los intentos de reglamentar en nuestro país, ello con el objetivo de demostrar que aun y cuando existe reglamentación en diversos países, no pueden evitarse problemas. En el tercer capítulo se realiza una apreciación de estas técnicas en los diversos aspectos económico, religioso,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ético, jurídico, sociológico, etcétera. Por lo que ve a nuestro cuarto capítulo se establece de forma doctrina y jurídica la maternidad, paternidad y filiación. En nuestro último capítulo realizaremos la interpretación y análisis de cada uno de las figuras o técnicas que contempla los métodos de reproducción asistida.

Todo este desarrollo se presentará de la forma más completa posible, ello para facilitar su comprensión, delimitando el tema a nuestro Estado de Michoacán, no solo por tratar de nuestro territorio, sino por que es necesario ver primero lo que esta mal en casa, para así después tratar de ayudar a los demás que conforman nuestra sociedad. Es por ello que nuestra propuesta esta dirigida a nuestro Estado y propiamente dicho a nuestro Código Civil, tratando de ser lo más explicita posible.

La metodología utilizada para el presente trabajo, en concreto son los métodos histórico, analítico y sintético, recabando la información mediante medios documentales como libros, folletos, códigos, leyes secundarias, etcétera. Por otra parte y debido a que es un tema actual y que existe poca información bibliográfica, exploraremos en sitios de internet y demás lugares donde se puedan obtener datos que serán aplicables al caso en concreto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 1 REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS INTERNACIONALES.

La reproducción asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad, por lo que se presentara de una forma cronológica.

Los pueblos babilónicos y arábigos hallaron en los vegetales el método de reproducción sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles. En la Antigua Grecia y en el Imperio Romano se realizó esta técnica con animales.

En el siglo VI los árabes utilizaban rudimentariamente, pero casi de manera constante, la inseminación artificial en animales. Para el siglo XII (Edad Media) un médico árabe practicaba en sus pacientes con problemas de fertilidad el baño en una tina que contenía agua con espermatozoides.

Posteriormente, y con fechas más exactas, tenemos que en 1322 un árabe, utilizando una esponja, fecundó a su yegua con semen extraído de un caballo; alrededor de los años 1424 y 1474 el médico Arnaud de Villaneuve inseminó artificialmente a doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique VI de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Castilla (El Impotente); en 1776 se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides; en 1780 se insemina a una hembra de la especie canina; en 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial; en 1890 se logra la primera fecundación *in vitro* del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia del embrión; en 1930 se logra la activación artificial del óvulo de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre.

En 1937 un editorial anónimo de una prestigiosa revista sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente material genético humano; en 1944 se fecunda un óvulo humano en probeta, pero rápidamente muere; en 1949 descubren que la glicerina puede ser usada para congelar el esperma; es en 1950 cuando se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograrse congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito; en 1951 se transfiere exitosamente el embrión de una vaca a otra; en 1952 nace el primer becerro producto de semen congelado, en ese mismo año se clonan células de renacuajo; en 1953 se usa semen congelado en una inseminación humana, así también se logra que un embrión fecundado *in vitro* sobreviva hasta el estado de mórula; en 1959 vive el primer conejo fruto de la fertilización *in vitro*.

En 1970 embriones de ratones son clonados; en 1971 se mantiene vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la Iglesia; en 1972 sobreviven crías de ratones de embriones congelados; en 1973 nace el primer becerro de embrión congelado; en 1975 se logra la multiplicación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por clones en conejos; 1978 nace la primera bebé probeta, Louise Brown en la Gran Bretaña; en 1979 embriones de oveja son clonados; en 1980 el embrión de una res es clonado; en 1981 nace la segunda bebé probeta, Amandine en Australia y, a finales de año se logra obtener ratones transgénicos (que llevaban en el ovocito fecundado un gen introducido artificialmente) como transnucleados (derivados de ovocito con núcleo sustituido); en 1982, en Francia el Doctor Sacha séller fundo el CEPER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas; en 1983 nace el primer bebé producto del esperma del esposo y del óvulo de donante; en 1984 nace el primer bebé de un embrión congelado, Zoe (en griego, "regalo de vida") en Australia; en 1985 nacen los primeros cuádruples producto de las técnicas de reproducción; en 1986 en Estados Unidos de Norteamérica se produjo el nacimiento de Baby M. pero la madre portadora (además de ser dueña del óvulo) se niega a entregar al hijo que gestó al matrimonio que había solicitado sus servicios, reconociendo al esposo del matrimonio solicitante como padre, después de un largo juicio que duro más de diez años se reconoció como madre biológica a la dueña del óvulo, pero solo con derecho a visitar al bebe, entregándose al matrimonio; en 1995 se desarrolla la ingeniería de tejido e implante de órganos artificiales; en este mismo año se desarrolla el método ICSE (inyección Inter.-citoplasmática de espermatozoide) de fecundación asistida. en 1996 se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados. Recientemente el 17 de febrero de 2000 una jueza del Tribunal Civil de Roma autoriza a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS NACIONALES.

Nuestro país no ha sido ajeno a este suceso que la ciencia nos presenta y por tal motivo desde hace ya más de 16 años en la ciudad de México se abrió el primer centro de reproducción asistida dirigido por el doctor Alfonso Gutiérrez Nájjar.

Por esas mismas fechas, con un grupo de expertos del Centro de Ginecología y Obstetricia, mejor conocido como "Ginequito", en la norteña ciudad de Monterrey el doctor Samuel Hernández Ayup trataba también a parejas infértiles y daba los primeros pasos en el campo de la reproducción asistida, logrando el primer embarazo por este método en México.

Hay que aclarar que desde esa fecha hasta nuestra actualidad existen ininidad de hospitales que realizan este tipo de operación, según estadísticas nos señalan que de todos los que trabajan en el territorio nacional sólo nueve están avalados y son monitoreados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, quien surge en 1991 como instrumento científico para evaluar su eficiencia.

Sólo cuatro Hospitales están certificados, el resta están acreditados como reportantes, precisa el médico, quien es director regional de la Red.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En nuestro país desafortunadamente no existe una legislación concreta que regule todas las técnicas de reproducción, aunque existe un ejemplo de ello que apareció recientemente en el Código Civil del Estado de Guerrero, cuyo anteproyecto contemplaba un capítulo en el que se establecían normas mínimas relacionadas con la reproducción asistida, el cual no se llegó a concluir y que en el momento oportuno lo analizaremos en nuestro trabajo.

Así también tenemos la iniciativa de ley dirigida a regular las Técnicas de Reproducción Asistida y la disposición de material genético, presentada el 27 de abril de 1999, por la Diputada Gloria Lavara Mejía, en nombre del Grupo Parlamentaria del Partido Verde Ecologista de México

1.3 CONCEPTO DE REPRODUCCION ASISTIDA.

Es el conjunto de tecnologías avanzadas para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originadas fundamentalmente por la infertilidad. Otro concepto más usual el que lo define como el conjunto de procedimientos diversos que implican intervención médica en algunas de las fases de reproducción. (Matos, 1998)

La fertilización asistida comprende un conjunto de métodos para superar dificultades en un proceso de reproducción natural, es decir la unión de un óvulo y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

un espermatozoide en las trompas de falopio y su posterior implantación en útero materno.

1.4 TIPOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCION.

Las técnicas de reproducción asistida (TERAS) son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente alivian los efectos de esterilidad.

Existen diversidad de autores, médicos, ginecólogos, especialistas, etcétera, que clasifican de diversa forma las técnicas de reproducción, entre las que se pueden mencionar interconyugal, supraconyugal, homóloga, heteróloga, etcétera. Hay quienes las clasifican en estas dos clases, subdividiéndolas, también existe quien las clasifica en más clases, pero en si todas se concretizan en hacer mención de las mismas técnicas independientemente del nombre o clasificación que realicen.

Entre las clasificaciones que se realizan de las técnicas utilizadas para la reproducción asistida, tenemos la siguiente que abarca de manera más completa todos los métodos que son utilizados en dichos procesos, la cual es:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4.1 INSEMINACION ARTIFICIAL (IA)

La inseminación artificial es considerada como aquella introducción de espermias en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado. Este se realiza en aquellas parejas que no han podido embarazar debido a que:

- La mujer tiene algún problema a nivel del cuello del útero como alteración en el moco cervical, presencia de anticuerpos antiesperma, estenosis, secuelas de conización, tratamiento con láser o criocirugía, etcétera.

- El hombre muestra alteraciones en el semen como son disminución del número de espermatozoides y/o de su movilidad, disminución en el volumen de eyaculado, aumento excesivo en el número de espermatozoides, malformaciones anatómicas de su aparato reproductor o alteraciones funcionales de la eyaculación.

Cuadro explicativo de estas causales:

* FACTOR MASCULINO.

-En todos los casos en los que la calidad del semen sea inadecuada;

-Inseminación con semen conyugal, en los casos de impotencia o de incompatibilidad cervical;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

-Inseminación con semen de donante, por ausencia de espermatozoides en semen;

-Fecundación "in vitro Clásica", por la calidad de semen pobre, pero suficiente para la técnica;

-Fecundación "in vitro con I.C.S.I.", por calidad de semen muy pobre, sólo posible la fecundación por microinyección.

***FACTOR FEMENINO.**

Clásicamente se descubrió la técnica cuando la mujer tenía las trompas de falopio obstruidas. Actualmente se realiza también cuando fallan las técnicas de inseminación, en casos de endometriosis graves, y en casos de esterilidad de causa desconocida.

***FACTOR MIXTO.**

A veces, la causa de la esterilidad de compartida por ambos miembros de la pareja. Ninguna de las causas por sí solas es reconocida como causante de la falta de lograr un embarazo, pero la concomitancia de varias de ellas hace necesario recurrir a una técnica de fecundación asistida.

***FACTOR DESCONOCIDO.**

Desgraciadamente, aún hoy en día, hay situaciones en las que la pareja no logra un embarazo, pero no se puede diagnosticar el motivo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La pareja que presenta cualquier forma de esterilidad puede recurrir a una técnica de fecundación asistida, en cuyo caso se utiliza arma diagnóstica y a la vez terapéutica. La inseminación como técnica de reproducción se presenta en las siguientes modalidades:

a) Inseminación con semen del marido o compañero IAH (interconyugal).

También conocida como inseminación homóloga, es uno de los métodos más antiguos, para ella se utiliza el semen de la pareja, al que se realiza una serie de mejoras en laboratorio, con el objeto de concentrarlo y vitalizarlo, así ser depositado en la mujer, en el interior del útero, del canal cervical, o del exocervix, según cada situación.

b) Inseminación con espermatozoides de donante IAP (supraconyugal).

Es conocida como inseminación heteróloga, se presenta cuando no hay espermatozoides en semen, o su calidad es muy baja, y la pareja no desea acudir a técnicas de microinyección, pudiendo recurrir a la inseminación con semen proveniente de donantes. La obtención y preservación del semen es similar a lo planteado anteriormente. El donante de semen puede ser anónimo, según la legislación de cada país.

TECIS CON
FALLA DE ORIGEN

c) Mixta.

También llamada confusa, combinada, bisemanal o cóctel de semen, es aquella que se realiza mezclando el espermatozoide del esposo con el de un tercero. Su finalidad, al parecer, estaría dada en el hecho de que sirva para elevar las posibilidades de que el padre sea el esposo, se establezca una duda acerca de su paternidad dándole una ilusión, o quizá la esperanza, que fue su espermatozoide y no el del tercero el que fecundó el óvulo a su mujer o conviviente, pudiendo ser también un tercero.

1.4.2 INSEMINACION IN VITRO Y TRANSFERENCIA DE EMBRIONES.

Este término se utiliza para referirse al proceder por medio del cual se produce la fertilización extracorpórea del óvulo, utilizando los gametos propios de la pareja o provenientes de donantes.

Para la producción de óvulos se estimulan los ovarios de la mujer y luego se extraen por métodos dirigidos por ultrasonido, los óvulos y espermatozoides se unen en tubo de ensayo y son incubados juntos por 12 a 18 horas.

Después de otras 48 a 72 horas el o los preembriones así obtenidos son transferidos a la cavidad uterina por vía vaginal pericervical y a las dos semanas es posible detectar el embarazo. Dentro de estas técnicas nos encontramos con:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

a) Fertilización in vitro con semen donado.

Este proceder ha sido utilizado principalmente en el tratamiento de la infertilidad masculina con el uso de las nuevas técnicas de separación de espermatozoides y su contacto directo con el óvulo en un medio in vitro, se ha podido aumentar la potencia fertilizante en el hombre con oligospermia, pero se sabe que, además, el número de espermatozoides, es necesario que un alto porcentaje de éstos tengan movilidad, por eso, cuando el hombre es subfértil por alguna razón y en la mujer existe causa de infertilidad, éste es el método indicado.

b) Fertilización in vitro con óvulo donado.

Esta modalidad se usa cuando la mujer es incapaz de proveer sus propios óvulos o éstos tienen algún defecto genético.

c) Donación de preembriones provenientes de la fertilización in vitro.

Este procedimiento es indicado cuando ambos miembros de la pareja tienen factores que impiden la fertilización. Los preembriones donados pueden provenir de los producidos en exceso para donación de preembriones criopreservados o frescos al hacerse indeseables o imposible su implantación por diferentes razones.

RECIBO CON
FALLA DE ORIGEN

d) Lavado uterino para la transferencia de embriones.

Este proceder se basa en el lavado uterino con el fin de obtenerse preembriones para su posterior implantación en un mujer fértil, por ello la donación del óvulo fertilizado se considera una forma de donación prenatal planteándose además que presenta una forma especial de subrogación del donante.

1.4.3 CRIOCONSERVACION.

En su sentido literal crioconservación deriva de la conjunción de las palabras crio que significa niño y conservación que significa guardar o almacenar, así podemos definir como aquella conservación o almacenaje de productos biológicos y otros materiales a temperaturas sumamente bajas.

a) Crioconservación de semen.

Consiste en el almacenamiento guarda y congelación del semen para su posterior uso, su duración de congelación deriva de la legislación que cada país otorga, para lo cual existen bancos de semen, encargados del aseguramiento del material reproductivo necesario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) Crioconservación de óvulos.

Las condiciones tecnológicas aún no han posibilitado la utilización práctica de éste proceder en la actualidad. El principal inconveniente radica en que el óvulo es una célula única con una masa relativamente grande de citoplasma, por tanto más susceptible a destruirse por los efectos de la congelación – descongelación.

c) Crioconservación de embriones.

Con el desarrollo de técnicas de fertilización in vitro, se ha comprobado que la fertilización de múltiples óvulos aumenta la tasa de éxitos de los embarazos gemelares. Esto ha hecho que se tome en consideración la preservación por congelación de embriones supernumerarios para ser empleados posteriormente en otros embarazos de la pareja, no obstante puede ser donados a otras parejas infértiles o ser utilizados para fines como las investigaciones o experimentación.

1.4.4 SUBROGACION.

En su acepción vulgar el vocablo "subrogar" significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Podríamos hablar de una suerte de reemplazo de una persona u objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros. (Cano, 2001)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La ciencia médica define a la maternidad como la "relación que se establece por procedencia del óvulo a partir de la madre". A su vez distingue como "maternidad gestacional" a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación.

Esta técnica que posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, pudiendo explicarse así: "Si en un inicio la fertilización in vitro fue diseñada para que el óvulo de la mujer fuera fertilizado con el espermatozoide de su marido (compañero) o por el donante implantándose posteriormente en su propio útero, la existencia del preembrión fuera del cuerpo de la mujer que aporta el óvulo, también ofreció la posibilidad de su transferencia e implantación en otra mujer que lo anida, lleva el embarazo y después del parto entrega al niño al padre genético y a su esposa, la que puede o no ser la madre biológica". Tanto aquí como en la lavado uterino se obtiene un preembrion fertilizado in vitro para su transferencia e implantación a otra mujer.

En general a la mujer que alberga el embrión y lleva a término del embarazo se le llama madre sustituta, alquilada, suplente, portadora, subrogada, etc. Así mismo, al fenómeno como tal se le ha llamado: alquiler, préstamo de útero, maternidad subrogada, gestación de sustitución, subrogación por conveniencia, maternidad por encargo, contrato de maternidad subrogada, etcétera. Esta forma de reproducción asistida puede desarrollarse en las siguientes formas:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

a) Portadora Subrogada.

Su uso está indicado cuando los ovarios de una mujer tienen la capacidad de producir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación por defectos uterinos, malformaciones, problemas de capacidad o por afectaciones limitantes para la vida de la mujer o por afectaciones que pueden poner en peligro la vida del niño. En estos casos el óvulo de ésta mujer es fertilizado con los espermatozoides del marido y el preembrión resultante es transferido a la portadora subrogada.

b) Madre Subrogada.

A pesar de que este término no es médico, el mismo se utiliza para designar a una mujer que ha sido inseminada artificialmente con el semen de un hombre que no es su marido, gestando un hijo ligado a ella por haber aportado sus propios óvulos.

Se utiliza cuando hay una mujer incapaz de proveer los componentes genéticos y estacionales del embarazo, tal es el caso de mujeres a las que se ha extirpado el útero y los ovarios, cuando existe la posibilidad de que la mujer transmita una enfermedad o defecto genético a su descendencia, cuando hay un agotamiento en la producción de óvulos (como las menopausia precoz) o por cualquier otra causa que impida que lleve el desarrollo del embarazo de forma normal.

TECNO CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 2

LEGISLACIÓN COMPARADA.

2.1 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

La legislación comparada que regula el Derecho genético en la actualidad si bien no es muy abundante, es variada y diversa en la forma de tratar este avance de la ciencia biomédica y su influencia sobre el ser humano.

Se presenta como ejemplo al Continente Europeo, por el hecho de que sus países no son los únicos que regulan la materia, pero fueron los primeros en estudiar y practicar este tema, teniendo una forma más clara, concreta y precisa de explicar las normas legales que permite las Técnicas de Reproducción Asistida, así como las disposiciones que prohíben el uso y practica dichos técnicas. Pero sin perder crédito que casi todos los países de los diversos continentes ya trabajan sobre el tema.

Así tenemos que los Países europeos como Alemania, Austria, España, Francia, Gran Bretaña, Noruega, Suecia y Suiza cuentan con leyes de avanzada que regulan esta materia. Sin embargo, su orientación no es para nada uniforme, muy por el contrario están definidas por directrices dispares, de las que se puede apreciar dos tendencias legislativas, claramente marcadas: aquella que prevalece el desarrollo técnico y la otra que protege a la persona.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.1 LA QUE PREVALECE EL DESARROLLO TÉCNICO

Esta corriente legislativa fomenta el avance de la tecnología sobre el interés de la persona. Se sustenta en los siguientes postulados:

- El inicio de la vida embrionaria es retardada cierto tiempo (lo general catorce días) luego de la fecundación.
- Amplia libertad en materia de manipulación y de creación de embriones en exceso, con congelación, donación o destrucción de los sobrantes.

A) ESPAÑA.

En España existe la Ley sobre Técnica de Reproducción Asistida, aprobada definitivamente por el Congreso el 31 de octubre de 1988

Esta Ley que cuenta con 21 artículos es muy precisa en cuanto a la materia que regula puesto que al determinar el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, señala que las mismas consistirán en:

- 1) La inseminación artificial (IA);
- 2) La fecundación in vitro (FIV);
- 3) Con transferencia de embriones (TE); y
- 4) La transferencia intratubárica de gametos (TIG)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Las cuáles podrán ser practicadas siempre que estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, así como por equipos especializados.

La ley señala que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces, asimismo podrán utilizarse las técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible reforzar aquéllas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas.

Esta ley prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana y señala que la donación de gametos y preembriones es un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado, por lo que la donación solo será revocada cuando el donante por infertilidad sobrevinida precisare para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles.

Hay otras reglas especiales para la donación como lo son: el que ésta será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes; sin embargo, los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad; derecho que le asiste a las receptoras de los gametos.

Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley, siempre que hayan otorgado su consentimiento o su utilización de manera libre, consciente, expresa y por escrito, debiendo tener al menos 18 años y plena capacidad de obrar, sin que establezca el requisito del matrimonio o de la relación de concubinato.

La respuesta que la ley española da a la fecundación post mortem consiste en que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en la ley 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 del varón; sin embargo, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal situación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

De igual manera, establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero y que la

TRIS CON
FALLA DE ORIGEN

filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

En conclusión la Ley 35/1988 (del 22 de noviembre de 1988) sobre técnicas de reproducción asistida, entre los aspectos más importantes, mencionamos los siguientes:

- Admite expresamente que pueden acceder a las tecnologías de reproducción humana además del matrimonio parejas heterosexuales y la mujer sola mayor de 18 años que goce de buena salud física y psíquica.
- Acepta la inseminación artificial post mortem como derecho absoluto a la procreación. No obstante deberá realizarse en los 6 meses siguientes al fallecimiento del marido o compañero, siempre y cuando éste lo haya consentido previamente, en escritura pública o testamento, lo cual tiene por objeto reconocer la filiación al niño que nazca. Por tanto dicha voluntad expresa, predetermina la relación jurídica entre el hijo y el hombre fallecido, con todos sus correspondientes efectos legales.

En el mismo año surge la ley 42/1988 (del 28 de diciembre del 1988) sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, entre lo más relevante señala lo siguiente:

TECIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Establece que los embriones no podrán permanecer más de 5 años en estado de congelación.
- Considera que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación. Es decir, con el propósito fundamental de justificar la investigación en embriones in vitro, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino ético no se aprecia al embrión como ser humano hasta la fecha antes mencionada, creándose el término "preembrión". Supone la condición no humana del preembrión, basándose en la invalidez del embrión que no se implanta, la frecuencia de abortos espontáneos hasta esa fecha.

Dichas leyes en mayo de 1994, fueron modificadas incluyéndose sanciones más severas para los manipuladores de genes.

B) GRAN BRETAÑA.

Circunda similar orientación con el Human Fertilisation and Embriology Act de noviembre de 1990, siguiendo la tendencia del *Informe Warnock* que fue un estudio realizado en conjunto por Inglaterra e Irlanda del Norte (en julio, 1984), en la cual se establece entre los mas importantes, los siguientes puntos:

- Permite crear embriones humanos para la investigación.
- Establece que no se deben ser transferidos más de 3 embriones por vez.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C) FRANCIA.

La estructura del Derecho genético es bastante sólida gracias a la Ley 94/653, relativa al respeto del cuerpo humano y la Ley 94/654 (ambas del 30 de julio de 1994) referida a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, la asistencia médica para la procreación y el diagnóstico prenatal.

Estas leyes han integrado normas especiales al Código Civil, al Código Penal y al Código Sanitario. Su antecedente se halla en el Anteproyecto de Ley 66 discutido en la primera sesión ordinaria del Senado francés del 26 de noviembre de 1992. Dichas leyes establecen entre otros puntos, los siguientes:

- Postula que tienen acceso a las técnicas de reproducción las parejas heterosexuales, unidas en matrimonio formalizado en unión consensual.
- Está permitida la investigación con embriones de hasta 14 días después de la fertilización, si no se daña la integridad del embrión.
- Prohíbe la publicación a favor de la donación de elementos o de productos del cuerpo humano en aprovechamiento de una persona o en beneficio de un establecimiento u organismo determinado. Esta prohibición explícita de la ley será obstáculo para la información al público a favor de la donación de elementos y productos del cuerpo.

La ley No. 94/653 modifico el Código de Propiedad Industrial, que manifiesta:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- No son materia de patente: el cuerpo humano, sus elementos y sus productos, así como el conocimiento de la estructura total o parcial de un gen humano. Se penaliza el hecho de patentar una práctica eugenésica tendiente a la selección de las personas con 20 años de cárcel.
- No serán patentes las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo (artículo 28).

El Código civil de este país en relación al tema establece: "el cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y productos del mismo no pueden ser objeto de derechos patrimoniales ni son patentables".

Es de indicar que, independientemente de la máxima protección al ser humano, los casos de animales o plantas transgénicas, productos químicos o similares sintetizados por plantas, animales, microorganismos, como vacunas, antígenos, interferos, hormonas, etcétera son permitidos.

2.1.2 LA PROTECCIÓN A LA PERSONA.

La orientación de esta tendencia legislativa se caracteriza por proteger al ser humano desde el momento de la concepción y, especialmente, a los niños nacidos de las técnicas de procreación artificial, formulando los siguientes principios básicos:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Evitar la artificialización de la familia;
- Lograr la coincidencia entre el vínculo biológico de paternidad y maternidad y el vínculo social;
- Fomentar y resguardar la salud psíquica del niño;

Dentro de esta corriente jurídica se destacan importantes países entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

A) ALEMANIA.

Regula parcialmente esta materia con la Ley 745/90 (13 de diciembre de 1990) relativa a la protección del embrión, en la que impone drásticas sanciones a la manipulación genética. Este país entre otras disposiciones establece:

- Postula que tienen acceso a las técnicas de reproducción asistida las parejas heterosexuales unidas en matrimonio formalizado en unión consensual;
- Prohíbe la inseminación artificial Post mortem;
- Establece el respeto a la vida y la dignidad humana, desde el momento de la fecundación,
- Prohíbe en forma coherente la experimentación de embriones humanos en un sentido amplio o contempla medidas restrictivas en este sentido.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

También existe la Ley sobre la Proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para Proporcionar Madres Sustitutas del 30 de noviembre de 1989, en la cual se regula la maternidad sustitutiva y contiene las disposiciones penales respecto a inseminación artificial, así como la regulación para mujeres que se prestan como madres sustitutas.

El Gabinete Federal de dicho país ha sugerido que la manipulación de embriones humanos así como su utilización para fines de investigación científica, deben ser penadas por la ley, es por ello que se propuso un proyecto de Ley de Protección de Embriones, en la cual se establecen regulaciones especiales para:

- A El abuso de las técnicas de reproducción;
- B La utilización abusiva de embriones humanos.
- C El abuso en la determinación del sexo del embrión;
- D La fertilización arbitraria y trasplante artificial de embriones;
- E. La alteración artificial de genes humanos.
- F. Los clones, y
- G La creación artificial de quimeras e híbridos.

El país de Austria a partir del 1 de julio de 1992 en que entró en vigor la Ley de la materia, toma una posición similar a la alemana.

TECNOLOGIA CON
FALLA DE ORIGEN

En este sentido, sólo se permiten las técnicas homólogas, siendo las variantes heterólogas únicamente admitidas en forma excepcional, con una serie de condiciones que la hacen difícil practicar; así: el esperma debe ser entregado a una clínica que lo utilizará en un máximo de tres parejas, no pudiendo guardarlo más de un año, ni sacarlo de la clínica. A ello se agrega el derecho que tiene el niño, nacido de una inseminación heteróloga, de conocer la identidad de su padre biológico.

B) SUECIA.

Refuerzan los postulados de dicho ordenamiento la Ley del Cambio en el Código Civil de Título Relativo a la Paternidad, redactada el 20 de diciembre de 1984, con la que se incorporó una disposición la cual señala que

Si la inseminación se ha realizado en la madre con el consentimiento de su marido o del hombre con quien convive en relación similar al matrimonio, y si es posible, tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias, que el niño haya sido engendrado por esa inseminación se considerará padre de este, aquel que haya dado su consentimiento [...] (artículo 60).

Así como la Ley de la Modificación de la Ley del Secreto, redactada también el 20 de diciembre de 1984, en donde se establece que el secreto se mantendrá dentro de la atención médica y de la salud, entre otras materias, para

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el caso de la inseminación artificial. La ley de 1988, por su parte, solo admite la fecundación homóloga.

En lo que concierne al respeto de la vida embrionaria, en cambio, la posición sueca se vuelve ambigua ya que la Ley 115 (14 de marzo de 1991) autoriza la experimentación con embriones de menos de catorce días de vida.

C) SUIZA.

El 17 de mayo de 1992, con el voto favorable del 73.8% de la población, introdujo en su Constitución un nuevo artículo 24 que protege al hombre y a su hábitat «contra los abusos en materia de técnicas de procreación y manipulación genética». Asimismo, consagra los siguientes principios generales:

- Las intervenciones en el patrimonio genético de gametos y embriones humanos no son admisibles;
- No pueden desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer, hasta el estadio de embrión, un número de óvulos humanos superior al número de los que pueden ser inmediatamente implantados;
- La donación de embriones y toda forma de maternidad de sustitución están prohibidas;
- Se garantiza el acceso de una persona a los datos relativos a su ascendencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Luego de revisadas estas dos marcadas tendencias en el Derecho europeo es de necesidad imperante repensar y reformular la protección jurídica que tiene el ser humano en nuestro medio. Para ello tomemos en consideración que el Derecho debe asegurar la dignidad de las personas, instrumentando todas las medidas existentes a fin que el ser humano no sea reducido por las biotecnologías a la categoría de una «cosa». Asimismo, el Derecho debe cautelar la integridad de la familia antes que los fines de la ciencia, evitando la atomización y artificialización de la familia biológica, pues la familia de raíz biológica constituye un verdadero bien jurídico protegido.

La eliminación de la familia biológica, provocada por el empleo de gametos de terceros anónimos y la gestación de hombres en laboratorio, nos está conduciendo a cortar todo lazo con el pasado, con el futuro y a vivir en un presente solitario e impersonal, constituyendo familias e individuos aislados, que sólo se relacionan con sus semejantes por vínculos de carácter voluntario.

De la revisión que hicimos de la legislación internacional, pudimos apreciar que la primera legislación específica sobre esta materia fue la Ley sueca de Inseminación Artificial del 22 de diciembre de 1985, en la que regula la inseminación homóloga y heteróloga; que la mujer receptora esté casada o tenga una relación estable como si lo estuviere; asimismo establece ciertas características especiales cuando el semen provenga de un hombre distinto del aquél con el que está casada o convive en relación análoga, como lo son el hecho

de que el médico elegirá al adecuado donante de semen y que los informes sobre éste se registrarán en un libro especial de memoria clínica que se conservará durante un tiempo no inferior a setenta años. El niño engendrado cuando haya alcanzado la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en dicho libro.

Como apreciamos, la legislación que otros países han establecido para regular las técnicas de reproducción asistida son disímiles y dentro de las mismas no existen parámetros homogéneos que nos sirvan de base para plantear alternativas viables para nuestra sociedad, queda en nosotros entonces, influenciados por la ética imperante, brindar una respuesta normativa que satisfaga el reflejo de nuestra cultura, hagamos entonces normas que realmente regule la reproducción asistida, como lo solicita la sociedad

2.2 LEGISLACIÓN NACIONAL.

En la actualidad dentro de nuestro país no se encuentra bien establecido una ley que regule de manera exacta y concreta los métodos de reproducción asistida, hasta hace a penas unos cuantos meses (en noviembre del 2002) que se reformo en Código Penal para el Distrito Federal, en el hace referencia a dichos procesos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.2.1 CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Este código en su título segundo nos habla del tema, ya que establece diversas conductas que serán sancionadas y que van estrechamente relacionadas con el tema en cuestión, el cual me permito transcribir con el objeto de una mejor comprensión.

TITULO SEGUNDO "Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética".

CAPITULO I Procreación asistida e inseminación artificial.

Artículo 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aun con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrán de cinco a catorce años de prisión.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Artículo 151. Se impondrán de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable ser de cinco a catorce años

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrán suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Artículo 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO II Manipulación genética.

En el cual se establece lo relativo a las sanciones para todos los que intervienen en la comisión de algún ilícito de esta naturaleza.

Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual termino para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Artículo 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para estos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De la revisión que se hace al Código Penal para el Distrito Federal, por lo que ve al título segundo relativo a la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética, se puede denotar que existe un consentimiento tácita, aun y cuando no se exprese de manera precisa, para la utilización de la Técnicas de Reproducción asistida, incluyendo a la inseminación artificial, ya sea homóloga, heteróloga, in vitro, etcétera. Pues únicamente dispone ala sanción para quien utilice óvulos o espermias con fines distintos a los autorizados por los donantes.

Así mismo señala que debe necesariamente la mujer que se somete alguna técnica de reproducción asistida otorgar su consentimiento de manera libre, sin ningún tipo de vicios, mencionando además las sanciones de suspensión para el ejercicio de la profesión (para los médicos) e inhabilitación para el desempeño, cargo o comisión y destitución para los servidores públicos que realicen cualquier acto previsto en los artículos.

Establece el mismo código la condición de que en caso de darse este tipo de actos dentro del matrimonio o concubinato, solo se perseguirá por querrela de parte.

Por lo que ve a la manipulación genética observando la disposición establecida en este código, se puede decir que especifica con que finalidad deben

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ser utilizados, ya que establece expresamente sólo para la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, en relación a la fecundación de óvulos también nos señala solo para la procreación humana y prohíbe rotundamente la clonación de seres humanos. Resulta algo extraño, en mi personal punto de vista, lo establecido en el artículo 155 del código en mención, ya que nos habla de la reparación del daño para los hijos que resulten de la comisión de alguno de estos actos, así mismo para la madre afecta, pero por lo que ve a los daños psicológicos (es decir, por lo que a los trastornos de la madre y el niño), los sociales (respecto de la afectación a la sociedad) o de cualquier otro tipo, ¿Quién responde por ellos?

Otro antecedente que encontramos dentro de nuestra legislación nacional, aunque todavía no logra ser ley vigente, muestra la voluntad de querer reglamentar este tipo de situación que tan controvertidas han resultado. Dicho ejemplo de ello es el recientemente aparecido Código Civil de Guerrero, cuyo anteproyecto contemplaba un capítulo en el que se establecían normas mínimas relacionadas con la reproducción asistida

En primer lugar se establecía el derecho de toda persona a conocer quien es su padre y quién es su madre, aun en los casos de fecundación asistida y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

adopción, dentro del capítulo que se proponía para la definición de los derechos básicos de la niñez.

Más adelante en este anteproyecto se propuso un capítulo específico sobre fecundación asistida, que me permito reproducir porque considero que es de suma importancia para nuestro trabajo.

Se estableció que la fecundación asistida sólo se permitiera mediante consentimiento expreso de la mujer que deseara someterse a ella previa información precisa de las técnicas que se vayan a emplear y sus riesgos. Se señala que, independientemente de la técnica empleada, se llama fecundación homóloga cuando se efectúa con los gametos de ambos conyuges o concubinos, y heteróloga cuando se realiza con gametos de personas distintas a los conyuges o concubinos. En ambos casos podrá tratarse de fecundación corpórea o extracorpórea.

Sin embargo, con absoluto respeto a las relaciones de pareja y a la comunicación que debe existir en ellas, se señaló que en el caso de la mujer casada o unida en concubinato no podrá practicarse la fecundación heteróloga sin el consentimiento informado de ella y de su conyuge o concubino. Dicho consentimiento deberá ser recabado por el profesional que intervenga en la fecundación, será otorgado por escrito, fechado y firmado por los conyuges o concubinos. El documento donde constare el consentimiento deberá quedar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

depositado en la clínica, laboratorio o archivo médico del profesional que practicare la fecundación, precisando que, si como resultado de la intervención para la cual fue otorgado el consentimiento la mujer no concibiese, el consentimiento valdrá para sucesivas fecundaciones, salvo que el esposo o concubino lo revoque expresamente y con las mismas formalidades exigidas para el otorgamiento

Para los efectos del derecho a conocer los propios orígenes, se precisaba que la identidad del donante de los gametos debiera quedar debidamente registrada en la clínica, laboratorio o archivo del profesional que practicare la intervención, y debiera ser revelada en interés del hijo que naciere de dichas prácticas cuando ello fuere necesario. Sin embargo, entre la persona que hubiere donado los gametos y el hijo que naciere no se establecerá ningún vínculo de filiación, por lo tanto, no existirá ningún derecho u obligación entre ellos, salvo la de informar sobre sus antecedentes clínicos

En congruencia con el principio de irrevocabilidad del reconocimiento de la paternidad, se disponía que el esposo o concubino que hubiere consentido en la fecundación asistida de su esposa o concubina, en los términos precisados en el párrafo anterior, no podrá desconocer la paternidad del hijo nacido por esa vía.

A fin de evitar los conflictos entre los distintos tipos de maternidad y paternidad que se propician con las manipulaciones genéticas encaminadas a la

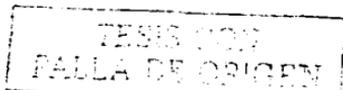
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reproducción, se definía que, para los efectos de la filiación, se considerará como la madre del hijo a la mujer a quien se le hubiere implantado el embrión y que hubiere completado la etapa de gestación y dado a luz. Se considerará como el padre al esposo o concubino de ésta.

Finalmente, se establecían límites a manipulaciones que pueden implicar un atentado contra la dignidad de las personas. En este sentido, se señalaba que, en todo caso, se considerara ilícita la fecundación asistida de una mujer con el fin de adjudicar la maternidad del hijo o hija que naciere a una mujer distinta, independientemente del nombre que se le de a la técnica empleada. Al profesionalista que realizare la intervención se le suspendera definitivamente de la práctica de su profesión y se le aplicara una multa equivalente a 730 días de salario mínimo general vigente en el estado, independientemente de las sanciones penales a las que se hiciera acreedor, según la legislación penal del estado y la Ley General de Salud.

Podemos decir que es importante legislar de manera amplia y tolerante con respuestas alternativas para la filiación. Sin embargo, es importante establecer límites a las manipulaciones genéticas que atenten contra la dignidad humana.

Parece evidente la urgente necesidad de sentarnos a reflexionar sobre las estructuras familiares y aceptar, de una vez y para siempre, que las instituciones de derecho familiar sólo responden a una de las alternativas posibles de



organización de la reproducción y la crianza. La naturaleza humana es muy compleja y encuentra nuevas formas de relacionarse, reproducirse y criar a su prole, nuevas formas que debemos estudiar con tolerancia y darles cabida en el marco jurídico si realmente pensamos que el derecho es un instrumento para beneficio de la humanidad.

Otra manifestación de querer legislar o regular este tipo de operaciones lo encontramos en el proyecto de ley presentado por el Partido Verde Ecologista de México, para lo cual hacemos una transcripción de dicho proyecto con la finalidad de mostrar las modalidades en que plantean dicha ley.

2.2.2 INICIATIVA DE LEY QUE REGULA LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA DISPOSICIÓN DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO.

El día 27 de abril de 1999, la Diputada Gloria Lavara Mejía, en nombre del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, una iniciativa de decreto por el que se expide la Ley que regula las Técnicas de Reproducción Asistida y la Disposición de Material Genético Humano, misma que fue turnada

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

para su dictamen a las Comisiones Unidas de Salud y de Población y Desarrollo,
con opinión de la Comisión de Justicia.

A continuación presentamos la Exposición de Motivos de esta propuesta:

EXPOSICION DE MOTIVOS

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco.

Las técnicas de reproducción asistida hoy, han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no solo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad. La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda benéficos para el individuo y la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una diáspora de aplicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, ético, biomédico y jurídico principalmente.

Estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, sobre todo, por que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola.

No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es con base en criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, concientes ambas, ciencia y sociedad, de que en estricto beneficio del ser humano, no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Se trata de asuntos de enorme responsabilidad, que no pueden recaer ni dejarse a la libre decisión de los científicos, que por otra parte tal vez rechazarían. En este orden de ideas, la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Asistida, constituida con representación social que recoja el criterio mayoritario de la población y por expertos en estas técnicas, encargadas del seguimiento y control de la reproducción asistida, deviene necesaria.

Desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de reproducción asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, puede ser asumida sin tensiones sociales y procurar al legislador los elementos suficientes para adoptar proposiciones normativas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse no a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Así, resulta precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del derecho allí donde proceda, con respecto al material embriológico utilizado, las receptoras de las técnicas, y en su caso a los varones a ellas vinculados, los hijos y la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar (estimulación ovárica, crioconservación de gametos y preembriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etcétera).

La fecundación in vitro y la crioconservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, no solo para realizar las técnicas de reproducción asistida en las personas que los aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación permitidas; así los materiales embriológicos no podrán ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y su

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los centros o servicios que los manipulen o en los que se depositen.

El material biológico utilizado se reduce a aquel que no es viable, es decir, en el que no existe la posibilidad de desarrollarlo para la fecundación ni en la gestación de seres humanos. Con esta opción, no tenemos por qué acudir a embriones o preembriones viables para la experimentación, al mismo tiempo que no frenamos la investigación científica que de suyo, no se le pueden imponer límites, salvo cuando intenta vulnerar el límite de los derechos humanos; si lo hiciéramos o lo permitiéramos, estaríamos experimentando con seres humanos que, aunque en potencia, no perderían por este hecho su condición, y por lo tanto, estaríamos atentando contra individuos de nuestra propia especie.

Por otro lado, experimentar con la creación de nuevos modelos humanos que pretendan sustituir al originario resulta impensable y atentatorio contra la humanidad. La etapa de búsqueda del perfeccionamiento de razas ha quedado atrás para abrir paso a las investigaciones que solo pretendan mejorar la salud del ser humano.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La maternidad es uno de los elementos que la presente ley aborda y que motivan la expedición de esta ley. Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación) o su óvulo (maternidad genética), pero no ambos: son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad sólo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón.

Ante el derecho que tienen los cónyuges o concubinos de decidir de manera responsable el número y espaciamento de sus hijos, y de consumir la finalidad del matrimonio, que es la perpetuación de la especie, se encuentran con frecuencia muchas parejas imposibilitadas de poder tener hijos, ya por alteraciones o patologías de uno u otro, o en ocasiones de ambos, que evitan llevar a cabo dicha finalidad.

Ante este problema, se ofrece como alternativa la posibilidad que se ha presentado en otros países, de acudir a un tercero para que, sin aportar su material genético, sirva de depositario para desarrollar la gestación del anhelado producto. De este modo, el sentimiento de solidaridad y ayuda recíproca entre los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

individuos contribuirá a ayudar a aquellos que necesitan de otros para materializar fines que incumben a toda la Nación.

No se trata de utilizar a otra persona para lograr la gestación de un producto, como equivocadamente sostienen los detractores de esta posición, sino de colaborar para la realización de un fin social común.

Otro problema relativo radica en la gestación sola de la mujer, que aunque permitida en otros países, es prohibida en la ley por dos razones fundamentales: primera, porque en nuestro sistema jurídico se sostiene que el desarrollo de las personas debe llevarse a cabo en un ámbito armónico familiar, porque en él descansa en gran parte la estabilidad social, económica y cultural de nuestro país, y en segundo, porque nuestro país, congruente con los principios que rigen su sistema jurídico, ha asumido compromisos internacionales en los que garantiza a los menores gozar de un núcleo familiar.

La extracción de un integrante del orden familiar o la privación del derecho que tienen los menores de gozar de un ámbito familiar, no son fines que deseamos perseguir ni actualizar en nuestro país; por el contrario, afianzar los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

valores de la unidad familiar y su pleno desarrollo, seguirán siendo nuestro objetivo.

Esta ley no pretende abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de estas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que ésta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles. La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas.

De manera concreta se puede decir, que entre los puntos más sobresalientes que contempla la presente iniciativa de ley presentado por el grupo parlamentario del partido verde ecologista de Mexico, son:

- El ser humano por encima de toda investigación,
- La creación de una Comisión Nacional de Reproducción Asistida,
- La revisión de nuestro derecho vigente,

TESIS CON
FALLA DE LEGISLACIÓN

- Acepta la fecundación In vitro y la crioconservación, utilizados para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico) de investigación, etcétera.
- Los materiales embrionarios no podrán ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada.
- Prohíbe toda clonación del hombre o cualquier proceso dirigido al perfeccionamiento de razas.
- Acepta la maternidad subrogada, tanto la portadora, como donadora
- Reafirma que la paternidad se determina de manera biológica, y
- No admite la utilización de los procesos de reproducción asistida a mujeres solteras

TRISOMIA 21
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 3

DIVERSOS ASPECTOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

3.1 ASPECTO SOCIOLÓGICO.

La sociedad entera se ha interesado mucho en conocer acerca de las técnicas de reproducción asistida, pero la información respecto de estos temas antes era muy escasa, ahora con motivo al gran avance de la tecnología en la comunicación a hecho posible el conocimiento de ellas y ha logrado la concientización de casi toda la comunidad, hay muestra de la preocupación de la gente en determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco a fin de establecer los nexos jurídicos, los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos que intervienen en estos procesos. Pero además, la preocupación de la sociedad recae sobre las circunstancias en que los menores nacen y se desarrollan, pues esos menores forman parte y son responsabilidad de esa sociedad por ello, podemos hacer referencia de un interés público en el bienestar del menor. Encuestas realizadas a nuestros alrededores, que forman parte de nuestro Estado comprueban que la gran mayoría de las mujeres prestaran el servicio por dinero, demostrando una gran preocupación por que no sean establecido límites a este fenómeno, dichas encuestas se presentaran al final del presente trabajo.

TRABAJO CON
FALLA DE ORIGEN

A nivel internacional existen diversos criterios respecto del tema que se comenta, debido a la influencia de tipo económico que trae aparejada la practica de dichas técnicas, por que se muestra en la mayoría de los países subdesarrollados la aceptación de dicha practica es casi total, tal como vemos en los países del continente Europeo, Estados Unidos de América y demás, donde existen bastantes establecimientos que realizan dichas operaciones, pero que aun con esta aceptación y regulación no ha sido bastante para evitar problemas jurídicos que recaen en la Corte de Justicia

Existen otros temores por parte de la misma sociedad, el cual se refiere de acuerdo con algunos médicos que comentan que habrá menopausias prematuras y cáncer de matriz por las dosis altas de medicamentos para inducir la ovulación que se recetaron sin control. Debido a la falta de regulación de los establecimientos donde otorgan estos servicios y que en su gran mayoría no tienen autorización para realizar dichas operaciones.

3.2 ASPECTO ETICO.

A las consideraciones éticas se le suman las normas jurídicas, ya que se encuentran intimamente ligadas, cuyo espíritu es el de proteger adecuadamente los derechos de todas las personas que intervienen y que se encuentran

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

implicados en dichas técnicas como son: las personas que solicitan el método, de los hijos nacidos a través del mismo, y de los terceros que pueden o no intervenir, donantes y madres sustitutas, y en si la misma sociedad.

Como se puede desprender de los métodos que se utilizan para llevar a cabo la reproducción asistida, existen diversas posturas en cada una de ellas, hay quienes en el préstamo o alquiler del útero ha dado lugar al rechazo por parte de algunas mujeres en el mundo de acuerdo a encuestas realizadas pues se considera que las mujeres son manipuladas como si fueran ganado. Tal y como lo señala la Autora Gena Corea dentro de su libro titulado *The mother machine*, que comenta *la madre subrogada ha sido tenida simplemente como un recipiente del semen del hombre como una incubadora es decir como un objeto. Se les paga por desempeñar una función biológica, la de apostar olvidándose que esta aparea sentimientos y afectos que dejan huella en la mujer.* Para compensar el riesgo físico y afectivo propio del estado gestacional se ofrece dinero, lo cual ha venido configurando a la maternidad subrogada como un oficio y hasta una profesión. En los Estados Unidos de Norteamérica se han creado agencias que contratan mujeres para esos menesteres, llegando a pensar en importar jóvenes de Oriente (Corea, Tailandia y Malasia), lo que significa internacionalizar el negocio.

Las mujeres que se prestan para esa actividad suelen ser de clase media o baja, que se encuentran en dificultades económicas. Hace diez años se les remuneraba con honorarios que llegaban fácilmente a los diez mil dólares, suma

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

no despreciable, sin duda. Como vemos, este componente de comercialización o mercantilismo le añade un ingrediente negativo más, desfavorable moralmente, a la gestación substituta. Pensamiento similar Serra y Linares, de la Organización Panamericana de la Salud, cuando afirman que *"la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada su consentimiento libre e informado, obtenido y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre"*

Puede darse también la circunstancia de que la subrogación carezca del componente lucrativo y solo se haga por altruismo. Además de la donación de óvulos entre humanos, la prensa ha registrado el caso de una mujer de 48 años que gestaba tres embriones producto del óvulo de una hija suya y el esperma del esposo de esta, es decir que iba a ser madre de útero y a la vez abuela de los neonatos. En circunstancia tal, y descontando el riesgo a que se expone a la gestante y los conflictos familiares y legales que eventualmente pueda suscitar tan insólito hecho, el análisis ético no es tan desfavorable por la ausencia de comercialización; el afecto familiar es el único incentivo

TIENE CON
FALLA DE ORIGEN

Hay quienes afirman que debe considerarse que el niño no es un medicamento prescrito contra la frustración que ocasiona la falta de un hijo, sino un sujeto, lleno de vida, tutelar de derechos jurídicos.

Resulta necesaria la colaboración de los científicos y de los juristas de modo que el derecho no limite el avance de las ciencias, pero que la ciencia no transgreda los derechos y libertades fundamentales de los individuos.

3.3 ASPECTO ECONOMICO.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente se puede decir que la otra cara de la reproducción asistida en cualquiera de sus métodos, encontramos el aspecto económico, logrando una comercialización de los miembros de nuestro cuerpo como si fueran objetos en venta. el aspecto económico no solo se muestra en relación con la persona que va a prestar su vientre, va a donar un óvulo o semen, sino además en relación con los gastos médicos que traen acarreados y los cuales son muy costosos. Pues el unir un óvulo con un espermatozoide en un laboratorio puede ser un proceso complicado y caro que va de 50 mil a 100 mil pesos.

TRABAJO CON
FALLA DE ORIGEN

La combinación de información, auge, moda, avance científico, creciente deseo por concebir, en particular entre la población de parejas infértiles, y la carencia de reglamentación y legislación en la materia, constituye una fórmula que podría generar un descontrol económico en nuestro país y más aun por la importancia del tema en nuestro Estado.

Un ejemplo de esto se mostró en Estados Unidos cuando la reproducción asistida se multiplicó, algunos adoptaron fórmulas de mercadotecnia masiva para promocionarse y con los problemas de infertilidad por los cielos, crearon un negocio redondo. Hubo quienes aprovecharon la falta de regulación estricta para que sin tener la preparación debida, incursionar en esta disciplina que no tardó en afrontar un serio desprestigio.

No solo se muestra en este país sino en casi todo el mundo, el problema es tan grave que todavía hoy hay médicos, como el biólogo francés Jacques Testart, que aseguran que en 10 años el vecino del norte comenzará a ver los primeros efectos negativos del abuso.

Un escenario similar podría dibujarse en México si no se emprenden acciones inmediatas, considera el Dr. Alfonso Gutiérrez-Nájara, pionero del campo en el país, ya que a la fecha, no existe ningún tipo de regulación para controlar la operación, el manejo de fármacos y la ética de los centros.

Existen diversos lugares que prestan este tipo de servicios, pero de todos los centros hospitalarios que trabajan en el territorio nacional sólo nueve centros dedicados a esta especialidad están avalados y son monitoreados por un organismo internacional, como es la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, que surge en el año de 1991 como un instrumento científico para evaluar su eficiencia, debido a la necesidad que existía, de que hubiera un organismo que regulará este tipo de operaciones tanto en los hospitales o lugares médicos como en el profesionalismo y ética de los médicos especialistas.

Por lo que respecta a la congelación de embriones permite intentar el embarazo en varias ocasiones, sin mayor desgaste emocional y económico para la pareja. Aunque cabe señalar que en nuestro país existen alrededor de 20 centros de reproducción asistida. Varios de ellos cuentan con embriones congelados. Los cuales pueden ser vendidos a altos precios, por la misma falta de regulación en la materia.

Tan sólo en uno de los pocos centro de reproducción asistida autorizados por la Secretaria de Salud, hay más de 500 embriones congelados que han sido abandonados por las madres.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.4 ASPECTO RELIGIOSO.

Entre los métodos utilizados en la reproducción asistida que ha sido aceptado por la Iglesia Católica, son las practicas de la inseminación artificial homóloga, pero considera a la heteròloga como una abominación y un desorden moral condenable. Pío XII se pronunció en el IV congreso Internacional de Médicos Católicos de 29 de septiembre de 1949, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera de matrimonio, pura y simplemente como inmoral. La procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio. la fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y como tal, debe reprobarse.

La instrucción vaticana ha manifestado: *"obtener gametos de una tercera persona para disponer de esperma o de óvulos constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y de una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad"*. Así también podemos mencionar como una referencia, que para la religión protestante, la inseminación artificial no produce ningún tipo de cuestionamiento.

Por otro lado el sólo concepto de embriones congelados molesta a la Iglesia Católica. Establece: "No a la fabricación o a la producción de embriones

TEJIS CON
FALLA DE ORIGEN

congelados y eso es porque la Iglesia Católica cree que hay una persona humana desde el primer momento de la concepción por lo tanto cuando se congela un embrión se está congelando una persona", comentó Eduardo Bonnin, profesor de la universidad Pontificia de México.

Así mismo por tal motivo reprueba la destrucción de los embriones congelados, por que lo equipara con un asesinato, por lo menos ponerse en grave peligro de cometer un asesinato".

3.5 ASPECTO JURIDICO.

En nuestro país y más aun en el Estado de Michoacan, no existe ninguna reglamentación que contemple las técnicas de reproducción asistida, aunque es muy cierto que aun no existen hospitales o establecimientos que realicen ese tipo de operación, es necesario que tomemos en cuenta, sin ir más lejos en los demás estados de nuestra República donde si existen dichos establecimientos.

Desde 1978 hasta nuestros días han sido numerosos los nacimientos por el método de la fecundación in vitro y traslado de embrión, asimismo las clínicas especializadas se han multiplicado en el mundo. Nuestro país no ha escapado a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

esta situación y las fecundaciones extracorpóreas son ya una realidad, como resultado de la necesidad de dar tratamiento a los problemas de la reproducción humana.

Sin embargo, desde los orígenes de estos procedimientos han existido problemas serios en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, a los cuales se han tenido que enfrentar médicos, abogados y por supuesto parejas que han encontrado en la fertilización asistida una respuesta a sus problemas de reproducción.

Las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la Ley. Es por ello que los abogados conjuntamente con los profesionales de la salud deben promover el cuidado de los conceptos básicos del derecho que atañen principalmente al derecho de familia, al sucesorio, al de los contratos, al de los bienes y muy particularmente al de la salud.

Mucho se ha discutido inclusive en torno a los derechos del niño, los derechos del embrión e inclusive se postula la creación de un derecho genético, como el derecho del individuo y de la sociedad a una progenie sana.

Desde el ámbito del derecho a la salud, apreciamos que la Ley General de Salud determina dentro de los objetivos de la planificación familiar el apoyo y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana; por su parte, la regulación específica respecto de los procedimientos de fertilización asistida atañen a la normatividad aplicable a la disposición de órganos y tejidos.

Los esfuerzos son bastos pero los resultados legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad y mucho menos la investigación científica, no obstante la última reforma practicada a la Ley General de Salud ya incluye presupuestos para la utilización de técnicas de reproducción asistida con la inclusión del concepto de células germinales como aquellas células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión así como el concepto del preembrión, que se considera como el producto de la concepción hasta el término de segunda semana de gestación

Se norma con ello la posibilidad de su utilización para efecto terapéutico de docencia o de investigación, al ser ampliado también el concepto de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos como el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, para los fines señalados.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así, tenemos que la inseminación homóloga, es decir, aquélla que se efectúa con el espermatozoides del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto técnicamente se trataría de la disposición de componentes genéticos de la pareja.

Los problemas comienzan a surgir cuando la inseminación es heteróloga, es decir, aquélla en la que se usa el semen proporcionado por un donante ajeno a la pareja o si esta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada, puesto que si bien es cierto que por lo regular la disposición de órganos, tejidos y sus componentes se realiza en personas ajenas al núcleo familiar del receptor, existe una regulación civil estricta por lo que hace a la filiación

Impresionante nos resulta pensar que como abogados tengamos que defender a una pareja que haya celebrado contrato de maternidad subrogada en donde la madre que rento su útero no quiera reconocer los compromisos pactados y no entregue el producto de la concepción, tomando en cuenta que el contrato sería inexistente por ser una materia que en nuestro país se encuentra fuera del comercio

Por otro lado, el hijo concebido a través de inseminación heteróloga por una mujer soltera, viuda o divorciada, será ante la legislación civil, un hijo fuera del matrimonio que tendrá todos los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden. La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Registro Civil como suyo y de padre desconocido: el hijo adquirirá derecho a los apellidos de su madre: esta ejercerá sobre él la patria potestad y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios. Pero, en este caso ¿Podrá el donador de semen reclamar paternidad respecto del producto?

Estas son algunas de las interrogantes que ya se han presentado a los jueces de algunos países del mundo para que determinen lo conducente, considerando que es un principio de derecho el no dejar de resolver el asunto aunque no exista legislación específica aplicable

Para que se aprecien los principales cuestionamientos que la ciencia jurídica debe afrontar en torno a las técnicas de reproducción asistida, quisiera mencionar algunas preguntas que se hacen

¿Debe justificarse la inseminación homóloga con semen del marido luego de su fallecimiento, es decir, la llamada inseminación post mortem? ¿Debe quedar abierta la posibilidad de inseminación para las mujeres no casadas (solteras, viudas, divorciadas o concubinas) como una muestra de respeto al derecho de toda mujer a procrear? ¿Debe mantenerse el anonimato del donante o tiene derecho el hijo de conocer su filiación genética? ¿Es legítima alguna remuneración económica para el donante? ¿Debería renunciar este a la patria potestad en favor de un tercero anónimo? Por lo que respecta a la fecundación in vitro desde el punto de vista del embrión logrado, ¿Cual debe ser su estatuto ético-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

antropológico? ¿Es una cosa? ¿Es una persona? ¿Puede ser objeto de donación, compraventa o adopción? ¿Se justifica su congelamiento? ¿Puede ser manipulado para efectos de investigación y experimentación? Pero además, si le fuera imposible a la madre gestar al embrión ¿Se justifica éticamente, su implantación en el útero de otra mujer, la llamada maternidad sustituta? ¿Qué criterio se debe seguir para determinar la maternidad? ¿El genético? ¿El legal? ¿El afectivo?

Toda consideración ética se encuentra relacionada con las normas jurídicas, cuyo espíritu es el de proteger adecuadamente los derechos de todos los actores implicados, de las personas que solicita el método, de los hijos nacidos a través del mismo, y de los terceros que pueden o no intervenir, donantes y madres sustitutas. La nueva realidad es un reto para nuestro derecho, debiendo ser este muy claro, ya que como se ha mostrado existen diferentes países que contemplan diversas disposiciones legales y con las cuales, no pueden resolverse cuestiones como las que se plantearon anteriormente, ya que al momento de un controversia jurídica resultan incompletas o simplemente ineficaces.

Todas estas interrogantes deben tomarse en cuenta en nuestro derecho, aunque más adelante se hablara de ello, se puede decir que legalmente no está prohibido nuestra legislación civil y penal, y como se dice que lo que no está prohibido, esta permitido, por lo que se practicaran de manera desmedida dichas técnicas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 4

FILIACIÓN, MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

Debido a la gran importancia que en nuestro tema de estudio tienen las figuras de filiación, maternidad y paternidad, se ha querido estudiar y analizar, con el fin de determinar si las técnicas de reproducción asistida alteran o no la filiación de la persona. Es por ello necesario realizar el presente capítulo.

4.1 FILIACION.

La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grado. (Pérez,1998:30)

La filiación de una persona se compone de elementos múltiples: el primer punto que ha de establecerse es el parto de quien pretende ser madre "tal mujer ha tenido un niño en tal momento", ello presume que se conocen el hecho del alumbramiento y su fecha. En segundo lugar hay que establecer la identidad del hijo. Ésta supone necesariamente que debe concordar la fecha del alumbramiento y la edad del reclamante, y además que no ha habido sustitución de un niño por otro.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Hemos de considerar la filiación como hecho natural y como hecho jurídico. En el sentido natural de la palabra no es otra cosa más que una descendencia en línea directa: comprende toda la serie de intermediarios que ligan a una persona determinada con alguno de sus antecesores, así sea sumamente alejado. Aunque el lenguaje del derecho ha tomado la palabra en un sentido mucho más estrecho y se extiende exclusivamente a la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Esta precisión se justifica porque esa relación se produce idéntica así misma en todas las generaciones.

Desde el punto de vista del Derecho, el término de filiación tiene dos acepciones. "una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etcétera, sino también en la línea descendente para tomar como punto de relación los hijos, los nietos, los bisnietos y tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende en una connotación estricta la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crea entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la legítima como en la natural un estado jurídico." (Rojina, 1993-265)

Por lo tanto, en sentido jurídico la relación permanente que existe entre los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

padres e hijos que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares.

Como todas las instituciones del Derecho de familia, esta tiene también trascendencia moral y patrimonial-económica para la persona y para la familia. Moral, porque de la filiación puede depender el nombre de la persona, su honor y la integridad al grupo familiar. Económico, porque de ella se derivan el derecho a los alimentos y a los derechos sucesorios entre los principales que podemos mencionar. Adicionalmente está siempre presente el interés del Estado.

La filiación, desde este punto de vista jurídico, reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica. Se requiere que se cumplan los extremos previstos en la ley para que el hecho natural de la filiación y esa relación nacida de la naturaleza tenga consecuencias jurídicas. Es decir, para que se produzcan estas se requiere que se trate de una filiación nacida del matrimonio, o bien, si fuera extramatrimonial que hubiere el reconocimiento por los medios previstos en la legislación.

Es decir, la filiación como vínculo jurídico no es sólo biológica, se requiere adicionalmente el reconocimiento legal. Lo usual es que la ley se base en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno en la biología.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.1.1 DIVISION.

Adicionalmente a la referencia que sobre la filiación natural y la jurídica se hizo en el punto anterior, desde el punto de vista del Derecho podemos hacer la siguiente división.

A) BIOLÓGICA

a) En matrimonio

- 1.- Natural, puede ser: -De origen
-Sobrevenida
- 2.- Artificial (homóloga)

b) Fuera de matrimonio.

- 1.- Natural.
- 2.- Artificial (homóloga)

B) ACTO JURÍDICO.

1.- Adopción.

En la primera división tenemos dos grupos que se refieren, uno a la biología como hechos relacionado con el hombre y el otro al acto jurídico. Tanto la filiación biológica como la derivada de acto jurídico, omitiendo hacer referencia a lo legal, porque para ser jurídicas requieren su reconocimiento legal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La filiación biológica reconoce una primera división. La que se origina en el matrimonio y la que se origina fuera de matrimonio. Recordemos que nuestra legislación es una de las cuales no hace diferencia e iguala a los hijos independientemente de su origen. Por lo que la decisión no se hace para diferenciarlos, sino para los efectos didácticos.

Tanto la filiación dentro de matrimonio como fuera de él puede ser natural o artificial, la filiación natural es de consecuencia del acto sexual realizado en forma normal entre los consortes y admite una clasificación adicional, según sea la filiación de origen, es decir, durante el matrimonio y dentro de los términos previstos por el artículo 313 Código Civil para el Estado de Michoacán o bien la sobrevenida que se origina por la legitimación, pues el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos del matrimonio los hijos antes de su celebración (312 del mismo código). La filiación natural fuera de matrimonio no admite esta segunda división.

En ambos casos (en matrimonio o fuera de él) puede haber la filiación como consecuencia de la inseminación artificial. En el matrimonio se trata de inseminación con elementos de ambos consortes (homóloga).

Dentro del segundo grupo de la división está la filiación por acto jurídico encontramos la filiación adoptiva que no tiene relación alguna con la biología, que es generada por un acto jurídico, que existen solo relación jurídica entre el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

adoptante y el adoptado.

Otros autores como Edgard Baqueiro Rojas en su libro de Derecho Civil (1997) nos establecen que la filiación se divide únicamente legítima o matrimonial, ilegítima o extramatrimonial, natural, adulterina e incestuosa, las que consisten en:

- "Legítima o matrimonial: es la que se produce por haber sido hijo engendrado dentro de la unión matrimonial.
- Ilegítima o extramatrimonial: se da cuando los padres no están unidos en matrimonio. Para que se produzca sus efectos jurídicos es necesario que el hijo sea reconocido voluntariamente o a través de un juicio llamado de investigación de la paternidad o maternidad.
- Natural: existe cuando los padres no tienen impedimento legal para contraer matrimonio.
- Adulterina: es aquella en que alguno de los progenitores se encuentra unido en matrimonio, por lo que en la relación se cometió adulterio.
- Incestuosa: se da si entre los padres existe parentesco que constituya impedimento no dispensable para la celebración del matrimonio (en línea recta sin límite de grado y hasta el segundo grado en línea colateral)". (Baquerio, 1997:58)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.2 MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

La paternidad y maternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación, es decir, de la relación jurídica paterno-filial. No son sinónimos paternidad o maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones.

Hay algunos autores que sólo hacen referencia el términos de filiación y en cambio otros sólo hacen referencia a la paternidad, pero en realidad, creemos que ello no es más que cuestión de palabras; se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo a la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre. Son dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno-filial: en una está, los padres, y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos y por eso se llama filiación. Pero estos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una parición absoluta en sus consecuencias jurídicas.

La diferencia en cuanto a la prueba entre la maternidad y paternidad nos obliga a estudiarlos separadamente. Pero no olvidemos que existe un principio en el sentido de que paternidad y maternidad en el matrimonio son indivisibles. Es decir, no es posible ser hijo de una mujer sin serlo también del marido.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.2.1 MATERNIDAD.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos para la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad "la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento" Art.318 del código en mención). En la filiación de los hijos de matrimonio se adiciona el acta de matrimonio.

Por lo tanto, en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que el "parto sigue al vientre" (partus sequitur ventrem).

Pero además del parto es necesario, como segundo elemento, establecer la identidad del hijo. Es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio a luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado de hijo, o con el acta de nacimiento. Esta identidad supone necesariamente que deben concordar la fecha del alumbramiento y la edad del reclamante, y además que no ha habido sustitución de un niño por otro.

Cuando estos dos elementos son confesados o probados, la maternidad, es decir, la filiación respecto de la madre queda establecida. Es mucho más fácil la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

prueba de la maternidad, que jamás deja lugar a duda, que la de la paternidad. Probar esta filiación dentro del matrimonio no es problema.

En la actualidad, debido a la posibilidad del empleo de un óvulo de una mujer extraña implantado en la consorte previamente fecundado con semen de su marido, se presentan serias dudas legales, en relación ha que ¿es madre la que se le implanta el óvulo extraño?, pues en nuestro derecho la filiación se da por la concepción y por el nacimiento.

4.2.2 PATERNIDAD.

A diferencia de lo dicho en relación a la maternidad, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo puede presumirse. De aquí que la ley recurra a las presunciones iuris tantum para determinar la paternidad en esta relación jurídica.

Tanto en el matrimonio como en el concubinato existe presunción en relación a la paternidad. En ambos casos se presume, como tendrá que hacerse siempre en la paternidad a falta de pruebas directas, que el marido o el concubinario es el padre del nacido por haberlo concebido. Se parte del nacimiento para considerar hijos del matrimonio, o del concubinato, aquellos que hubieren nacido después de 180 días de celebrado el matrimonio o comienzo del concubinato, y también se consideran hijos habidos del matrimonio o del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

concubinato, los nacidos dentro de los 300 días después de disuelto el matrimonio por muerte, divorcio o nulidad, o cese la vida en común en el concubinato (Artículos 228 y 338 del ordenamiento en mención).

La presunción señalada se acoge a la máxima romana que señala "pater is est quem nuptiae demonstrant"; es decir, que el hijo por haber sido concebido durante el matrimonio se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien, consiguiente, recae la presunción de paternidad.

Conviene transcribir el artículo 228 del código Civil de nuestro Estado, porque se presentan algunas situaciones especiales que es necesario aclarar. El artículo dice "Se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contara, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."

Es evidente detectar que el artículo 282 que se menciona contiene dos supuestos jurídicos, que son: El primero, la presunción a la que nos referimos, que sólo opera con toda su fuerza en relación a los hijos nacidos "después" de ciento ochenta días contadas desde la celebración del matrimonio, y en relación a los hijos nacidos "dentro" de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

matrimonio, si el marido no los desconoce al no haber alguna de las situaciones prevista por el artículo 286 del ordenamiento en mención.

También se estima como legitimación por ministerio de ley, el caso de los hijos "después" de trescientos días contados desde que judicialmente, y de hecho, tuvo lugar la "separación" provisional para los casos de divorcio y nulidad, en cuyo caso el marido tiene la facultad de desconocer al hijo lo que significa que si no lo desconoce dentro del plazo que marca el artículo 285 de nuestra legislación civil, se considera legitimado sin que hubiera de por medio algún reconocimiento expreso, razón por la que la legitimación opera por ministerio de ley.

Una vez que se estableció lo que debemos entender tanto doctrinal, como jurídicamente, por maternidad, paternidad y filiación, existen unas interrogantes que resulta necesario plantear y responder, en razón a la gran influencia que tienen en nuestro tema, tales interrogantes como las que a continuación se presentan:

¿Es la madre la que aporta el óvulo que es fecundado?

¿La prueba es directa por la asociación de lo genético y lo obstétrico?

¿Tal y como lo establece nuestro ordenamiento civil la filiación resulta en relación a la madre sólo por el hecho del nacimiento?

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 5

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN.

5.1 MATERNIDAD SUBROGADA.

Haciendo un análisis a esta figura, nos encontramos que en la mayoría de los países contemplan a la maternidad subrogada en base a un contrato, para lo cual haremos referencia a los tipos de contratos que establece nuestro ordenamiento legal y a los cuales se asimila, que según nuestro punto de vista no debería encontrarse dentro de dicha figura, por ello trataremos de mostrar que no debe incluirse dentro de los contratos.

5.1.1 CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Se puede decir que es aquel acto jurídico por el cual una pareja (o persona) contrata con una mujer para que esta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolla hasta su nacimiento, de modo que lo entregue a la pareja solicitante. Lo anterior nos plantea problemas entre la maternidad gestante (maternidad sustituta) y la maternidad genética (la madre que aporta el óvulo). Puede también coincidir que la madre sustituta aporte su óvulo de la pareja solicitante que puede o no aportar su gameto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Analizando los diferentes contratos que conocemos podemos demostrar que no puede comprenderse dentro de esta figura, y lo haremos en relación con los contratos que establece nuestro Código Civil para el Estado Michoacán.

5.1.2 COMPRAVENTA.

Lo podemos definir como el contrato en virtud del cual uno de los contratantes llamado vendedor se obliga a transferir el dominio de una cosa o un derecho a otra llamado comprador quien a su vez se obliga a pagar un precio cierto y en dinero.

Para poder entender mejor este tipo de contrato, podemos mencionar los elementos de existencia y validez requiere, los cuales son:

A) ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

a) CONSENTIMIENTO: La voluntad del vendedor tiene que ir encaminada a transmitir la propiedad de una cosa o un derecho y la voluntad del comprador a pagar por esa transmisión un precio cierto.

b) OBJETO:

1.- LA COSA: Puede ser objeto del contrato de compraventa todas las cosas y derechos que estén en la naturaleza, que sean determinadas o determinables en cuanto a su especie y que se encuentran en el comercio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.- PRECIO: Este debe ser cierto y en dinero puede ser parte en especie siempre y cuando ésta sea menor o igual que el dinero.

B) ELEMENTOS DE VALIDEZ:

a) CAPACIDAD: Se requiere la capacidad de ejercicio y en ciertos casos una capacidad especial.

b) FORMA: Es formal, pero en ocasiones se puede presentarse de manera consensual, dependiendo de la naturaleza del objeto.

Como se demostró se trata de un contrato traslativo de dominio en los términos del artículo 2104 y conviene preguntar si el niño es propiedad de alguien, y si puede ser materia de algún contrato. El artículo 2125 nos previene que sólo se puede vender lo que es propio. El hijo no es un objeto o bien propio.

5.1.3 ARRENDAMIENTO.

Se puede definir como aquel contrato en virtud del cual una parte llamada arrendador se obliga a transmitir temporalmente el uso o goce de una cosa a otra parte llamada arrendatario quien a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto.

Así mismo para entender mejor podemos mencionar los elementos de existencia y validez de este contrato.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A) ELEMENTOS DE EXISTENCIA:

a) **CONSENTIMIENTO:** Cuando una parte se obliga a conceder el uso o goce de una cosa y la otra parte se compromete a pagar por ese uso un precio determinado.

b) OBJETO:

1.- **LA COSA:** Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas excepto las consumibles y aquellos cuyo arrendamiento se encuentra prohibido por a ley, como los derechos personales.

2.- **EL PRECIO:** La renta o precio puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otra cosa equivalente.

B) ELEMENTOS DE VALIDEZ.

1.- **CAPACIDAD:** Basta la capacidad general para celebrar este contrato, no solo los propietarios lo pueden celebrar sino también aquellas personas que sin serlos están facultadas para ello.

2.- **FORMA:** Es formal.

Por este contrato se proporciona el uso y goce temporal de una cosa (2250 del código en mención). Conviene preguntar si el útero es una cosa, y si se puede proporcionar el uso y goce temporal del cuerpo humano o parte de él. El cuerpo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

humano está fuera de comercio, además, ¿Cómo entender la obligación de entregar al niño si se trata de un arrendamiento?

5.1.4 PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Es aquel contrato por el cual una persona llamada profesionalista o profesor se obliga a prestar determinados servicios, que requieren de cierta preparación técnica y a veces de título profesional, a otra persona llamada cliente quien se obliga a pagar por el servicio una retribución llamada honorarios.

Conviene hacer mención de los elementos de existencia y validez que requiere este contrato, los cuales son:

A) ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

1.- CONSENTIMIENTO: Que se debe dar por una parte se obliga a conceder la prestación de un servicio profesional y la otra se compromete a pagar por ese servicio un precio determinado.

2.- OBJETO: El servicio profesional no solamente lo constituyen los actos jurídicos sino puede ser actos materiales, pero de una profesión determinada ya que el profesionalista debe tener una calidad especial consistente en poseer los conocimientos técnicos o profesionales debidamente comprobados mediante las autoridades que expidieron el título.

2.- HONORARIOS: Estos pueden ser en dinero o en especie.

B) ELEMENTOS DE VALIDEZ:

a) **CAPACIDAD:** Se requiere capacidad de ejercicio y en relación con el profesionista requiere además el título profesional.

b) **FORMA:** Es formal, excepcionalmente consensual.

En el Código Civil se reglamenta el contrato de prestación de servicios profesionales. Desde luego habrá que excluir éste, pues no se trata de una profesionista en gestación. La madre sustituta no cuenta con conocimientos profesionales en esta materia. Es una relación natural y biológica. Además de no contar con un título para gestar, pues no existe ninguna profesión de esta naturaleza que sea práctica o reglamentada.

5.1.5 CONTRATO INNOMINADO.

Quizás convenga evitar la referencia a los conocidos y considerarlo como contrato sin calificarlo, es decir, se trate de un contrato innominado. Este sería bilateral, por que existen dos voluntades. Puede ser oneroso cuando hay prestaciones reciprocas. Sin embargo, esta posibilidad ha generado conflictos en las controversias habidas tanto en los Estados-Unidos de Norte América como en Inglaterra. Puede considerarse como gratuito, y la mujer sustituta solo recibe el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dinero necesario como compensación por los gastos habidos. Es formal, pues requiere forma escrita. Complejo porque intervienen varias personas: la pareja solicitante, la madre sustituta y el esposo de ésta (en algunas ocasiones de ser casada). De ejecución sucesiva, por que las prestaciones van ejecutándose durante la gestación. Llega a un término con la entrega del niño.

Este contrato puede verse de dos clases: cuando la madre sustituta sólo aporta sus servicios; o cuando aporta, además el óvulo.

5.1.6 LEGALIDAD DEL CONTRATO.

Suponiendo el contrato válido, la paternidad y la maternidad derivan sólo del contrato. Daría lugar a un vínculo de adopción a celebrarse al nacer el niño, en caso de que la pareja solicitante no aporte los dos elementos genéticos.

La mujer sustituta (y su esposo en su caso) no podrá reclamar su maternidad (o paternidad). Sin embargo, esto contraría al artículo 298 del ordenamiento en mención de nuestro Código Civil, pues la filiación con relación a la madre resulta "del solo hecho del nacimiento". En relación al hijo, como no es parte en el contrato, puede investigar su paternidad y maternidad. El contrato no produce efectos en su perjuicio. Y, por último, ¿qué decir del donante? Habrá que estudiar el contrato que suscribió y si renunció a su paternidad, la cual no es renunciable (292 Código Civil.).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este posible contrato se estima inmoral, y por consiguiente ilícito por las siguientes consideraciones:

- Repugna a los principios de orden público y las buenas costumbres (artículo 1688 del Código Civil en mención).
- Estos asuntos sobre la inseminación artificial deben resolverse, no sólo en base a los intereses individuales de la pareja, sino, principalmente, en función del niño y del interés social.
- El objeto del contrato es la persona y ésta es sujeto, no objeto del contrato (1682 del código en mención). Se requiere de un objeto que pueda ser materia del contrato y los artículos 1683 y 1684 del ordenamiento citado y excluyen como posibilidad al ser humano. Sería una vejación, una ofensa la dignidad de la persona. La persona no es mercancía o mercadería, no es algo de interés patrimonial. Es alguien que vale "per se".
- Esta fuera de la voluntad de los particulares negociar con la persona humana, cuya indisponibilidad es absoluta. En relación a la madre sustituta, conviene a preguntar si tiene derecho a concebir un hijo y luego abandonarlo o entregarlo a una tercera.
- La capacidad de procrear o gestar no es material disponible. Es intransmisible para la mujer sustituta. Lo contrario sería instrumentalizarla y humillarla al prestarse para gestar por encargo.
- La disponibilidad del derecho subjetivo de ser madre dentro de las relaciones jurídicas familiares, impide contrato o transacción en esta materia. Es un acto

intuitu personae, y es indelegable.

- En relación a la madre solicitante hay que observar que se disocia el significado innato de la maternidad, pues es madre quien aporta el óvulo, gesta y pare a la criatura. El derecho al hijo (que no hay tal) se pretende anteponer a todo otro valor prioritario.

- En relación al hijo, al ser ilícito el contrato es nulo, y conviene preguntar ¿De quién es el hijo? ¿Cuál es su filiación?, recordemos que no se puede transigir sobre el estado familiar de las personas (296 del mismo código) lesiona los derechos del hijo porque lo priva de la relación filial con sus orígenes, sean estos genéticos o de gestación y le crean conflictos.

Así podemos mencionar que atenta a la dignidad de la procreación. El vínculo existente entre los cónyuges atribuye a estos de manera inalienables el derecho exclusivo de ser padre y madre solamente a través del otro. Si el contrato es nulo y no surte efectos jurídicos, ¿a quién corresponde la paternidad y maternidad?

La maternidad debe atribuirse a la mujer sustituta, es decir, a la gestante (318 Código Civil). Es más importante el componente de la gestación que el genético. La genética moderna no cree que todo está en los genes, sino en la interacción con el ambiente que pone en marcha el funcionamiento del programa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El Código Civil se basa en lo genético al no disociar el componente genético del obstétrico, y valorarse el hecho del parto. La inseminación artificial heteróloga disocia lo genético de lo obstétrico, y por eso se presenta el problema.

En relación a la paternidad, si la gestante como madre sustituta está casada, el padre es su marido con base en la presunción *juris tantum* establecida en el artículo 282 de nuestro Código Civil. El contrato no puede excluirlo de la paternidad, no obstante que revele a otro varón como aportante del semen pues al ser nulo no produce efecto alguno. Opera la presunción *pater is et quem nuptiae demonstrant*.

Supuesto lo anterior, conviene preguntar si el marido de la madre sustituta puede o no contradecir su paternidad. En caso afirmativo, surge el cuestionamiento: ¿quién sera padre? De acuerdo a los términos de nuestro derecho positivo tal posibilidad no está dentro de los supuestos en que se puede contradecir, a los que se refieren los artículos 284 y 285 del Código Civil. Sin embargo, al haber prueba de no ser el padre, se puede entender como legitimado para contradecir la paternidad que se le imputa. Para responder la pregunta de quien sería el padre, si el cónyuge de la pareja solicitante aportó su célula germinal, éste, siguiendo la legislación actual que establece la filiación en base en lo genético, sería el padre y se trataría de un hijo nacido fuera de matrimonio y se aplicarían las reglas que menciona nuestro Código Civil para determinar la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

custodia y el ejercicio de la patria potestad.

Con relación al donante, conviene preguntar también si se le puede imputar la paternidad. Tomando en cuenta que fue y se conservó anónimo, no pretendió atribuirse el papel del padre. Hizo donación sin conocer a la mujer. En el proceso ha intervenido un tercero: el médico, que selecciono el semen y a la mujer. No hay adulterio genético (el jurídico no existe), por lo que no procede imputársele la paternidad.

En estos supuestos, y de proceder la contradicción del marido de la madre sustituta, se trataría de un hijo habido fuera de matrimonio; su madre sería mujer casada que tuvo un hijo con persona extraña a su marido.

En estos casos, según los procesos conocidos en los Estados Unidos de Norte América e Inglaterra, será el tribunal quien decida sobre la filiación del niño, sobre quien tendrá la custodia y ejercerá la patria potestad, y quien tendrá el derecho de visita.

Mientras no se legisle sobre la materia corresponde al juez resolver. Como criterios deberá tomarse en cuenta que no puede razonarse en la línea del más puro reduccionismo genético. No tendrá plena validez para resolver la titularidad de la célula genética, porque se separó el coito conyugal de la concepción, unidad que actualmente la ley toma como supuesto para las reglas de la filiación. Por lo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tanto, la constatación genética para definir la filiación sólo será plenamente válida en la hipótesis de la fecundación por acto sexual entre la pareja. El argumento deberá ser socio efectivo. El bienestar e interés del hijo debe presidir. Estimar al hijo dentro del matrimonio se considera más favorable para él y se valora la institución matrimonial.

5.2 FECUNDACIÓN "IN VITRO".

La fecundación artificial extracorpórea para después implantarse el huevo fecundado en el útero materno está siendo cada vez más frecuente. La ciencia acude en ayuda de los matrimonios que tienen problemas para lograr la fecundación por vía natural.

La posibilidad de extraer quirúrgicamente del ovario uno o más óvulos femeninos y ensayar la fecundación con semen masculino implica evidentemente problemas éticos y jurídicos. Hasta aquí hemos visto problemas relativos a la filiación y a la ilicitud jurídica de la inseminación artificial y de la concepción artificial, pero la fecundación in vitro nos plantea un problema adicional: la persona humana. Es decir, se debe cuestionar la determinación jurídica sobre el comienzo de la vida en cuanto a la personalidad jurídica y, consecuentemente, la procreación del nacido desde el punto de vista civil como penal.

TRICIS CON
FALLA DE ORIGEN

En nuestro derecho podemos aceptar que la personalidad se inicia con la concepción. Esta afirmación se basa en el artículo 16 de nuestro Código Civil en el Estado. En su primer parte establece este artículo lo que parece evidente: que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; sin embargo, el mismo artículo agrega: "pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos efectos declarados en el presente Código". Esa conjunción "pero" indica que se amplía el concepto de la personalidad jurídica al concebido, lo que robustece el artículo 1177 del ordenamiento citado, que nos señala que la falta de personalidad es impedimento y quien lo padece no tienen capacidad para heredar; el siguiente señala que son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia; esto, interpretado contrario sensu, significa que el concebido tiene personalidad jurídica, pues para heredar al autor de la herencia.

Por otro lado podemos decir que la concepción ocurre mediante la fecundación del óvulo por un espermatozoide. Desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide queda determinada la individualidad genética del nuevo ser.

Ahora bien conviene preguntarnos si para los concebidos in vitro, o en probeta ya existe a partir de ese momento la persona para los efectos jurídicos. La

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

biología nos aclara que la vida humana comienza en el momento de la fertilización, cuando los dos gametos (masculino y femenino) se unen y dan como producto el huevo, cuya existencia es diferente a la de la madre, y ya no es parte de ella.

5.3 INSEMINACION HOMOLOGA.

En el matrimonio los cónyuges no deben actuar para satisfacer sus propios caprichos. Su actuación responde a su vocación personal y a la realización de ambos. La comunicación y el amor son característicos de la relación conyugal y el acto conyugal ha de ser la expresión de esas características. La nueva vida debe desembocar en un contexto de amor consciente, libre y responsable entre dos personas de igual dignidad y grandeza. Con la fecundación artificial se dice que no se dan esas características y están ausentes entre cónyuges los sentimientos, los afectos, las aspiraciones y todo ese encuentro como un don para que pueda surgir la vida. Se transforma en un cálculo de laboratorio que destruye la relación interpersonal conyugal. Sin embargo, no puede negar que es un auxilio que la ciencia ofrece a quienes no han podido tener hijos.

Se debe partir del hecho de que el modo de transmitir la vida es el acto sexual realizado por dos personas de sexo diverso en un contexto de amor. Así como al amor no hay que separarlo de la procreación, sino que debe quedar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

abierto a la vida, así tampoco debe haber procreación sin amor. Sin embargo, en la inseminación artificial homóloga la intención procreativa es ciertamente muy fuerte, y podríamos señalar que en algunos casos es semejante a la procreación natural. Podemos añadir que en estos casos también el niño nace en un contexto de amor expresado por los padres.

Las discusiones de la última década sobre inseminación artificial con esperma del marido indican una creciente aceptación de este método. La preocupación básica de que "el hijo sea fruto del amor" no parece que se vea amenazada en modo alguno por la modificación biológica del proceso de inseminación.

Respecto a la fecundación artificial a realizarse en el matrimonio hay que distinguir: si existe la posibilidad de obtener la generación por vía normal, aunque sea con graves dificultades, entonces la inseminación artificial es siempre inmoral; pero puede darse el caso de unos cónyuges que después de haber experimentado todos los remedios médico quirúrgicos no logran obtener éxito, a causa incluso de una disfunción de orden traumático sobrevenida después de la boda; entonces se podrá realizar la fecundación artificial homóloga, con tal de que haya un acto conyugal que exprese el amor entre dos personas, aunque no se den todos los componentes de una relación normal, por lo que se necesita recurrir a ciertos artificios que ayuden sin sustituir, a lo que exige la naturaleza de la persona

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

humana.

En relación a la fecundación in vitro originalmente se decía que la ilicitud e inmoralidad de esa fecundación deriva "de un procedimiento al ser contrario a la Naturaleza, conculca el orden natural de las cosas y se presta a toda clase de aberraciones que fácil es imaginar.

En efecto, si la fecundación in vitro no fuera ilícita en sí misma, cómo evitar por ejemplo que se lucre con ella, ya sea proveyendo óvulos, o semen, o simplemente vientres para la gestación. ¿Cómo evitar? Asimismo que con el correr del tiempo se pueda generar la vida en probeta y reemplazar el habitáculo natural de feto por algún nuevo invento del hombre.

Son tan repugnantes las suposiciones que hemos hecho y más las que falta por hacer, que no podemos sino convencernos de la necesidad de restringir la conducta de la fecundación extracorporal.

En la actualidad y en relación a la fecundación in vitro, las opciones empiezan a dividirse. Se señala que los experimentos en este campo prometen aportar nuevos conocimientos sobre el proceso del nacimiento de la vida que podría facilitar la fecundación in vitro. Podría facilitar la prevención de muchos azares que corre la vida fetal en sus inicios y una mejora general de las condiciones en que se desarrolla la vida durante sus primeras etapas. Se agrega a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

esto las interrogantes que la ciencia no ha podido responder, tales como: ¿Qué riesgos biológicos y psicológicos correrían estas personas prefabricadas? ¿Cómo considerar este procedimiento, en base a que un hijo debe ser fruto del mutuo amor de los padres? ¿Qué impacto podría causar en la unidad familiar y en sociedad? Quienes están firmemente convencidos de que los cigotos no son plenamente humanos los productos de una fecundación artificial. Entre los moralistas, hay un convencimiento compartido de que las preguntas aún por responder son demasiado numerosas y graves, para aprobar o alentar por el momento este tipo de investigaciones.

Compartimos lo que establece la Iglesia Católica, quien nos recuerda la inseparable conexión de que el hombre no puede romper por iniciativa propia, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y el significado procreador. El acto conyugal por su íntima estructura, al asociar al esposo y a la esposa en un vínculo estrechísimo, los hace también idóneos para engendrar una nueva vida de acuerdo con las leyes inscritas en la naturaleza misma del varón y la mujer.

La contracepción priva intencionalmente al acto conyugal de su apertura a la procreación y realiza de ese modo una disociación voluntaria de las finalidades del matrimonio. La fecundación artificial homóloga, intentando una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal, pero más sin embargo se realiza con material de los cónyuges.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo tanto, además de lo ilícito que significa la obtención del esperma por medio de la masturbación, al disociar el significado unitivo del procreativo hace inmoral esta fecundación homóloga. Agregando que esta inseminación artificial homóloga "dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el médicamente se demuestre que por la vía natural y normal no se pueda obtener la concepción.

5.4 INSEMINACION HETEROLOGA.

Recordemos que esta se da cuando hay un elemento extraño en el matrimonio, las opiniones en cuanto al rechazo en más común "para algunos representa una intrusión en la exclusividad e intimidad del vínculo conyugal. Surgiendo una dificultad por la agresión potencial que para el marido supone recibir un hijo concebido con ayuda de un donante. El marido podría llegar a ver en el niño una prueba permanente de su impotencia, fruto de una unión adulterna por parte de su esposa, incluso indeseado en la intimidad de su vida conyugal. Tales posibilidades crean un riesgo y amenaza contra el mismo matrimonio si ambos cónyuges no poseen la suficiente madurez y no están perfectamente de acuerdo con esta idea.

Se ha señalado también que en los casos de fecundación artificial está presente el adulterio al utilizarse semen de un extraño. Sin embargo, debemos

TESIS CON
FALLA DE OPINION

observar que en nuestro estado ni el código civil, ni el código penal se considera adulterio la concepción artificial. Aun cuando no hay definición de adulterio en nuestra legislación, se acepta como tal el "ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados". Con base en lo anterior, parece claro descartar el adulterio en la concepción artificial. Ciertamente podría implicar una conducta ilícita de la mujer que se hace fecundar sin consentimiento del marido u ocultando el hecho, lo que implicaría una injuria grave que podría provocar el divorcio, al darse la causal comprendida dentro de la fracción XI del artículo 226 de nuestro código civil.

"Es evidente la inmoralidad, y, como consecuencia, la ilicitud jurídica de esta inseminación, pues es "contraria a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio". (Chávez, 1998:33)

"El respeto de la unidad del matrimonio y de la fidelidad conyugal exige que los hijos sean concebidos en el matrimonio; vínculo existente entre los cónyuges atribuye a los esposos, de manera objetiva e inalienable, el derecho exclusivo de ser padre y madre solamente el uno a través del otro. El recurso a los gametos de una tercera persona, para disponer del esperma o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad". (Idem)

TRIS CON
FALLA DE ORIGEN

"La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad genética, la gestional y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia, constituye una fuente de discordia, desórdenes e injusticias en toda la vida social" (Idem)

5.5 INSEMINACION FUERA DE MATRIMONIO.

Parece evidente el razonamiento de la fecundación artificial fuera de matrimonio. Procrear un hijo fuera de matrimonio (por medios naturales o artificiales) implica una ilicitud tanto del punto de vista moral como jurídico, pues se contrarian los principios éticos que reservan para el matrimonio la procreación. Aun cuando los hijos fuera de matrimonio tienen las mismas consideraciones e igualdad jurídica que los nacidos dentro del matrimonio, no se excluye la ilicitud de los padres al engendrarlos fuera del matrimonio. Con mayor razón debe considerarse ilícita la fecundación artificial fuera de matrimonio y al ser un ilícito debería establecerse una sanción desde el punto de vista penal para aquellos médicos que se presten a fecundar a una mujer soltera, viuda o divorciada, porque la sociedad y el Estado están interesados en que la procreación se haga dentro

TECIS CON
FALLA DE ORIGEN

del matrimonio.

5.6 INSEMINACION DESPUÉS DE MUERTO EL MARIDO.

La situación con motivo de la inseminación homóloga practicada después del fallecimiento del marido, presenta problemas que requieren solución. Se considera que a nivel internacional esta situación de la fecundación de la esposa viuda con semen del esposo fallecido, meramente conservado mediante congelación, es una de las que más lejos esta de encontrar su regulación en los textos de derecho positivo.

En nuestra opinión, coincidimos con las legislaciones que postulan que la inseminación con semen del marido o compañero difunto debe estar prohibida, aún cuando éste haya dado previamente su consentimiento, no solo por un principio a seguir en cuanto a estas técnicas es garantizar que el niño nazca y se desarrolle en un ambiente familiar idóneo, sino además porque tales técnicas han sido concebidas como una ayuda a la reproducción natural, y por definición, la concepción post mortem se aleja bastante del carácter natural de la reproducción.

Partiendo de la presunción que establece el artículo 282 de nuestro Código Civil que considera hijos de los cónyuges los nacidos dentro del matrimonio, y los nacidos ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio o trescientos

IMPRESO CON
FALLA DE ORIGEN

días después de disuelto el vínculo o muerto el marido, parece de difícil solución el problema de la viuda que alegara que el hijo que dio a luz después de la muerte de su marido, fue concebido con semen del mismo obtenido antes de su fallecimiento, pues la fracción II del artículo que se comenta excluye esa posibilidad, al presumir que son hijos de los cónyuges los nacidos dentro de los trescientos días siguientes de la muerte del marido. Pero aun y cuando no establece nada acerca de que si el marido otorga consentimiento para que se utilice su semen después de muerto dentro de ese tiempo sea considerado como hijo de matrimonio, no se debe permitir, ya que el semen no es cualquier parte del cuerpo que se pueda otorgar, regalar, vender o donar como sucede con otra parte de nuestro cuerpo, ya que en el semen es equiparado o podríamos decir casi sinónimo de persona "ser", ya que forma parte elemental para la procreación, por tanto no debe permitir que bajo ninguna condición se autorice el dejar estipulado la utilización de semen despues de muerto su dueño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES.

Una vez que se ha estudiado el tema de la Reproducción asistida podemos concluir diciendo que se entiende por ésta el conjunto de tecnologías avanzadas para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originadas fundamentalmente por la infertilidad. Así mismo podemos decir que las técnicas de reproducción asistida (TERAS) son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. Existen diversidad de autores, médicos, ginecólogos, especialistas, etcétera, que clasifican de diversa forma las técnicas de reproducción, entre las que se pueden mencionar la homóloga o interconyugal que consiste en realizarse con material reproductor de los cónyuges; supraconyugal heteróloga es aquel que se realiza con intervención de un tercero ajeno al matrimonio, ya sea semen u óvulos.

Esto debido a los factores que presenta la pareja y que por tal motivo son infértiles, casualmente en la mujer se presenta el problema a nivel del cuello del útero como alteración en el moco cervical, presencia de anticuerpos antiesperma, estenosis, secuelas de conización, tratamiento con láser o criocirugía, etcétera. En el hombre por mostrar alteraciones en el semen como son disminución del número de espermatozoides y/o de su movilidad, disminución en el volumen de eyaculado, aumento excesivo en el número de espermatozoides, malformaciones anatómicas de su aparato reproductor o alteraciones funcionales de la eyaculación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En relación a la legislación comparada que regula el Derecho genético en la actualidad si bien no es muy abundante, es variada y diversa en la forma de tratar este avance de la ciencia biomédica y su influencia sobre el ser humano. En los Países europeos como Alemania, Austria, España, Francia, Gran Bretaña, Noruega, Suecia y Suiza cuentan con leyes de avanzada que regulan esta materia. Sin embargo, su orientación no es para nada uniforme, muy por el contrario están definidas por directrices dispares, de las que se puede apreciar dos tendencias legislativas, claramente marcadas: a) Aquella en que prevalece el desarrollo técnico, esta corriente legislativa fomenta el avance de la tecnología sobre el interés de la persona sustentándose en los postulados de que el inicio de la vida embrionaria es retardado cierto tiempo (lo general catorce días) luego de la fecundación, dando amplia libertad en materia de manipulación, aceptando todos los medios de inseminación artificial; y, b) La que protege a la persona, la orientación de esta tendencia legislativa se caracteriza por proteger al ser humano desde el momento de la concepción y, especialmente, a los niños nacidos de las técnicas de procreación artificial, formulando los siguientes principios básicos: evitar la artificialización de la familia, lograr la coincidencia entre el vínculo biológico de paternidad y maternidad y el vínculo social, y fomentar y resguardar la salud psíquica del niño.

En los diversos aspectos en los cuales se estudio las figuras de reproducción asistida se demostró que verdaderamente es un suceso que altera a toda la sociedad, que repercute en todos los ámbitos; en el aspecto social, la sociedad muestra preocupación, todo en relación a la situación del nacido y la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

alteración que sufre la figura de padres y matrimonio; en económico, se muestra que efectivamente en tiempos futuros aun y con regulación de las figuras será todo un mercado de renta vientres (por así llamarlo), de venta de semen y óvulos, que solo podrán ser adquiridos y beneficiarse de estas técnicas los que tienen dinero y que casualmente como suele pasar se verán en abusos quienes más necesidad tienen, aprovechándose de sus circunstancias. Tanto aspecto ético como religioso dichas técnicas son tajantemente reprobadas, pues no aceptan que un tercero intervenga en la relación matrimonial y que se ve a un gameto como objeto y no como sujeto que es, protegiendo ante todo al futuro ser.

Tanto a nivel nacional como en nuestro estado se muestra que no existe regulación de dichas técnicas, más sin embargo han sido varios los intentos por querer llevar a cabo una ordenación legal que regule estos aspectos.

En la actualidad dentro de nuestro país no se encuentra bien establecido una ley que regule de manera precisa, clara, exacta y concreta los métodos de reproducción asistida, hasta hace a penas unos cuantos meses que se reformó en Código Penal para el Distrito Federal, en noviembre del 2002, estableciendo dentro de su Capítulo I lo relativo a la procreación asistida e inseminación artificial, y en su Capítulo II la manipulación genética. Esta disposición establece entre otras cuestiones varias sanciones para quien realice la procreación asistida sin consentimiento de la mujer que le es implantado o inyectado semen.

ENCIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así mismo establece que la manipulación genética solo se realizará con fines de investigación.

Otra manifestación de querer regular o legislar este tipo de operaciones lo encontramos en el proyecto de ley presentado por el partido Verde Ecologista de México.

Así también dentro de este tema y por su gran relación con las figuras que presenta la reproducción asistida, denotamos que la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grado. La filiación de una persona se compone de elementos múltiples: el primer punto que ha de establecerse es el parto de quien pretende ser madre (tal mujer ha tenido un niño en tal momento), ello presume que se conocen el hecho del alumbramiento y su fecha. En segundo lugar hay que establecer la identidad del hijo. Ésta supone necesariamente que debe concordar la fecha del alumbramiento y la edad del reclamante, y además que no ha habido sustitución de un niño por otro.

Hemos de considerar la filiación como hecho natural y como hecho jurídico. En el sentido natural de la palabra no es otra cosa más que una descendencia en línea directa: comprende toda la serie de intermediarios que ligan a una persona determinada con alguno de sus antecesores, así sea sumamente alejado. Desde

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN !

el punto de vista del Derecho, el término de filiación tiene dos acepciones. "una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; La paternidad y maternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación, es decir, de la relación jurídica paterno filial.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos para la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad "la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento" a diferencia de lo dicho en relación a la maternidad, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo puede presumirse. De aquí que la ley recurra a las presunciones iuris tantum para determinar la paternidad en esta relación jurídica.

Cada una de las figuras deben ser perfectamente analizada desde un punto de vista más humano y ver a éste como sujeto, susceptible de toda sensación y creador de derechos y obligaciones derivados de su propia personalidad. Así pues, decimos que la ayuda que ofrece la medicina debe ser en beneficio del ser humano pro del desarrollo, las técnicas de reproducción no son del todo malas, pero deben ser utilizadas de la forma que contribuya al mejoramiento de las relaciones familiares, pues debe apoyar a la familia, pero sin alterar sus principios básicos, aceptándose únicamente la inseminación homóloga.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PROPUESTA.

Una vez que se ha terminado el presente trabajo podemos decir que nuestra propuesta es básicamente en torno a la protección y cuidado de la familia y sus integrantes, debido a que consideramos a la familia la parte fundamente de la sociedad y sobre la cual el mundo se desarrolla. Así con el estudio que de cada uno de las figuras que integran las técnicas de reproducción asistida, se pudo mostrar que en su gran mayoría afectan los derechos fundamentales del hombre como son la vida, integridad física de la persona, la seguridad, etcétera y que además alteran todo el orden jurídico y social. Es por ello que nuestra propuesta se resume sustentadamente en los siguientes puntos básicos:

1º La libertad de investigación científica debe darse dentro de los límites de la plena integridad psicosomática, salud, intimidad y dignidad de las personas;

2º Debe atenderse básicamente al interés del hijo y sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la dignidad e identidad, por sobre el derecho a la identidad de los demás progenitores;

3º Proteger al concebido y a la persona permitiéndose sólo la fecundación asistida como un remedio a la infertilidad, deben ser utilizadas una vez que ya hayan sido agotados todos los tratamientos de infertilidad y solo como una ayuda para el matrimonio;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4° Se advierte la necesidad de una norma legal que prohíba expresamente "contratos" sobre maternidad subrogada, con fundamento en: la ilicitud del contrato de subrogación la persona no debe verse como objeto de ningún contrato, y, el carácter lucrativo del alquiler (la existencia de estos contratos es lucrar con el ser humano);

5° Se limite la aplicación de métodos de fecundación humana asistida a parejas estables, basadas en el matrimonio, siendo ambos miembros plenamente capaces y clínicamente aptos para someterse a estas técnicas, quedando excluidas las mujeres solteras;

6° El concebido por fecundación asistida es persona, tienen capacidad jurídica y es titular de derechos (vida, integridad física, psíquica, etcétera.);

7° Resulta necesario afirmar que la protección debe tener comienzo desde el momento mismo de la concepción en el seno materno o fuera de él, por lo que es repugnante y contrario todo a derecho humano la destrucción de embriones humanos;

8° Existe la necesidad de que se prohíba la inseminación con semen del marido o compañero difunto, aun cuando haya dado previamente su consentimiento, no solo porque un principio a seguir en cuanto a estas técnicas es garantizar que el niño nazca y se desarrolle en un ambiente familiar idóneo, sino además porque

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tales técnicas han sido concebidas como una ayuda a la reproducción natural, y por lo tanto la concepción post mortem se aleja bastante del carácter natural de la reproducción;

9° Se prohíba, sino de forma expresa tácita, la introducción de algún elemento extraño en la relación conyugal, es decir, la inseminación heteróloga;

10° tener como alternativa para el caso de causas de infertilidad de uno o ambos cónyuges la adopción; y

10° La inseminación artificial homóloga no plantea ninguna situación jurídica especial ya que paternidad-genética y jurídica coincide en las mismas personas. Considerándose unánimemente al niño que se de puede concebir por este método como hijo de la mujer inseminada y de su marido. Es por el que solo se admite la fecundación homóloga, ello en base a los siguientes fundamentos:

- El embrión resultante de la técnica de fecundación asistida debe ser el fruto directo de la union de la pareja.
- La pareja que, deseando procrear, no puede hacerlo por sí, debe valerse de esta ayuda médica como una alternativa que le permitirá engendrar ese hijo con material genético de ellos, sin introducir ningún elemento extraño que desvirtúe la real paternidad y/o maternidad de ese embrión;
- Procreación y responsabilidad son dos caras de una misma realidad: paternidad y maternidad;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Con la fecundación homóloga se hace congruente la realidad biológica con la realidad jurídica del embrión;
- De este modo se respeta el derecho de los hijos de ser concebido por quienes se denominan sus padres biológicos.

En base a estos puntos mencionados es que fundamentamos la necesidad de establecer en un capítulo separado dentro del título Séptimo de nuestro Código Civil, titulado "De la Paternidad y filiación", el cual se denominará "de la Reproducción Asistida", en donde se establezca primeramente que: se entiende por reproducción asistida como el conjunto de métodos utilizados para superar las dificultades en un proceso de reproducción natural, que suplen la infertilidad de las personas, brindándole la posibilidad de tener decencia. Que señale que independientemente de la técnica empleada, se llama fecundación homóloga cuando se efectúa con los gametos de ambos cónyuges, y heteróloga cuando se realiza con gametos de personas distintas a los cónyuges.

Sin embargo, con el absoluto respeto a las relaciones de pareja y a la comunicación que debe existir en ellos, debe señalarse como requisito que exista consentimiento de ambos cónyuges para el sometimiento de dicha técnicas. Si la mujer realiza la implantación de semen de tercero sin consentimiento de su esposo, éste podrá hacer valer el hecho como causal de divorcio y con pleno derecho al desconocimiento del hijo. Sea lícito o no este comportamiento. Se considerará como madre del hijo a la mujer a quien se le hubiere implantado el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

embrión y que hubiere completado la etapa de gestación y dado a luz. Sea tal práctica lícita o ilícita. Siendo la mujer fecundada sin su consentimiento se pagarán daños y perjuicios.

Solo será emitida la fecundación con material genético de los cónyuges. Quedando prohibida la cualquier técnica empleada componentes distintos de los cónyuges, y no permitiéndose el acceso a mujeres solteras.

Asimismo queda prohibida la fecundación asistida de una mujer con el fin de adjudicar la maternidad del hijo o hija que naciere a una mujer distinta, independientemente del nombre que se le de a la técnica empleada.

No se permitirá la fecundación asistida a una mujer con material genético del esposo después de muerto, independientemente del tiempo y si de éste hubiere dejado expreso consentimiento o no, sea tal práctica lícita o no.

Así mismo se debe establecer la protección debe tener comienzo desde el momento mismo de la concepción en el seno materno o fuera de él, por lo que será sancionada toda conducta contraria todo a la destrucción de embriones humanos, aun y cuando el Código Penal para el Distrito Federal ya establece tales conductas, pero tratando de establecer en nuestro código civil en similar sentido, dentro del Título Primero "De las personas", en el artículo 16 en el que se establece: Son personas físicas los individuos, quienes adquieren la capacidad

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte; pero desde su concepción tienen derecho a la protección de la ley. Adicionándose en un siguiente párrafo "Es prohibida toda práctica que afecte o destruya la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas".

Aun y cuando el presente trabajo se limita a nuestro Estado no debe olvidar que formamos parte de una federación y que por lo tanto estamos sometidos a un poder central y que estamos intimamente relacionados con la federación, aun y con la nueva reforma de nuestro Código Penal para el Distrito Federal contempla de manera muy somera, a nuestro punto de vista, las Técnicas de Reproducción Asistida, ya que no establece de forma clara que se encuentre prohibida la inseminación In Vitro, la heteróloga, o que se penalice quien realice el préstamo de vientres, etcétera, sino por el contrario establece de manera clara la protección del embrión que podría decirse que es un avance que se tiene. Así por lo que respecta a nuestra propuesta y pretendiendo que haya sido de manera clara, establecemos la prohibición de unas conductas como: la inseminación heteróloga, el contrato de maternidad, la crioconservación, etcétera, y la aceptación de la homóloga bajo las modalidades ya expuestas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

1) BAQUEIRO, Rojas Edgard. (1997)

Diccionarios Jurídicos Temáticos de la UNAM. Tomo I, Derecho Civil.

Editorial Harla. Edición Actualizada Pp. 49
México, D.F.

2) CHÁVEZ, Asencio Manuel F (1997)

"La familia en el Derecho" Relaciones Jurídicas Paterno Filiales.

Editorial Porrúa 3ª Edición Actualizada Pp. 1-15
México, D.F.

3) GISPERT, Carlos (1998)

Enciclopedia Mosby de Medicina y Enfermería

Editorial Oceano, Traducción en Castellano

Barcelona.

4) IBAROLA, Antonio de. (1993)

"Derecho de Familia".

Editorial Porrúa S.A. Cuarta Edición, Pp. 388-392.

México, D.F.

5) PÉREZ Duarte y Norona, Alicia Elena, (1998)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"Panorama del Derecho Mexicano. Derecho de familia".

Ed. McGraw-Hill. Edición actualizada.

UNAM. México Pp 29-31.

6) VILLEGAS Rojas Rafael (1993)

Derecho Civil Mexicano. Derecho de familia. Volumen II.

Editorial Porrúa. 8ª Edición Pág 265

México D F

7) Cuaderno de Derecho.

Código Penal para el Distrito Federal,

Editorial. ABZ

8) Cuadernos Michoacanos de Derecho.

Código Civil para el Estado de Michoacán.

Volumen 73. Editorial ABZ

9) LEYES, decretos. (1991)

Ley General de Salud.

Editorial Porrúa, 6ª Edición.

México, D.F.

ENCIS CON
FALLA DE ORIGEN

10) Derecho Genético, Capítulo Séptimo, Lima, Perú, San Marcos 1997. "la Procreación Asistida".

<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/LibDerGenC7.html>

11) Doctor Lazzari Alejandro, Buenos Aires. "Ética de la reproducción asistida".

<http://members.tripod.com/~gineco/PROCREA.HTM>

12) Eleonora Cano María "Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada".

<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

13) Enriquez Miguel. Facultad de ciencias médicas. "La fecundación artificial o extra-corpórea"

<http://cfmfajardo.sld.cu/ceu2002/trabajdos/miguelenriquez/09fecundacionArtificial/>

fecundación,htm.

14) Matos Cuadro Elizabeth, Álvarez Buillas Sandra Marit, Fiscales Municipales de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Boyerod, Ciudad de la Habana.

15) "Aspectos Ético-Legales de las Tecnologías de Reproducción Humana"

Google <http://www.cuba.cu/publicaciones/documentos/cubalex/Numero/021.html>

16) Pérez Duarte N. Alicia Elena. "El impacto de las Nuevas Tecnologías reproductivas en la familia: en el presente y

futuro". <http://info.juridicas.unam.mx/dirifon/invest/duarte.htm>

17) Ruano Silvia Grupo Reformas. "Temer Abusos en Reproducción"

Infojus <http://www.juridicas.UNAM.mx/publica/salud/Cuad1>

18) "Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial".

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>

19) Ciudad de México Noticias, 31 de Mayo del 2002. "Reproducción asistida, un derecho para todas las personas".

<http://www.todito.com/paginas/noticias/84375.html>

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

20) Leyes sobre Reproducción Asistida.

Yahoo! Search Results for leyes sobre alquiler de vientre.

21) Leyes de reproducción Asistida.

<http://www.comunidad.dcrecho.org/der.genetico/leyes.html>

22) Ley española sobre técnicas de Reproducción asistida, ley no.35. 22 de noviembre de 1988

[http //comunidad vlex com/dergenetico/EspaniaLeyRep.html](http://comunidad.vlex.com/dergenetico/EspaniaLeyRep.html)

23) Ley que regula las Técnicas de Reproducción Asistida y la Disposición de Material Genético Humano

Google <http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/comivii/compyd/repasis.htm>

TEJES CON
FALLA DE ORIGEN

ANEXOS:

ENCUESTA:

Estas las preguntas que se realizaron a diferentes personas y que sirvieron de base para nuestra investigación, no adjuntando al formato el nombre de la persona debido a lo cuestionado que ha sido este tema, pero preguntándose la edad, sexo, estado civil, escolaridad y población por que como se demostró dentro del análisis los diversos aspectos tienen gran influencia para la aceptación o rechazo de dichas técnicas de reproducción asistida.

EDAD _____

ESTADO CIVIL _____

SEXO _____

ESCOLARIDAD _____

CIUDAD O POBLACIÓN _____

1.- ¿Conoces lo que son las técnicas de reproducción asistida?

2.- ¿Haz escuchado hablar de la inseminación artificial?

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 3.- ¿Sabes lo que es un contrato de maternidad?
- 4.- ¿Tu prestarías tu vientre para el desarrollo de un embarazo de alguien que no es tu hijo?
- 5.- ¿Donarías un óvulo o semen a quien lo necesita?
- 6.- ¿Harias el préstamo de vientre o la donación de manera gratuita?
- 7.- ¿Tú solicitarías algún servicio de este tipo?
- 8.- ¿Desearias que tu pareja donara óvulos o semen?
- 9.- ¿Crees que toda persona tiene derecho a estas técnicas?
- 10.- ¿Piensas que se debe regular sobre la materia?
- 11.- ¿Te gustaria que las mujeres solteras o viudas tuvieran acceso a estas técnicas?
- 12.- ¿Crees que es conveniente que existan hospitales y personal especializado que ofrezca este tipo de servicios?

TFIS CON
FALLA DE ORIGEN

13.-¿Qué piensas de la inseminación artificial después de muerto el marido?

14.-¿Sabes lo que es la filiación de una persona?

15.-¿Crees que se afecta la filiación del concebido por estas técnicas?

16.-¿Qué tipo de consecuencias trae consigo este tipo de técnicas?

17.-¿Te gustaría que en nuestro Estado se regulara sobre este tipo de operaciones?

18.-¿Bajo que modalidades o limitaciones te gustaría que se regulara?

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

GLOSARIO.

ANTICUERPO: Sustancia inmunitaria elaborada por el organismo con respuesta a la presencia de un antígeno cuando reacciona específicamente.

ANTIGENOS: Sustancia generalmente proteica, que da lugar a la formación de anticuerpo con el que reacciona específicamente.

CERVICAL CANAL: Canal incluido en el cuello uterino que pro trusa en la vagina. El espermatozoide debe recorrer todo el canal cervical para llegar al útero y finalmente a las trompas de Falopio.

CITOPLASMA: Contenido de una célula exceptuando el núcleo .

CONIZACION: Extirpación quirúrgica de un cono de tejido.

DIÁSPORA: Dispersión de un pueblo o etnia fuera de sus territorios originarios.

ENDOMETRIOSIS: Proceso patológico debido a la presencia de tejido endometrial en lugares diferentes de la cavidad uterina.

ESTENOSIS: Estrechamiento anormal, congénito o adquirido, de algún conducto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

EXOCERVIX: Exo prefijo que significa fuera y cerviz, parte del útero que protrusa en la cavidad vaginal.

HÍBRIDO: se dice del animal o vegetal procreado.

GENETICA: Parte de la biología que trata los problemas de la herencia.

GLICERINA: Líquido oleaginoso, dulce e incoloro que constituye un preparado farmacéutico del glicerol.

PROGENIE: Ascendencia familiar de un individuo , familia, descendencia, prole.

MORULA: Primera fase del desarrollo embrionario; a consecuencia de la segmentación del huevo se forma una masa esférica de blastómeros con el aspecto superficial de una mora.

QUIMERA: Creación imaginaria del espíritu tomado por individuos de diferente especie como realidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN