



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**“LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO.
LA NECESIDAD DE CREAR LA LEY GENERAL
EN MATERIA DE FECUNDACIÓN ASISTIDA Y
EL USO DE MATERIAL GENÉTICO EN
NUESTRO MARCO JURÍDICO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL ÁNGEL LEÓN ORTIZ**

**ASESOR:
LIC. VELIA SEDEÑO CEA.**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

**“LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO. LA
NECESIDAD DE CREAR LA LEY GENERAL EN
MATERIA DE FECUNDACIÓN ASISTIDA Y EL USO DE
MATERIAL GENÉTICO EN NUESTRO MARCO
JURÍDICO.”**

TESIS

**Que para obtener el Título de Licenciado en derecho
Presenta MIGUEL ANGEL LEÓN ORTIZ.**

ASESOR: LIC. VELIA SEDEÑO CEA.

**San Juan de Aragón, Estado de México
Noviembre de 2003.**

*“Actúa de tal manera
que trates a la humanidad,
tanto en tu persona,
como en la persona de cualquier otro,
siempre y en todo tiempo como fin
y nunca meramente como medio.”*

Immanuel Kant.

AGRADEZCO

A Dios, por brindarme la oportunidad de vivir, sentir, escuchar y aprender la inmensidad de su haber.

A mis padres, por todo el apoyo y ayuda que me han brindado a lo largo de mi vida, por todas sus palabras de aliento que nunca faltaron en mi camino, por la vida misma y, finalmente, por brindarme en todo momento su amor y cariño.

A mis hermanos, por compartir a mi lado grandes experiencias que me impulsaron a continuar con mi meta.

A mis amigos, por formar parte de mi vida y compartir juntos experiencias inolvidables que nos hacen crecer como personas.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por su legado universal que ha quedado impregnado en mi espíritu, forjando mi identidad racional.

A mis maestros, por permitirme aprender que lo realmente valioso de la vida requiere de amor, esfuerzo y dedicación para ser alcanzado.

A mi asesora, la Lic. Velia Sedeño Cea por todo el apoyo que me brindó. Para ver hoy fructificado mi objetivo.

Un agradecimiento especial al Doctor. Gregorio Pérez Palacios coordinador de investigación en la facultad de medicina de la UNAM y a la Maestra Ma. de Lourdes A. Motta M. secretaria particular de la subsecretaría de prevención y promoción de la salud de la Secretaría de Salud, por todo el apoyo que me brindaron para alcanzar mi encomienda.

Y en general, a todas aquellas personas
con las que he compartido experiencias y
vivencias que nunca olvidaré

**LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO. LA NECESIDAD DE
CREAR LA LEY GENERAL EN MATERIA DE FECUNDACIÓN
ASISTIDA Y EL USO DE MATERIAL GENÉTICO EN NUESTRO
MARCO JURÍDICO.**

INTRODUCCIÓN.....1

**CAPÍTULO I.
CONCEPTOS FUNDAMENTALES.**

1.1. LAS INSTITUCIONES DE LA FILIACION, LA MATERNIDAD Y LA
PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO.....6

1.1.1. Generalidades sobre la Filiación.....7

1.1.2. Generalidades sobre la Maternidad.....12

1.1.3. Generalidades sobre la Paternidad.....14

1.2. LA REPRODUCCIÓN HUMANA.....17

1.2.1 La Reproducción Asistida.....21

1.2.2. Distinción entre Técnicas y Métodos de Reproducción o Fecundación
Asistida.....23

1.2.3. Factores que afectan la Reproducción Humana.....24

1.2.3.1. Infertilidad.....25

1.2.3.2. Esterilidad.....26

1.2.4. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida en atención al
origen de los gametos.....29

1.2.4.1. Homóloga.....29

1.2.4.2. Heteróloga.....30

1.2.5. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida en atención a su
naturaleza.....31

1.2.5.1. Inseminación Artificial.....	32
1.2.5.2. Fecundación in vitro con transferencia de embriones.....	35
1.2.5.3. Transferencia intratubárica de gametos.....	37
1.2.5.4. Maternidad Subrogada o Subrogación de la Maternidad y sus implicaciones Jurídicas.....	38
1.2.6. Evolución en Materia de Reproducción Asistida en el Mundo.....	43
1.2.6.1. Los Primeros Casos.....	44
1.2.6.2. El Caso de Louise Brown.....	47
1.2.6.3. Cronología de los Avances.....	48
1.3. LA BIOÉTICA.....	50
1.3.1. Principios Rectores de la Bioética.....	53
1.3.1.1. El Principio de Autonomía.....	54
1.3.1.2. El Principio de No Mal Eficiencia.....	56
1.3.1.3. El Principio de Beneficencia.....	56
1.3.1.4. El Principio de Justicia.....	57
1.3.2. Bioética y Derecho.....	57
1.3.2.1. El Nuevo Derecho para la Nueva Genética.....	61
1.3.2.2. La Constitución y la Bioética.....	62
1.4. LA PERSONA EN EL DERECHO.....	63
1.4.1. La Fecundación y el Embrión.....	65
1.4.1.1. Material Biológico.....	66
1.4.1.2. Preembrión o Embrión Preimplantatorio.....	67
1.4.1.3. Embrión postimplantación.....	69
1.4.1.4. Feto.....	71
1.4.2. El Embrión y la Genética.....	72
1.4.2.1. Intervenciones sobre el Embrión Humano.....	73
1.4.2.2. Investigación en Fetos y Embriones.....	75
1.4.3. Antecedentes del Término Persona.....	78
1.11.1. El Concepto Jurídico de Persona.....	82
1.11.2. La Persona Física.....	84

1.11.3. El Derecho a la Vida.....	86
-----------------------------------	----

CAPÍTULO II.

EL MARCO JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ORDEN INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE DIVERSOS PAÍSES.

2.1. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL AMBITO INTERNACIONAL Y EXTRANJERO.....	92
2.1.1. La Reproducción Humana Asistida en el Derecho Internacional.....	93
2.1.1.1. El Código Nuremberg.....	94
2.1.1.2. La Propuesta de Normas Internacionales para la Investigación Biomédica en sujetos humanos.....	97
2.1.1.3. La Declaración de Helsinki. ("Helsinki I" y "Helsinki II").....	100
2.1.1.4. Recomendaciones del Consejo de Europa.....	103
2.1.1.5. Resoluciones emitidas por el Parlamento Europeo.....	107
2.1.1.6. Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras.....	109
2.1.1.7. La Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos.....	111
2.1.2. Las Reproducción Humana Asistida en el Derecho de Diversos Países.....	116
2.1.2.1. El Derecho Sueco.....	117
2.1.2.2. El Derecho Suizo.....	121
2.1.2.3. El Derecho Español.....	123
2.1.2.4. El Derecho Alemán.....	139
2.1.2.5. Derecho Inglés.....	142

2.1.2.6. Derecho Francés.....	150
2.1.2.7. Derecho Austríaco.....	158
2.1.2.8. El Derecho Noruego.....	160
2.1.2.9. El Derecho Brasileño.....	165
2.1.2.10. El Derecho Indiano.....	168
2.1.2.11. El Derecho en la República Popular de China.....	170
2.1.3. Las Nuevas perspectivas del Derecho resultado de las innovaciones Tecnológicas y Científicas en materia de Reproducción Asistida.....	172

CAPÍTULO III.

EL MARCO JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO.

3.1. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO MEXICANO.....	177
3.1.1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	178
3.1.1.1 Los Derechos derivados de la Procreación.....	190
3.1.1.2. El Derecho a una Salud Reproductiva.....	194
3.1.1.3. El Derecho a la Reproducción Natural.....	197
3.1.1.4. El Derecho a la Reproducción Asistida.....	200
3.1.1.5. Los alcances jurídicos en torno a los derechos derivados de la Procreación.....	204
3.1.2. El Código Civil para el Distrito Federal.....	209
3.1.3. La Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud.....	214
3.1.4. El Código Penal para el Distrito Federal.....	219

CAPÍTULO IV.

LA NECESIDAD DE CREAR LA LEY GENERAL EN MATERIA DE FECUNDACIÓN ASISTIDA Y EL USO DE MATERIAL GENÉTICO EN NUESTRO MARCO JURÍDICO.

4.1. Los Diversos Factores que hacen necesaria la regulación de las Técnicas de Fecundación Asistida en México.....	225
4.1.1. Factores de Hecho.....	225
4.1.2. Factores de Derecho.....	228
4.2. PROPUESTA DE LA LEY GENERAL EN MATERIA DE FECUNDACIÓN ASISTIDA Y EL USO DEL MATERIAL GENETICO.....	234
4.2.1. Conceptos Fundamentales.....	238
4.2.2. Disposiciones Preliminares.....	241
4.2.3. Alcances Legales.....	244
4.2.4. Requisitos Indispensables para su Implementación.....	246
4.2.5. Técnicas permisibles en nuestra legislación.....	247
4.2.6. Técnicas prohibidas por nuestra legislación.....	248
4.2.7. Supuestos en los que se implementara alguna Técnica de Fecundación Asistida.....	249
4.2.8. Instituciones de Investigación y Organismos Médicos Especializados para su aplicación.....	251
4.2.9. De la Obtención, selección, preservación, utilización y suministro de embriones y células germinales.....	253
4.2.10. Comisión Nacional de Bioética y Comisión Nacional para el Genoma Humano, Órganos de impulso, participación, elaboración, recomendación, atención, difusión y opinión de las Prácticas derivadas de la Implementación de las Técnicas de Reproducción Asistida.....	254
4.2.10. Sanciones en caso de incumplimiento de las Disposiciones	

Legales.....	255
CONCLUSIONES.....	259
BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN, HEMEROGRAFÍA Y OTRAS FUENTES.....	266

INTRODUCCIÓN.

La fertilización asistida humana nace como resultado de la creciente revolución biogenética, biomédica y biotecnológica que se ha presentado en el mundo entero, surgiendo como una herramienta terapéutica para aquellas parejas que se ven afectadas por algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible, o bien, cuando exista un riesgo inminente de transmitir alguna enfermedad genéticamente hereditaria al *concepturus*. De ahí, que la Ciencia del Derecho, deba encargarse de precisar con exactitud cuáles son los alcances y límites que deberán auspiciar su regulación de una forma válida, eficaz y protectora de los derechos de toda persona humana.

La importancia que reviste la regulación óptima de la nueva biotecnología procreativa, se da a raíz de los factores positivos y negativos que implica la manipulación de las células germinales, embriones y fetos humanos; y, por supuesto el uso injustificado que se haga de las nuevas técnicas de reproducción asistida. De ahí, que la misión que recae en el Derecho, consista en proteger y salvaguardar la estructura axiológica que justifique y fundamente su utilización; y en este sentido, las referidas técnicas tendrán como fundamento, el ser un recurso terapéutico que sea capaz de conducir a la supervivencia del hombre hacia su plenitud; y no así, amenazar la suerte de la supervivencia humana en el universo viviente.

Indudablemente, no cabe afirmar que tal o determinada investigación o experimentación es buena y que tal o determinada otra es mala; en realidad, la utilización y su finalidad misma es lo que hace clasificarlas como malas o buenas. Ante ello, la misión de la ciencia jurídica consistirá en fijar los principios rectores de toda investigación o experimentación en el campo de la manipulación genética, orientándolos en todo momento al servicio y beneficio del hombre y su entorno. Este trabajo, sin lugar a dudas, mostrará acuerdo

sobre la interpretación que muchos de sus lectores le hagan; al mismo tiempo que otros lo repudien o simplemente asuman una postura diversa en atención a la interpretación que de nuestro tema se hagan.

La utilización que se haga de las técnicas de reproducción asistida, infiere otro tipo de investigaciones y experimentaciones que persiguen otros fines y objetivos, distintos de los terapéuticos. Es por ello, que surge la necesidad de levantar ciertas barreras para prevenir esas desviaciones que atentan de manera indiscutible contra la dignidad, identidad, y la vida misma del ser humano.

La inquietud que nos impulso a realizar este trabajo, surge por todas las esperanzas que representan para determinadas parejas, el uso de las técnicas de fertilización asistida humanas. En lo que a medicina y biología se refieren, los progresos así obtenidos, constituyen una modificación de naturaleza más que de grado del conjunto de conocimientos, es decir, el poder de crear a la vida humana, a través de las nuevas herramientas que nos ofrece la biotecnología en este rubro del quehacer humano. Ante ello, surgen grandes interrogantes para el derecho, entre las que destacan: ¿la nueva biotecnología procreativa solamente debe ser utilizada con fines terapéuticos?, ¿cuál es el objetivo de una legislación en esta materia?, ¿en donde comienza el principio de la persona humana y en donde termina?, ¿qué es una persona?, ¿es ética, social y jurídicamente aceptable que el embrión humano sea objeto de investigaciones y experimentaciones?, ¿debe de fijarse algún límite?, ¿en donde es necesario detenerse?, ¿es necesario proteger todo el cúmulo de axiomas que sostienen el cimiento en donde reposan la vida, identidad y dignidad humanas? Se adivinan los peligros que encierra la completa libertad de organización de centros que presten este tipo de servicios en nuestro país y de los correspondientes centros de investigación. Por consiguiente, no

deberíamos descuidar más tiempo su óptima reglamentación en nuestro marco jurídico mexicano.

En este orden de ideas, el derecho mexicano, no deberá tener por efecto el petrificar la evolución biogenética, biomédica y biotecnológica que se desarrolle en nuestro país, en todo caso deberá garantizar la protección de los derechos humanos, ante el mal uso que se genere de la manipulación genética humana en este rubro del quehacer biomédico. En este sentido, no puede dudarse que la evolución que se presenta en la ciencia va a continuar y, cada vez más, traerá consigo, nuevos problemas, que dejarán peligrosamente rezagados a los cuerpos legislativos; y por tal motivo, deberemos de estar atentos a las nuevas realidades que se presenten en nuestro país salvaguardando en todo momento los principios rectores del derecho, así como a los axiomas en donde reposa toda nuestra identidad pluricultural mexicana que se encuentra consagrada en nuestra Constitución.

En consecuencia, se nos presenta la necesidad prioritaria de una toma de conciencia extraterritorial, pues, los problemas planteados en este trabajo, son de gravedad internacional; y por tanto no permanecen ajenos a ningún país del mundo. Ante ello, la Comunidad Internacional deberá de determinar las medidas más adecuadas para anteponer el estado de derecho en todo momento en cada rincón del mundo; ante esta nueva revolución del conocimiento humano, saludando al genio científico que ha engrandecido las diversas etapas de la evolución científica, cuya tendencia universal siempre ha sido la de mejorar las condiciones de vida del hombre.

Finalmente, debemos señalar que, nuestro trabajo persigue un sinnúmero de objetivos, destacando por sobre todos ellos, el mostrar al lector un cúmulo de argumentos con valor jurídico, para efecto de emprender una reflexión sobre nuestra temática en estudio, haciendo valer un sin fin de posturas médicas,

sociales, éticas y jurídicas; dando al lector la oportunidad de elaborar una postura consciente, objetiva y libre, para trazar sus propias reflexiones, una vez que la identidad y diversidad del hombre son un profundo regalo que la naturaleza genética y biológica nos brinda, diferenciándonos y haciéndonos especiales a cada uno de los individuos que cohabitamos este hermoso espacio terrestre.

En el capítulo I, llevamos a cabo el estudio de los conceptos fundamentales de la reproducción asistida humana; profundizando metodológicamente sobre su naturaleza, utilización e importancia por el derecho.

Por otro lado, en el capítulo II, realizamos el estudio de las declaraciones, resoluciones, recomendaciones y demás documentos que al respecto se han emitido por la Comunidad Internacional, destacando en todos y cada uno de ellos el consentimiento informado evolucionando día con día. En este mismo capítulo llevamos a cabo el estudio normativo de algunas legislaciones que han incorporado textos legislativos al respecto de la reproducción asistida, atendiendo, desde luego, a las necesidades, principios y valores que imperan en cada una de sus sociedades.

Por su parte, en el capítulo III, mostramos cual es el marco normativo que presenta la legislación mexicana, al respecto de nuestra temática en estudio; comenzando desde nuestro ordenamiento jurídico fundamental, la Ley General de Salud y sus reglamentos, el código civil para el Distrito Federal, culminando con el código penal para el Distrito Federal, caracterizándose todos y cada uno de ellos, por una deficiente regulación en sus contenidos normativos.

Finalmente, en el capítulo IV de este trabajo, llevamos a cabo la propuesta de la ley de fertilización asistida humana y el uso del material genético en nuestro

país, estableciendo, para ello, los factores de hecho y de derecho que justifican su incorporación en nuestro derecho positivo mexicano.

Entonces, pues, los invitó a viajar juntos al interior de este trabajo.

CAPÍTULO I.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Es necesario establecer primeramente, cual es el marco conceptual y teórico, bajo el cual se va a desarrollar el presente trabajo, por lo que en este capítulo precisaremos los conceptos fundamentales que tiendan a mostrar al lector una visión substancial de las técnicas de reproducción asistida, estableciendo su naturaleza eminentemente terapéutica, razón, pues, que justifica y legitima su utilización, al mismo tiempo que, las hace validas para nuestro derecho. Así pues, comencemos con el estudio pormenorizado de la temática que encierra la presente tesis.

1.1. LAS INSTITUCIONES DE LA FILIACIÓN, LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD EN NUESTRO DERECHO.

"Uno de los temas que incide directamente en este conjunto de derechos y en los de la maternidad y paternidad consciente e informada, es precisamente el de la reproducción asistida, considerando la importancia que reviste en la actualidad por su incidencia, así como por la vinculación de elementos jurídicos y extrajurídicos. Ante ello, consideramos oportuna la realización de este estudio debido a la necesidad de proponer la regulación específica sobre la reproducción asistida en nuestro país, en razón de la existencia de la prestación de estos servicios tanto en hospitales públicos como en clínicas privadas."¹

Hoy en día las Instituciones de la filiación, la paternidad y la maternidad han sufrido grandes cambios substanciales en cuanto hace a su naturaleza misma,

¹ MOCTEZUMA, Barragán, Gonzalo. La Reproducción Asistida en México: Un enfoque Multidisciplinario. CUADERNOS DEL NUCLEO DE ESTUDIOS EN SALUD Y DERECHOS HUMANOS. Serie: E Varios. Número 64. UNAM (IIJ). México 1994. pág. 53.

debido en primera instancia a los cambios que se han manifestado en la realidad de nuestra sociedad mexicana; esto, en virtud, de los grandes avances que se han desarrollado en el campo de la biotecnología aplicada en la reproducción humana, a través de las técnicas de fertilización asistida; creándose un vínculo jurídico directo entre los hijos así procreados y los padres de éstos, a partir de la naturaleza propia de la utilización de los medios que nos ofrece la ciencia biomédica en este rubro.

Es en este sentido, en el que se pronuncia desde el 25 de mayo del año 2000, nuestra legislación civil, al establecer un vínculo o relación filial preexistente entre los hijos así concebidos y los padres de éste; producto de la activación de las nuevas herramientas que la ciencia ha puesto al alcance de las personas que padecen de alguna esterilidad, o bien, de aquellas parejas que puedan transmitir una enfermedad hereditaria, a través de sus genes –sean éstos de uno o de ambos de los miembros de la pareja- a sus hijos; contrarrestando de esta manera un problema que se da dentro de las parejas que sufren algún tipo de infertilidad o esterilidad, al mismo tiempo que, garantiza a las parejas que la sufren su acceso a reproducirse y esparcir su progenie de manera libre, informada y responsable; fortaleciendo al mismo tiempo la institución de la familia en nuestro país.

1.1.1. Generalidades sobre la Filiación.

Nuestro Código Civil, establece en su numeral 338 la siguiente definición: *“La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, ni sujetarse a compromiso en árbitros.”*

“En este sentido, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra.”²

“El título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación. A partir del instante en que ha sido engendrado se establece la relación paterno-filial. En virtud de esa relación y desde ese instante el “nasciturus” obtiene unos derechos. Esos derechos no los adquiere al nacer, los tiene por el hecho de su concepción y a partir de ese hecho es como adquiere todos los efectos jurídicos adquiridos por el sólo hecho de ser considerado como persona, es decir, adquiere el pleno ejercicio de sus derechos ‘personalidad jurídica’”.³

Así vemos cómo la filiación le viene impuesta por ser hijo de tales padres desde que le engendraron y porque le han engendrado. Estos acontecimientos están fuera del ámbito de la voluntad del niño, excepto los casos particulares de la adopción.

La norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguínea) para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo, por otra parte. De aquel hecho biogenético, se desprende un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación; el padre y la madre en un extremo de ella y el hijo en el otro extremo.

Como la filiación es la expresión, en el ámbito jurídico, del hecho biológico de la procreación, a toda persona corresponde una cierta filiación; aún cuando no sea siempre posible conocer ésta, porque se carezca de pruebas o porque éstas sean insuficientes.

² GALINDO, Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL PRIMER CURSO: PARTE GENERAL, PERSONAS Y FAMILIA. 21ª edición. Porrúa. México 2002. Pp. 638-639.

³ VILA-CORO, Barrachina, María Dolores. INTRODUCCIÓN A LA BIOJURÍDICA. Universidad Complutense de Madrid. España 1995. Pág. 154-155.

"La filiación se relaciona con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que como se recordará, ya sea en la línea recta o en la línea colateral, queda establecido respecto de las personas que descienden de un tronco común; es decir, de una pareja de progenitores, un varón y una mujer, que son los ancestros del grupo de parientes. La fuente primordial de la familia es la filiación, que es el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos y que por su particular relevancia, toma el nombre de filiación."⁴

Sin embargo, cabe señalar que, el vínculo preexistente entre los hijos concebidos mediante alguna técnica de fertilización asistida y sus progenitores, ya no puede sólo definirse, por el hecho biológico, es decir, cuando estamos en presencia de la utilización de células germinales o embriones provenientes de terceros ajenos a la pareja (donadores), el establecimiento de tal vínculo no puede derivar por un nexo biológico, pues, la información genética –en éstos casos-, no es propia de alguno de los progenitores o incluso de ambos.

Hasta antes de las reformas del 25 de mayo del año 2000, nuestro ordenamiento sustantivo civil hacía referencia a los hijos nacidos dentro del matrimonio (filiación matrimonial o legítima), y a los hijos nacidos fuera del matrimonio (filiación extramatrimonial ilegítima o natural), actualmente, tal distinción ha desaparecido. En este sentido, a partir de la entrada en vigor de las reformas al código civil para el Distrito Federal (1 de junio del año 2000), el capítulo que anteriormente se denominaba "De la Paternidad y Filiación", actualmente, se denomina "De la Filiación". Esto en razón de los constantes avances jurídicos que han sufrido diversas instituciones del derecho de familia en nuestro país, con una misión proteccionista de los derechos de los niños, que se rigen por el principio de que "todo niño tiene derecho a desarrollarse en

⁴ GALINDO, Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL "PRIMER CURSO: PARTE GENERAL, PERSONAS Y FAMILIA". 21ª edición. Porrúa. México 2002. Pp. 639-640.

un medio ambiente adecuado para su sano desarrollo físico y emocional dentro del núcleo familiar”, cimentado en la Convención sobre los Derechos de los Niños celebrada el 20 de noviembre de 1989, fortaleciendo así el núcleo social primario de la familia, y por ende, la célula madre de toda sociedad.

En este orden de ideas, se presumirán hijos de los cónyuges, a los hijos nacidos en el matrimonio, además de los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial (que surge, principalmente por la nulidad del matrimonio, por la muerte del cónyuge, o bien, por el divorcio), siempre y cuando no haya contraído nuevas nupcias la excónyuge.

Asimismo, el propio código civil, dispone que cuando hubiera concebido la cónyuge hijos, a través de las técnicas de fecundación asistida, se establecerá un lazo filial entre los hijos así concebidos y los padres de éste, negando en este sentido, cualquier acción de impugnación de la paternidad, en atención al bienestar propio de los niños concebidos a través de la reproducción asistida; asegurando los principios consagrados por la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Al mismo tiempo el artículo 338, protege y salvaguarda la relación paterno-filial existente entre los padres del hijo y éste, al establecer que este lazo “formará el núcleo social primario de la familia”, preservando de esta manera a la institución de la familia en nuestro derecho positivo mexicano.

De esta manera, las pruebas permitidas por nuestra legislación civil, para comprobar la existencia de la filiación, serán las siguientes:

1) Mediante el acta de nacimiento de los hijos, la cual hace prueba plena, por ser hoy en día la documental (pública) la madre de todas las pruebas, y por tanto, la que tiene mayor valor probatorio para el juzgador;

2) Cuando faltare el acta, o fuere defectuosa, incompleta o falsa, se comprobará la relación filial, mediante la posesión constante de estado de hijo (la posesión de estado de hijo se probará mediante los siguientes elementos: 1º que el hijo hubiere usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y madre, en la ausencia de los padres biológicos; 2º que los que pretendan ser su padre y madre hayan proveído a su subsistencia, educación y establecimiento; y, 3º que el presunto padre o madre tenga 18 años cumplidos al momento de llevar a cabo el reconocimiento de hijo, más la edad del hijo que va a ser reconocido);

3) Aquellos medios de prueba que ofrecen los avances de los conocimientos científicos (p.e. la prueba del ADN); los avances que se han presentado hasta nuestros días en el campo de la ciencia biogenética han dado lugar a diversos medios de prueba que se pueden ofrecer en diversos procedimientos judiciales, con la finalidad de encontrar la verdad, con ayuda de los procedimientos biológicos y médicos que se han puesto al alcance del derecho, en ese sentido, auxilian al quehacer jurídico como instrumento eficaz para dirimir las controversias surgidas en la sociedad.

Finalmente, debemos decir que, la institución jurídica de la filiación en nuestro derecho positivo mexicano es sin lugar a dudas, una de las más importantes instituciones del derecho de familia, en virtud de que los efectos jurídicos que derivan por su existencia, son de gran importancia para la sociedad. Y en este

sentido, el Estado, tiene la importantísima obligación de preservar y proteger el bienestar del núcleo familiar, a través del derecho.

Son variados los efectos, y por ello es necesario precisar cual es ese vínculo para poder precisar los derechos derivados de la filiación existente entre hijos y padres; y de esta manera, asegurar la institución de la familia en nuestro país y, consecuentemente, se estará protegiendo la célula madre de nuestros esquemas axiológicos, dotados de una gran variedad pluricultural que nos identifica como Nación.

1.1.2. Generalidades sobre la Maternidad.

Desde el instante mismo en que una pareja, por unión sexual, o bien, por utilizar alguna de las técnicas de fertilización asistida tenga un hijo, a partir de ese hecho se genera un vínculo biológico, y por tanto, un vínculo jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, ese vínculo recibe el nombre de maternidad cuando es visto desde el lado de la madre.⁵

Por lo que se refiere a la maternidad, el parto es el hecho que permite conocer la filiación en forma directa e indirecta. El alumbramiento, es un hecho cuya existencia se puede constatar por medio de prueba directa.

Es innegable que la vida del hombre, la existencia misma de la persona, está ligada quierase o no a la fecundación, la concepción, la gestación y el parto. Fenómenos de la naturaleza y a la vez hechos jurídicos implícitos en lo dispuesto por el artículo 22 del código civil para el Distrito Federal.

⁵ BAQUEIRO, Rojas, Edgard y otro. DERECHO DE FAMILIA Y SUS SUCESIONES. 13ª edición. Oxford, México 2002. op. cit. pp. 177-179.

La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo, esto en virtud de lo que dispone el artículo 60 del código civil ⁶, anteriormente esta obligación sólo era para la madre, pero no así para el padre del hijo; sin embargo, actualmente nuestro propio ordenamiento sustantivo civil la hace extensiva para el padre del hijo.

Actualmente, nuestro código civil, no establece una diferencia entre hijos dentro o fuera del matrimonio; esto en virtud, del reconocimiento del concubinato por nuestro ordenamiento sustantivo civil, al otorgar validez a aquellas parejas que vivan en común de manera constante y permanente por un período de dos años, siempre y cuando se hubiere establecido la relación de concubinato con una sola persona (fidelidad entre concubinos), pues de otra manera se estará hablando de la figura del amasiato, careciendo de cualquier derecho los que integran éste. De esta manera, los hijos que hubieran sido concebidos por la concubina y el concubinario, serán hijos de ambos y se establecerá la relación paterno-filial entre aquellos y éstos, derivando todos los derechos a que hace alusión nuestro código civil (alimentos, sucesiones, etc.), salvo aquellos que expresamente no otorgue.

De igual forma, el legislador desapareció la distinción que hacía nuestro código civil, respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio y los hijos que nacidos fuera del matrimonio, protegiendo de esta manera a los niños, enalteciendo el sentir humanístico de nuestras instituciones de familia.

En realidad, no existe mayor problemática en cuanto a la figura de la maternidad en nuestro derecho, en el entendido de que nuestro propio código civil, dispone expresamente la obligación de la madre de reconocer al hijo

⁶ GALINDO, Garfías, Ignacio. DERECHO CIVIL "PRIMER CURSO: PARTE GENERAL. PERSONAS Y FAMILIA. 21ª edición. Porrúa. México 2002. Pp. 640-645.

nacido de su seno materno; al mismo tiempo que, la institución de la maternidad responde a lazos espirituales de gran jerarquía y tradición fraternal en nuestro país.

1.1.3. Generalidades sobre la Paternidad.

Desde el instante mismo en que una pareja, por unión sexual, o bien por el uso de alguna técnica de fertilización asistida tenga un hijo, a partir de ese hecho se genera un vínculo biológico y, por tanto, un vínculo jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, ese vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado del padre.⁷

Debido a las reformas y adiciones a nuestro ordenamiento sustantivo civil, el padre –sea cónyuge o concubinario- tiene la obligación de reconocer a sus hijos, esto según se desprende del actual texto literal del artículo 60 del propio cuerpo de leyes en cita.

Sin embargo, nuestro derecho positivo mexicano, da lugar a que se pueda realizar investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, y a este respecto, nuestro propio código civil establece como supuestos para poder impugnar la paternidad, los siguientes:

1. Haberle sido físicamente imposible al padre haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge o concubina –según sea el caso-, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento,

⁷ *Ibidem.* pp. 177-179.

2 Cuando la madre hubiere ocultado el embarazo al padre. Algunas veces, la mujer oculta el embarazo a su cónyuge o concubinario, en virtud de que éste se encuentra fuera del lugar en donde se encuentra el domicilio conyugal, por cuestiones laborales, y ante estas circunstancias el derecho otorga a éste, el derecho de impugnar la paternidad, del presunto hijo.

Para ello, el padre que pretende impugnar la paternidad, podrá recurrir a las siguientes pruebas:

- I. Aquellas que comprueben que fue físicamente imposible que el padre hubiere tenido relaciones sexuales con su cónyuge o concubina –según fuere el caso-, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento;
- II. Aquellas que comprueben que la madre ocultó el embarazo al padre;
- III. Aquellas provenientes de los continuos avances científicos.

Nuestro propio código civil, hace referencia en su artículo 326, in fine, que no podrá impugnarse la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba con su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, siempre y cuando hubiere mediado consentimiento expreso del cónyuge o concubinario –según fuere el caso-, en la implementación de las referidas técnicas.

“La paternidad por lo tanto, no puede ser conocida directamente en forma inmediata, porque las relaciones sexuales que hayan podido existir entre un varón y una mujer y que han dado como consecuencia el nacimiento, se encuentran rodeadas de un velo impenetrable; tanto porque aquellas relaciones

de las que puede suponerse que ha dado lugar al embarazo de la madre, se han llevado a cabo en la intimidad, cuanto sólo a través de una presunción puede afirmarse verosímelmente que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre. El hecho constitutivo de la filiación paterna, es decir la fecundación de la madre, sólo puede ser conocido a través de una presunción que el derecho establece, partiendo de ciertos indicios ciertos que verosímelmente permiten concluir, que tal varón es el autor del embarazo de la madre.⁸

De igual forma, el padre podrá solicitar el reconocimiento de la paternidad, a través de las siguientes pruebas:

1º. Con el acta de nacimiento del hijo;

2º. Con la posesión constante de hijo, está, al mismo tiempo debe reunir los siguientes elementos:

- Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre;
- Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y
- Que el presunto padre o madre tenga una edad de 18 años cumplidos mas la edad del hijo.

3º. Con aquellas pruebas que ofrecen los avances de los conocimientos científicos (p.e. la prueba del ADN).

⁸ GALINDO, Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL. PRIMER CURSO. PARTE GENERAL. PERSONAS Y FAMILIA. Vigésima Primera Edición. Porrúa. México 2002. Pág. 640.

Finalmente, debemos establecer en este momento, que las pruebas a las que hemos hecho alusión en este apartado, también serán aplicables para impugnar la maternidad, o bien, para denunciar la maternidad. Sin embargo, como lo establecimos en párrafos anteriores la figura de la paternidad responde a valores de inigualable jerarquía dentro de los núcleos familiares de nuestro país, forjando las bases de la educación y cimientos de la personalidad de los jóvenes, y gracias a ello, y por supuesto al gran legado espiritual que las madres nos brindan, más tarde podrán incorporarse a nuestra sociedad y responder a las necesidades que ésta les impone.

Podemos concluir, como lo bien lo expresa Magallón Ibarra:

"Los vínculos de parentesco que existen entre el padre o la madre y el hijo, se denominan paternidad o maternidad cuando se le considera en cuanto a la persona del padre o la madre y filiación cuando se le mira en cuanto a la persona del hijo. Las relaciones de paternidad o maternidad y de filiación pueden ser resultado de la naturaleza, por reproducción asistida, o bien, de una ficción legal (adopción)".⁹

1.2. LA REPRODUCCIÓN HUMANA.

El ser humano puede reproducirse de manera natural, por la cópula o mediante las llamadas técnicas de reproducción asistida (TRA), a través de la inseminación artificial, fecundación in vitro, etc.; en cualquiera de las dos formas existe fecundación, lo que cambia, es el mecanismo mediante el cual el óvulo se fertiliza.

⁹ MARTÍNEZ, Roaro. Marcela. DERECHOS Y DELITOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. Porrúa. México 2000. pág. 314.

A la capacidad biológica de reproducirse de cualquier especie animal y por ende, del ser humano se le llama reproducción o fertilidad humana. El hombre y la mujer poseen la característica de la reproducción desde etapas embrionarias, pero ésta, entra en acción hasta la pubescencia en un complejo proceso, y es denominado el de la fertilidad o fecundidad.¹⁰

Para efecto de nuestro estudio, es prudente precisar la definición de la pubertad o pubescencia, como un hecho, producto de la fisiología natural del hombre, y su consecuente valor dentro del derecho, derivado de la maduración sexual y reproductiva en la mujer y el hombre.

El período de la pubescencia o también denominada pubertad, es un acontecimiento de la especie humana que comparte con otras especies animales, consistente en un complejo proceso biológico, que cumple con dos objetivos:

- A. El desarrollo y maduración de los aparatos sexual y reproductor para posibilitar la realización de las funciones sexual y reproductiva.

- B. Completar y concluir la diferenciación sexual, con los caracteres sexuales secundarios.

La pubertad termina cuando ha concluido el desarrollo y maduración de funciones de todos los órganos, el crecimiento óseo y la aparición de los caracteres sexuales secundarios, lo que en la mujer sucede en torno a los 18 años y en el hombre a los 20, en este momento, ambos sexos se encuentran en óptimas condiciones físicas para realizar una vida sexual activa y para procrear. La determinación de la conclusión de la pubertad es aún más difícil que la de su inicio.

¹⁰ Ibidem. op. cit. pág. 47.

Por otro lado, es conveniente, precisar la naturaleza de la adolescencia en el hombre, y sus consecuencias dentro de nuestro estudio, estableciendo sus implicaciones psicomotoras en los individuos y, por tanto sus consecuencias normativas en el mundo del Derecho.

“A diferencia de la pubertad, la adolescencia sólo ocurre en los seres humanos, algunos animales tienen pubertad, pero ninguno atraviesa por la adolescencia. A la adolescencia suele denominársele como El proceso psicológico y social que suele iniciar con la pubertad (no necesariamente) y constituye el lapso de transición de la niñez a la adultez. La pubertad, como hecho biológico, se da de igual manera en todo tiempo y cultura, la adolescencia en cambio, de índole social, adquiere manifestaciones diferentes en cada país, en cada clase social e incluso existen personas que no viven esta etapa.

En este tiempo, en nuestra cultura occidental, la adolescencia es considerada como una crisis caracterizada por la pérdida de la identidad infantil y la búsqueda de la identidad adulta. La niña-joven o el niño-joven viven los cambios de su propio cuerpo y los cambios de su percepción de la familia y de su entorno social, vivencias que los desconciertan y confunden y a los que suelen responder con actitudes de introversión, rebeldía, agresividad, inconformidad, etc.; actitudes que pueden ser leves o intrascendentes o llegar a extremos tales, que provoquen severos problemas en la familia, la escuela o la comunidad, llevando a el (la) adolescente a situaciones de adicción o criminalidad.

Independientemente de la terminación de la pubertad, se considera concluida la adolescencia, cuando él (la) joven han llegado a un estado de independencia emocional y económica, tiene establecidos sus valores y sus metas con cierta claridad, orientan su sexualidad hacia la búsqueda de una pareja estable y

busca relaciones igualitarias, en especial con los adultos de los que se alejó (padre y madre o figuras que los representen).”¹¹

Y es a partir de esa etapa, en que tanto hombre como mujer, están aptos biológica y psicológicamente para ejercer libre y responsablemente su derecho a una sexualidad sana y, por ende, a una sana reproductividad; estableciendo una familia basada en los lazos de solidaridad y ayuda recíproca a que se deben sus miembros.

En que consiste la fecundación natural. Básicamente la fecundación natural se compone de tres fases, quedando como sigue:

Primera fase de fertilización. El óvulo, que mide la quinta parte de un milímetro, es embestido por los espermatozoides vencedores que segregan una sustancia química que va diluyendo la membrana o zona pelúcida (el espermatozoide es 250 veces más pequeño que el óvulo y su cabeza mide una centésima de milímetro). De esta forma, el espermatozoide penetra el óvulo, impulsado por su flagelo como propulsor quedando conformada la fecundación del óvulo.

Segunda fase de segmentación. A partir de la nueva célula denominada *cigoto* o *huevo*, se inicia, unas 36 horas después de la fecundación, un proceso de segmentación y unión cromosómica y celular (meiosis y mitosis) de donde resulta la unión de los 22 autosomas maternos y el cromosoma sexual X con los 22 autosomas paternos, más el cromosoma sexual X o Y, quedando un cigoto con 46 cromosomas, dos de los cuales determinan el sexo: XX o XY. De 4 a 6 días se sigue dividiendo en pequeñas células aumentando su tamaño unos cuantos milímetros, denominándosele *mórula*; después se le llamará *blástula* o *blastocito* una vez implantado, *embrión* y a partir del segundo mes de gestación, *feto*.

¹¹ Ibidem. pp. 48-53.

Tercera fase de nidación. Hacia el quinto día el blastocito llega al útero donde queda flotando de 24 a 48 horas; después, con las vellosidades coriales, pequeñas "raíces", se implanta en la parte superior de la pared dorsal del útero, donde queda fuertemente "enraizado" en el endometrio. A partir de éste momento inicia el embarazo, no antes, por lo que si el óvulo fecundado es expulsado antes de la implantación o nidación, no existe embarazo. A las mujeres les es imposible saberlo, pero en el transcurso de su vida reproductiva, suelen expulsar en la menstruación óvulos fecundados que no se implantaron.

Una vez que el cigoto o huevo es enraizado en el útero de la mujer, comenzará su desarrollo embrionario, (que dura aproximadamente de 6 a 8 semanas posteriores al momento en que tuvo lugar la fecundación del óvulo), hasta llegar a conformarse en feto culminando con el parto y el nacimiento del nuevo ser humano viable, dotado con un conjunto de derechos inherentes a la persona humana, adquiriendo la calidad de persona con pleno goce de sus garantías individuales en el mundo del derecho.

1.2.1. La Reproducción Asistida.

"Entendemos por reproducción asistida, todas aquellas técnicas que facilitan la fecundación del óvulo por el espermatozoide mediando una actuación biomédica."¹² Se pueden agrupar en tres grandes apartados: inseminación artificial, fecundación in vitro y transferencia intratubárica de gametos. Se pueden diferenciar múltiples modalidades de éstas pero no se trata más que de simples variaciones sobre una misma técnica.

Uno de los mayores bienes de la humanidad es la posibilidad de transmitir la vida y este valor tiene su acción más perfecta en el amor de la pareja; a nadie puede

extrañar que el hombre, con todos los medios a su alcance, trate de vencer las dificultades que se presentan en el terreno de la procreación.

"Se habla de reproducción asistida humana en aquellos casos en los que fundamentalmente para combatir la esterilidad, la unión entre los gametos masculinos y femeninos se produce ayudada por estímulos no naturales. Así se pueden incluir dentro de las técnicas de reproducción asistida a la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la transferencia intratubárica de gametos, básicamente."¹³

"Por reproducción asistida se suele entender el conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificial, esto es, fuera del cauce natural que consiste en la fecundación del óvulo en el seno de la mujer con el subsiguiente desarrollo ininterrumpido en su propio organismo."¹⁴

"Las prácticas de reproducción asistida implican un conjunto de aspectos sociales, dentro de los cuales sobresalen los siguientes: a) aspectos económicos: ha de ser pensada dentro de las prioridades del sistema sanitario asistencial; b) aspectos culturales, la repercusión en los conceptos de procreación, de familia, de sociedad, etc.; c) aspectos científicos, la ciencia no es el valor mayor y no necesariamente es fuente de moralidad; d) sistemas ideológicos, de hecho toda la valoración supone aceptación o rechazo de un determinado sistema ideológico."¹⁵

¹² MARTÍNEZ, Morán, Narciso y otros. UTOPIA Y REALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CINCUENTA ANIVERSARIO DE SU DECLARACIÓN UNIVERSAL. Universidad Nacional de Educación a Distancia. España 1999. Pág. 195.

¹³ BENÍTEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACION GENÉTICA HUMANA. Edersa, España 1999. Pp. 33-34.

¹⁴ DE LA CUESTA, Aguado, Paz M. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA SIN CONSENTIMIENTO: ASPECTOS PENALES. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. España 1999. Pág. 21.

¹⁵ GARZA, Garza, Raúl. BIOÉTICA "LA TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DIFÍCILES". Trillas. México 2000. Pág. 202.

Dado que la infecundidad constituye una carga muy gravosa para los miembros de la pareja, hasta el punto de que puede dar lugar a múltiples problemas psicológicos que inciden sobre su convivencia, las técnicas de reproducción asistida han de ser objeto, en principio, de una alta valoración positiva. Sin embargo, por la posibilidad que otorgan de acceder al origen del ser humano, ha de reconocerse también que colocan a los científicos ante el inminente riesgo de convertirse en creadores autónomos de vida, como si su actividad quedase al margen de la ética y del derecho. Pero la propia importancia de la procreación obliga a que cualquier actuación que recaiga directamente sobre ella sea sometida a la reflexión ética y jurídica. Al enfrentarnos con las investigaciones y experimentaciones que se desarrollan en los procesos de aplicación de la reproducción asistida en humanos, vamos a analizar cuáles son las posibles violaciones a sus derechos, que pueden surgir por su activación.¹⁶

1.2.2. Distinción entre Técnicas y Métodos de Reproducción o Fecundación Asistida.

La primera cuestión importante que es planteada por la doctrina es la expresión "reproducción asistida". El término reproducción procede de la substantivación del verbo reproducir. Así se puede definir como "acción o efecto de reproducir o reproducirse". Reproducir es procrear una especie y procrear es engendrar, multiplicar una especie. Así pues, la expresión reproducción asistida hace referencia a la obtención de nuevos individuos prescindiendo o sustituyendo el proceso natural de fecundación de la especie mediante técnicas diseñadas por el hombre.

¹⁶ MARTÍNEZ, Morán, Narciso. UTOPIA Y REALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CINCUENTA ANIVERSARIO DE SU DECLARACION UNIVERSAL. Universidad Nacional de Educación a Distancia. España 1999. Op. cit. Pág. 196.

"A las técnicas por las que se obtiene la fecundación y procreación de la especie al margen de la vía natural se les denomina técnicas de reproducción o fecundación asistida."¹⁷

Las técnicas de reproducción o fecundación asistida son aquellas modernas técnicas biomédicas que permiten fecundar por medios distintos al proceso natural a un ser humano, hasta ahora únicamente cuando el ser humano sea mujer, pues es sólo la mujer la que se encuentra fisiológicamente capaz para engendrar a un hijo. En la medida en que estas técnicas surgen para resolver problemas de esterilidad o infertilidad, se puede afirmar también que las técnicas de reproducción asistida son las diversas técnicas de tratamiento de la esterilidad humana.

De lo expuesto podemos concluir que, una cosa son las técnicas de reproducción asistida y otra la reproducción asistida en sí. Ambos conceptos están íntimamente relacionados y así podría entenderse por reproducción humana asistida, aquella obtenida mediante técnicas de fecundación o reproducción asistida. Y por técnicas de reproducción asistida, aquellos medios o instrumentos creados por el hombre con la finalidad de llevar a cabo la fecundación, a través de métodos de asistencia, producto del desarrollo biomédico. En el entendido, de que éstos últimos sólo excitan la capacidad reproductiva de la mujer, para concebir, pero en ningún momento suplantarán la función misma de los órganos reproductivos del ser humano.

1.2.3. Factores que afectan la Reproducción Humana.

La infertilidad y la esterilidad se originan por diversas dificultades, ya sean aisladas o combinadas, en virtud de que no puede lograrse el embarazo de

¹⁷ DE LA CUESTA, Aguado, Paz M. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA SIN CONSENTIMIENTO: ASPECTOS PENALES. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. España 1999. Pág. 22.

manera normal, entre las que podemos destacar: aquellas relacionadas con alteraciones en la producción de espermatozoides o de óvulos, en su calidad o en su capacidad para la fecundación, con alteraciones anatómicas o bioquímicas de los órganos sexuales que los producen o los contactan, o debido a dificultades de la pareja para realizar normalmente el coito, por citar sólo algunas.

Para nuestro estudio es necesario hacer la distinción que se da entre los términos, infertilidad y esterilidad, siendo ambos términos derivados de la misma naturaleza, pero en diferentes grados de dificultad, por lo que hace a su tratamiento y solución.

1.2.3.1. Infertilidad.

Se denomina infertilidad a la incapacidad para concebir, si bien ésta puede ser una situación no definitiva, es decir, mediante el tratamiento idóneo se puede contrarrestar el problema en menor o mayor escala.

"Se entiende por infertilidad, a todas aquellas circunstancias que expresan la imposibilidad de tener hijos, siendo posible la fecundación y, por tanto, el desarrollo del embrión o feto, muchos tratadistas denominan a la infertilidad, como un tipo de esterilidad relativa."¹⁸

La infertilidad, se debe a todas aquellas circunstancias (psicológicas, sociales y biológicas), que interrumpen de modo regular la fecundación; y en virtud de esto último, puede decirse que esta puede ser tratada, a través de terapias médicas y psicológicas, de acuerdo a las circunstancias específicas de la pareja que así la sufre.

¹⁸ LOYARTE, Dolores y otra. PROCREACIÓN HUMANA ARTIFICIAL. DESAFÍO BIOÉTICO. Ediciones de Palma. Argentina 1995. Pp. 83-85.

1.2.3.2. Esterilidad.

La esterilidad en general es la incapacidad para concebir y ésta puede intentar corregirse médicamente, por procedimientos terapéuticos, quirúrgicos o artificiales, después de un diagnóstico apropiado.

"La esterilidad, en cambio, es la incapacidad definitiva o irreversible para concebir, aunque en algunos casos esta imposibilidad natural puede corregirse por procedimientos medico-quirúrgicos."¹⁹

La Secretaría de Salud, señala que las causas de esterilidad o infertilidad irreversible pueden ser atribuidas al factor femenino en un 30%, al masculino de un 30 a 40% y a ambos el otro 30-40% restante.

La esterilidad femenina representa un 30% del total y puede deberse a múltiples causas, entre las que destacan: lesión de las trompas de falopio, trastornos hormonales, lesiones de cérvix uterina, anomalías congénitas del aparato genital femenino, etcétera.

Un mayor número de mujeres que busca la ayuda médica no necesariamente significa que el porcentaje de esterilidad vaya en aumento; puede ser más bien que más y mejores procedimientos están disponibles, tanto para diagnóstico como para tratamiento, y que más parejas los conocen.

Una de las causas que compromete severamente la capacidad gestacional de la mujer es el embarazo ectópico tubárico, pues sólo 30 a 50% de las pacientes con un embarazo tubario previo, llevan al término un embarazo subsecuente; entre 10 y 20% de estas mujeres tendrán otro embarazo ectópico sucesivo.

¹⁹ GARZA, Garza, Raúl. BIOÉTICA "LA TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DIFÍCILES". Trillas. México 2000. Pág. 190.

Es importante recordar que hoy día la mujer se encuentra sometida a grandes presiones, y que en busca de su desarrollo profesional pospone el inicio de su vida reproductiva, en promedio general (mundial) hasta los 30 y 35 años. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que a medida que el tiempo avanza, el número y calidad de las células germinales femeninas disminuye; y en este sentido, se tendrán menores probabilidades para quedar embarazadas.

Al respecto de la esterilidad femenina, podemos concluir que ésta se presenta en menor escala, ubicándose en un porcentaje de 30% del total de casos que se presentan. Por lo tanto, es muy importante el respaldo que ofrecen los avances biomédicos en la reproducción humana, a través del uso de las técnicas de fecundación asistida, sin olvidar que su uso se legitima, como el último recurso de naturaleza terapéutica para contrarrestar un problema severo de esterilidad, o bien, cuando exista un riesgo inminente de transmitir una enfermedad genéticamente hereditaria al producto, sin necesidad de recurrir a la institución de la adopción (sin pormenorizar dicha institución, desde luego). Y en este sentido, se cumple la garantía de la salud reproductiva que consagra nuestra Constitución.

La esterilidad de origen masculino supone aproximadamente de un 30% a un 40% de los casos de esterilidad, y se debe, entre otras causas a las siguientes: impotencia o incapacidad para realizar el coito, alteraciones del líquido seminal, trastornos hormonales de la hipófisis y los testículos, etcétera.

La esterilidad masculina es un problema derivado por diversos factores psicológicos y fisiológicos, que como lo hemos manifestado en las líneas que preceden, se presenta en mayor escala que en las mujeres.

Tradicionalmente el factor masculino ha sido el mayor obstáculo, muchas veces insalvable, en el tratamiento de la pareja infértil. Sin embargo esta situación ha

cambiado sustancialmente con la introducción de la inyección intracitoplasmática (ICSI), de tal forma que, en la actualidad, pocos son los varones infértiles a los que no se les puede ofrecer una alternativa terapéutica.

“En México recientemente se ha introducido una técnica para la criopreservación de espermatozoides extraídos de biopsia de testículo y aspiración de epidídimo en píldoras y se han obtenido los primeros embarazos con espermatozoides testiculares criopreservados.

En la actualidad ya no es posible que los centros dedicados a la reproducción asistida de alta tecnología no cuenten con la ICSI, ya que muchos casos dudosos en el diagnóstico pueden terminar en fallos de fecundación y por consiguiente perderse el ciclo. Para esto la capacitación de profesionistas y el trabajo continuo en los centros estandariza y mejora los resultados con menos posibilidades de fallo”.²⁰

“La esterilidad idiopática, se presenta cuando pese a todos los estudios realizados no se llega a conocer el origen de la esterilidad, ésta representa aproximadamente un 3% de los casos de esterilidad, y en su aparición no deben descartarse hábitos o vicios como tabaquismo, alcoholismo, drogadicción o ingestión de medicamentos, etcétera.”²¹

En definitiva, este tipo de esterilidad se presenta muy pocas veces; no obstante ello, como quedo precisado en los renglones que preceden, no se descarta la aparición de ésta por diversos factores, por lo que sería necesario precisar aquí, que las parejas deben de cuidar su salud en diversos ámbitos, para que no afecten de ninguna forma su salud reproductiva.

²⁰ VÁZQUEZ. Benitez, Efraim y Otros. MEDICINA REPRODUCTIVA EN MEXICO. JGH Editores. México 1999. pp. 295 y 296.

²¹ GARZA. Garza. Raúl. BIOÉTICA “LA TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DIFÍCILES”. Trillas México 2000. pp. 193-194.

1.2.4. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida en atención al origen de los gametos.

En la actualidad, con una perspectiva más científica, se han elaborado varias clasificaciones en torno a las técnicas de reproducción fertilización o fecundación asistida. Aquí se exponen las más significativas tomando como referencia el origen de los embriones y gametos, es decir, si los gametos o embriones pertenecen a la pareja que solicita la implementación de alguna de las técnicas referidas estaremos en presencia de una reproducción asistida homóloga; y por otro lado, si los gametos o embriones pertenecen a personas ajenas a la pareja que solicita la reproducción asistida –ya sean óvulos, espermatozoides o ambos para su implementación- se estará en presencia de la reproducción asistida heteróloga, a continuación se exponen ambas tipologías.

1.2.4.1. Homóloga.

Consiste en la fertilización de la mujer con semen del cónyuge, en parejas unidas por un vínculo matrimonial, o bien, del concubinario, en el caso de las parejas unidas en concubinato.

En estos casos, los dos miembros de la pareja son fértiles. La esterilidad puede derivarse de la impotencia del varón, por vaginismo de la mujer o de algún elemento psíquico de alguno de ellos –o de ambos- que impida que, a través del coito, el esperma fecunde al óvulo. Por lo cual, será necesaria la asistencia facultativa para llevar a buen fin los deseos reproductores de la pareja.

Este tipo de reproducción asistida es el que menos problemas plantea desde las perspectivas ética y jurídica. No obstante, como se verá a lo largo de este trabajo, pueden plantearse problemas como la fecundación *post-mortem*, la

gestación por sustitución, la fecundación sin el consentimiento de uno de los cónyuges o concubinos, o la titularidad de los gametos o embriones crioconservados en caso de divorcio en el matrimonio o separación en la pareja unida por una relación de concubinato.

1.2.4.2. Heteróloga.

Normalmente supone la fertilización de la mujer con semen de varón distinto al cónyuge (en caso del matrimonio), o bien, del concubinario (en el caso del concubinato). En estos casos lo usual es que el semen proceda de un tercero, que en la terminología que en la materia se viene utilizando se va a denominar donante, por ser el dador del esperma utilizado en estas prácticas reproductivas. Pero también cabría entender heteróloga la fecundación de un óvulo donado a la pareja con semen del cónyuge o concubino. Incluso cabría definir como heteróloga la realizada con semen y óvulo de donante, o bien, la realizada con embrión de donantes. Es decir, lo que le da el carácter de heteróloga es la introducción en el ámbito de la pareja de gametos o embriones procedentes de personas ajenas a la misma, con la consiguiente aparición, en la descendencia, de material genético extraño a uno de los cónyuges (o concubinos) o a ambos.

Este tipo de inseminación o de fecundación, sí puede suponer un remedio a la esterilidad de uno de los miembros de la pareja o de los dos.

Para algunos tratadistas, existe una subdivisión dentro de la clasificación de la reproducción asistida heteróloga, siendo denominada como reproducción asistida mixta, entendiéndose por está "aquella forma de fertilización heteróloga utilizando una mezcla de semen de distintos hombres diferentes al varón de la pareja, una fertilización de óvulos procedentes en parte de la mujer de la pareja y en parte de donantes (en una fecundación in vitro con transferencia de

embriones –F.I.V.T.E.- o en una transferencia intratubárica de gametos –T.I.G.- .), o incluso una mezcla de gametos, femeninos y masculinos, de varias mujeres y varios hombres, completamente ajenos a la pareja. Para ver el rechazo generalizado de este tipo de fertilización.”²² Cabe señalar que, este tipo de práctica es ampliamente repudiada por las múltiples legislaciones que han establecido contenidos normativos que regulan las técnicas de reproducción asistida y la manipulación genética en el mundo.

Puede entenderse como una subespecie de la heteróloga y aunque, como señala HERRERA CAMPOS, para el caso de fertilización mixta con el semen de varios hombres incluido el varón de la pareja, pueda entenderse que ayude a consolidar la paternidad del cónyuge al “permitirle suponer que, tal vez, él es el padre del hijo de su mujer”, no tiene sentido ya que si ocurre a esa técnica por la pareja es porque el semen del varón de la pareja no es apto para fecundar a la mujer. El mismo razonamiento debe seguirse para el caso de la F.I.V.T.E. o la T.I.G. con óvulos de distintas mujeres incluidos los de la mujer de la pareja. Además una simple prueba biológica de paternidad entre el padre o la madre “legal” que han mezclado sus gametos y el hijo nacido por mezcla de gametos rompería la presunción de paternidad biológica.

1.2.5. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida en atención a su naturaleza.

La segunda de las clasificaciones de las técnicas de fecundación asistida, se postula a partir de la naturaleza misma derivada de cada una de ellas, quedando del modo que sigue:

²² BENÍTEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA, Edersa. España 1999. Pp. 34-35.

1.2.5.1. Inseminación Artificial.

"Consistente en la introducción del semen del varón (obtenido normalmente mediante masturbación aunque también puede ser obtenido, mediante punción percutánea epididimaria o durante la relación sexual "*coitus interruptus*"), en la vagina o en el útero de la mujer inseminada por medios no naturales."²³ "Con esta técnica el artificio se produce en el procedimiento que hace llegar el espermatozoides al óvulo, la fecundación del mismo se produce de modo natural".²⁴

"El procedimiento de inseminación, propiamente dicho, consiste en depositar el semen ya preparado en el canal endocervical o en el tercio interno de la vagina y se deja a la paciente en reposo por unas seis horas. También se puede introducir con un catéter el material seminal hasta el cuerpo uterino; no se precisa anestesia ni hay inconvenientes para la mujer."²⁵

Si el semen es el del varón de la pareja y no es adecuado para garantizar la fecundación del óvulo, habrá que "capacitarlo", eliminando los factores que le impiden la posibilidad de fecundar a su mujer, escogiendo para ello los espermatozoides con mayor capacidad de penetración, más vitales y más fecundos. Si la capacitación no es posible habrá que optar por el semen de donante.

"Si la inseminación artificial se produce con semen del cónyuge o concubinario, en cuyo caso hablaremos de inseminación artificial homologa (I.A.C.), y por otro lado, aquella inseminación que se produce con semen de donante, en cuyo caso hablaremos de inseminación artificial heteróloga (I.A.D.)."²⁶

²³ FERNANDEZ. Sessarego, Carlos y otros. DERECHO CIVIL DE NUESTRO TIEMPO. Gaceta Jurídica Editores Perú 1995 op cit. pp. 93-98.

²⁴ BENITEZ. Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA. Edersa, España 1999. Pág. 37.

²⁵ GARZA. Garza, Raúl. BIOÉTICA "LA TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DIFÍCILES". Trillas, México 2000 Pp 194-195.

²⁶ BENITEZ. Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA. Edersa, España 1999. pp. 37-38.

Las indicaciones principales para la inseminación artificial conyugal (homóloga) o sea de la pareja son: a) por imposibilidad de depositar naturalmente el semen en el fondo de la vagina o en cualquier parte de ella, por impotencia del varón al no lograr la erección o la eyaculación; b) por malformaciones congénitas del aparato genital femenino a masculino; c) cuando hay eyaculación pero el semen es escaso en espermatozoides, o éstos son inmóviles o sin capacidad de penetración y se pueden capacitar en el laboratorio; d) por un rechazo inmunológico de los espermatozoides a nivel de la vagina o la cérvix uterina; e) alteraciones locales, ya sea sequedad, escasez o infección del moco vaginal o cervical, y f) en la esterilidad idiopática, cuando los estudios no revelan ninguna anomalía y el embarazo no se produce.

En la inseminación con semen del donador (heteróloga)²⁷, "las principales indicaciones son: a) la esterilidad masculina por factores irreversibles o no solucionables, como son la azoospermia o la oligospermia severa; b) en la esterilidad por alteraciones o anomalías cromosómicas o genéticas del varón que aun cuando la mujer puede ser fecundada, esto es causa de abortos de repetición durante el primer trimestre del embarazo; c) en las enfermedades genéticas o cromosómicas graves del varón que pueden transmitirse a la descendencia; d) en la esterilidad por impotencia del varón, y e) en las infecciones transmisibles por semen del varón de la pareja, como el sida o la hepatitis C, etc., y en muchos casos se implementa en mujeres solteras."²⁸

Por otro lado, necesariamente debemos de precisar en este apartado en que consiste la inseminación *post mortem*. Siendo está la realizada con el semen del cónyuge o concubinario fallecido a su cónyuge o concubina.

²⁷ FÁBREGA, Ruiz, Cristóbal Francisco. BIOLOGÍA Y FILIACIÓN. Comares. España 1999. op. cit. Pág. 76.

²⁸ GARZA, Garza, Raúl. BIOÉTICA: "LA TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DIFÍCILES". Trillas. México 2000. Pág. 195.

Acerca de la inseminación *post mortem*, podemos decir que, si se exige la existencia de un proyecto parental para autorizar el recurso a las técnicas de reproducción asistida, entendidas como un medio de combatir la esterilidad, la lógica consecuencia será negar la citada posibilidad por faltar el presupuesto de la pareja procreadora en el caso de que alguno de los miembros de la pareja muera.

"Y es que, varias opiniones manifiestan que la inseminación o la fecundación *post mortem* implica un ejercicio desorbitado de un derecho de la personalidad – la libertad de procrear incita en el derecho a fundar una familia-, que en cuanto tal, termina con la muerte del titular. Por ello, la virtualidad del consentimiento prestado por un hombre para utilizar con fines de fecundación su esperma no puede ser otra sino la enervación del ilícito que en otro caso supondría la utilización de sus fuerzas genéticas sin o contra su voluntad."²⁹ Desde luego, podría realizarse está, si expresamente el cónyuge fallecido, insertará dentro de su testamento la inclusión de su consentimiento para ello, una vez que su esposa o concubina se hubieren sometido a cualquier tratamiento biomédico procreativo, anticipadamente.

La posibilidad de admitir esta inseminación se fundaría en el respeto a la libertad individual, que, en este caso, no hace sino expresar la vocación de supervivencia, al menos a través de los hijos, que todos los hombres tienen.

"Pero analizando desde la perspectiva del interés del niño, advertimos que, por este procedimiento, se crea un hijo de antemano huérfano; es decir, que aún antes del inicio de su gestación, está ya predeterminado que nacerá en un hogar que no es óptimo para él, pues carece de padre.

²⁹ MARTÍNEZ, Vidal, Jaime y Otros. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Comares. España 1999. pp. 110 y 112.

El panorama en diversos países no es decididamente a favor de una u otra tesis. Ha tenido resonancia internacional el caso de la viuda Corinne Parpalaz, a quien, en 1986, el Tribunal de Creteil, Francia, autorizó a ser inseminada con semen congelado de su marido muerto.³⁰

1.2.5.2. Fecundación in vitro con transferencia de embriones.

"Está se da cuando la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoides masculino se produce en el laboratorio, de un modo extracorpóreo."³¹

La fecundación in vitro y transferencia de embriones (FIVTE) consta de dos fases importantes: la realización de la fecundación en un modo artificial, no en el interior de la trompa de falopio, y el traslado del embrión, más bien de los embriones, al útero materno. A diferencia de la fecundación in vivo, ésta se realiza en el laboratorio, donde bajo el microscopio puede seguirse el proceso y desarrollo del embrión o embriones originados. En el momento de la transferencia, en la actualidad se recomienda introducir entre 3 y 5 embriones al útero para su implantación.

Al igual que la inseminación artificial, la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE) puede ser homóloga o heteróloga. La diferencia fundamental radica en que en este caso el óvulo también puede ser del donante.

En resumen: "el equipo médico de la unidad de reproducción humana de la clínica de Dexeus, señala que en una primera fase se va a producir en la mujer una sobreestimulación ovárica, para producir un mayor número de ovocitos

³⁰ FERNÁNDEZ, Sessarego, Carlos y Otros. DERECHO CIVIL DE NUESTRO TIEMPO. Primera Edición. Gaceta Jurídica Editores. Perú 1995. pp. 106-107.

³¹ BENITEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA. Edersa. España 1999. pág. 39.

(que producirá un mayor número de preembriones y, con ello, un mayor número de posibilidades de embarazo). Estos ovocitos se aspiran, con líquido folicular, mediante la laparoscopia o con una punción bajo visión ecográfica y se trasladan a unos tubos falcom para la maduración del ovocito, colocándolo en medio de cultivo en el incubador. Cada ovocito va a ser inseminado con 100-150 millones de espermatozoides móviles. Sobre las 20 horas de la inseminación se procederá a la liberación de los ovocitos. Entre 24 y 28 horas después de la liberación se producirá la segunda fase: la transferencia del embrión, transferencia que se realiza a través del cuello del útero, mediante un fino catéter, cuando el óvulo fecundado se ha dividido en 2-4 células.

La FIVTE es recomendable en esterilidades femeninas, ocasionadas por malformaciones en las trompas de falopio o por malformaciones de los ovarios, que impidan la ovulación y no puedan ser estimulados en estos casos se llevará a cabo una FIVTE con óvulo de donante- o por problemas en el tejido del útero –endometriosis-; por esterilidades masculinas, como la impotencia o la no-producción de semen –necesitando FIVTE con semen de donante-; por imposibilidad de la pareja para fecundar de un modo natural; o para evitar enfermedades genéticas o ligadas al sexo.”³²

En la actualidad se menciona que en un buen programa de FIVTE la probabilidad de éxito global (de uno a 10 intentos por pareja), es de cerca de 60%, sin embargo, las estadísticas generales hablan de 25 a 30%, lo cual reportaría apenas una eficacia similar a la de una gestación natural en una pareja normal que intenta embarazarse (30% en cada intento/ciclo menstrual).

Los riesgos de esta técnica pueden calificarse en físicos: 1. Derivados de la sobreestimulación de los ovarios; 2. Del riesgo anestésico; 3. Del procedimiento quirúrgico (laparoscopia); 4. De los microabortos (falla en la implantación); 5. De

la frecuencia de abortos (un poco mayor que en un embarazo normal), y 6. De los embarazos múltiples; además de los riesgos psíquicos como son el estrés que produce la técnica en general o cada uno de los procedimientos, la desilusión de haber pasado por todo el proceso y no lograr el embarazo, etc. Así también, es necesario mencionar entre los riesgos implícitos en esta técnica³³, que la transferencia de embriones fecundados in vitro abre las posibilidades a intromisiones de terceras personas entre la pareja: los donadores de semen o de óvulos, la posibilidad de donadores de embriones o bancos de embriones, la posibilidad de madres sustitutas, etcétera. Cada una de estas opciones trae consigo problemas legales y morales de diversa índole, no contemplados por el derecho tradicional mexicano. Por ello, nuestro marco jurídico tiene la imperiosa necesidad de encontrar soluciones y crear nuevos textos normativos para solventar esos problemas en la praxis jurídica.

1.2.5.3. Transferencia intratubárica de gametos.

La transferencia intratubaria o intratubárica de gametos (GIFT) se ha desarrollado a consecuencia de los conocimientos adquiridos de la FIVTE, y su creador y principal impulsor fue el doctor Ash, de la universidad de Texas, en San Antonio.

"El procedimiento consiste en poner óvulos en contacto con los espermatozoides en el interior de la trompa de falopio, en el mismo acto quirúrgico laparoscópico en el que se aspira el líquido folicular y los óvulos. Se necesita disponer de semen fresco o congelado –ya sea del cónyuge o concubinario-, y se dice que esta técnica permite a los gametos un ambiente más apropiado para la fecundación que la caja de petri y el medio de cultivo, aunque el principal riesgo es un embarazo ectópico.

³³Ibidem. pag. 40.

Es un procedimiento poco utilizado, cuyos riesgos son menores que la FIVTE y el que la fecundación ocurra naturalmente y dentro de la madre, parece conllevar menos intranquilidad moral y legal que el otro procedimiento, por lo que su uso esta aumentando, sobre todo en Europa.³⁴

Las posibilidades abiertas en torno a la reproducción humana con las nuevas técnicas biomédicas en relación a la libertad individual del ser humano llevan a plantear la siguiente interrogante: ¿Existe un derecho a procrear?, ¿dónde hay que fijar sus límites?; a ésta y otras cuestiones que habian sido resueltas históricamente por las reglas de la naturaleza, se va a tratar en los renglones que siguen. Igualmente se hará una breve referencia a la necesidad del consentimiento –como máxima expresión de la libertad individual del ser humano- de la mujer para someterse a alguna de las técnicas de reproducción asistida, con el consentimiento de su pareja.

1.2.5.4. Maternidad Subrogada o Subrogación de la Maternidad, y sus implicaciones jurídicas.

El informe Warnock inglés, define a la maternidad subrogada o subrogación de la maternidad, "como aquella práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento." La maternidad subrogada no es propiamente una técnica de fecundación asistida, pues se trata de una variación de la fecundación in vitro; sin embargo, y debido a las implicaciones jurídicas que derivan por su empleo. Consideramos necesario realizar un estudio de su naturaleza y sus repercusiones en la sociedad, con la finalidad de precisar la gravedad del problema si fuera incorporada en nuestro sistema jurídico.

³⁴ HURTADO, Oliver, Xavier. EL DERECHO A LA VIDA, Y A LA MUJERIE. 2ª edición. Porrúa, México 2000, op. cit. pp 32-52

³¹ GARZA, Garza, Raúl. BIOÉTICA: "LA TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DIFÍCILES". Trillas México 2000, pp. 198-199.

En el año de 1980, en Louisville, Kentucky, en los Estados Unidos de Norteamérica se reporta el primer caso de la subrogación de maternidad, realizada el 15 de noviembre del mismo año, cuando una mujer contratada para embarazarse con semen del esposo de una pareja estéril, da a luz y lo entrega a su progenitor natural, para que su cónyuge lo adopte.

"Existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento. De todas estas formas, la más común es la subrogación mediante inseminación artificial, cuando la madre gestadora es al mismo tiempo la madre genética, inseminada con semen proveniente del marido de la contratante, aunque cabe la posibilidad de efectuarla en un supuesto a contrario sensu del anterior; también es frecuente utilizar la fecundación in vitro (FIVTE) donde tanto el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestadora. En la práctica de la subrogación de maternidad está generalmente de por medio una paga que los contratantes hacen a la madre genética.

La novedad y gravedad de los problemas surgidos con motivo de esta práctica, ha sido causa de que se descalifique como aceptable la que es motivada por la conveniencia de una mujer físicamente capaz de gestar que recurre a otra para que se embarace por ella. Esto implica el serio riesgo de permitir que surja la explotación comercial, por lo tanto, en varios países se ha legislado en el sentido de considerar un delito el funcionamiento de agencias de subrogación cuyo objeto sea el reclutamiento de mujeres que se embaracen por cuenta de otra, o llevar a cabo arreglos para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre gestadora.

Con respecto a los contratos de subrogación de maternidad, generalmente son considerados ilegales e inexigible su cumplimiento ante los tribunales. La práctica es hoy conocida como "maternidad subrogada", y a ella recurren

parejas en las cuales la mujer padece alguna de las causas de infertilidad irreversible, es eventual transmisora de enfermedades o defectos de origen genético; o bien, siendo sana y capaz de gestar, decide que otra se embarace por ella, soslayando las molestias y riesgos de la maternidad.³⁵

De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen dos clases de subrogación:

1) Subrogación de maternidad total. Este tipo de subrogación de la maternidad, se da cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos. Al mismo tiempo en este tipo de subrogación materna se pueden establecer tres supuestos diferentes, dependiendo del origen de los espermatozoides, y son: 1º que los espermatozoides sean del cónyuge o concubinario de la pareja que solicito a una tercera para gestar al hijo de aquellos; 2º que los espermatozoides sean del cónyuge de la mujer gestante, y 3º que los espermatozoides sean donados por un tercero.

2) Subrogación de maternidad parcial. Este tipo de subrogación de maternidad se da cuando la mujer a la que se le solicita la subrogación de la maternidad, solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro (material biológico de la pareja), que le ha sido trasplantado.

También existe otra clasificación, en torno a la subrogación de maternidad por lo que hace a su naturaleza finalista y son, a saber:

³⁵ HURTADO, Oliver, Xavier. EL DERECHO A LA VIDA, Y A LA MUERTE? 2ª edición, Porrúa, México 2000, pp. 54-55.

1) Subrogación de maternidad comercial o arrendamiento de útero.³⁶ Está consiste en que la mujer contratada reciba una compensación económica por llevar a cabo la gestación del hijo de la pareja que la contrata para ello. La subrogación de maternidad comercial ha sido rechazada universalmente. En algunos países solamente se permite que la mujer que se embarace por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios, como lo son: médicos, psicológicos, alimentos especiales, transportes, hospitalización, así como todos aquellos que surjan con motivo de la implementación de esta técnica, y en algunos países hasta por la paga de los abogados que intervinieron en la formulación del contrato. Asimismo, se prohíbe recibir compensación alguna por el "servicio" como medida para evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer.³⁷

Muchas son las razones desde las que se critica esta clase de contrato, entre las que podemos destacar:

1ª. Puede provocar el que mujeres con medios económicos "compre" a mujeres necesitadas para tener hijos evitando los problemas del embarazo o sin interrumpir su vida laboral o profesional; 2ª. Rompe el valor de la unidad de la maternidad, siendo una nueva manipulación del cuerpo femenino, y por ello una práctica inadmisibles en cualquier sociedad; 3ª. Convierte al hijo en objeto de comercio, y plantea problemas de difícil solución en el caso de aborto o de enfermedad que perjudique al embrión; 4ª. Estamos ante un contrato ilícito por su objeto y por su causa, ya que el cuerpo humano no es objeto de comercio, no pudiendo ser objeto de contrato alguno. 5ª. Es contraria al orden público, la

³⁶ FABREGA, Ruiz, Cristóbal Francisco. BIOLOGÍA Y FILIACIÓN. Comares. España 1999. op. cit. pp. 114-118.

³⁷ VIDELA, Mirta. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA BIOÉTICA. Ad Hoc. Argentina 1999. op. cit. pp. 148-159

moral, las buenas costumbres y el interés social; 6ª. Estos contratos pueden dar lugar a tipos delictivos como la compraventa de niños.

- 2) Subrogación de maternidad altruista. Esta consiste en que la mujer que se somete a la implementación de esta técnica de fecundación asistida, lo haga como un gesto de caridad, de naturaleza puramente altruista, para con la pareja infértil que se lo solicita. Sin embargo, esto no exentaría a la pareja que se lo solicita, para que se encargue de todos los gastos que se originaran por la implementación de esta técnica (médicos, hospitalarios, psicológicos, etc.); y en todo caso si fuere voluntad de la pareja solicitante, de alguna manera retribuir a la mujer a quien se le solicita; definitivamente sería una compensación extraordinaria al acto tan generoso al que se sometió la mujer gestante.

En este sentido se pronuncia el marco jurídico del Reino Unido, creando la ley de acuerdos de subrogación en 1985, y con posterioridad la propia ley de fertilización humana y embriología de 1990, quedando precisado que la prestación del útero debe ser voluntaria y gratuita; desde luego, la pareja solicitante deberá costear los gastos originados por el embarazo, asistencia prenatal y el parto.

Finalmente, hablar de maternidad subrogada, abstrayéndose de predisposiciones absolutamente éticas o religiosas, obliga a acercarse al significado de familia, filiación, maternidad y paternidad. En este sentido, tanto la mujer que comercia con su cuerpo cediéndolo para gestar el hijo de otro u otros, a cambio de una gran cantidad de dinero, como la mujer que se ofrece a gestar el hijo de una pareja formada por su hermana y su cónyuge, con gametos donados por la pareja, como acto de amor fraternal, conceptúan el significado de la maternidad por sustitución (maternidad subrogada o subrogación de maternidad). No obstante, resulta evidente que éticamente

ambas situaciones expuestas no son idénticas. Parece, por tanto, excesivamente arriesgado afirmar la prohibición de estas conductas desde el mismo plano constitucional.

1.2.6. Evolución en Materia de Reproducción Asistida en el Mundo.

"Hay que hacer notar la rapidez de las etapas evolutivas de una ciencia que traspasa continuamente nuevas fronteras y que permite una creciente posibilidad técnica de intervención del hombre sobre la vida. Particularmente hablando de las técnicas de fecundación asistida, evocando posibilidades de intervención en el campo genético, en buena medida ya realizadas en el campo vegetal y animal, y en este sentido también en el hombre."³⁸

Sin embargo, las posibilidades que abre en el campo genético la terapia de los genes no puede hacer que pasemos por alto las implicaciones jurídicas en todos los demás campos de aplicación, incluidas las que se derivan del paso a través de la fecundación in vitro (la clonación, la partenogénesis, la ectogénesis, los híbridos, las quimeras, etc.).

"Estas propuestas reproductivas han producido reacciones diversas a favor o en contra, desde los ámbitos más variados (religioso, político, social, cultural, ideológico, etc.)."³⁹ Todas ellas atendiendo a los intereses y posturas ideológico-axiológicas que están en juego.

"Desde el punto de vista histórico muchos problemas filosóficos son, a menudo, intuiciones preteóricas expresadas en el lenguaje confuso hasta que, con el tiempo, merced a los avances científicos, se aclaran y son expuestas en forma de teorías refutables. Herbert Spencer fue uno de los primeros que se ocupó

³⁸ SGRECCIA, Elio. MANUAL DE BIOÉTICA. Diana. México 1996. pág. 219.

³⁹ VIDELA, Mirta. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA BIOÉTICA. Ad Hoc. Argentina 1999. pág. 102.

muy seriamente de la relación entre evolución y Ética. De acuerdo con Spencer 'la propia evolución nos indica el camino hacia los valores'. Por eso una Ética debería incidir lo menos posible en los procesos biológicos.⁴⁰

En el campo de la fecundación asistida, destinada a ayudar al hombre en su noble propósito de tener descendencia, sorteando las dificultades que la naturaleza le pudo imponer, "la ley debe de jugar un muy importante papel encauzador, tanto para señalar el marco y los requisitos de aplicación de las técnicas, y dar, así, un buen orden a las relaciones de familia, como para imponer límites a la manipulación de gametos y embriones"⁴¹, en beneficio de la sociedad universal humana.

1.2.6.1. Los Primeros Casos.

Aunque pudiera parecer que las llamadas técnicas de reproducción asistida – que incluye figuras popularmente conocidas como "bebés probetas", "fecundación artificial" o "madres de alquiler" entre otras- son típicas y consustanciales a nuestro tiempo, esto no es así. Encontramos numerosísimos precedentes en la literatura científica de intentos de lograr la fecundación, no sólo de animales, sino también de personas por vías distintas de las naturales. Castellano Arroyo refleja como se encuentran vestigios históricos concretos en el Talmud hebraico –siglo II-. Igualmente, Herrera Campos recoge la creencia de que ya los babilonios y los Arabes la practicaron con las palmeras. Así en plantas y animales se hicieron diversos intentos, algunos de ellos con éxito. Pero en lo que a la utilización de humanos se refiere, y a pesar de algunos pintorescos precedentes, parece que se inició en 1791 cuando el inglés Hunter inseminó a la esposa de un comerciante de Londres que padecía una

⁴⁰ Conversaciones de Madrid. BIOTECNOLOGÍA Y FUTURO DEL HOMBRE: LA RESPUESTA BIOÉTICA. Eudema y Capital Europea de Cultura. España 1992. pág. 21.

⁴¹ FERNÁNDEZ. Sessarego, Carlos y Otros. DERECHO CIVIL DE NUESTRO TIEMPO. Gaceta Jurídica Editores. Perú 1995. pág. 89.

hipospadia o anomalía congénita del pene del marido, recogiendo Girauld en 1883 diez casos exitosos de inseminación artificial realizados en Francia. Al año siguiente, Pancoast realiza la primera inseminación con fecundación empleando semen de donante –dándose en 1945 en Estados Unidos 25,000 nacimientos por este método-, y en la década de los 60 del siglo XX, tras la aplicación a conejos en 1930, se practicó con Edwards, fisiólogo de Cambridge, la primera aplicación a humanos de la fecundación in vitro. Antes, en 1953, Sherman consiguió los primeros embarazos empleando semen congelado. La primera transferencia de embrión conocida se realizó por Buston en los Angeles en febrero de 1984, dándose a luz a un niño por una madre de alquiler. Con posterioridad se produjo el nacimiento en Inglaterra de la niña Louise Brown el 26 de julio de 1978, nacimiento de las técnicas in vitro, (al que haremos referencia con mayor detalle en el apartado que sigue). Igual sentido tendría en Gran Bretaña el nacimiento de Baby Cotton, que si bien no fue el primer caso de transferencia de útero –hubo antes otros casos que no salieron a la voz pública, como el llamado niño T.E., por haber nacido por la técnica de la transferencia de embriones, nacido en los Angeles en 1984, y que ya hemos indicado-, provocó un gran debate público en el país, haciendo decir al diputado laborista Leo Abse en el "París Match":

"Es en verdad escandaloso que un norteamericano pueda desembarcar aquí, fletar a una mujer de esta manera, tratar a un niño como a un objeto y comprarlo como si estuviera en venta en los almacenes Harrod's".

La niña nacida el 4 de enero de 1985 en el hospital Victoria de Londres, fue el resultado del encargo hecho por una pareja americana a Kim Cotton, a través de una llamada Agencia para la Paternidad Substitutiva a cambio de 1,300,000 pesetas. Aunque este contrato fue catalogado por la opinión pública como ilícito, la ley británica no lo prohibía, y el Magistrado de la Corte Superior de Londres Sir John Latey, consideró que la niña pertenecía a la pareja que lo

encargo, lo que se catalogó como "imperialismo uterino". El día 13 de abril de 1984 nace en Australia Zoe, a partir de un embrión congelado, y supervisada por el Doctor Woode. Este caso terminó de una forma trágica, ya que el matrimonio chileno que hizo el encargo falleció dejando dos embriones congelados, que además podrían ser con el tiempo herederos de un ingente fortuna, y sin saber que hacer con ellos, terminando la especulación al anunciar al Ministerio Australiano de Sanidad, que los niños se darían en adopción a una pareja estéril.

*Esta exposición podría completarse con la historia de Corinne Parpalaix que litigó con el apoyo de sus suegros, contra un banco de semen para ser inseminada con el de su marido muerto, logrando que el Tribunal de Creteil le concediera este derecho por sentencia de 1 de agosto de 1989, desgraciadamente la inseminación no tuvo éxito.

También la literatura científica sobre esta materia no es novedosa, ya que existieron tratados médicos sobre la materia a mediados del siglo XIX.

Otro elemento fundamental en este desarrollo es la creación de los llamados bancos de semen iniciados en Estados Unidos en 1940, siendo de destacar el envío desde el pacífico durante la Segunda Guerra Mundial y la de Corea de semen de los combatientes para inseminar a sus mujeres, así como la iniciativa de algunos particulares como el llamado 'Banco de Semen Nobel' iniciativa del excéntrico millonario californiano Robert Graham y que fue un rotundo fracaso, primero por la escasez de participantes y luego por que los niños de los superdotados no han sido lo que el promotor esperaba. En España estos bancos existían ya en 1973 en cuatro hospitales dependientes de la seguridad

social: maternal de Granada, Cruces de Bilbao, Madrid y Barcelona. Hoy en día existen más de una quincena en ese país."⁴²

1.2.6.2. El Caso de Louise Brown.

El día 25 de julio del año de 1978, la tecnología médica de la procreación de seres humanos dió un gigantesco paso hacia delante en sus conocimientos sobre la procreación humana: el nacimiento de Louise Brown en un hospital de Oldham, Inglaterra, niña concebida en un platillo de laboratorio, cuyo embrión fue posteriormente implantado en el cuerpo de su madre que padecía de defectos en las trompas de falopio, para ser gestada hasta su nacimiento (más tarde se anunciaría el nacimiento del segundo niño, producto de esta misma técnica en la ciudad de Calcuta en la India.

Para muchos tratadistas, el caso de Louise Brown es el primer caso que trascendió a la opinión pública, suponiendo el arranque de la discusión sobre las técnicas de fecundación asistida en el mundo.

"La primera 'niña de probeta' coronó los esfuerzos de los médicos ingleses Patrick Christopher Steptoe y Robert Geoffrey Edwards. 'La fecundación in vitro superó uno de los principales obstáculos para lograr en el futuro lo que la ciencia-ficción ha vaticinado desde hace mucho tiempo: la ectogénesis, la concepción y gestación hasta su nacimiento de seres humanos en el laboratorio, sin utilizar el cuerpo femenino, lo que constituye un gran retroceso en el engrandecimiento espiritual del quehacer médico."⁴³

⁴² FÁBREGA, Ruiz, Cristóbal Francisco. BIOLOGÍA Y FILIACIÓN. Comares. España 1999. pp. 71-75.

1.2.6.3. Cronología de los Avances.

La incesante lucha contra la infertilidad o esterilidad, que se presenta en múltiples parejas alrededor del mundo, ha tratado de ser contrarrestada por los hallazgos científicos en el campo de técnicas de fecundación o reproducción asistida. Ante ello, la Comunidad Internacional, así como también, el marco jurídico de diversos países han reaccionado constituyendo bases legislativas de gran trascendencia histórica, entre las que destacan:

Suecia, es el primer país que establece una ley, al respecto de las técnicas de fecundación asistida, regulando parcialmente la materia, al referirse únicamente a la inseminación artificial (1984), en el próximo capítulo precisaremos con mayor detalle su contenido normativo.

Es España, el segundo país en establecer una ley sobre técnicas de reproducción asistida, y más adelante la ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, sus células, tejidos u órganos (1988), siendo el primer país vanguardista e impulsor, en lo que a regulaciones en este contexto se refieren.

En el año de 1990, en el Reino Unido, se crea la ley sobre fertilización humana y embriología, estableciendo en su contenido normativo, cuáles son las técnicas de reproducción humana asistida que aprueba el marco jurídico inglés. Siendo está la primera Ley que permite la maternidad subrogada o subrogación de la maternidad.

En ese mismo año, se crea en Alemania la ley sobre protección de embriones, estableciendo una excesiva intervención del derecho punitivo, al respecto, de la

⁴³ HURTADO, Oliver, Xavier. EL DERECHO A LA VIDA ¿Y A LA MUERTE? 2ª edición. Porrúa. México 2000. pp. 31-32.

aplicación de las técnicas de fecundación asistida, cuando por la implementación de éstas se pongan en riesgo los valores supremos de la dignidad humana.

En Austria, se crea la ley sobre medicina de la reproducción en el año de 1992.

En el Estado Francés, se crean en el año 1994 la ley relativa al cuerpo humano y la ley relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal; estableciendo dentro de su contenido normativo, las bases para la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, fijando los requisitos *sine qua non*, para acceder a ellas.

En ese mismo año, en Noruega se crea la ley sobre aplicaciones biotecnológicas en medicina.

En el año de 1999, en Suiza se eleva al rango constitucional, el acceso a la biotecnología procreativa.

Por otro lado, la Comunidad Internacional ha suscrito una serie de Declaraciones que tienden a establecer los principios básicos, sobre los cuales reposan todas las prácticas, investigaciones, tratamientos, etcétera, que hoy en día se realizan en el campo biomédico, biogenético y biotecnológico, entre las que destacan:

1. El Código de Nuremberg de 1947.
2. La Declaración de Helsinki ("Helsinki I" y "Helsinki II", celebradas en los años 1964 y 1975, respectivamente).
3. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras de 1994.

4. La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos de 1997, por sólo citar algunas.

En el segundo capítulo de este trabajo, precisaremos con mayor detenimiento, cuáles son sus alcances jurídicos reales de cada una de estas leyes y declaraciones, a través del análisis sistemático de sus contenidos normativos.

1.3. LA BIOÉTICA.

En 1971, Van Rensselaer Potter, bioquímico e investigador del cáncer, publica su libro *"Bioethics, bridge to the future"*, y de hecho utiliza por primera vez el término "Bioética". El mismo Potter, preocupado por el enfoque parcial y aislado de la bioética, publica su propuesta de una bioética más amplia, orientada al bien social de la supervivencia del hombre, con el título de *the global bioethics*; incluso sugiere cambiar el término utilizado de "desarrollo sostenible", que tiene marcados rasgos económicos y utilitarios, por el de "desarrollo aceptable", completándolo con el de "supervivencia global".

Al respecto, la Enciclopedia de Bioética de 1978, establece como definición de bioética la siguiente: "Estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, analizada a la luz de los valores y principios morales". Dándole así un sentido multidisciplinario en distintas áreas del quehacer humano.

La bioética, como tal, es una disciplina joven. Nació de la reunión, por un lado, de la ética médica, con una tradición de más de 2,500 años; y por otro, el surgimiento de nuevas corrientes filosóficas que poco a poco infiltraron el pensamiento médico, pero sobre todo ante la urgencia de replantearse el papel que juega el hombre dentro de un mundo nuevo, cada vez más tecnificado, más

desarrollado, más comunicado y, paradójicamente, más en peligro de destrucción.

Sin embargo, el surgimiento de la bioética como tal, ocurre bien en este nuevo siglo y nace desde diferentes puntos de partida. Por un lado, la obtención de nuevos recursos terapéuticos, como la anestesia o los antibióticos, entre muchos otros, lo cual le brinda al médico nuevas y mejores oportunidades de darle a su paciente salud y vida, y no sólo consuelo, como ocurría en muchos casos hasta entonces desde el inicio de la civilización.

“La bioética nació en Estados Unidos de América, cuando Daniel Callahan funda en Hudson, cerca de Nueva York, el Hasting Center, la primera institución en el mundo dedicada al estudio de la bioética, pero rápidamente pasó a Europa, primero con Francisco Abel, médico-sacerdote, quien funda en 1980 el Centro Borja de Bioética en Barcelona, España. Ese mismo año, en una reunión del CIOMS, el doctor José Kuty Poter inicia su preocupación por los aspectos humanistas de la medicina y con el tiempo funda en México el Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud, dentro de la Universidad Anáhuac. En Sudamérica, médicos como José Alberto Mainetti y Juan Carlos Tealdi, en Argentina, inician con este movimiento, que en los últimos años, especialmente en Chile, ha echado raíces, al punto del que el Programa Regional de Bioética para América Latina y el Caribe, dependiente de la OPS/OMS, tiene su sede en Santiago de Chile.

Hoy, en México, existen diversos focos donde se desarrolla la bioética: el Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud, de la Universidad Anáhuac; el Centro de Estudios e Investigaciones en Bioética A.C., de Guadalajara; el Instituto de Bioética de la Universidad Popular Autónoma de Puebla, entre otros. Pronto, seguramente empezarán a funcionar algunos más y con el tiempo seguirán aumentando. En México existe desde el 23 de octubre del año 2000,

además, una Comisión Nacional de Bioética, fundada y dirigida hasta ahora por el doctor Manuel Velasco Suárez."⁴⁴

"Hay quienes configuran la bioética como un movimiento de ideas históricamente, o historicísticamente, cambiantes; quienes la consideran más bien como una metodología de confrontación interdisciplinaria entre las ciencias biomédicas y las ciencias humanas; quienes reducen la reflexión bioética a una articulación de la filosofía moral, y quienes consideran en cambio que esta reflexión puede ser definida como una disciplina autónoma, con una función propia no identificable con la deontología ni con la medicina legal a los derechos humanos, aunque no pueda dejar de tener una conexión y ciertos puntos de confrontación con tales disciplinas, ni considerarse tampoco como una sección de la más conocida y antigua ética médica."⁴⁵

Como última anotación descriptiva podemos decir que el tratamiento de la bioética ha configurado ya tres distintos momentos: la bioética general, la bioética especial y la bioética clínica:

- a) "La Bioética General. Se ocupa de los fundamentos éticos, es el razonamiento acerca de los valores y principios originarios de la ética médica, y sobre las fuentes documentales de la bioética (derecho internacional, deontología, legislación)⁴⁶. En la práctica, constituye una auténtica filosofía moral en su parte fundamental e institucional.

- b) La Bioética Especial. Analiza los grandes problemas, abordados desde un punto de vista general, tanto en el terreno médico como en el biológico: ingeniería genética, aborto, eutanasia, experimentación clínica, etc. Ésta,

⁴⁴ HERNÁNDEZ, Amaga, Jorge Luis. ÉTICA EN LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA. Manual Moderno. México 1999. pp. 9-12.

⁴⁵ SGRECCIA, Elio. MANUAL DE BIOÉTICA. Diana. México 1996. pp. 35-36.

por tanto, no puede por menos de vincularse con las conclusiones de la bioética general.

- c) La Bioética Clínica o de toma de decisiones. Que examina en la práctica médica concreta y en el caso clínico los valores que están en juego o los medios correctos por los que se puede encontrar una línea de conducta sin modificar tales valores.⁴⁷

1.3.1. Principios rectores de la Bioética.

La bioética se encuentra regida por un marco conceptual generalizado en el mundo actual, denominándolo como "la teoría de los cuatro principios" y las reglas que cada uno de ellos postulan en su intervenir, producto del Informe Belmont. Éstos fueron formulados en el año de 1979 por Tom Beauchamps y James Childress, ante el acontecimiento del nacimiento de Louise Brown, que indudablemente rompió con el silencio en este actuar del quehacer biomédico en el mundo. Dichos principios son el de autonomía, el de no mal eficiencia, el de beneficencia y el de justicia. Sus creadores les otorgan el carácter de obligatorios y respetables en todo momento, salvo cuando entren en conflicto entre sí, ante lo cual deberá imperar el de mayor jerarquía axiológica, atendiendo al hecho específico a que se refiera.

Al hablar de bioética, como aquella disciplina filosófica que resguarda valores humanos, primeros en todo orden, en las prácticas y tratamientos médicos; necesariamente, tal disciplina debe de estar sostenida por pilares máximos sobre los cuales reposa toda su estructura valorativa; y en este sentido, todo el actuar de los hombres en este campo deberá de ceñirse bajo los lineamientos que postulan, buscando siempre el beneficio en la salud de los pacientes que

⁴⁶ Conversaciones de Madrid. BIOTECNOLOGÍA Y FUTURO DEL HOMBRE. LA RESPUESTA BIOÉTICA. Eudema y Capital Europea de Cultura. España 1992. op. cit. pp. 15-33.

solicitan los servicios que nos ofrece la biomedicina reproductiva en este nuevo siglo XXI.

1.3.1.1. El Principio de Autonomía.

Se basa en el respeto por la libertad de las personas, como sujetos dueños de su vida, no factibles de ser usados como objetos. También remarca la necesidad de tener en cuenta a quienes no pueden gozar de esa autonomía, como los niños y los enfermos disminuidos. Este principio plantea tres requisitos para que se concrete la autonomía: un comportamiento autónomo no debe ser forzado, supone de un ser libre para decidir y demanda tener opciones reales, para lo que es necesario que tenga a su disposición toda la información pertinente. Para que sea posible, todo sujeto debe tener satisfechas sus necesidades básicas, las que le permitan el pleno ejercicio de su libertad como ciudadano.

La doctrina que sustenta el principio de autonomía, nos habla de la veracidad, confidencialidad y consentimiento informado (sustentados en la Declaración Universal del Genoma Humano y Derechos Humanos). La veracidad se basa en la necesidad de la confianza entre el médico y el paciente, en el entendido de que, el médico será responsable de su acción negligente, cuando diere lugar a ello.

“La veracidad, como primer elemento que propugna este principio, consiste en la obligación del médico de conducirse con verdad hacia sus pacientes, informándoles las condiciones reales de su malestar, al mismo tiempo que, les señale las posibilidades de éxito que ofrece el tratamiento biomédico, y los riesgos que conlleva el mismo, brindando la facultad de decisión a sus pacientes.

⁴⁷ SGRECCIA, Elio. MANUAL DE BIOÉTICA. Diana, México 1996. pp. 37-39.

La confidencialidad posee sus antecedentes en el famoso 'secreto profesional', según el cual, aquello que el enfermo padecía era sólo un conocimiento para el médico o el equipo asistente. En la esterilidad por ejemplo, las parejas ocultan a la familia o a los amigos sus dificultades, porque temen ser evaluados como 'fallados', y con ello, se siente un profundo rechazo de la sociedad en general, despertando incluso sentimientos de rencor y odio, que terminan destruyendo la relación de las parejas que la sufren.

El consentimiento informado, es la posibilidad de una persona en aceptar un tratamiento, del que ha sido previa y debidamente informado de todos los beneficios y pormenores que puede significar el tratamiento biomédico-reproductivo, es por ello que emerge desde el principio de autonomía 'de la voluntad' del paciente, que, indudablemente se contrapone al opuesto autoritarismo médico que decide sin consultar y sin informar al paciente en ningún momento, contando con la sumisión, el temor y hasta la ignorancia del enfermo.

La concepción más actualizada de este elemento, considera que las decisiones deben ser tomadas de manera conjunta por el médico y el paciente, armonizando la decisión con un carácter valorativo y científico.

Por lo que hace a nuestra temática en estudio, este principio propugna la veracidad con la que debe conducirse el médico en la utilización de alguna técnica de fertilización asistida, la confidencialidad que debe guardar el médico en todo momento, so pena de las posibles sanciones a las que pudiera quedar sujeto por su incumplimiento, y finalmente, el médico deberá atender en todo momento a la voluntad de su paciente para someterse al tratamiento; informándoles previamente de todos los pormenores que existen por su

aplicación, quedando también sujeto a la responsabilidad que por su incumplimiento surgiera.”⁴⁸

1.3.1.2. El Principio de no Mal Eficiencia.

Surge de la raíz hipocrática (“tender en las enfermedades a dos metas: ser útil y no hacer daño”). Al mismo tiempo, se basa del principio kantiano de hacer el bien y evitar el mal (*primun non nocere*) Este principio obliga al médico a no exponer al paciente a riesgos innecesarios y no perjudicarlo intencionalmente. Es uno de los elementos más importantes en el ejercicio médico, puesto que sustenta la posibilidad de dar lugar contiendas legales por la mala praxis profesional y el nacimiento de juicios por la mala conducta médica.

1.3.1.3. El Principio de Beneficencia.

Argumenta que el médico debe tratar siempre de beneficiar al paciente, favoreciendo sus intereses y haciendo todo lo posible por restaurar su salud, es decir, buscar siempre el beneficiarlo.

Este principio abarca casi todas las obligaciones del médico: lo que él considera benéfico, lo que el paciente reconoce como beneficio, y lo que es benéfico para los hombres en general, así como lo que es benéfico para el espíritu. Tuvo su base en las actividades asistenciales religiosas o cívicas; en este nuevo siglo da vida en el pleno práctico al surgimiento de las obras sociales y a los servicios públicos de salud. Actualmente, este principio es consagrado por la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, en su artículo 5, salvaguardando así, la integridad física de aquellas personas que se ven sometidas a tratamientos terapéuticos y científicos; siendo siempre requisito

⁴⁸ VIDELA. Mirta. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA BIOÉTICA. Ad Hoc. Argentina 1999. pp. 63-67.

indispensable el beneficio exclusivo del paciente. Al mismo tiempo que se beneficia la humanidad en consonancia.

1.3.1.4. El Principio de Justicia.

Alude a la posibilidad de acceso a la atención médica por parte de todas las personas, sin discriminaciones ni limitaciones. Es obvio que este principio de la bioética es transgredido constantemente en nuestro país, en donde existe atención de cuarta y de primera clase, de acuerdo al nivel socioeconómico de cada individuo.

No obstante que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mantiene inmersa en su contenido normativo la "justicia social" como principio angular de su protección, es de afirmar que en virtud de las existentes y marcadas distinciones sociales, políticas y económicas que predominan no sólo en nuestro país, sino en el mundo entero; es en realidad muy difícil que la atención médica llegue a los sectores más vulnerables en nuestro territorio nacional. Ante ello, el Estado mexicano deberá crear medidas que realmente brinden a éstos grupos, certeza y seguridad social a la que alude nuestra propia Carta Magna, asegurando a todos los mexicanos su acceso a la salud pública, sin ningún tipo de discriminación por razón origen étnico, género, edad, capacidades diferentes, condición social, estado civil, raza, religión, preferencias, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad y condiciones humanas y tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de todas las personas que conforman la población mexicana.

1.3.2. Bioética y Derecho.

"La bioética pone en juego la relación entre la ética médica y el derecho, provocando las cuestiones relacionadas con la limitación de la libertad individual

o las opciones a principios y valores.”⁴⁹ La relación entre derecho y moral está en la actualidad más cuestionada que nunca y para esto existen dos corrientes de pensamiento muy diferentes dentro del derecho, y son, a saber:

Positivista. Esta corriente tiende a moldear la ley, de acuerdo con los factores reales que existen en una comunidad individualista, modificándola en atención a las nuevas circunstancias de hecho que se presentan en ella, obteniendo así su grado de vigencia en ese marco jurídico.

El positivismo como corriente filosófica ofrece una visión general del mundo y de las relaciones sociales. Su influencia se deja sentir en todas las disciplinas sociales, en las artes, en las ciencias durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX. Su iniciador, Augusto Comte (1798-1857) considera que la humanidad, después de pasar sucesivamente por una etapa teológica y otra metafísica, ha llegado a la etapa “positiva”, en la que los fenómenos sociales deben explicarse, no por causas divinas o sobrenaturales, sino que el conocimiento se limita a lo conocido por la experiencia, mediante la observación empírica y la búsqueda de las conexiones entre los diversos fenómenos. Las ciencias humanas necesitan desprenderse del lastre de conocimientos supersticiosos o mitológicos, sumarse al “progreso” de la humanidad, por ello deben adoptar los métodos utilizados por las ciencias naturales.

En el campo de la teoría jurídica, el positivismo abandona toda especulación filosófica y limita su campo de investigación al mundo empírico.

Naturalista. Esta corriente también conocida como “derecho natural” es la más persistente del mundo occidental; fue planteada por los griegos del siglo IV a. C., trasplantada al mundo romano, impregnada de los principios teológicos del

⁴⁹ GARZA, Garza, Raúl. BIOÉTICA: “LA TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DIFÍCILES”. Trillas. México 2000. pág. 88.

cristianismo durante la Edad Media, se transforma en una especulación racional en la Edad Moderna, recobra su vigor a partir del segundo tercio del siglo XX, ante los horrores de la primera y segunda guerras mundiales; y, en la actualidad ha retomado tal efervescencia a raíz de los problemas éticos y jurídicos que plantea el mal uso de la biomedicina reproductiva, que involucra un variado y persistente núcleo de seguidores.

Así pues, los elementos comunes a las diversas escuelas que siguen esta concepción pueden resumirse en los siguientes:

- 1) Existen principios morales y de justicia, universalmente válidos.
- 2) Estos principios pueden ser conocidos a través de la razón humana.
- 3) Las normas del derecho "humano" se consideran válidas únicamente si se apegan a los principios universales de justicia y moralidad que conforman y le dan forma al derecho natural.

Parece razonable entender –conforme nos sugiere Broekman– que en nuestra vida social se maneja el lenguaje del derecho como el último vehículo de salvación para problemas cotidianos complejos.

Sin la protección y dirección del derecho, la bioética sería muy frágil; sin una incrustación en principios jurídicos generales, es inaceptable⁵⁰. La aceptabilidad de la bioética necesita de principios jurídicos tanto como la protección de la vida humana requiere una expresión jurídica para ser efectiva. Vivimos, pues, con una bioética que depende cada vez más de patrones de pensamiento biojurídico o de bioderecho de cara a las nuevas necesidades que vive nuestra sociedad postmoderna.

⁵⁰ Conversaciones de Madrid. BIOTECNOLOGÍA Y FUTURO DEL HOMBRE. LA RESPUESTA BIOÉTICA. Eudema y Capital Europea de Cultura. España 1992. op. cit. pp. 87-95.

Gracias a los esfuerzos coordinados de la Secretaría de Salud, la Fundación Mexicana para la Salud, el Consejo Nacional de Ciencia y tecnología y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se crea la Comisión Nacional para el Genoma Humano y la Comisión Nacional de Bioética, según se desprende del texto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de octubre del año 2000. Instancias encargadas de estimular la investigación, atendiendo a los principios éticos y morales que nos impone la bioética universal, fortaleciendo el desarrollo de la investigación, desarrollo tecnológico, enseñanza y atención médica en nuestras instituciones de salud pública y privada que presten servicios biomédicos, siempre en beneficio de la salud de sus pacientes.

Podemos afirmar, entonces, que es necesario que haya una estrecha relación entre la bioética y el derecho, para que la adaptación jurídica, sea cada vez mayor, respecto de los comportamientos sociales que tengan su fuente inspiradora en los principios rectores del pensamiento bioético. De esta manera, las reglas jurídicas y las reglas bioéticas estarán saludablemente articuladas.

La perspectiva del jurista —el obrar humano y su valoración— no puede estar ausente en la problemática de la bioética. En última instancia, será el legislador a quien compete "generar la regulación jurídica que debe inexcusablemente salvaguardar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, fundados en su dignidad inalienable".

Debemos aclarar, asimismo, que las elegidas son las teorías con las cuales nos sentimos más identificados, pero obviamente existen disimilitudes interpretaciones sobre el tema. No podemos, porque excedería en mucho el marco de este trabajo, explayarnos más sobre el tópico. Porque no es el propósito de esta tesis profundizar el deslinde de la ética y el derecho. Esa es tarea que queda reservada a la filosofía. Antes bien, aspiramos a lograr una

comunidad pragmática entre estas dos disciplinas, en especial en el tema que motiva este estudio, es decir, la reproducción o procreación humana artificial.

"Queremos, por eso, remarcar que el punto de conexión de la bioética y el derecho está dado por la necesidad de sincronizar el 'ser', con el 'deber ser' y el 'poder hacer'. La respuesta del derecho a los dilemas que plantea la bioética ha de darse, transformando en realidad los principios bioéticos ya enunciados.

Debemos pasar a la etapa de realizaciones concretas. Debemos, por ello, legislar. ¿cómo? Estableciendo un puente armónico entre la bioética y el derecho. Para ello, primero hay que entender la estructura de éste, así como la estructura interna – o elementos constitutivos- de sus normas."⁵¹

1.3.2.1. El Nuevo Derecho para la Nueva Genética.

Debido a la creciente globalización económica y política que ha sufrido el mundo, hoy en día la ciencia y la tecnología han partido hacia una nueva aventura histórica "el campo de la manipulación genética", al margen del beneficio colectivo del hombre; erradicando enfermedades genéticas graves, contrarrestando problemas de esterilidad, por sólo mencionar algunos de los argumentos de que se valen los investigadores y científicos de nuestra época. Ante ello, el derecho necesariamente debe de responder reestructurando las bases sobre las cuales reposa el fundamento axiológico de esta rama del quehacer humano; salvaguardando las instituciones jurídicas existentes, a través de contenidos normativos precisos, que tengan como finalidad resguardar las prácticas biomédicas y de investigación, sin coartar el desarrollo científico y tecnológico en México y el mundo.

⁵¹ LOYARTE. Dolores y otra. PROCREACION HUMANA ARTIFICIAL. DESAFIO BIOETICO. Ediciones de Palma. Argentina 1995. pp. 28, 29, 35, 36.

Sólo, en este sentido, el derecho cumplirá su finalidad, adaptándose a las nuevas condiciones de facto que se están presentando en el campo del desarrollo de las investigaciones genéticas, en el entendido de que el derecho es el instrumento formal más importante por la validez, seguridad y certeza jurídica que nos brinda a los gobernados, resguardando y salvaguardando los valores de carácter colectivo que imperan e identifican a una Nación. Y de esta manera, se coadyuva a elevar el crecimiento y desarrollo que se está produciendo en todos los rincones del mundo en el campo de la biomedicina reproductiva; anteponiendo, desde luego, los principios rectores que entraña la bioética universal en los tratamientos de esta naturaleza.

1.3.2.2. La Constitución y la Bioética.

La Constitución, es un instrumento normativo, a través del cual una sociedad determinada, fija y armoniza sus valores culturales o pluriculturales, salvaguardando siempre los principios sobre los cuales reposa ésta, al mismo tiempo que, fija la organización de todo su aparato gubernamental en todos sus ámbitos. Situándose de esta manera como el instrumento rector de un Estado-Nación por excelencia. En este sentido, tal ordenamiento fundamental debe de preservar las reglas básicas bajo las cuales deberá de situarse la bioética en ese país, impregnando su texto de la literatura biotecnológica en aras del beneficio permanente de esa población.

"El examen de los valores constitucionales se encuentra íntimamente ligado con la cuestión de los derechos ya que en no pocas ocasiones aquellos se manifiestan precisamente como derechos constitucionalmente garantizados. La tentativa de fundar en ellos la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas, por más legítima y conveniente que sea, también representa sus límites.

En este caso, algunos de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente y con fuerte significación simbólica (derecho a una salud reproductiva, vida, familia, etc.) son utilizados, fundamentalmente para ser aplicados a situaciones, como las que se derivan de las prácticas de reproducción asistida, para las que ni de lejos estaban pensados.⁵²

Siguiendo este orden de ideas, nuestra Constitución deberá revolucionar en este sentido, impregnando su contenido jurídico de todas las condiciones de hecho que se están presentando alrededor del mundo por lo que hace a la manipulación genética y reproducción asistida se refieren, a las que México no permanece ajeno; desde luego tal enmienda deberá atender en todo momento a los esquemas axiológicos que existen y se mantienen vigentes en nuestro país, imperando el respeto absoluto hacia el progreso científico y tecnológico que impulse el crecimiento espiritual del hombre.

Finalmente, debemos de decir que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe de adaptarse a las nuevas realidades que se están generando con motivo de los avances en la biomedicina de la reproducción; asegurando de esta forma su legitimidad en nuestro marco jurídico, al mismo tiempo que salvaguarda de manera imperativa cualquier invasión de carácter indignante que se presente contra la población mexicana, generada por el mal manejo de alguna práctica de reproducción asistida en México, atendiendo, desde luego, a los valores y principios que nos identifican como Nación.

1.4. LA PERSONA EN EL DERECHO.

Todo hombre es persona y ésta es una verdad que no procede de la norma jurídica, sino de la misma naturaleza humana. El hombre es persona por ser substancia individual, por ser racional, y por tanto subsistente o sea que existe

⁵² LEMA. Añon, Carlos. REPRODUCCIÓN, PODER Y DERECHO. Trotta. España 1999. Pp. 279-280.

realmente no como apariencia y existe en sí. Cada hombre tiene su propia vida y la vida de ese hombre no puede ser substituida por ningún otro, no puede ser vivida por nadie mas que por él. Es por tanto insubstituible en su individualidad. El hombre nace y es libre por naturaleza, se autopertenece y dispone de sí mismo.

No obstante que hombre y derecho nacen juntos, conceptualmente la persona humana es anterior al derecho en tanto que el derecho nace para servirse para ordenar la convivencia en vistas al fin de la persona humana, que por ser trascendente, es superior a todo orden jurídico.

"El Derecho por tanto recibe como un postulado, como un dato previo a su misma existencia a la persona, con sus características naturales, que el derecho no debe modificar sino por el contrario, debe de respetar y promover, para cumplir con su propia finalidad de implantar la "justicia" en la convivencia humana. La finalidad de justicia del orden jurídico no se puede lograr sino a base de respetar y promover los valores de la persona individual.

El bien común, no excluye a los bienes particulares, sino que exige que cada uno los tenga, de tal manera que a nadie se le permita perjudicar a los bienes particulares de otros. El bien común incluye y presupone el debido respeto a la dignidad de la persona humana, ya que esta dignidad no es un bien particular, poseido en exclusiva por un hombre determinado, sino un bien que tienen todos los hombres por ser personas y en consecuencia, es un bien común. "El bien común, por tanto, exige el respeto a la dignidad común a todos los seres humanos". Sólo mediante el respeto a la dignidad humana que es común a todos los hombres, pero que se manifiesta en cada uno, se puede lograr el bien común.

Por lo anterior es correcto concluir que la persona humana es el centro mismo del orden jurídico; es la razón de existir del derecho; sin persona humana el derecho perdería su razón de ser y no se estaría ordenando nada a nadie. El fin trascendente de la persona y sus características básicas naturales como tal persona, no pueden ser modificadas por el orden jurídico sino que, como ya se dijo, deben de ser protegidas y promovidas para que la persona humana alcance la plenitud de su realización como tal.⁵³

Con todo lo anterior, queremos destacar claramente la importancia de la persona humana en el orden jurídico. Todo el derecho existe para la persona individual en sus más altos ideales y como consecuencia de lo anterior, su finalidad es conseguir la realización del bien común en la sociedad, enalteciendo los valores que la identifican, al mismo tiempo que le ayuda a conseguir sus más altos fines. En este sentido, la persona en el derecho, hoy en día toma una efervescencia de mayor jerarquía axiológica, por el interés primario que está en juego con motivo de la manipulación genética procreativa, con fines distintos a los de diagnóstico y terapéuticos, oponiéndose así al desarrollo biotecnológico en pro de la propia beneficencia y bienestar del hombre.

1.4.1. La Fecundación y el Embrión.

La fecundación o fertilización es un acto mediante el cual el óvulo de la mujer es fecundado por el espermatozoide de un hombre y con ello se concibe un nuevo ser, a quien en un comienzo de su vida biológica se le denomina embrión; es por ello, que resulta imprescindible para nuestro estudio, precisar que desde el momento mismo de la concepción el producto o embrión, es ya considerado una persona dentro de nuestro marco jurídico mexicano, si bien es cierto aún no

⁵³ PACHECO, Escobedo, Alberto. LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO. Segunda Reimpresión. Panorama. México 1998. pp. 24-27.

se consuma el hecho mismo del nacimiento, y aún no se sabe con certeza que efectivamente nacerá el neonato, ello no es causa para negar el rango de persona al embrión y al feto, pues en ese supuesto negaríamos el origen mismo de la persona, y por tanto del ser humano de manera deplorable para todos.

Para la existencia de la vida humana en sus fases iniciales, necesariamente suelen ser utilizados los siguientes términos:

1.4.1.1. Material Biológico.

"La mayoría de las células del cuerpo humano, tienen una dotación de 46 cromosomas. Una excepción son los gametos o células sexuales, que tienen 23. El óvulo aporta la mitad y el espermatozoide la otra mitad de los cromosomas constitutivos de la especie. La célula resultante se denomina óvulo fecundado o *cigoto*. El cigoto es una célula que procede del óvulo, portador de la herencia materna, y del espermatozoide, portador de la herencia paterna. La fusión de los 23 cromosomas del óvulo con los 23 del espermatozoide constituye su dotación genética completa. Esta conjunción configura su código genético, que determinará su herencia sin que le acontezca en el futuro ningún cambio sustancial que no estuviera previsto en su programa genético. La fecundación del óvulo señala el comienzo de cada individuo, distinto de sus padres con su propio código genético individual. El primer dato indubitable, puesto en claro por la genética, es el siguiente: en el momento de la fertilización los dos gametos de los padres (huevo y esperma) forman una nueva entidad biológica, el cigoto, que lleva en sí un nuevo proyecto-programa individualizado, una nueva vida individual."⁵⁴

⁵⁴ VILA-CORO. Barrachina, María Dolores. INTRODUCCIÓN A LA BIOJURÍDICA. Universidad Complutense de Madrid. España 1995. pág. 29.

1.4.1.2. Preembrión o Embrión preimplantatorio.

Primeramente, debemos de establecer, para efectos de nuestro estudio el concepto *preembrión*, y en este sentido, entendemos por *preembrión* "al embrión hasta momentos antes de ser implantado en el útero de la mujer, es decir, desde el momento en que tuvo lugar la fecundación hasta los catorce días posteriores a ésta, siendo en este sentido, la implantación el hecho que marca la diferencia entre la etapa preembrionaria y la embrionaria".⁵⁵ Para nosotros, tal diferencia sólo es aceptable para efecto de precisar con exactitud, las etapas a que se ve sometido el embrión en los tratamientos de fertilización asistida, siendo en última instancia, sólo una terminología técnica dentro del campo de la Embriología, que distingue al embrión, de un momento preimplantatorio a su posterior implantación en el útero. En este sentido se expresa la ley sobre técnicas de reproducción asistida de España, distinguiendo al *preembrión* del *embrión*.

Un dato interesante de la propia ley española, es la utilización del término *preembrión* para designar al *cigoto* que no ha sido implantado todavía en el seno materno y que no ha superado los catorce días la vida extrauterina; de ahí que en este apartado, analicemos al *preembrión* o *embrión preimplantatorio*, justificándose al mismo tiempo por algunas legislaciones que utilizan esa terminología para diferenciar las etapas evolutivas del embrión.

Actualmente, las posturas en cuanto al origen del embrión como tal, establecen que, la existencia del embrión para efectos de nuestra temática en estudio comienza, a partir del día catorce posterior a aquél en que tuvo lugar la fertilización. Es así, que el *cigoto*, pasa a ser *mórula* y más tarde *blastocisto*, momento en el cual éste será implantado en el útero de la mujer,

⁵⁵ GAFO, Javier. NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA. BIOMEDICINA, ÉTICA Y DERECHO. Publicaciones de la Universidad Pontificia. España 1986. pág. 219.

perfeccionándose así, lo que de manera natural sería la anidación en el útero materno, y sólo a partir de ese hecho, el antes denominado preembrión o blastocisto, sería denominado embrión, y con ello, entraría bajo la protección del Derecho.

Esta postura, permite que los denominados preembriones sean sujetos a múltiples experimentos, o bien, a cualquier tipo de manipulación genética, sin consecuencias morales y jurídicas, ya que se trata de células, que si bien es cierto, representan vida humana, ese estado tan incipiente de vida no es considerado por muchos como vida propiamente humana. Naturalmente, nuestro Derecho deberá establecer con exactitud, cuál es el comienzo de la vida embrionaria, reafirmando la postura que asume nuestro código civil para el Distrito Federal en su artículo 22, en relación con el 337, o bien, como lo afirman otros autores, "se deberá legislar dejando a un lado esa postura arcaica del origen embrionario por nuestro derecho". Desde luego, siempre atendiendo a los principios generales del derecho, a la vida, dignidad e identidad humanas, valores últimos que fundamentan todo ordenamiento jurídico en cualquier rincón del mundo.

Desde nuestra perspectiva, tal y como lo manifiesta Jean Bernard "la vida no comienza en el nacimiento sino en la concepción, el huevo humano recién formado, el huevo resultante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide contiene el ser completo en potencia que será más tarde".⁵⁶ Por ello, se puede decir que el huevo unicelular recién fecundado es ya persona pues contiene en sí toda la humanidad que pueda llegar a desarrollar.

1.4.1.3. Embrión postimplantación.

En primer término, debemos establecer cual es el concepto de embrión, para efectos de precisar el significado que reviste éste dentro de nuestra temática en estudio, entendiéndose como tal el organismo en donde comienza la persona para el derecho, justificándose así la importancia que representa su conceptualización.

En este sentido, el embrión puede ser definido como "el organismo que se desarrolla en los primeros estadios de la vida de la persona. En la especie humana se considera que la fase embrionaria comienza desde el momento en que se lleva a cabo la fecundación, hasta las seis a ocho semanas posteriores a ésta última, pasando a continuación a denominarse feto".⁵⁷

Sin embargo, para la embriología, el período embrionario (denominado también organogénesis) comienza a partir de la tercera semana, es decir, a partir del día catorce, posterior a aquél en que tuvo lugar la fertilización del óvulo.

Al mismo tiempo, dentro del desarrollo embrionario —como ha quedado precisado— se presentan una serie de etapas biológicamente evolutivas, siendo estas: el cigoto, la mórula y el blastocisto.

Podemos encontrar científicos, filósofos y juristas que sostienen que desde la concepción hasta la implantación o anidación definitiva del cigoto (también denominado blastocisto o blastomero en esta etapa) en el útero no existe ni ser humano, ni siquiera vida humana. En atención a ello, hasta antes del día catorce el embrión (también denominado preembrión para algunos tratadistas) humano debe ser considerado como simplemente vida. Y sólo a partir de que

⁵⁶ BERNARD, Jean. BIOÉTICA. Traducción de Cari Baena. España 1994. Pág. 81.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 194.

se complete la anidación, podremos hablar del comienzo de la vida humana pero, hasta su nacimiento, no podrá considerársele ser humano y, por tanto, sujeto de derechos.

Frente al criterio de la implantación en el útero como determinante de la vida humana –hasta entonces no habría más que un preembrión, es decir, algo que todavía no es un embrión humano-. Por ello, tal y como lo sostiene Vicente Bellver Capella, "el criterio para determinar cuándo existe un ser humano es el de la potencialidad humana: toda forma de vida que tenga en sí la potencia ontológica (según el principio ontológico, todo ser que podría llegar a ser un miembro acabado de la especie humana es ya un ser personal y debe ser reconocido y tratado como un fin en sí mismo) de llegar a ser el ejemplar más acabado de los seres pertenecientes al género humano, aunque de hecho nunca lo llegue a ser, es la vida de un ser humano".⁵⁸ Caso distinto es el de los gametos o células germinales humanas, pues, en este caso, tales células haploides, carecen de tal potencialidad y sólo cuando se fusiona el espermatozoide con el óvulo y constituyen en suma un núcleo diploide con una dotación genética completa y enteramente original y aparece el ser humano en toda su potencialidad. Por supuesto, es de decir que, tampoco una célula adulta del cuerpo humano tiene esa potencialidad generativa.

Ahora bien, no podemos olvidar que, el embrión dispone desde el momento de su concepción de la información genética específica para llevar a cabo su proceso de desarrollo, hasta el día en que se consuma el nacimiento.

En definitiva, tal y como lo sostiene Juan Ramón Lacadena, "ningún científico dudaría en responder que en el momento de la fecundación, es decir, cuando de dos realidades distintas –el óvulo y el espermatozoide- surge una realidad

⁵⁸ BELLVER, Capella, Vicente. ¿CLONAR? ÉTICA Y DERECHO ANTE LA CLONACIÓN HUMANA. Comares. España 2000. Pág. 131.

nueva y distinta –el cigoto–, con una potencialidad propia y una autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético”.⁵⁹ Y ante tal circunstancia el Estado, deberá de proteger el principio de vida de toda persona humana, a través del Derecho.

1.4.1.4. Feto.

“El período entre el comienzo del tercer mes hasta el final de la vida intrauterina se llama período fetal. Se caracteriza por la maduración de los tejidos y los órganos y el rápido crecimiento del cuerpo.

El período fetal se extiende desde la novena semana hasta la fecha del parto y se caracteriza por el rápido crecimiento del cuerpo y la maduración de los sistemas orgánicos. El crecimiento en longitud es especialmente notable durante los meses tercero, cuarto y quinto (5 cm por mes aproximadamente), en tanto que el aumento de peso es más llamativo durante los dos últimos meses de la gestación (aproximadamente 700 g por mes).

En general, la duración de la gestación para producir un feto de término se considera que es de 280 días o 40 semanas después del primer día de la última menstruación o, más exactamente, 266 días o 38 semanas después de la fecundación.”⁶⁰

Al mismo tiempo el desarrollo del feto, se manifiesta en una serie de etapas evolutivas, caracterizándose por ser en éstas, en la que todos y cada uno de los órganos y tejidos corporales se perfeccionan, culminando su procedimiento de conformación al momento mismo del nacimiento del nuevo ser humano.

⁵⁹ Ibidem. pág. 137.

Así, el paso de embrión a feto, a los tres meses de la concepción, y de feto a feto viable (capaz de vivir fuera del seno materno, a los seis meses aproximadamente), constituyen cambios cualitativos que deberán de ser tomados en cuenta por el derecho para proteger y asegurar la condición jurídica del origen de la persona humana.

1.4.2. El Embrión y la Genética.

Resulta prudente en primera instancia, precisar la definición de Genética, entendiéndose por esta a "la rama de la biología que se ocupa de los mecanismos responsables de la herencia, del estudio de los caracteres de los seres vivos, de los mecanismos mediante los cuales esos caracteres se transmiten a la descendencia, y de las posibles alteraciones de esos mecanismos, y sus consecuencias"⁶¹. En este sentido, se precisa la razón de ubicuidad con nuestra temática, en virtud de la relación intrínseca coexistente entre el embrión y la genética como el paradigma de estudio substancial del desarrollo genético de éste precisando su descendencia, que identifica a cada ser humano con un patrón individual dotado de su material genético propio que lo distingue de los demás.

Es a raíz de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que nuestro interés se centra en la relación que se encuentra claramente vinculada entre el embrión y la genética, fijando el inicio de un nuevo código genético, derivado del material genéticamente heredable de sus progenitores, proclamando de esta manera el principio de unicidad, como un imperativo categórico que resguarda la propia declaración, quedando de esta forma resguardada la identidad y calidad única de cada individuo en nuestro

⁶⁰ SADLER, T. W. "EMBRIOLOGÍA MÉDICA". Séptima edición, Editorial Médica Panamericana. México 1998. pp. 84, 91 y 92.

⁶¹ LOYARTE, Dolores y Otra. PROCREACION HUMANA ARTIFICIAL. DESAFIO BIOÉTICO. Ediciones de Palma. Argentina 1995. pág. 49.

planeta, elevando el "Código Genético Universal al grado de Patrimonio de la Humanidad". Es así, que los Estados deberán garantizar a sus gobernados la protección y salvaguarda de su identidad y herencia genéticas, ante cualquier práctica o tratamiento manipulativo en su naturaleza biológica y genética.

1.4.2.1. Intervenciones sobre el Embrión Humano.

Es necesario moralmente decir no a los embriones sobrantes, pues no deberían existir. Se comprenden los motivos que han llevado a aceptar la teoría y práctica de producir embriones en un número mayor al que se requiere para la fecundación artificial, pero esos motivos no son suficientes para justificar el menosprecio de la dignidad humana y de los derechos del concebido no nacido. Al manifestar esta exigencia ética ideal, se pide a los médicos e investigadores que aceleren el perfeccionamiento de estas técnicas y que, en todo caso, sacrifiquen el afán por el éxito inmediato en aras de la dignidad para con la vida humana y por lo tanto que moderen el número de óvulos obtenidos, que no produzcan más embriones de los que se requieren para obtener un éxito razonable de implantación y transferir a la paciente todos los embriones producidos; el perfeccionamiento de la técnica de congelación de óvulos puede ayudar a eliminar el deseo de producir embriones sobrantes y, en el caso de que éstos ya existan, es preferiblemente éticamente la donación de los mismos a parejas necesitadas antes que destruirlos, utilizarlos para fines comerciales o de experimentación o congelarlos.

Es necesario decir no a las actuaciones manipulativas sobre el embrión, o sea a las prácticas de experimentación que pueden dañar o destruir el embrión, que suponen un retraso en su implantación y que no miran el bien del embrión en cuanto tal; a las prácticas de mera observación científica, sin referencia directa al beneficio del embrión y con el consiguiente retraso o anulación de su implantación; a la congelación y almacenamiento de embriones humanos, sin

referencia a una implantación inmediata y sucesiva al útero de la propia madre; y al cultivo indiscriminado de embriones, para después de una selección meramente técnica, transferir e implantar los más aptos.

Ante estas intervenciones de carácter manipulativo hay reacciones éticas diversas: quienes no conceden al embrión su calidad de vida humana consideran las acciones manipulativas en referencia al valor del progreso científico y las justifican; el informe británico Warnock propone que no deberían autorizarse experimentos con embriones fertilizados, más allá de catorce días después de producida la fertilización, momento en el que sucede la implantación. Una postura contraria se debe tomar por quienes creemos que el embrión humano, aunque no llegue a realizar en plenitud el concepto de persona, posee la calidad de vida humana y de persona desde el momento mismo de la concepción y por lo tanto juzgamos las intervenciones manipulativas como acciones que reducen la vida humana a un medio y que, por lo tanto, vulneran la dignidad humana en una situación tal, en la que el nuevo ser no puede decidir ni defenderse.

El recurso de la reproducción asistida –sea mediante inseminación artificial, fecundación in vitro, o transferencia intratubárica de gametos-, como una solución a las parejas infértiles o estériles, se justifica ética y moralmente por motivos y fines terapéuticos. En la “razón terapéutica” entran los casos en que uno o los dos miembros de la pareja padecen una enfermedad de transmisión sexual o hereditaria.

Es de responsabilidad de los profesionistas en estas áreas no implantar aquellos embriones que sufren alguna anomalía notable, debido a la cual no lograrían el desarrollo intrauterino o producirían un feto con graves malformaciones.

1.4.2.2. Investigación en Fetos y Embriones.

El problema principal para aceptar la investigación en los fetos y embriones, se centra en la discusión de si deben ser considerados como personas o no.

Hoy en día, este problema reviste una importancia trascendental en la vida de la humanidad, y su continuidad en el espacio terrestre; consecuencia de los grandes avances en la medicina, biología y genética, y sus consecuentes repercusiones en las esferas sociales, culturales, científicas y jurídicas de nuestro tiempo.

A decir verdad, son varias las posturas que se manifiestan, al respecto de la investigación en fetos y embriones, existen diversos argumentos, entre los cuales destacan:

- 1) Postura o criterio ontológico. De acuerdo con esta postura, todo ser que podría llegar a ser miembro acabado de la especie humana es ya un ser personal y debe ser tratado como un fin en sí mismo. Así nos encontramos que, mientras el principio de autonomía como el de utilidad identifican como seres en sí mismos, aquellos que poseen una determinada cualidad: la autonomía en el primer caso, o la capacidad de sentir dolor en el segundo. Ante tales posturas o criterios la postura ontológica funda la dignidad humana y por tanto, el comienzo de la misma no en la posesión de una cualidad concreta sino en la mera potencialidad (del embrión) de llegar a ser el más perfecto de los seres humanos, basando la condición personal en la pertenencia a la especie humana, sin perjuicio de su grado de desarrollo y de las cualidades concretas que en cada momento la adornen (embrión preimplantatorio, embrión postimplantación, feto). Por ello, se puede decir que el óvulo recién fecundado es ya considerado como ser, pues contiene en sí toda la humanidad que pueda llegar a desarrollar.

- 2) Postura o criterio de autonomía o viabilidad. Según este criterio, sólo son sujetos los sujetos autónomos o que tienen expectativas razonables de que vayan a serlo (el feto cuando ya cuenta con actividad cerebral). "Desde este criterio de la autonomía, algunos autores como Engelhardt, sostienen un concepto estricto y otro amplio de persona. Según el primero será persona el agente moral, es decir, aquella entidad dotada de una capacidad autorreflexiva y racional inmediatamente actualizable. El concepto amplio, por su parte se justifica en función de un sentido social de la persona (la calidad que la sociedad le otorga), y la utilidad que tiene la práctica de tratar a ciertas entidades como si fueran personas."⁶² Así, los embriones, los fetos y los recién nacidos, los discapacitados no tendrían el carácter de personas, y únicamente cuando la sociedad lo estimará oportuno poseerían tal carácter. Al mismo tiempo, quienes apoyan esta tesis afirman que la madre es la dueña de su cuerpo incluyendo al feto, hasta el momento en que éste es independiente de ella, lo cual ocurre en el momento en que puede sobrevivir fuera del útero. Antes de este momento no es sujeto de derechos, ya que es un tejido de la madre y por tanto ésta puede disponer de él.
- 3) Finalmente el último criterio es el utilitarista. Según este criterio, son personas los que tienen capacidad efectiva de tener intereses, es decir, de sentir el placer y el dolor. Son personas, pues, los seres sintientes. Si se acepta esta característica como la éticamente relevante, algunos individuos de la especie humana quedarían excluidos de toda protección jurídica. En este sentido, encontramos al Informe Warnock inglés, que acoge el criterio utilitarista al afirmar que "mientras que el embrión no es capaz de sentir dolor, se estima que su tratamiento no es tenido en cuenta." Según este criterio, el tiempo para el desarrollo in vitro y para la investigación sobre el embrión, debería colocarse o bien cuando el sistema nervioso central

⁶² BELLVER. Capella. Vicente. ¿CLONAR? ÉTICA Y DERECHO ANTE LA CLONACIÓN HUMANA. Comares. España 2000. pp. 132-133.

empieza a poderse identificar, o bien cuando comienza la primera actividad funcional".⁶³

Las legislaciones de diversos países, establecen las bases a través de las cuales se permitirán las investigaciones en fetos y embriones, y no sólo de ello, sino además de los gametos implementados para realizar cualquier técnica de fecundación asistida, salvaguardando la identidad y dignidad de la persona humana.

Por su parte, nuestro marco jurídico mexicano, particularmente en el código civil, se inclina con la primer tesis, de las manifestadas en los párrafos que preceden; estableciendo en el numeral 22 del código civil, que "...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código" (en párrafos posteriores haremos referencia a ello de manera más precisa). Otorgando en este sentido al concebido aun no nacido una serie de prerrogativas, fijadas a partir de un hecho condicional, el nacimiento mismo, para generar así todas las consecuencias de derecho que deriven por su nacimiento, asegurando su derecho a una vida digna y a su reconocimiento por el derecho como persona, y por tanto, como ente dotado de derechos y obligaciones.

El problema en muchas partes del mundo actualmente es, además, que hacer con los embriones "sobrantes" en las clínicas de fertilización asistida. Actualmente, también es posible conservar congelado a un embrión por tiempo indefinido; sin embargo, legalmente se permite que los denominados "bancos" de embriones los conserven sólo cierto tiempo, después del cual pueden dárseles otro "uso" que puede ser uno de los siguientes tres: a) para investigación terapéutica; b) implantarlos en el útero de otra mujer diferente a la

⁶³ Ibidem, pág. 135.

donante, y en el último de los casos, y en última instancia c) ser destruidos. En el último de los supuestos, al que se destinan los embriones congelados, para quienes consideran a éstos como personas, se trata de un verdadero holocausto, ya que esta situación se repite en todos los sitios donde se practican estas técnicas.

1.4.3. Antecedentes del Término Persona.

“En la Antigüedad. La palabra Persona en castellano procede de la misma palabra en latín, la cual equivale a la palabra griega *prósopon*, que significa en aquél idioma *hypóstasis* que puede traducirse también al castellano por subsistencia, o sea lo que es en sí, como sujeto independiente, que no existe en otro y no necesita de otro para existir.

Parece ser que la primitiva acepción de la palabra persona era la máscara que los actores usaban en el teatro griego para representar al Dios o al hombre del que trataba el argumento de la obra. Así, esa máscara les daba a los actores la personalidad de aquél del cual trataba la obra, al mismo tiempo que les servía para resonar su voz con la fuerza necesaria para destacar o sobresalir. De estos conceptos –sonar con fuerza, sobresalir, tomar el papel de otro–, derivó el primitivo concepto de persona, que posteriormente se concretó en el de subsistencia.

El mayor desarrollo en el pensamiento antiguo del concepto de persona, se produjo entre los siglos IV a VI de la era cristiana. En esta época, los autores que tratan de la persona insisten sobre todo en la substancialidad de la *hypóstasis*, indicando que es una substancia completa y perfecta, acabada, siendo su cualidad principal la subsistencia, o sea que es una substancia que es o existe en sí y por sí misma; tiene existencia propia y separada de cualquier otro ente; es independiente respecto de todo sujeto de inhesión, respecto de

todo coprincipio y respecto de toda parte. La hypóstasis tiene una realidad existencial en sí misma que la diferencia también de todos los otros seres de razón o que no existen en sí sino que sólo son producto de la imaginación o que necesitan de otro para existir, como las cualidades o los accidentes. Hypóstasis por tanto, se opone también a apariencia, afirmando la realidad existente de la persona.

En el mundo latino, Boecio da una definición que se ha hecho clásica, indicando que persona es *rationalis naturae individua substantia*, o sea, "persona es una substancia individual de naturaleza racional", introduciendo con eso el elemento de *racionalidad* dentro del concepto de persona y marcando también por primera vez la *individualidad* como ingrediente necesario de la persona.

En la Edad Media. Durante la Edad Media, el pensamiento alrededor de la persona continua en el camino marcado por Boecio, insistiendo en la subsistencia y destacando la unidad necesaria en el individuo para ser considerado como persona. Así "la persona significa un ser subsistente, distinto en la naturaleza intelectual" y la persona es "el ser más eminente, el más perfecto en toda la realidad".

En el campo jurídico, encontramos en la Edad Media algunas de estas notas referidas a la persona humana. Así por ejemplo Alfonso X el Sabio en la Partida Séptima, título primero, ley 26, indica que "la persona del ome es la más noble cosa del mundo".

Por tanto persona es, la substancia individual, incomunicable, al mismo tiempo que abierta a todos los seres por su misma racionalidad, libre, que existe en sí misma y no en otro, dueña de su propio destino y por tanto radicalmente separada del mundo material sujeto a leyes necesarias. El pensamiento medieval entiende siempre la incomunicabilidad propia de la persona junto con

la apertura necesaria que implica la posibilidad de conocer que le da su racionalidad, y la persona sólo encontrará su plena realización en el perfecto equilibrio entre esa incomunicabilidad y la apertura hacia el mundo que le rodea en el cual se incluyen otras personas igualmente racionales que ella y con las cuales surgen relaciones de justicia, o sea jurídicas. El estudio de la persona humana ha tenido siempre presente la necesaria vertiente jurídica que nace de las relaciones de las personas entre sí.

En la Edad Moderna y Contemporánea. Para Descartes, que basa todo el edificio de su filosofía en el *cogito ergo sum* (pienso, luego existo) la persona es fundamentalmente un ser pensante, un ser que se da cuenta de que existe, a diferencia de todos los otros seres que existen en la naturaleza, que por no tener conciencias de sí mismos no pueden pensar.

El pensamiento inglés, profundamente positivista, y especialmente en la filosofía de Hume, al negar la substancia, hace consistir el yo, o sea la persona, en un puro flujo de fenómenos psíquicos. La persona según esta corriente de pensamiento, sólo sería el centro de imputación de una serie de fenómenos que no se distinguirían substancialmente de todos los otros fenómenos que se producen en la naturaleza material.

Para Kant, lo más importante de la persona es su propia dignidad: "la humanidad misma es una dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo) como un simple medio, sino siempre a la vez, como un fin y en ello estriba precisamente su dignidad (La personalidad)".

El positivismo jurídico es la derivación lógica de esta postura, pues siendo "el deber" un flaco fundamento abstracto para el derecho, se llega fácilmente a afirmar que la razón de obligar de la norma jurídica es la norma misma, con lo

cual se habrá llegado a la justificación de cualquier capricho legislativo y la supresión práctica de la persona, si así lo quiere en algún momento el que hace la norma positiva.

Hegel disuelve la persona en el absoluto del Estado, le quita subsistencia, pues la persona en sí misma no es nada, ya que el absoluto lo es todo.

Marx y Engels, que descienden de Hegel en esta materia como en tantas otras, acaban por afirmar que la persona no es nada; la personalidad es pura retórica. La persona humana es lo que la colectividad le deja ser, o mejor, lo que quiere que sea. El ser personal, perece ante la colectividad. No hay interioridad, intimidad, ni valores personales. Todos estos deseos o aspiraciones de la persona no son más que puro idealismo a los cuales hay que suprimir si se quiere llegar a la síntesis superior de la colectividad.

Existe actualmente una corriente de filósofos del derecho que han vuelto por los fueros de la espiritualidad como la característica básica de la persona humana, al mismo tiempo que encuadran la dignidad del hombre en su condición de criatura, eminente entre todas las otras no espirituales, pero como criatura, tiene un ser participado, que al mismo tiempo que le confiere libertad, le señala un fin trascendente.

El hombre, por la espiritualidad de su alma, emerge en cierta manera sobre la totalidad del universo. Se da cuenta de la multiplicidad de ordenes que dominan las criaturas, y se conoce a sí mismo como sujeto a esas ordenes, que le señalan su condición de ser participado, su inclinación al fin último al que todos ellos se dirigen.”⁶⁴

⁶⁴ PACHECO, E. Alberto. LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO. Segunda Reimpresión. Panorama. México 1998. pp. 16-22.

1.4.3.1. El Concepto Jurídico de Persona.

Jurídicamente, persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y las segundas como entes. Ambos son sujetos de derechos y obligaciones.

“La palabra persona —enseña CASTÁN TOBEÑAS— tiene su origen en las lenguas clásicas. El sustantivo latino *persona*, *ae*, se derivó del verbo *persono* (*de per* y *sono*, *as are*), que significaba sonar mucho, resonar. Se designaba con dicho sustantivo la máscara o careta que usaban los actores, y que servía al mismo tiempo para caracterizarse y para ahuecar y lanzar la voz. Por una serie de transposiciones se aplicó la palabra persona al actor, y luego a los actores de la vida social y jurídica, es decir, a los hombres considerados como sujetos de derecho.

En el lenguaje jurídico se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.

El concepto de persona, así entendido, parece equivalente al de sujeto de derecho, si este último se toma en un sentido abstracto. Pero repárese en que la persona no es sólo sujeto de derecho, sino también de obligación (deberes y responsabilidades).

Así, en el concepto de personalidad jurídica se alude a la persona desde el punto de vista jurídico, cuando se afirma que ésta es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la personalidad jurídica es la idoneidad de ser persona para el Derecho.

El concepto jurídico de persona está compuesto por una serie de atributos, considerados como caracteres inherentes e imprescindibles de aquélla; su conjunto integra dicho concepto. Como persona, se cuenta con esos atributos sin poder dejar de hacerlo, pues le son inseparables; su participación conjunta es la persona misma como creación y estructuración jurídica.⁶⁵

De lo anterior se desprende además que el concepto jurídico de persona es plenamente independiente de su concepto común; el primero se integra, como dijimos, con una serie de elementos ideales, inmateriales, creados por el Derecho que son precisamente los atributos de aquélla; existen por estar considerados y formar parte de un orden jurídico; no ocupan un lugar en el espacio y por ende no pueden ser observados objetivamente; son creaciones jurídicas idealmente consideradas (personas morales), cuyo conocimiento y comprensión debe ser emprendida invariablemente por quien tiene al derecho como el centro de su atención.

Ahora bien, hay una serie de características similares y otras hasta idénticas en el análisis comparativo de las personas físicas con las morales; así, tanto unas como otras tienen, como dijimos, personalidad jurídica; ésta es de un contenido idéntico en éstas y aquéllas; se circunscribe a ser la aptitud de ser sujeto de derecho; podemos ahora agregar que dicha personalidad tiene en ambas un inicio y un fin; los dos tipos de personas tienen atributos. Así, consideradas en su respectiva primera presentación, por ser idéntica su personalidad, podrían ser objeto de un análisis conjunto.

⁶⁵ DOMÍNGUEZ, Martínez, Jorge Alfredo. DERECHO CIVIL: "PARTE GENERAL, PERSONAS, COSAS, NEGOCIO JURÍDICO E INVALIDEZ". 6ª edición. Porrúa. México 1998. pp. 131-133.

1.4.3.2. La Persona Física.

Comienzo de la Persona. La afirmación, muy común entre los civilistas de que la persona humana comienza con el nacimiento, o que sólo se tiene personalidad para ser titular de derechos y obligaciones cuando el concebido ha nacido vivo y viable (art. 1314 del C.C.). Esto no quiere decir de ninguna manera que antes de reunirse esas condiciones el concebido o el ya nacido no sea persona. Sería absurdo el pensar que la persona comienza por la inscripción en el Registro Civil o que comienza en la hora veinticuatro de haber nacido. A lo que el derecho civil se está refiriendo con estas normas, es al principio formal de la persona humana, y no al principio natural de la persona humana. El derecho civil no prejuzga sobre el inicio de la vida porque no es de su competencia el establecerlo; sólo está señalando unos requisitos para que ese ser humano, que ya existe *de facto*, puesto que el derecho no puede dar personalidad a un sujeto que no existe; y pueda adquirir en definitiva los derechos y obligaciones que ya antes el propio derecho le había atribuido pero que por meras conveniencias de seguridad jurídica y orden público, estaban sujetos al imponderable de la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable. Al decir que "sólo se reputa nacido" (art. 337 del C.C.), al que es presentado vivo al Registro Civil o vive veinticuatro horas desprendido del seno materno, el código civil no está afirmando de ninguna manera que antes de esta circunstancia, la persona no existía, sólo está indicando que la personalidad para efectos civiles sólo se consolida, sólo se convalida plenamente en aquella persona humana cuando se den los requisitos antes mencionados. Antes, existe la persona humana, pero el establecer relaciones jurídicas definitivas del orden civil en relación con ella, queda sujeto a la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable.

Así lo ha entendido siempre la legislación civil, que como ya decíamos, otorga derechos al no nacido y no los otorga al no concebido (art. 1314 del C.C.).

Nuestro código civil distingue con precisión entre la persona y su capacidad jurídica, cuando en el art. 22 establece que ésta se adquiere por el nacimiento, y hace inmediatamente la salvedad de que "desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido" Como se ve, todas son situaciones formales, pues el concebido no ha nacido en realidad, y sin embargo, se le tiene como ya nacido; y al ya concebido, pero no nacido aún con vida y viabilidad, no se le da personalidad suficiente para establecer con él relaciones jurídicas firmes, sino sólo condicionales. Estas condiciones formales las organiza el orden jurídico positivo como lo considera prudente para la protección del no nacido, sobre el dato real de su existencia.

Debemos de tener en cuenta antes que nada, el dato biológico para poder determinar con precisión el inicio de la persona ya que la existencia del ser humano es un dato biológico, así como también es necesario tener en cuenta los datos de la ciencia médica para determinar cuándo termina la persona humana o sea cuándo está muerta.

"Para algunos genetistas de hoy, la persona humana existe biológicamente, desde el mismo instante de la fecundación, no desde la implantación en el endometrio ni desde cualquier otra etapa del desarrollo del producto. Aún cuando a éste se le denomine de diversa manera en los procesos genéticos previos a su nacimiento, no puede negársele en ningún momento la categoría de persona humana desde el mismo instante de su concepción o fecundación – sea natural o por medio de algún método de reproducción asistida-. Cuando los componentes bioquímicos de un espermatozoide han quedado incluidos en el óvulo, se ha producido el origen de una nueva vida, y ha quedado ahí trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir. Por otro lado, se pronuncian algunos genetistas que manifiestan como el punto de partida del origen de la vida como persona humana, a partir del día

catorce, posterior a la fecundación, en virtud de que en este lapso entre el día mismo de la concepción o fecundación, y el día catorce no se le puede considerar vida propiamente humana; estableciendo, para ello, que a "esa vida incipiente", no puede atribuírsele el carácter de vida humana; sin embargo, como ha quedado precisado en los párrafos que anteceden, nuestra legislación civil, se ha pronunciado por la primera postura, añadiéndonos a la misma de manera inexorable, en virtud de que a partir del momento mismo de la concepción o fecundación, necesariamente es fuente de vida propiamente humana en lo absoluto, y negar este hecho, sería lo mismo que negar a toda persona humana, el derecho a la vida.

Con estos datos biológicos tiene necesariamente que proceder el Derecho. Negarlos sería como tratar de negar la realidad y pretender amoldar ésta a los caprichos del legislador. El hombre es hombre, desde el momento mismo de su concepción y lo es hasta el momento mismo de su muerte; cualquier disposición del orden jurídico para ser justa, necesita considerar estos momentos como el inicio y la terminación de la persona humana."⁶⁶

1.4.3.3. El Derecho a la Vida.

El primero y más importante de los derechos de la personalidad es el derecho a la vida. En efecto, el bien más importante que puede tener una persona humana es la vida misma, y sin ella, no es posible ni siquiera hablar de otros derechos. Por tanto, el derecho a la vida se presenta como un derecho esencial desde el punto de vista del sujeto, y como uno de los pilares básicos, quizá el más importante de todo el orden jurídico. El Derecho existe para respetar y hacer respetar la vida de los hombres. Sin derecho a la vida, todos los demás posibles derechos resultan inútiles. Es en este sentido, en el que los hijos concebidos

⁶⁶ PACHECO, E., Alberto. LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO. Segunda Reimpresión. Panorama México 1998, pp. 27-31.

aun no nacidos, al ser consideradas como personas dentro del derecho positivo mexicano, tienen pleno derecho a la vida, por ser éste inherente e innato a la persona misma; y si bien es cierto aun no se consuma el hecho mismo del nacimiento, eso no es motivo para negar la vida a cualquier persona humana desde sus orígenes.

Para el tratadista Joaquín Díez, la vida es "Un bien inherente a la persona humana, el don máspreciado de la misma. Es el más esencial y primero de los derechos del hombre, hasta el punto que es un derecho previo y básico, en orden al cual los restantes derechos surgen como complementarios".

Está claro que ante el orden jurídico, todo hombre tiene derecho a vivir. Siempre que ha sabido respetar este derecho a la vida, aunque la protección del mismo ha sido diferente según las diversas épocas.

"El Concebido aún no Nacido o *Concepturus*. El derecho a la vida del concebido no nacido, se basa precisamente en que la persona humana comienza desde el momento mismo de la concepción y como ya quedo asentado anteriormente, esto es una realidad biológica y existencial, y está claramente establecido y fuera de toda duda por las modernas investigaciones científicas, que han venido a confirmar una verdad patente de sentido común.

Un grupo de argumentos, señala que el concebido aún no nacido, no es más que una parte del organismo de la madre, y ésta puede disponer libremente de él, ya que es dueña de su propio cuerpo. Entre los juristas, algunos aducen a favor de este argumento algunas citas de textos romanos, sacadas de su contexto real, y que en forma literal enseñan que para el derecho el feto es parte de la madre. Son sacadas de su contexto, porque los romanos nunca pensaron mediante esa sentencia justificar el aborto ni cosa que se le parezca, sino lo único que están diciendo es que para efectos jurídicos, el concebido no

nacido, cuya personalidad formal está sujeta a la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable, es una parte de la madre, y que sólo tendrá derechos individuales y propio si llega a un nacimiento vivo y viable, pero que mientras tanto, no tiene personalidad jurídica propia y se le considera persona incierta para efectos sucesorios.

Es más, en un reciente texto legal, se habla en repetidas ocasiones del no nacido como un sujeto independiente de la madre. Así, por ejemplo la Ley General de Salud (Diario Oficial del 7 de febrero de 1984), señala en su artículo 326, fracción II que para realizar el trasplante de órganos o tejidos cuando se van a tomar de una mujer embarazada, sólo puede hacerse "siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción", o sea, que no es lo mismo la salud de la mujer que la salud del producto, ya que biológicamente son dos personas distintas, y puede darse el caso de que se afecte la salud del feto sin afectar la salud de la mujer y viceversa, lo cual no podría ser si fuera la misma persona biológicamente; como consecuencia de lo anterior, serán, en definitiva, dos personas jurídicamente distintas, haciendo preservar la vida, tanto de la mujer como la del producto.⁶⁷

Coincidimos con Zannoni en que la prerrogativa de conservar la vida, atribuida tradicionalmente al *nasciturus*, no debe de abdicar porque la generación se pueda obtener artificialmente mediante alguna técnica de fecundación asistida. "No debe olvidarse que la fertilización se ha realizado intencionadamente interviniendo la voluntad humana en miras a un resultado, de modo que exista una causa final que justifica, o en su defecto destituye de licitud a la fecundación: el exclusivo propósito de procrear inmediatamente".⁶⁸ Sin embargo, no podemos olvidarnos, de que en un principio la principal justificación de la reproducción artificial fue la esterilidad o infertilidad en las

⁶⁷ Ibidem. pp. 78-99 y 109-112.

parejas; pero en la actualidad la justificación a la reproducción artificial, engloba también a los tratamientos terapéuticos de las enfermedades genéticamente heredables a los hijos, y ante ello, el derecho inevitablemente debe de hacer valer los valores que salvaguarda la normatividad respectiva, fijando los límites exactos de su permisibilidad, protegiendo de esta forma la Vida e Integridad Física de la Persona Humana desde su origen biológico, y, por ende, jurídico.

Habida cuenta de que la vida humana comienza desde la concepción, su derecho a la vida exige que sea protegida a partir de ese instante, evitando cuantas manipulaciones supongan un riesgo que ponga en peligro su integridad física del individuo.

COMENTARIOS FINALES.

De todo lo precisado en la literatura de este capítulo, debemos de señalar que, resulta de gran importancia para nosotros, mostrar al lector una clara visión de todo el contenido teórico que reviste el estudio de las técnicas de fertilización asistida; desde luego, vista desde un punto de vista jurídico, precisando de manera categórica la importancia que reviste en el orden dogmático nuestra temática, a través del análisis axiológico de la reproducción asistida y su consecuente importancia para el mundo del Derecho. De ahí la trascendencia que encontramos en todos y cada uno de los puntos que han quedado precisados a lo largo de este capítulo, para que con ello, viajemos juntos al estudio del segundo capítulo de este trabajo, en el que continuaremos con el estudio sistemático de las declaraciones, convenios y demás documentos internacionales, así como también de las múltiples legislaciones que en este sentido se han pronunciado, en diversos países de todo el mundo.

⁶⁸ VILA-CORO, Barrachina, María Dolores. INTRODUCCION A LA BIOJURIDICA. Universidad Complutense de Madrid. España 1995. pp. 184-187.

Nuestro estudio, comienza con el análisis generalizado de las instituciones de la filiación, la maternidad y la paternidad, dadas las consecuencias y responsabilidades jurídicas que desencadenan por la relación que surge por la utilización de las técnicas de fertilización asistida entre el niño así concebido y sus padres. Dado que el elemento imprescindible que legitima su utilización es el ser un recurso que tiende a brindar una solución a aquellas parejas que se ven afectadas por algún tipo de esterilidad, o bien, porque el producto de estas corra el riesgo inminente de ser afectado por alguna enfermedad hereditaria derivada de la información genética, legada por sus padres. Para ello, fue necesario precisar en que consiste la reproducción humana, y consecuentemente, la reproducción asistida humana, puntualizando cuales son los factores que afectan la reproducción humana; para pasar a las clasificaciones de las técnicas de fecundación asistida en atención al origen de sus gametos y embriones, así como de su naturaleza intrínseca. Y en este sentido, nos remontamos en la historia, precisando cuáles son los primeros casos en donde se utilizaron las técnicas de fertilización asistida, su evolución, fijando, en este mismo orden de ideas, la cronología de los avances que se han hecho en lo que a legislaciones se refiere, fijando los alcances que nos brinda la bioética, como la disciplina filosófica multidisciplinaria que establece los principios bajo los cuales deberán de implementarse éstos, marcando su nexo específico con el Derecho, que indudablemente debe de prevalecer desde nuestra Constitución Federal, esto, en atención al peligro que ha provocado la manipulación genética en el mundo. Y Finalmente concluimos, con el concepto jurídico de persona, estableciendo para ello, las etapas biológicas, y por tanto, jurídicas del origen de la persona humana, para precisar los límites que se deben trazar en la investigación biotecnológica, pero más allá de esto, para proteger y salvaguardar la continuidad, origen y preservación de la humanidad.

Es preciso establecer que, las técnicas de fertilización asistida surgen como una solución, producto de los avances que se han presentado en el campo de la

revolución biomédica, para contrarrestar de manera parcial la esterilidad que aqueja a diversas parejas en todo el mundo; sin embargo, hoy en día, debemos de preguntarnos cuáles son los riesgos que encierra la activación de estas técnicas, como lo son: la clonación, la ectogénesis, la creación de quimeras, por sólo citar algunas, que en definitiva, ponen en riesgo a la humanidad entera. Al mismo tiempo, que nos obliga a establecer la inminente necesidad de ser regulada por el Derecho.

Hoy en día, de cara a esta nueva etapa de la postmodernidad, el hombre debe de voltear la mirada hacia sus orígenes, reencontrándose con los principios y valores sobre los cuales descansa su lugar en el universo, garantizando así, su integridad física y espiritual, brindando a todos los que la conformamos la oportunidad trascendental de vivirla.

CAPÍTULO II.

EL MARCO JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ORDEN INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE DIVERSOS PAÍSES.

En este capítulo se analiza el marco jurídico de diversas legislaciones alrededor del mundo, destacando entre ellas: la española, la alemana, la inglesa, la francesa, por mencionar sólo algunas; constituyéndose así, en Estados vanguardistas en el campo de la bioética, de las técnicas de fecundación asistida y en general de la manipulación genética-embriónica.

Asimismo, se analiza la opinión internacional, al respecto de las técnicas de fecundación asistida, el manejo de gametos y de embriones donados por terceros, del material genético y en general de cualquier forma de manipulación genética y sus repercusiones en el contexto mundial. Fijando, en este sentido, múltiples declaraciones, convenciones, recomendaciones y resoluciones, para remediar los problemas que se han suscitado en el mundo, con respecto a los problemas derivados del avance de la biotecnología en todo el globo terráqueo, afrontando las nuevas necesidades del actual mundo postmoderno y globalizador que se nos presenta, enalteciendo hoy más que nunca los valores máximos sobre los cuales reposa toda la humanidad en el mundo entero y su lugar en el universo viviente.

2.1. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EXTRANJERO.

"Si partimos de la consideración de que los derechos fundamentales son una respuesta a necesidades de la propia naturaleza humana, y es claro que está depende del medio en el que nos movemos, si varía el medio puede aparecer una nueva necesidad que no existía anteriormente. Si, además, recurrimos a la conformación histórica de estos derechos y comprobamos como han ido

surgiendo paulatinamente, constituyendo conquistas de cada momento, podríamos hablar de nuevos derechos. Es una realidad que hoy estamos en disposición de manipular factores genéticos hereditarios, ha surgido ya la posibilidad de actuar sobre las personas desde su propia dotación interior (la genética) con lo que nos podemos encontrar obligados a defender al ser humano de este nuevo atentado.⁶⁹ Definitivamente, y en especial atención a las nuevas necesidades, se encuentra la imprescindible necesidad de valorar los derechos del cohabitante natural, necesario e imprescindible para la coexistencia de todos los seres vivos que lo conformamos.

Esta relación profunda entre la biotecnología y los derechos humanos ha resultado tan palpable y han sido tantas las voces que se han elevado clamando por un control jurídico de las nuevas situaciones que, en los últimos años, han aparecido múltiples textos internacionales, así como también, legislaciones internas de diversos países, abordando esta problemática, a fin de salvaguardar los esquemas axiológicos pluriculturales, dotándolos de unidad en la esencia de sus contenidos, a través del medio formal más eficaz que es el Derecho.

2.1.1. La Reproducción Humana Asistida en el Derecho Internacional.

"Ante el panorama científico a nivel mundial, fue necesario crear conciencia de que la práctica médica en general y la investigación biomédica en los seres humanos en particular, debía ser regulada por organismos internacionales. El primer antecedente de esta organización surgió en 1934 con el denominado 'Proyecto Mónaco', que pretendía reglamentar los principios sobre los cuales se ejerciera la profesión médica y la creación de un organismo internacional que velará por el cumplimiento de dichas normas. De hecho, varios gobiernos en

⁶⁹ MARTÍNEZ, Morán, Narciso y otros. UTOPIA Y REALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CINCUENTA ANIVERSARIO DE SU DECLARACION UNIVERSAL. Universidad Nacional de Educación a

Europa iniciaron la creación de cátedras de ética y derecho médicos diversos organismos internacionales pusieron en práctica estos propósitos, como la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Asociación Médica Mundial y el Consejo Internacional de Organizaciones de Ciencias Médicas (CIOMS).⁷⁰

Consecuencia inmediata de lo vertido en los párrafos que preceden es el caso de que la Comunidad Internacional se ha pronunciado, a partir de las grandes transformaciones desarrolladas alrededor del mundo en el campo de la biotecnología, a través de numerosas declaraciones, códigos, conferencias, y tratados, para solventar las necesidades imperantes en este mundo postmoderno, con la finalidad de proteger los derechos humanos que se vean violentados ante la creciente era biotecnológica; finalizando con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, que significa el más grande estudio filosófico-médico-jurídico en el contexto internacional a este respecto.

2.1.1.1. El Código de Nuremberg.

La primera declaración internacional sobre la investigación en sujetos humanos fue el Código de Nuremberg de 1947, que surgió a raíz del enjuiciamiento de un grupo de médicos acusados de haber sometido a prisioneros y detenidos a experimentos inhumanos durante la Segunda Guerra Mundial. El código subraya especialmente el "consentimiento voluntario" (el término corriente en la actualidad es "consentimiento informado") de la persona, que se considera absolutamente esencial.

El Código de Nuremberg, consta de 10 reglas esenciales tendientes a proteger al sujeto de experimentación; de manera sobresaliente, el punto central que ha

Distancia España 1999. pp. 96-97.

dado base a toda una filosofía de la investigación, es el surgimiento del denominado "consentimiento informado", que no significa otra cosa sino el respeto por la libertad y autonomía de cada ser humano, destacando la voluntariedad sobre la obligatoriedad y la información sobre la imposición.

Son abrumadoras las pruebas que demuestran que algunos tipos de experimentos médicos en seres humanos, cuando se mantienen dentro de límites bien definidos, satisfacen –generalmente- la ética de la profesión médica. Los protagonistas de la práctica de experimentos en humanos justifican sus puntos de vista basándose en que tales experimentos dan resultados provechosos para la sociedad, que no pueden ser procurados mediante otros métodos de estudio. Todos están de acuerdo, sin embargo, en que deben conservarse ciertos principios básicos para poder satisfacer conceptos morales, éticos y legales, siendo estos los siguientes:

- 1) "El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; que debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; que debe tener el suficiente conocimiento y comprensión del asunto en sus distintos aspectos para que pueda tomar una decisión consciente.

- 2) El experimento debe realizarse con la finalidad de obtener resultados fructíferos para el bien de la sociedad que no sean asequibles mediante otros métodos o medios de estudio, y no debe ser de naturaleza aleatoria o innecesaria.

⁷⁰ HERNÁNDEZ, Arriaga, Jorge Luis. ÉTICA EN LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA. Manual Moderno. México 1999. pág. 127.

- 3) El experimento debe diseñarse y basarse en los resultados obtenidos mediante experimentación previa con animales y el pleno conocimiento de la historia natural de la enfermedad o del problema en estudio, de modo que los resultados anticipados justifiquen la realización del experimento.
- 4) El experimento debe ser conducido de manera tal que evite todo sufrimiento o daño innecesario físico o mental.
- 5) No debe realizarse experimento alguno cuando hay una razón *a priori* para suponer que puede ocurrir la muerte o lesión irreparable; excepto, quizá, en los experimentos en los que los médicos investigadores son también sujetos de experimentación.
- 6) El riesgo tomado no debe exceder nunca el determinado por la importancia humanitaria del problema que ha de resolver el experimento.
- 7) Se deben tomar las precauciones adecuadas y disponer de las instalaciones óptimas para proteger al sujeto implicado de las posibilidades, incluso remotas, de lesión, incapacidad o muerte.
- 8) El experimento debe ser conducido únicamente por personas científicamente calificadas. En todas las fases del experimento se requiere la máxima precaución y capacidad técnica de los que lo dirigen o toman parte del mismo.
- 9) Durante el curso del experimento el sujeto humano debe tener libertad de poder finalizarlo si llega a un estado físico o mental en el que la continuación del experimento le parezca imposible.

10) En cualquier momento durante el curso del experimento el científico que lo realiza debe estar preparado para interrumpirlo si tiene razones para creer –en el ejercicio de la buena fe, habilidad, técnica y juicio cuidadoso- que la continuación del experimento puede provocar lesión, incapacidad o muerte al sujeto en experimentación.”⁷¹

2.1.1.2. La Propuesta de Normas Internacionales para la Investigación Biomédica en sujetos humanos.

“El otro documento del CIOMS/OMS es la denominada Propuesta de Normas Internacionales para la Investigación Biomédica en sujetos humanos, emitida en 1982. Dichas directrices están dirigidas a señalar como pueden aplicarse de manera eficaz los principios de la Declaración de Helsinki.”⁷²

Por lo que, a continuación se simplifican de manera detallada las propuestas de normas internacionales para la investigación biomédica en sujetos humanos, quedando como siguen:

- 1) Para realizar una investigación o experimentación en sujeto humano alguno, se deberá obtener su “libre consentimiento informado” para ello, una vez que se le hubieren informado los beneficios y riesgos previsibles, el sujeto deberá de hacer constar su consentimiento expresamente, el cual podrá revocar en cualquier momento del tratamiento.
- 2) La investigación en menores niños y menores de edad, deberán, igualmente ser presididas por el consentimiento libre de los padres o tutores de éstos, y sólo para aquellas investigaciones o tratamientos con fines de diagnóstico y terapéuticos.

⁷¹ HERNÁNDEZ, Arriaga, Jorge Luis. ÉTICA EN LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA. Manual Moderno. México 1999. pp. 127, 135-137, 147.

- 3) Se permiten las investigaciones en mujeres embarazadas, cuando éstas sean con fines terapéuticos y de diagnóstico, que tiendan a mejorar el estado de salud de la mujer sin afectar al producto, o bien, para mejorar la viabilidad del feto o promover el desarrollo saludable del mismo.
- 4) Todas las prácticas de investigaciones y experimentaciones con fines terapéuticos o de diagnóstico, deberán de facilitarse a cualquier persona, sin distinción de raza, etnia, clase social, religión, en ningún momento; atendiendo, desde luego, a las particularidades y necesidades que se presenten en cada caso.
- 5) Las autoridades sanitarias de cada Estado, deberán de vigilar todas las prácticas, tratamientos, investigaciones y experimentaciones que se realicen en las instituciones especializadas en el campo de la prestación de servicios que otorga la biotecnología.
- 6) Los Estados deberán de crear organismos de vigilancia en los aspectos bioéticos derivados de la medicina actual, a nivel nacional, estatal y municipal (Comisiones Nacionales de Bioética).
- 7) Previo a cualquier tratamiento o investigación, a que se vea sometida cualquier persona, el centro o institución médica, deberá de proporcionar un protocolo detallado que incluirá los siguientes elementos:
 - Exposición de motivos, que justifique la investigación o tratamiento.
 - Una descripción minuciosa de la intervención y la duración del tratamiento.
 - La inscripción en el formato de aceptación del tratamiento, en donde se establezca la revocabilidad del mismo, en cualquier momento, cuando así lo quisiera el paciente.

⁷²Ibidem. pág. 145.

- Los beneficios y riesgos que implica la intervención.
 - Pruebas que indiquen que el investigador tiene la acreditación por parte de la Autoridad Sanitaria, y la suficiente experiencia para realizar la investigación o el tratamiento.
 - Disposiciones bien definidas para preservar el carácter confidencial de los datos.
- 8) Cualquier persona que sufra lesiones o daños, como consecuencia de determinada investigación o tratamiento tendrá derecho al pago de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado a su integridad física y emocional.⁷³

La propia Organización Mundial de la Salud, emitió en 1988 el Código Internacional de Conducta en materia de Tecnologías de Reproducción Humana, en donde reglamenta el proceder en la investigación genética, destacan como sus postulados básicos los siguientes:

- a) La garantía de seguridad del material genético humano.
- b) La dignidad del ser humano.
- c) La inviolabilidad de la persona humana.
- d) La inalienabilidad del cuerpo humano, y La penalización.

Más tarde, la Asamblea Mundial celebrada el 14 de mayo de 1997 aprobó la Resolución WHA 50.37 sobre la clonación y la reproducción humana, en la que se afirma que la utilización de la clonación para reproducir seres humanos no es aceptable desde el punto de vista ético y es contraria a la integridad de la persona humana y de la moral. En este sentido, el Director General de la

⁷³ Op. cit. HERNÁNDEZ, Arriaga, Jorge Luis. Ética en la Investigación Biomédica. Manual Moderno. México 1999. pp. 148-158.

Asamblea Mundial de la Salud, señala en su informe relativo a la propia resolución, señala que la principal objeción al uso de la clonación humana con fines reproductivos es que sería contraria a la dignidad humana y violaría la singularidad y la indeterminación del ser humano. Al mismo tiempo que viola los derechos del niño.

"Sin embargo, el aspecto más interesante de este informe es la referencia expresa a la clonación humana con fines no reproductivos, donde la valoración acerca de la clonación humana depende de la valoración que se haga del embrión humano. A diferencia de la dirigida a la reproducción humana, unánimemente condenada hasta el momento, ésta otra es objeto de posturas muy diversas como lo es también la consideración jurídica del embrión humano."⁷⁴

2.1.1.3. La Declaración de Helsinki. ("Helsinki I" y "Helsinki II").

"La Asamblea Médica Mundial adoptó la citada declaración como un conjunto de reglas para orientar a los médicos en las investigaciones clínicas terapéuticas o no terapéuticas ("Helsinki I" y "Helsinki II", celebradas en los años 1964 y 1975, respectivamente). Por lo que básicamente la declaración de Helsinki consiste en una serie de recomendaciones para guiar a los médicos en las investigaciones biomédicas en seres humanos.

Para ampliar el conocimiento científico y aliviar el sufrimiento de la humanidad es esencial que los resultados de los experimentos de laboratorio se apliquen a sujetos humanos, la Asociación Médica Mundial ha redactado las siguientes recomendaciones como guía para los médicos dedicados a la investigación biomédica en seres humanos. Estas recomendaciones se considerarán en el

⁷⁴ BELLVER, Capella, Vicente. ¿CLONAR? ÉTICA Y DERECHO ANTE LA CLONACIÓN HUMANA. Comares. España 2000. Pág. 76.

futuro Debe subrayarse que las normas aquí descritas son sólo una guía para los médicos de todo el mundo. Los médicos no están exentos de las responsabilidades penales, civiles y éticas bajo la ley de sus propios países.⁷⁵

PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA DECLARACIÓN DE HELSINKI I.

1. La investigación biomédica en seres humanos debe concordar con los principios generalmente aceptados y debe basarse en experimentos de laboratorio y en animales, bien realizados, así como un conocimiento científico profundo de la literatura científica pertinente.
2. El diseño y la ejecución de cada procedimiento experimental en seres humanos debe formularse claramente en un protocolo experimental que se remitirá para consideración, comentarios y asesoramiento a un comité independiente del investigador y de la entidad patrocinadora, con la condición de que dicho comité se ajuste a las leyes y reglamentos del país en el que se lleve a cabo el procedimiento.
3. La investigación biomédica en seres humanos debe ser realizada sólo por personas científicamente calificadas bajo la supervisión de un profesional médico clínicamente competente. La responsabilidad respecto al sujeto humano debe siempre recaer sobre una persona médicamente calificada, nunca sobre el individuo sujeto a la investigación, aunque haya otorgado su consentimiento.
4. La investigación biomédica en seres humanos no puede realizarse legítimamente a menos que la importancia de su objetivo esté en proporción con el riesgo que corre el sujeto de experimentación.

⁷⁵ HERNÁNDEZ, Arnaga, Jorge Luis. ÉTICA EN LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA. Manual Moderno. México 1999. pp. 139-141.

5. Cada proyecto de investigación biomédica en seres humanos debe de ser precedido por una valoración cuidadosamente de los riesgos predecibles para el individuo frente a los posibles beneficios para él o para otros. La preocupación por el interés del individuo debe prevalecer siempre sobre intereses de la ciencia y de la sociedad.

6. Siempre debe respetarse el derecho a la integridad del ser humano sujeto a la investigación y deben adoptarse toda clase de precauciones para resguardar la intimidad del individuo y reducir al mínimo el efecto de la investigación sobre su integridad física y mental y su personalidad.

7. Los médicos deben abstenerse de realizar proyectos de investigación en seres humanos cuando los riesgos inherentes a la investigación sean imprevisibles. Igualmente deberán interrumpir cualquier experimento cuando se compruebe que los riesgos son mayores que los posibles beneficios.

8. Al publicar los resultados de su investigación, el médico tiene la obligación de respetar su exactitud. Los informes sobre investigaciones que no se ciñan a los principios descritos en esta declaración no deben ser aceptados para publicación.

9. Cualquier investigación en seres humanos debe ser precedida por información adecuada a cada participante potencial de los objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que el experimento puede implicar. Cada una de estas personas debe ser informada de que tiene libertad para no participar en el experimento y para anular en cualquier momento su consentimiento. Sólo entonces

deberá ser solicitado por el médico el consentimiento voluntario y consciente del individuo, preferiblemente por escrito.

10. Al obtener el consentimiento informado del individuo para el proyecto de investigación, el médico debe ser especialmente cauto respecto a que esta persona se halle en una situación de dependencia hacia él o dé el consentimiento bajo coacción.

2.1.1.4. Recomendaciones del Consejo de Europa.

La finalidad de armonizar las diferentes legislaciones nacionales de cada uno de los Estados europeos en torno a los avances de las ciencias biomédicas se plasma en las recomendaciones y resoluciones de los diferentes organismos internacionales de la Unión Europea. Destacando para nuestro estudio las siguientes:

Recomendación 934 (1982) "sobre ingeniería genética".

El texto de esta recomendación fue aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 26 de enero de 1982. En ella se reconoce la libertad de investigación científica como valor fundamental de nuestras sociedades y condición de su adaptabilidad a las transformaciones del entorno mundial. En ella se establecen, entre otras, las siguientes recomendaciones en relación a la manipulación genética humana: Elaborar un acuerdo europeo sobre la aplicación legítima de las técnicas de ingeniería genética sobre seres humanos (comprendiendo también las generaciones futuras), diseñar las legislaciones nacionales en consecuencia, así como de promover la conclusión de acuerdos análogos a nivel mundial; tutelar el derecho a tener un patrimonio genético que no haya sufrido ninguna manipulación, lo que debe ser enunciado expresamente en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos

Humanos y de las Libertades Fundamentales; asimismo se recomienda la elaboración de una lista de enfermedades graves susceptibles de ser tratadas mediante terapia genética con consentimiento de los interesados; el derecho al patrimonio genético y su reconocimiento expreso, no debe oponerse –por tanto– a la puesta en práctica de aplicaciones terapéuticas de la ingeniería genética (terapia génica); todo ello con absoluto respeto a los derechos de la vida privada y a la intimidad de las personas.

Recomendación 1046 (1986) "relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales".

El texto de esta recomendación fue aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 24 de septiembre de 1986 (18ª sesión). En esta recomendación se reconoce el derecho a un patrimonio genético que no sea manipulado artificialmente si no es con fines terapéuticos. Allí se recomienda la prohibición de una serie de conductas como la clonación, la implantación de embriones humanos en el útero de otra especie o viceversa, la fecundación interespecies, la creación de embriones con semen de varios individuos, la creación de quimeras (con este término se hace referencia a los seres nacidos de la mezcla de material genético de dos especies distintas), la ectogénesis (consiste en la gestación completa del embrión y feto en el laboratorio, a través de una placenta artificial), la creación de hijos de personas de un único sexo, la selección no terapéutica del sexo de la descendencia, la creación de gemelos idénticos, la investigación sobre embriones humanos viables, la experimentación sobre embriones vivos (viables o no) y el mantenimiento de los embriones más allá del catorce días siguientes a la fecundación. También recomienda la elaboración de comisiones en cada Estado miembro de la Comisión Europea, competentes para preparar una relación sobre la utilización de fetos humanos con finalidad de investigación científica, teniendo en cuenta la

necesidad de establecer un equilibrio entre el principio de la libertad de la investigación y el respeto de la dignidad humana inherente a toda vida, así como a otros aspectos de la tutela de los derechos del hombre.

Recomendación 1100 (1989) "sobre investigación científica relativa a los embriones y fetos humanos".

El texto de esta recomendación fue por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 2 de febrero de 1989 (24ª sesión). En esta recomendación, se subraya el reconocimiento al embrión y al feto humano del tratamiento con el respeto a la dignidad humana, así como a sus productos y tejidos. Recomendando la utilización de una reglamentación rígida para las actuaciones con embriones o fetos con fines científicos, diagnósticos y terapéuticos. Autoriza la investigación sobre gametos con finalidades concernientes a la fecundidad, esterilidad y contracepción, así como para prevenir enfermedades genéticas. Respecto a los embriones preimplantatorios, recomienda no autorizar intervenciones que no sean de carácter diagnóstico o con fines de prevención o de terapia en interés del feto, y que no se intervenga en su patrimonio genético o no patológico. En relación a los embriones implantados y fetos vivos en el útero, debe prohibirse la extracción de sus células, tejidos u órganos –así como de la placenta- siempre que no tenga un carácter diagnóstico o un fin de prevención o terapia. Respecto a los embriones o fetos vivos expulsados prematuramente solamente podrán ser objeto de intervenciones clínicas que favorezcan a su desarrollo y autonomía vital, debiendo prohibirse los experimentos sobre embriones o fetos vivos, vitales o no. Y, respecto a las intervenciones de ingeniería genética molecular sobre el embrión o feto, solamente deben admitirse aquellas con finalidad diagnóstica y terapéutica, así como para la investigación científica de estudio de secuenciación del A.D.N. de genoma humano. Debe prohibirse toda

intervención terapéutica en la línea germinal humana y la donación de órganos con carácter comercial.

"En este sentido, se manifiesta el informe del Comité "Ad Hoc" de expertos del Consejo de Europa sobre Bioética (C.A.H.B.I.), acerca del uso de embriones y fetos humanos (C.A.H.B.I. 1989). El C.A.H.B.I., que finalmente pasa a denominarse Comité Permanente sobre Bioética (C.D.B.I.), que nace con el objetivo principal de llenar las lagunas jurídicas y políticas que puedan derivarse del rápido desarrollo de las ciencias biomédicas."⁷⁶

El 19 de noviembre de 1996, el Consejo de Europa aprueba el Convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina, también llamado convenio de los derechos humanos y biomedicina, que en primera instancia, establece en su artículo 1º que las partes de aquel convenio se encargarán de proteger la dignidad y la identidad de todo ser humano, al mismo tiempo que, garanticen a toda persona, sin ningún tipo de discriminación, el respeto absoluto a su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones que nos ofrece la biotecnología, biogenética y biomedicina. Y por lo que hace a nuestra temática en estudio, el mismo numeral dispone que, cuando alguna ley nacional de los países que integran el Consejo de Europa admita la investigación sobre embriones in vitro, se deberá asegurar una protección adecuada al embrión humano. Al mismo tiempo que, se prohíbe la creación de embriones con la finalidad de investigar sobre los mismos. Más tarde, el propio Consejo de Europa elaboró un protocolo adicional a este convenio.

⁷⁶ BENÍTEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA. Edersa. España 1999. pág. 95.

2.1.1.5. Resoluciones emitidas por el Parlamento Europeo.

Por otra parte, sin salir del ámbito regional, al Parlamento Europeo también llega a la problemática en torno a la genética humana elaborando dos resoluciones, que marcan las siguientes directrices a seguir por los Estados miembros de la actual Unión Europea.

Resolución sobre la fecundación artificial "in vivo" e "in vitro".

Esta resolución fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 16 de marzo de 1989. En esta resolución, se reconoce el respeto a los derechos e intereses del hijo, incluido el derecho a la vida, integridad física, psicológica y existencial, a la familia, el derecho a la atención de los padres y a crecer en un ambiente familiar idóneo y el derecho a la propia identidad genética. Asimismo establece que las técnicas de reproducción asistida no eliminan las causas de esterilidad, sino que permiten a las parejas que la padecen una respuesta positiva al legítimo deseo de tener hijos, al mismo tiempo que, plantean problemas graves en cuanto al riesgo de comercialización del cuerpo de la mujer (arrendamiento de útero) y de los gametos masculinos y femeninos. Sobresaliendo, su especial interés por salvaguardar la situación jurídica del hijo concebido por medio de esas técnicas preservando su estado legítimo de hijo, y las manipulaciones peligrosas en el embrión humano, asegurando de esta forma el derecho a la vida del concebido aun no nacido, al mismo tiempo que fortalece el origen mismo del hombre en el espacio. Pronunciándose de igual manera, en contra de la ectogénesis, de la crioconservación cuando se pretenda realizar investigaciones en los preembriones crioconservados, no sobrepasando en ningún momento de tres años; de igual forma se contrapone a cualquier tipo fecundación artificial *post mortem*; finalizando con la prohibición a cualquier persona que, intente o realice

algún tratamiento o investigación de esta índole, cuando no fuere médico altamente calificado en este rubro del quehacer biomédico.

Resolución sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

Esta resolución fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 16 de marzo de 1989. En esta resolución, se pide una prohibición categórica de todos los experimentos tendientes a modificar arbitrariamente el programa genético de los seres humanos. Igualmente se solicitan sanciones penales ante cualquier transferencia de genes a los gametos humanos. También se solicita la definición de un estatuto jurídico del ser humano que salvaguarde la identidad genética, entendiéndose también que una modificación parcial del patrimonio hereditario representa una falsificación de la identidad del hombre inadmisibles e injustificables en cuanto se trata de un bien jurídico altamente personal. Se aconsejan sanciones penales ante cualquier intervención prenatal no diagnóstica sobre el neonato vivo, así como el mantenimiento de la vida de los embriones con el único fin de extraer tejidos u órganos en el momento oportuno o su utilización para fines científicos, industriales, comerciales y militares. También señala la prohibición de la creación de híbridos y de clones humanos.

Es de mencionarse que, conviene aludir al dictamen sobre aspectos éticos de las técnicas de clonación, emitido el 28 de mayo de 1997, porque en su contenido se establece la prohibición a cualquier práctica eugenésica, la creación de un individuo genéticamente idéntico mediante sustitución nuclear, cualquier intento de crear embriones genéticamente idénticos para usos clínicos en la utilización de las técnicas de reproducción asistida, ya sea mediante división del embrión (gemelación artificial) ya mediante transferencia nuclear a partir de un embrión existente. Por tanto, la Unión Europea expresa con claridad su condena a la clonación con fines reproductivos, por ser esta un acto totalmente inaceptable.

2.1.1.6. Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras.

El 26 de febrero de 1994, la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) emite la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras (*The Universal Declaration of the Human Rights of Future Generations*), como una respuesta a la creciente preocupación de la Comunidad Internacional por fortalecer las expectativas de mejores condiciones de vida para las futuras generaciones. En este sentido, la propia declaración resguarda: 1º. Los recursos naturales, los cuales han sido explotados de manera deplorable por las generaciones precedentes y aun por las presentes; la unidad y pleno reconocimiento del género humano de las generaciones futuras; 2º. Preservar los valores y principios rectores de la humanidad; y, 3º. Garantizar a las generaciones futuras del azote de la guerra, que indudablemente, siempre propicia catástrofes en todos los ámbitos de la vida de los pueblos que la sufren. Ante ello todas las Naciones deben de unir sus esfuerzos para que en suma se brinde un total respaldo al medio en el cual se deban de desarrollar las generaciones venideras, permitiendo en última escala la sobrevivencia y perpetuidad del ecosistema mundial, y con ello la del hombre mismo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, aborda en su articulado, por lo que hace a nuestra temática, inclusiones muy importantes entre las que destacan:

- Derecho a la vida y a la preservación de la especie humana. En el artículo 3 de la referida declaración, se establece que "todas las personas pertenecientes a las generaciones futuras, tienen derecho a la vida (como valor primordial de todo hombre) y el mantenimiento y perpetuación de la

humanidad, en las diversas expresiones de su identidad...⁷⁷ En este sentido, la declaración en comento, se refiere a las prácticas derivadas de la reproducción artificial (como lo son: la clonación, la partenogénesis, las quimeras, etc.), que constituyen en sí mismas y por su finalidad intrínseca, un grave atentado contra la humanidad, al mismo tiempo que comprometen de un modo irreversible la coexistencia de los hombres. En este orden de ideas, el propio artículo señala que de igual forma, se debe de garantizar a las futuras generaciones su identidad genética y biológica que conforma el mapa biogenético universal; destruyendo en todo o en parte los rasgos distintivos de una Nación, grupo étnico, y en general cuando a través de investigaciones o tratamientos génicos, se pretenda destruir o contrariar el genoma humano.

- Derecho a conocer sus orígenes e identidad. Por su parte el numeral 4 de la propia declaración en cita, nos hace referencia al resguardo y protección que otorga la misma, a las generaciones futuras, para conocer "...su identidad y su historia, tanto personales como colectivas conforme a la ley y en la medida que sea compatible con el derecho a la Intimidad y de recibir información sobre los diferentes sistemas de valores para permitir la libre formación de sus voluntades." En este sentido, las múltiples legislaciones que han adoptado en su marco jurídico positivo, leyes que regulan las técnicas de fecundación asistida, han establecido que los hijos concebidos mediante algún método de reproducción asistida, tendrán el derecho a conocer su origen, una vez que hubieren cumplido la mayoría de edad, y que además, sea necesario el revelamiento por parte de la institución o centro de salud encargado de llevar a cabo la fertilización asistida cuando un órgano jurisdiccional lo requiriera en el ejercicio de sus funciones, para tal efecto; todo lo anteriormente descrito –por supuesto- sólo será aplicable

⁷⁷ ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto Fundación BBV, Diputación Foral Bizkaia. España 1997. pág. 487.

cuando se hubiere donado algún gameto por un tercero –sea óvulo o espermatozoide-, o bien se hubiere donado un embrión, previo consentimiento de los donadores, quedando de antemano sujeto a una orden judicial que funde y motive su resolución.

Para hacer valer las garantías que otorga esta declaración, los Estados y las Organizaciones Internacionales deberán asumir plenamente sus deberes, velando siempre por los intereses propios de la coexistencia del entorno ecológico, y del hombre en el mundo, adoptando para ello, las medidas legislativas apropiadas para garantizar y preservar de manera satisfactoria el contenido axiológico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras.

2.1.1.7. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

En la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos se parte del reconocimiento de que las investigaciones en torno al genoma humano pueden suponer una mejora de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero remarcando que deben respetar la dignidad, libertad, los derechos de la persona y la no-discriminación por razones genéticas. En un primer bloque de artículos, bajo el título de "La dignidad humana y el genoma humano"⁷⁸ se recogen varios principios que están en la base de todo este texto y que son los siguientes:

1. El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana... el genoma humano es "Patrimonio de la Humanidad" (artículo 1º de la declaración). Como lo establece la propia

declaración, el genoma humano forma parte del patrimonio de la humanidad de manera "simbólica", reconociendo de esta manera la dignidad intrínseca de cada ser humano, al mismo tiempo que salvaguarda la diversidad biogénica universal.

2. Cada Individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos independientemente de sus características genéticas (artículo 2º). Muchas veces, determinadas personas son despreciadas, debido a que padecen enfermedades hereditarias o malformaciones congénitas, que los hacen ser personas distintas y especiales en nuestra sociedad; ante ello la Declaración dispone que todo individuo tiene derecho al respeto de su persona, en el entendido de que posee su propio código genético que hace de él una persona única en nuestro espacio, que la hace por ese sólo hecho, ser única, especial e importante para nuestras sociedades.
3. Debe respetarse el carácter único de cada uno y su diversidad. Este principio coexiste con el anterior, estableciendo el principio de unicidad e identidad propias de cada uno de los seres humanos, coadyuvando al agrupamiento del mapa genético universal.
4. El genoma humano entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno natural y social de cada persona (artículo 3º). En este sentido, cada individuo está dotado de un código genético, que lo hace un buen deportista, un buen estudiante, un buen maestro, un buen ingeniero, etc., caracterizándolo por tener una identidad propia que al mismo tiempo alimenta la extraordinaria diversidad que entraña el genoma humano.

⁷⁸ MARTÍNEZ, Morán, Narciso y Otros. UTOPIA Y REALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CINCUENTA ANIVERSARIO DE SU DECLARACIÓN UNIVERSAL. Universidad Nacional de Educación a Distancia. España 1999. pág. 100.

5 El genoma humano no puede dar lugar a beneficios pecuniarios (artículo 4º de la declaración). Negar este principio significaría ir en contra del origen y fin último de la raza humana, al mismo tiempo, que daría apertura a que los grupos vulnerables de una sociedad, se vieran claramente perjudicados por las clases altas, comercializando al hombre por el hombre, implicando necesariamente una indignante y repudiante actividad.

Sobre estos pilares se reconocen un bloque de derechos, que son:

- A. Derecho de cada individuo a que no se lleve a cabo ninguna investigación, tratamiento o diagnóstico si no existe una previa evaluación rigurosa de los riesgos y ventajas que entrañe (artículo 5º, inciso a).
- B. Derecho a expresar su consentimiento para cualquier acción de este tipo (artículo 5º, inciso b).
- C. Derecho a decidir ser informado o no de los resultados de los exámenes genéticos (artículo 5º, inciso c).
- D. Derecho a que toda investigación se someta a una evaluación previa de acuerdo con la legislación (artículo 5º, inciso d).
- E. Derecho a no ser discriminados en función de las características genéticas (artículo 6º de la declaración).
- F. Derecho a la confidencialidad de sus datos genéticos (artículo 7º de la declaración).
- G. Derecho a una reparación equitativa del daño que se le infrinja por causa directa de una intervención en su genoma (artículo 8º).

H. Derecho a tener acceso a los progresos de la biología, genética y medicina (artículo 12, inciso a).

Es cierto, la aportación de los descubrimientos sobre el genoma humano viene a romper con muchas de las preconcepciones sobre la salud del hombre. Ahora se sabe que un alto porcentaje de las características mismas del individuo, sin que éstas sean consideradas dolencias o enfermedades, se encuentran en la información genética de cada ser humano. ¿Acaso hay alguna manera de pedir indemnización a nuestros ascendentes por la forma en la que se fusionaron nuestros cromosomas y vinieron a crear al individuo que somos hoy?

Frente a estos nuevos paradigmas genéticos, podemos llegar a ciertas conclusiones:

- 1) La Declaración Universal del Genoma Humano tiene como finalidad el mapeo genético, que ha dado lugar a la información genética en diversas legislaciones, que no es otra cosa que la identidad personalísima de cada sujeto. Esto, origina, dentro del mundo jurídico, el nacimiento de la llamada privacidad genética.
- 2) La información genética en cuanto a su contenido tiene una naturaleza dual, ya que por un lado, da lugar a la identificación individual, y por el otro, aporta la información de filiación, que identifica de manera inequívoca, la relación de un individuo con respecto de un grupo con quien tiene una relación directa, próxima y remota.

- 3) La propia Declaración Universal condena cualquier tipo de practica que tenga como objetivo obtener beneficios pecuniarios derivados de la comercialización del mapa biogénético humano de cualquier persona.⁷⁹
- 4) La confidencialidad de los datos genéticos de cualquier persona debe de guardarse en todo momento por los médicos especialistas que llevaron a cabo los tratamientos.
- 5) De igual forma, la declaración establece el acceso que cualquier persona tiene hacia los progresos obtenidos en materia de biogenética, sin distinción alguna, derivada de cualquier discriminación.
- 6) Las investigaciones científicas que desarrollen los investigadores, siempre deberán de ser en beneficio de la humanidad, y en este sentido, jamás deberán de contrariar la dignidad e identidad propias del ser humano.
- 7) La solidaridad y cooperación internacional que deberán de brindarse los Estados en materia de los avances científicos y tecnológicos, principalmente, de los países desarrollados con miras a los países en vías de desarrollo, como es el caso de nuestro país.

Entrando al nuevo milenio, este documento internacional, sin duda, tomará la misma importancia que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, sólo que ahora en el ámbito de la investigación biomédica.

Efectivamente, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos se constituirá en el marco de referencia primordial en el

⁷⁹ MUÑOZ DE ALBA, Medrano, Marcia. REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO GENÓMICO. Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas). México 2002. Op. cit. pág. 196.

ámbito ético-clínico-jurídico frente al uso de la tecnología genómica en el ser humano.

"En tanto el genoma humano guarda los secretos de nuestra evolución como especie, y se constituye, al decir de la UNESCO, "con base en la unidad fundamental de los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y de su diversidad", merece ser tratado en el plano normativo con una consideración especial. Todo cuanto se haga o se diga sobre el genoma humano trasciende en el campo de la simple consideración individual o grupal para convertirse en asuntos que nos compete a todos los seres humanos por igual. Esta sola consideración determina el carácter que le asignamos a la legislación que a su respecto se elabore."⁸⁰

2.1.2. La Reproducción Humana Asistida en el Derecho de Diversos Países.

Hoy en día, múltiples legislaciones han establecido una serie de reglas específicas, al respecto de las técnicas de fecundación asistida y en general de cualquier manipulación genética, legislando en atención a las condiciones *de facto* que se presentan en sus comunidades, preservando siempre los esquemas axiológicos que imperan en sus respectivas sociedades.

Así, nos encontramos con la existencia de una doble inspiración en la legislación sobre cuestiones relativas a la reproducción asistida y a la protección debida al embrión: en algunos países, como el Reino Unido y España, el principio inspirador es la libertad individual; en otros, como Alemania, Francia, Suecia, Suiza y Noruega, es la dignidad de la persona.

2.1.2.1. El Derecho Sueco.

Fue Suecia el primer Estado europeo que creó una ley en materia de técnicas de fecundación asistida, restringiéndose únicamente a la inseminación artificial, como campo de regulación en el año de 1984. Constituyéndose así en el primer gran escalafón en aras de la regulación de los avances que se han presentado en lo que ha biotecnología de la reproducción se refiere en el mundo.

Ley Relativa a la Inseminación Artificial.

La ley relativa a la inseminación artificial de diciembre de 1984, la cual entró en vigor el 1 de marzo de 1985, se refiere únicamente a la inseminación artificial. En esta ley se regula la inseminación homóloga y la heteróloga; siempre y cuando la mujer receptora se encuentre casada, o bien, mantenga una relación estable como si lo estuviere. Asimismo, establece ciertas características especiales cuando el semen provenga de un hombre distinto de 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.

Refuerzan los postulados de dicho ordenamiento, una modificadora del código civil sueco, en su título relativo a la paternidad, redactada el 20 de diciembre de 1984, con la que se incorporó una disposición importantísima que señala lo siguiente:

⁸⁰Ibidem, pp. 56, 194.

"Artículo 60. 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 éste, a aquél que haya manifestado su consentimiento..."⁸¹

"Y otra que modifica la ley del secreto, incluyendo los datos e informes relativos a la inseminación artificial dentro del secreto médico –sin embargo, permite al hijo conocer la identidad del donante- fijando así los alcances de la implementación de las técnicas de fecundación asistida en las Instituciones del derecho de familia en ese país."⁸²

Ley Relativa a la Utilización de Determinadas Técnicas Genéticas en el Marco de los Exámenes Generales de Salud.⁸³

La ley relativa a la utilización de determinadas técnicas genéticas en el marco de los exámenes generales de salud (Lag om anvanding av viss genteknik vid allmänna hälsoundersökningar), la cual entró en vigor en el Estado sueco, el 26 de marzo de 1991, establece que cualquier examen de la información genética de cualquier persona, ya sea del ADN (ácido desoxirribonucleico), o bien, del ARN (ácido ribonucleico) estará supeditada a una autorización especial, que deberá emitir la Dirección Nacional de Salud Pública y Previsión Social para su realización (artículo 1º de la ley).

⁸¹ MOCTEZUMA, Barragán, Gonzalo. La Reproducción Asistida en México. Un Enfoque Multidisciplinario. CUADERNOS DEL NÚCLEO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN SALUD Y DERECHOS HUMANOS. Serie: E Varios. Número 64. UNAM (IIJ). México 1994. pág. 62.

⁸² BENITEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA. Edersa. España 1999. pág. 96.

⁸³ ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto. Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pág. 434.

La principal finalidad de dicho examen debe consistir en encontrar posibles enfermedades de origen genético, con el objeto de llevar a cabo el tratamiento adecuado para erradicarlo; la autorización de la autoridad sanitaria deberá evaluar a las personas que asuman la ejecución de los exámenes a los que nos referimos en el párrafo que precede, es decir, a aquellos médicos especialistas en el contexto de tratamiento biotecnológico.

En el contenido de la referida autorización, además se deberán de contener los requisitos exigidos para limitar o controlar las actividades del médico, según la naturaleza del examen, y en caso de que no se respetaren estos requisitos la autorización podrá ser revocada, esto, de conformidad con lo que establecen los artículos 2º y 3º de la referida ley.

Asimismo, cualquier tipo de examen que exija el análisis del ADN o del ARN, deberá de ser expresamente consentido por la persona que así lo solicite.

Ley Relativa a las Medidas con Fines de Investigación o de Tratamiento en
Relación con los Embriones⁸⁴

La ley relativa a las medidas con fines de investigación o de tratamiento en relación con los embriones (Lag om atgarder i forsknings-eller behandlings-system med befruktade ägg från människa), la cual entró en vigor el día 26 de marzo de 1991, establece, en primer término, que cualquier medida con fines de investigación o de tratamiento con embriones, o bien de espermatozoides u óvulos donados por terceros, deberán estar sujetas al consentimiento expreso de éstos últimos, esto, según se desprende del texto del artículo 1º de la propia ley.

⁸⁴ Ibidem. pag. 435.

Asimismo, la ley, dispone en su articulado que cualquier experimentación sobre embriones con fines de investigación o terapéuticos, deberán de realizarse (previo consentimiento), en el plazo de 14 días contados a partir de que se produzca la fecundación (esto es derivado de las investigaciones germánicas, con relación a que la vida del embrión comienza, a partir de los catorce días después de que tuvo lugar la fertilización), salvaguardando los derechos embrionarios, según lo que establecen los científicos e investigadores al respecto del comienzo de la vida del embrión; y en este mismo sentido la propia ley establece en el párrafo segundo del artículo 2º, que cuando se hubiere realizado experimentación sobre un embrión, este deberá de ser destruido inmediatamente.

En esta misma tesitura, la propia ley establece la prohibición de implementar un embrión que haya sido objeto de experimentación con fines de investigación o terapéuticos, para fines de reproducción asistida, aplicándose esta misma regla a las células germinales (artículo 4º de la ley).

La propia ley, establece como período máximo de congelación de embriones el de un año, salvo que la Dirección Nacional de Salud Pública y Previsión Social concediera una prórroga, cuando considerase que existen motivos válidos para ello, fijando los requisitos indispensables para otorgarla, y de igual manera establecerá el plazo suplementario para tal efecto (artículo 3º de la ley).

De igual forma, la propia ley, establece en su artículo 6º, cuáles son las sanciones, por el incumplimiento de las disposiciones que establece la misma, castigando a los infractores con pena de privación de libertad de hasta un año.

2.1.2.2. El Derecho Suizo.

Dentro del Derecho suizo, su ordenamiento jurídico fundamental, consagra en su artículo 24, lo siguiente:

“El material genético de una persona sólo podrá ser analizado, registrado o revelado con su consentimiento previo o cuando expresamente lo autorice o lo imponga la ley”.⁸⁵

Del texto literal del referido artículo, se infiere la garantía de que todo individuo que nació, o bien, ha hecho su residencia habitual en ese Estado, tiene el derecho a que toda intervención o tratamiento génico practicado en su persona deba de desarrollarse, previo consentimiento expreso de esta última o por disposición expresa de la ley. Dando lugar a una sanción y reparación del daño, por parte de los médicos que empleen cualquier tratamiento o terapia génica en una determinada persona, actuando de manera negligente en el ejercicio de su profesión.

Asimismo, en el año de 1999 se aprobó una revisión constitucional insertando por primera vez este tema en el rango de la Carta Magna. Así la Constitución Suiza, establece en su artículo 119, lo siguiente:

“1. El ser humano está protegido frente a los abusos de la medicina reproductiva y la ingeniería genética;

2. La confederación aprobará prescripciones sobre el empleo del patrimonio germinal y genético humano. En ese ámbito proveerá a la tutela de la dignidad humana, la personalidad y la familia y se sujetará, en particular, a los siguientes principios:

a) Todo tipo de clonación y las intervenciones en el patrimonio genético de células germinales y embriones humanos son inadmisibles.

b) El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético ni fusionado con él.

c) Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas únicamente cuando no exista otro modo de curar la infecundidad o para evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves, pero no para conseguir determinados caracteres en el *nasciturus* ni para fines de investigación; la fecundación de los óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer está permitida sólo bajo las condiciones establecidas en la ley; fuera del cuerpo de la mujer únicamente se pueden fecundar tantos óvulos humanos como se vayan a trasplantar inmediatamente.

d) La donación de embriones y cualquier forma de maternidad subrogada son inadmisibles.

e) No se puede comerciar ni con el patrimonio germinal humano ni con productos del embrión.

f) El patrimonio genético de una persona sólo puede ser analizado, registrado o revelado con su consentimiento o con base en una prescripción legal.

En términos generales, la nueva Constitución suiza prohíbe la clonación en la mayoría de las modalidades que se conocen, tanto la gemelación artificial o clonación terapéutica, como la reproductiva.⁸⁶

⁸⁵ *Ibidem*, pag. 436.

⁸⁶ CANO, Valle, Fernando (coordinador). *CLONACIÓN HUMANA*. Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas). México 2003. pp. 105-106.

Por otro lado, a partir del 13 de abril 1994 se creó el reglamento sobre las investigaciones clínicas que conllevan las intervenciones relevantes de la ingeniería genética humana, en donde se establecen las condiciones específicas, bajo las cuales se pueden prestar los servicios de naturaleza genética, entre ellos los concernientes a la reproducción asistida, fijando los requisitos *sine qua non* para tal efecto.

2.1.2.3. El Derecho Español.

“El ordenamiento jurídico español no es ajeno a la problemática que plantea el conocimiento y el acceso científico y material a las técnicas de fecundación asistida y al material genético, y por ello, ofrece una amplia cobertura regulativa al respecto”⁸⁷, entre las que destacan:

Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁸⁸

“Aparece la ley que regula la reproducción asistida en un momento en que los abortos provocados y las técnicas para evitar el embarazo por medio de anticonceptivos y las esterilizaciones permanentes de hombres y mujeres aumentan de forma progresiva; en el que mueren de inanición los niños de países subdesarrollados; cuando se teme que se agoten los recursos naturales que deberán alimentar a la población del globo y se organizan conferencias mundiales para tratar de la superpoblación.

Llama la atención el *tratamiento peyorativo que se da, en las leyes sobre técnicas de reproducción asistida y la de donación y utilización de embriones y fetos humanos, a la condición humana en los primeros estadios de su

⁸⁷ MUÑOZ DE ALBA, Medrano, Marcia. REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO GENOMICO Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) México 2002. pág 133.

existencia. Contrasta con la tendencia de todas las Constituciones de occidente a reconocer cada vez mayor número de derechos humanos; incluso grupos ecologistas propugnan la protección de los derechos de los animales y su no utilización para experimentación.”⁸⁹

Dentro del contenido de la exposición de motivos de está ley se describen las distintas técnicas de reproducción artificial que permite la misma, siendo estas: la inseminación artificial (IA) con semen de marido o del varón de la pareja (concubinario); inseminación artificial con semen de donante (IAD); (FIV) fecundación in vitro; (TE) transferencia de embriones; (TIG) transferencia intratubárica de gametos. Estableciéndose como alternativa al tratamiento de la esterilidad si ésta no puede remediarse por medios naturales. Al mismo tiempo que, se autoriza de igual manera la investigación o experimentación con fines diagnósticos o terapéuticos y de ingeniería genética

“La aceptación o rechazo de estas técnicas, continua la exposición de motivos, se sustentará ‘únicamente en una ética de carácter cívico o civil no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radica en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general... que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales...’ Esa confrontación con criterios de racionalidad y procedencia” significa verificar su validez; esa es precisamente la misión de la ética. Pero en este caso los “criterios de racionalidad y procedencia” no son criterios objetivos referidos a los valores, sino pragmáticos. Por otra parte y en contradicción con lo anterior a los contenidos constitucionales, cuyo contenido axiológico no es en absoluto

⁸⁸ ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto. Fundación BBV. Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pp. 21-34.

⁸⁹ VILA-CORO, Barrachina, María Dolores. INTRODUCCIÓN A LA BIOJURÍDICA. Universidad Complutense de Madrid. España 1995. Pág. 261.

utilitarista, sino que está presidido, por los valores de la vida, la justicia, la igualdad y la libertad.

En el apartado II de la exposición de motivos de esta ley, se dice textualmente:

"El material biológico utilizado es el de las primeras fases del desarrollo embrionario, es decir, aquel desarrollo que abarca desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento". Si llega hasta el momento del nacimiento no es el de las primeras fases del desarrollo embriológico. Ese material biológico ha sido calificado por la propia ley como vida humana desde el día catorce después de la concepción.⁹⁰ Planteándose, en este sentido la necesidad de definir el estatuto jurídico del desarrollo embrionario (dicho Estatuto se encuentra claramente definido por el código civil español, en su artículo 29, que establece: "Al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable".).

Se adopta el término preembrión para designar los 14 primeros días de vida del óvulo fecundado. Se pretende justificar su utilización porque "antes de la implantación, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre y con la implantación se puede comprobar su existencia". Se interfiere el ámbito ontológico con el gnoseológico. Es decir, no me consta su existencia, luego no existe.

Por otro lado, la propia ley admite la disociación de la paternidad y de la maternidad. Define la "maternidad plena como aquella en que la mujer gesta su propio óvulo, y la maternidad parcial, cuando sólo aporta el óvulo a la gestación. Define también la paternidad y maternidad biológica, legal y de deseo, con el fin de valorar "cual de ellas será la más humanizada y la más profunda en relación con el hijo". La objeción a esta definición es que, en este caso concreto, lo legal

es adjetivo de lo biológico que es sustantivo; la norma es consecuencia de una realidad ontológica a la que no puede suplantar, y el deseo tiene su principio y fin en los progenitores y convierte al hijo en objeto del deseo de los padres.

En el apartado III de la exposición de motivos de la referida ley, se interroga si existe un derecho absoluto a procrear. De acuerdo con la opinión de VILA-CORO BARRACHINA, "la respuesta no deja lugar a dudas: es un derecho compartido con la persona del sexo opuesto. Su contenido consiste, respecto del sujeto, en que no sea limitada su libertad, que su actividad procreadora sea respetada y no perturbada. No quiere decir que la sociedad deba proveer a la mujer o al varón de los elementos procreadores. El hombre y la mujer son dueños de su capacidad reproductiva, pero no son dueños del fruto de la reproducción porque se trata también de un ser humano, de un sujeto y no de un objeto susceptible de apropiación".⁹¹ En este sentido, la procreación o el derecho a una salud reproductiva tiene un objetivo principal que será precisamente el esparcimiento de su prole, siendo de esta manera el medio a través del cual el hijo va a llegar a la vida, pues es el hijo el fin último de la procreación extrínsecamente dotada de una jerarquía axiológica superior. El fin secundario es el deseo de los progenitores. Negar esto último, nos llevará a invertir la jerarquía de los valores jurídicos que el Estado debe de proteger.

Por otro lado, la propia exposición de motivos en su mismo apartado, establece que la variación de la fecundación *in vitro*, consistente en la gestación de sustitución o madre de alquiler no se admite dentro del contenido normativo de la misma. Esto en virtud de que, en ningún momento el cuerpo humano —en este caso de la mujer— es indisponible como objeto del contrato, pues como lo expone la propia VILA-CORO, "La causa del contrato se opone al orden público, a los valores y principios, basados en la dignidad personal, que inspiran al

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 261-264.

⁹¹ *Ibidem*, pag. 265.

Derecho⁹². Y en este sentido, no puede atentarse contra la dignidad misma de la persona, pues se estaría atacando y destruyendo a la humanidad misma.

De igual manera, la propia exposición de motivos, da lugar a que la mujer soltera pueda fundar su propia familia, auxiliada de la reproducción asistida para ello, sometiéndola a la responsabilidad que este hecho infiere. Sin embargo, la mujer en ningún momento podrá establecer formas familiares, distintas a las admitidas por el ordenamiento sustantivo civil español, que constituyen el fundamento y la estructura de nuestra sociedad occidental.

Por su parte, el apartado IV de la exposición de motivos de esta ley, establece que la regulación de las técnicas de reproducción asistida, obedece a las realidades presentes que se han gestado con motivo de los avances en el campo de la biogenética, biomedicina y biotecnología nos ofrecen. Sin embargo, es prudente señalar, al respecto, que si bien es cierto que se debe de regular en este rubro del quehacer científico, lo es también, por cuanto hace a la gran responsabilidad por parte del legislador de reglamentar en atención a las realidades que se presenten en la sociedad, anteponiendo siempre los esquemas axiológicos que inspiran el bienestar y sentir comunes a esa Nación, salvaguardando siempre los intereses del sentir de los ciudadanos que la integran.

Esta ley consta de siete capítulos, una disposición transitoria y cuatro finales.

El capítulo I, regula el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, cuando estén clínica y científicamente indicadas y se realicen en centros y por equipos especializados cuando otras terapias para facilitar la procreación hayan fracasado. También para prevención y tratamiento de

⁹² Idcm. pag. 266.

enfermedades de origen genético o hereditario. Se autoriza la experimentación en los términos que se señalan más adelante (artículo 1º de la referida ley).

Cabe oponer que ni la inseminación artificial (IA), ni la fecundación in vitro (FIV) tiene efecto terapéutico alguno sobre el incapaz de concebir. En algunos casos se remedia, aunque no se cura, la esterilidad. En este sentido, las técnicas de reproducción asistida (TRA) surgen como una medida que tiende a contrarrestar el problema de la infertilidad o la esterilidad, pero no así el de eliminar de manera plena el problema mismo.

Capítulo II. Principios generales: Se exige evitar riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia. Pudiendo acceder a estas técnicas mujeres mayores de edad, con buen estado de salud psicofísica, sin más limitación que la libre y consciente aceptación previa e información sobre ellas (según se desprende del texto literal del artículo 2º, inciso b). No excluyendo a la mujer soltera, sin marido o compañero.

Se prohíbe la fecundación de óvulos con cualquier fin distinto de la procreación, limitándose el número de óvulos fecundados que se transfieren al útero (artículo 3º de la ley).

Capítulo III. De los donantes: se autoriza un contrato formal y secreto de donación de gametos y óvulos fecundados entre el donante y el centro o institución médica que realice dichas técnicas; revocable si el donante lo necesita por infertilidad sobrevenida (artículo 5º en su primer y segundo apartado), siempre que estuvieren disponibles aún los gametos, por lo que se crea un contrato de donación *sui generis* derivado de su naturaleza especial.

Los hijos tendrán derecho a obtener toda la información general de los donantes, excepto su identidad, salvo casos excepcionales (por mandato

judicial, o por circunstancias extraordinarias que comporten un inminente peligro para la vida del hijo), esto, según se desprende del texto del artículo 5º, apartado quinto.

El donante deberá ser mayor de edad y cumplir con los requisitos previstos de buena salud (artículo 5º, apartado sexto). De las usuarias de las técnicas se exige, solamente, además de lo expuesto en el capítulo II, el consentimiento expreso del marido para la activación de los métodos de reproducción asistida, sólo si estuviesen casadas, prestado según las características que impone la ley (artículo 6º, apartados del primero al tercero).

En el artículo dedicado a los padres y los hijos se regula la filiación de los nacidos por medio de las técnicas de reproducción asistida, con las siguientes consideraciones: a) omitiendo el carácter de generación; y, b) se prohíbe la impugnación de la filiación matrimonial al cónyuge que preste su consentimiento a la fecundación artificial con semen de donante (artículo 8º de la ley). Se niega la filiación paterna al hijo fecundado con semen del padre fallecido, a no ser que éste consienta, en escritura pública, que el material reproductor pueda ser utilizado por la esposa en los seis meses siguientes al fallecimiento (artículo 9º, apartados: primero y segundo). En este mismo capítulo, se prohíbe la gestación sustituta o el arrendamiento de útero, en el entendido de que, si se llevará a cabo, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el hecho del parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico (artículo 10 del propio ordenamiento legal en cita).

Capítulo IV. Crioconservación y otras técnicas: regula las intervenciones con fines diagnósticos sobre el embrión, siendo sólo legítimas las que tengan por objeto el bienestar del "nasciturus" y que favorezcan su desarrollo, "o si están amparadas legalmente" (artículo 12, apartado segundo). Con este último

supuesto se da entrada a una serie de posibilidades amplísimas de manipulación, pues la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, que se regula en el capítulo VII, podrá tener funciones delegadas a falta de normativa oportuna, para autorizar proyectos científicos, diagnósticos, terapéuticos, de investigación y experimentación.

De igual forma en este capítulo se establece que el semen donado podrá crioconservarse en bancos de semen, por un tiempo máximo de 5 años (artículo 11, apartado primero). Por su parte, los óvulos no podrán ser crioconservados en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de éstos para ser utilizados después de su congelación (artículo 11, apartado segundo).

De igual forma, la propia ley establece que para efecto de realizar cualquier intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines de diagnóstico o terapéuticos, se deberá de tener la finalidad de detectar enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas o impedir su transmisión (artículo 12, apartado primero, en relación con el artículo 13, apartado primero).

Sólo se autorizarán intervenciones con fines terapéuticos en preembriones in vitro, o bien, en preembriones, embriones y fetos, una vez se hubieran cumplido con los requisitos siguientes:

- I. Que la pareja o la mujer sola –según sea el caso-, hayan aceptado expresamente dichas intervenciones, una vez que previamente hubieran sido informados sobre los procedimientos y riesgos causados con motivo de la intervención.
- II. Que se trate de enfermedades con pronóstico grave o muy grave, siempre y cuando se ofrezcan garantías de mejoría o solución del problema que se suscite.

- III. Cuando la intervención terapéutica sea posible, atendiendo a criterios estrictamente científicos.
- IV. Que no se influya sobre la naturaleza misma de las células germinales en sus diversas etapas evolutivas.
- V. Que se realice en centros o instituciones debidamente autorizados para ello por las autoridades sanitarias (artículo 13, apartado tercero, incisos del a) al e).

De igual manera, los gametos, podrán ser utilizados para investigación y experimentación, siempre y cuando la investigación o experimentación sea dirigida, para perfeccionar la maduración de ovocitos, así como la crioconservación de óvulos, siempre y cuando no se usarán los gametos para originar preembriones con fines de procreación (artículo 14, apartados del primero al tercero).

Por su parte, el artículo 14, in fine, da lugar a muchísima polémica, en virtud de que se establece la oportunidad de fertilizar espermatozoides humanos, con los óvulos de un hámster (hasta la fase de división de dos células), dando oportunidad incluso a los investigadores de desarrollar estas prácticas con otros animales, cuando se obtuviere autorización de la autoridad correspondiente, significando un gran atentado contra la dignidad humana y contra las diversas posturas que ha adoptado la Comunidad Internacional.

Al mismo tiempo, la propia ley establece que para realizar investigaciones o experimentaciones con fines de diagnóstico o terapéuticos en preembriones vivos se autorizará, una vez que se hubieren cumplido, los siguientes requisitos:

- I. Que se cuente con el consentimiento expreso de las personas de las que proceden, incluidos los donantes de aquellos, previa explicación

pormenorizada de los objetivos que persigue dicha investigación o experimentación.

- II. Que los preembriones utilizados no se desarrollen in vitro más allá de la barrera de los catorce días posteriores a la fecundación del óvulo.
- III. Que todas las investigaciones o experimentaciones se desarrollen en los centros sanitarios y con los equipos autorizados por las autoridades públicas competentes.

De igual forma, para efecto de realizar cualquier investigación o experimentación en preembriones in vitro viables, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- I. Que se trata de una investigación con fines de diagnóstico o terapéuticos.
- II. Que no se modificará el patrimonio genético no patológico de la célula germinal.

Sólo se autorizará la investigación en preembriones con otros fines diferentes al de diagnóstico o de comprobación de su viabilidad, en los siguientes casos:

- I. Si se realiza en los plazos estipulados por la autoridad, para ello. Si se tratare de preembriones no viables.
- II. Si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal.
- III. Si el proyecto de investigación es debidamente presentado y autorizado por las autoridades públicas competentes.
- IV. Si se realiza en los plazos estipulados, para ello (artículo 15 de la propia ley).

Capítulo V. Centros sanitarios y equipos biomédicos. Cada una de las instituciones y centros de salud –sean éstas públicas o privadas–, deberán contar con centros de sanitarios y equipos biomédicos adecuados para desarrollar de manera efectiva y satisfactoria su labora, siendo el director de éste el responsable inmediato de cualquier anomalía (artículos 18 y 19 de la referida ley).

Capítulo VI. De las infracciones y sanciones. La propia ley en cita, hace referencia a una serie de infracciones y sanciones en que pueden incurrir aquellas personas que realicen prácticas prohibidas por las disposiciones de esta ley, atendiendo a la gravedad de los hechos constitutivos de las mismas.

En este sentido, el artículo 20 de la referida ley, establece como infracciones graves, las siguientes:

- I. El incumplimiento de las disposiciones legales contenidas en esta ley, por parte de las instituciones y centros, en cuanto a su funcionamiento, así como a sus equipos biomédicos.
- II. El incumplimiento de las normas de la Ley General de Sanidad, la presente ley, y las normas de desarrollo, en el tratamiento de estas técnicas.
- III. La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidos por está ley, así como la falta de realización de la historia clínica de las pacientes.

Al mismo tiempo, el propio numeral, establece como Infracciones muy graves a las disposiciones de está ley, las siguientes:

- I. Fecundar óvulos humanos para cualquier finalidad distinta a la procreación.
- II. Obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin.

- III Mantener in vitro a los óvulos fecundados, mas allá de la barrera de los catorce días.
- IV Mantener vivos a preembriones, con el objeto de obtener de ellos muestras utilizables.
- V Comercializar preembriones.
- VI Utilizar preembriones industrialmente, cuando no fuere con fines de diagnóstico y terapéuticos.
- VII Mezclar semen u óvulos de distintos donantes para realizar la FIVTE.
- VIII Revelar la identidad de los donantes, salvo los casos previstos por la ley.
- IX Llevar a cabo, cualquier práctica con fines de realizar una clonación humana.
- X La partenogénesis.
- XI La selección del sexo, cuando no fuere con fines terapéuticos o de diagnóstico.
- XII La fusión de preembriones entre sí, tendientes a crear quimeras.
- XIII La producción de híbridos.
- XIV La transferencia de gametos o preembriones humanos a cualquier otra especie animal, o la operación inversa.
- XV La ectogénesis.
- XVI La creación de preembriones con espermatozoides de diversos hombres para su implantación.
- XVII La creación de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres para su implantación.
- XVIII La utilización de ingeniería genética para crear armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.
- XIX Las demás que establezca la ley.

Cabe señalar que, el inciso k) y l) del artículo 20 de la ley, quedaron derogadas por la disposición final tercera del Código Penal de 1995, quedando establecidas en el título V del mismo, que trata sobre delitos relativos a la

manipulación genética, siendo castigadas aquellas actividades delictivas y ya no como meras infracciones administrativas.

capítulo VII. Comisión Nacional de Reproducción Asistida: en este capítulo, el gobierno español, crea la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, con el objeto de dar orientación sobre la utilización de estas técnicas, colaborar con la administración, por lo que hace a la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos, y en la elaboración de criterios de funcionamiento de los centros e instituciones que prestan estos servicios, con la finalidad de facilitar su mejor utilización (artículo 21 de la ley).

No es preciso enfatizar acerca del contenido de estas normas que se prestan a que la tentación experimentalista del científico no encuentre límites en su ambición investigadora. Amén de los posibles monstruos biológicos que ya se están dando en el mundo animal. La repercusión en el ser humano puede ser de gran impacto a la dignidad e identidad de su origen.

Ley sobre Donación y Utilización de Embriones y fetos Humanos, sus Células, Tejidos u Órganos.⁹³

Esta ley expresa la necesidad de condicionar la libertad científica a los valores que consagra la Constitución española, para que la actividad científica se realice al margen de consideraciones éticas y morales, y para que el progreso social e individual esté basado en el respeto a la dignidad y a la libertad humana.

Esta ley hace una distinción entre preembrión, embrión y feto; vivo, viable o muerto. Siguiendo los criterios de la ley sobre técnicas de reproducción asistida.

⁹³ ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto. Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pp. 48-52.

Permitiendo, en este sentido, la investigación y experimentación en los preembriones, embriones y fetos clínicamente muertos con fines de diagnóstico, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos.

La ley consta de cuatro capítulos, dos disposiciones adicionales y dos finales.

En el capítulo I, se establecen los principios generales; y en este sentido, la ley marca que las donaciones y la utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas, deberá de sujetarse a la voluntad de los donadores para tal efecto. Asimismo deberá imperar el carácter eminentemente altruista por parte de los donadores (artículo 2º).

En el capítulo II, cuyo título se denomina de las "actuaciones con embriones y fetos". Se considera que los embriones abortados, espontáneamente, cuando no fueren viables o estuvieren clínicamente muertos podrán ser utilizados para fines de experimentación, investigación, farmacológicos, etc., previa donación de los progenitores. Obligando a los médicos a favorecer el desarrollo y autonomía vital, de los fetos considerados biológicamente viables (según se desprende del texto literal del artículo 5º del propio cuerpo de leyes).

En el capítulo III, denominado "investigación, experimentación y tecnología genética", establece las autorizaciones de investigaciones en embriones o fetos, siempre y cuando sean con fines: diagnósticos, industriales, terapéuticos o de investigación; por parte de las autoridades públicas sanitarias, una vez que se hubieren cumplimentado los requisitos que la propia ley señala para ello (artículos 7º y 8º de la referida ley).

Finalmente, el capítulo IV, preceptúa la aplicación de las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en esta ley, además de las establecidas en

los artículos 32 a 37 de la Ley General de Sanidad española. Atendiendo, desde luego a la gravedad de la conducta delictiva cometida por los infractores.

Sin lugar a dudas, esta ley viene a complementar a la ley sobre técnicas de reproducción asistida, en virtud, de que este ordenamiento jurídico surge en atención a las prácticas científicas de investigación y experimentación que se desarrollan sobre los embriones obtenidos por la activación de algún método de reproducción asistida humana.

Ley Orgánica por la que se Reforma el Código Penal.⁹⁴

Por su parte, la ley orgánica por la que se reforma el Código Penal español, publicada el 24 de noviembre de 1995 en el Boletín Oficial del Estado, establece los delitos que afectan al feto, y aquellos derivados de la manipulación genética, quedando precisados de la siguiente manera:

En el título IV de la ley orgánica, denominado "de las lesiones al feto", dispone aquellas personas que por cualquier medio o procedimiento, perjudicare al feto, causándole una lesión o bien, provoque una enfermedad grave que perjudique su sano desarrollo, o provoque algún tipo de tara física o psíquica, será sancionado con una pena que va de 1 a 4 años e inhabilitación para ejercer cualquier profesión sanitaria (médicos, investigadores, inspectores, etc.), o para prestar servicios de toda índole en clínicas y centros de ginecología, -ya sean públicos o privados-, además de ser acreedores a una pena va de los 2 a los 8 años (artículo 157 de la referida ley).

Aquellas personas que cometan los hechos descritos en el párrafo que precede, por imprudencia, serán castigadas con la pena de arresto de 7 a 24 fines de

⁹⁴ ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto, Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pp. 74-75.

semana. Pero si los hechos descritos anteriormente fueran cometidos imprudentemente por profesionales (médicos, investigadores, etc.), se impondrá asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio o cargo por un período que va de los 6 meses a los 2 años, de conformidad con lo que dispone el artículo 158 de la propia ley.

Por otro lado, el título V de la propia ley, denominado "delitos relativos a la manipulación genética", establece en su numeral 161 que "serán castigados con pena de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio, y de 6 a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana (prácticas como la ectogénesis, la partenogénesis, por sólo citar algunas)".

"El apartado segundo del propio artículo establece que, se castigará con la misma pena a aquellas personas que creen seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza. No obstante, es de destacarse la conveniencia de mejorar la redacción de este artículo tan ambiguo, puesto que podría dar lugar a interpretaciones muy diversas."⁹⁵

Finalmente, el artículo 162 de la propia ley en cita, establece que aquellas personas que practicaren alguna técnica de reproducción asistida en determinada mujer, sin el consentimiento expreso de ésta, será castigado con una pena de prisión que va de los 2 a los 6 años, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por un tiempo que va de 1 a 4 años. Cabe hacer el señalamiento que el propio numeral establece que, para que las autoridades procedan a realizar la indagatoria, deberá el agraviado, o bien, su representante legal, interponer la denuncia correspondiente.

2.1.2.4. El Derecho Alemán.

Al respecto el Estado alemán también ha fijado una ley al respecto de las técnicas de fecundación asistida, siendo ésta, de naturaleza proteccionista de los derechos embrionarios, con un carácter eminentemente punitivo, al grado tal de limitar de manera sustancial la utilización de las referidas técnicas; en el campo del derecho positivo en el mundo entero y *sui generis* por su especial naturaleza.

Ley sobre Protección de Embriones.⁹⁶

En Alemania, la ley sobre protección de embriones con fecha de publicación de fecha 13 de diciembre de 1990, la cual entró en vigor el día 1 de enero de 1991. Anteriormente, existía en Alemania la ley sobre la proporción de adopciones y la prohibición de servicios de intermediación para proporcionar madres sustitutas del 30 de diciembre de 1989, la cuál contiene disposiciones penales, respecto a la inseminación artificial, así como la regulación para mujeres que se prestan como madres sustitutas. "Con un carácter esencialmente punitivo (ley penal especial), se refiere –de un lado- al empleo abusivo de las nuevas técnicas de reproducción y –de otro lado- a las actuaciones sobre embriones o sus células y la alteración artificial de las células de la línea germinal humana."⁹⁷

La ley sobre protección de embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen*), publicada el 13 de diciembre de 1990 (impulsada por el Gabinete Federal de Alemania), establece en primer término, las sanciones penales a las que se harán acreedores todas aquellas personas que apliquen abusivamente las

⁹⁵ MUÑOZ DE ALBA, Medrano, Marcia. REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO GENÓMICO. Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas). México 2002. pag. 147.

⁹⁶ ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto, Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia, España 1997. pp. 79-86.

⁹⁷ BENÍTEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA. Edersa, España 1999. pp. 96-97.

técnicas de reproducción asistida, castigando con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con pena de multa a aquellas personas (de las instituciones que llevan a cabo la realización de estas técnicas) que: 1º transfieran a una mujer un óvulo no fecundado ajeno; 2º a aquellas que lleven a cabo la fecundación artificial para un fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo; 3º a aquél especialista o médico que emplee más embriones de los que sean necesarios para la fecundación de la mujer; 4º a aquel médico especialista que extraiga de una mujer un embrión antes de concluir su anidación, en el útero para transferirlo a otra mujer o para emplearlo con finalidad distinta a su conservación; y, 5º cualquier forma de maternidad sustituta (subrogación de la maternidad), esto, según se desprende del artículo 1º del propio cuerpo de leyes.

De igual forma, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con pena de multa, a aquella persona que enajene un embrión humano creado extracorporalmente (in vitro), o bien, que haya sido extraído del útero antes de concluir la anidación, y de igual manera a quien utilizare el embrión humano para un fin distinto a su conservación (la conservación se efectúa, en caso de que no resultare la fecundación en el primer intento de fecundar artificialmente a la mujer de la pareja). En este mismo sentido, se sancionará a la persona que produzca extracorporalmente un embrión humano (in vitro), con un fin distinto al del embarazo (artículo 2º de la referida ley).

Por otro lado, será sancionado con pena privativa de libertad de un año o con pena de multa a aquella persona que seleccione el espermatozoide en función del cromosoma de sexo en él contenido, es decir, aquella persona que lleve a cabo, o intente elegir el sexo del niño; salvo cuando la selección del espermatozoide se realizará con el objetivo de evitar una enfermedad genética, de acuerdo con lo que establezca la ley para tal efecto (artículo 3º).

En el articulado de la ley en comento, se salvaguardan el derecho al consentimiento expreso del hombre y mujer que integran la pareja que solicita la realización de la técnica de fecundación asistida, sancionando a quienes no respeten esto último con una pena privativa de la libertad de hasta 3 años, o bien, con una multa. En este mismo sentido se sancionará a quien emprenda la transferencia de un óvulo a otra mujer sin el consentimiento de la mujer de la cual proviene (artículo 4°).

Por lo que hace a la clonación, el ordenamiento legal citado, establece en su artículo 6 una pena privativa de la libertad de hasta 5 años o en su defecto una multa a aquella persona que, produzca artificialmente un embrión humano con la misma información genética a la de otro embrión, feto, ser humano o persona muerta, es decir, la referida ley se pronuncia en contra de cualquier práctica que tenga por objeto la clonación humana. Y de igual manera se pronuncia por cualquier tipo de formación de quimeras o híbridos (esto con fines de investigación en embriones); asimismo, se pronuncia en contra de cualquier práctica en donde se pretenda fecundar un óvulo humano con semen de un animal, o bien, fecundando un óvulo animal con semen de un humano (artículo 7°).

Por lo que hace, a los profesionistas que podrán llevar a cabo la realización de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, permitidas por la legislación alemana, la ley establece, que sólo los médicos podrán llevar a cabo las técnicas de fecundación asistida, en este sentido, aquellas personas que no siendo médicos lleven a cabo la utilización de alguna de las referidas técnicas, serán sancionadas hasta con una pena privativa de la libertad de un año o en su defecto con una multa, además de las sanciones administrativas a que diere lugar (la cual podrá ser por una multa de hasta 5.000 marcos alemanes), esto, según se desprende del texto literal del artículo 11, en relación con el 12 del propio ordenamiento legal.

2.1.2.5. Derecho Inglés.

El Reino Unido, se suma en este mismo sentido a otros países de Europa en lo que se refiere a la evolución en el derecho genómico, al crear una ley fruto de la exhaustiva lista de las recomendaciones contenidas en el informe Warnock en Londres, en julio de 1984, elaboradas por la comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana, presidida por la señora Warnock, que da nombre a la comisión y al informe.

Ley sobre Fertilización Humana y Embriología.⁹⁸

*En el Reino Unido, la ley sobre la fertilización humana y embriología (human fertilisation and embryology Act 1990) con fecha de publicación del 1º de noviembre de 1990. Prohíbe la creación, utilización o almacenamiento de embriones sin permiso para ello –prohibiendo cualquier permiso tras los catorce días después de la fecundación-, la implantación en el útero de la mujer, gametos o embriones no humanos, la clonación de embriones o personas, o la mezcla de gametos de animales y personas. Utilizando también para ello el derecho punitivo.⁹⁹

Según se desprende del artículo 5º de la referida ley, se crea el Consejo de Fertilización Humana y Embriología, lo que constituye un gran avance en lo que respecta a un organismo público encargado de revisar y someter a seguimiento la información sobre embriones y el desarrollo posterior de los mismos, y, sobretodo, normar la prestación de servicios de tratamiento en las actividades que rige esta ley (artículo 8º del ordenamiento legal en cita). En este sentido, el Consejo hará públicos los servicios que preste, en lo que respecta a la

⁹⁸ ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto. Fundación BBV. Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pp. 335-410.

⁹⁹ BENITEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA. Edersa. España 1999. pp. 97-98.

obtención de permisos; al mismo tiempo que, brindará asesoramiento e información a las personas que hayan solicitado permisos o que estén siendo tratadas, o que donen o deseen donar gametos o embriones para los fines de fecundación y terapéuticos a que hace referencia la ley en comento.

La principal función del Consejo consiste en otorgar permisos a las instituciones médicas que realizan este tipo de tratamientos biomédicos, al mismo tiempo que vigila y revisa que se cumplimenten todos y cada uno de los principios que rigen a la bioética mundial, y por último, lleva a cabo una función informativa a la sociedad británica que requiera la ayuda terapéutica y médica necesaria para contrarrestar algún problema reproductivo, o bien, algún otro que requiera tratamiento biomédico, brindando auxilio a la sociedad británica en todo momento.

Según se desprende del artículo 25 de la ley de fertilización humana y embriología, se crea el Código de Conducta que servirá como guía para el correcto desarrollo de las actividades autorizadas al amparo de los permisos a que se refiere esta ley como bien lo son: la regulación de las técnicas de fecundación asistida implementadas en las instituciones a las cuales se les otorga el permiso respectivo, e instruir a las instituciones que presten servicios de tratamiento sobre la importancia del bienestar de los niños que puedan nacer como resultado de dichos servicios.

La presunción legal de la relación filial existente entre los hijos con respecto a los padres, se encuentra regulada en la ley de fertilización humana y embriología del Reino Unido, quedando precisada en los artículos del 27 al 30.

Por lo que hace al artículo 27 de la referida ley, la existencia de la maternidad se presenta, a partir, de que, la mujer esté embarazada o lo haya estado como resultado de haberle sido implantado un embrión o esperma u óvulos, pues,

siguiendo esta tesitura deberá ser considerada como la madre del niño a título exclusivo. Este precepto se aplicará para las mujeres británicas que estuvieren o no en el Reino Unido, al momento de la implantación del embrión, espermatozoides y óvulos; y con ello, se salvaguardan los derechos y obligaciones imperantes en ese país, a pesar de que las parejas optasen por llevar a cabo, cualquier tipo de tratamiento biomédico en otro país diverso del Reino Unido.

Por su parte, el artículo 28 de la ley en comento, dispone cuales son los criterios, a través de los cuales se establecerá el vínculo paterno-filial preexistente, entre el hijo así concebido y el varón de la pareja, quedando como sigue:

1º Será el padre de los niños nacidos de una mujer, a resultas de la colocación en su seno de un embrión, o espermatozoides y óvulos, o bien de que se le haya inseminado artificialmente, si, la mujer está casada al momento de producirse la inseminación artificial o la implantación de espermatozoides y óvulos en su seno, en este sentido, el padre del niño será el cónyuge de ésta; 2º Pero si la mujer hubiere celebrado nuevas nupcias, y la creación del embrión anidado en la mujer no procediere del espermatozoides del cónyuge de ese nuevo matrimonio, entonces el padre de la criatura deberá ser el hombre con el que estuvo anteriormente casada la mujer, siempre y cuando este último, hubiere manifestado expresamente su consentimiento para la utilización de alguna técnica de reproducción asistida.

En consecuencia, no podrá ser considerado padre del niño, ninguna otra persona; sin embargo, lo precisado en el párrafo anterior, no se aplicará en Inglaterra, País de Gales e Irlanda del Norte, cuando en virtud de lo que establece el derecho común (common law), fuere considerado como hijo legítimo dentro del matrimonio.

En este mismo orden de ideas, la propia ley establece, que en ningún momento podrá ser considerado el padre del niño así concebido; aquél individuo que hubiere donado el espermatozoides o el embrión generado por su espermatozoides; así como tampoco, podrá considerársele el padre, a aquél que hubiere donado su espermatozoides o el embrión producto de su espermatozoides, una vez que este hubiera fallecido.

Por otro lado, el artículo 29 de la referida ley, establece los efectos jurídicos derivados de lo precisado en sus numerales 27 y 28. Y en este sentido, todas aquellas personas que hallan consentido expresamente la realización de alguna técnica de reproducción asistida humana, ya sea con sus propios gametos o embriones, o bien, mediante la donación éstos, por parte de terceros, aquellos serán considerados como la madre y el padre del niño así concebido; siempre y cuando se lleve a cabo, de acuerdo a lo que dispone la propia ley de fertilización humana y embriología, surtiendo plenamente todos los efectos jurídicos que derivasen por la existencia del vínculo paterno-filial.

Dentro de las disposiciones de la ley en cita, se encuentra un apéndice denominado "consentimientos para el uso de gametos y embriones", estableciendo en el mismo, que todo consentimiento para cualquier tratamiento deberá de manifestarse por escrito, sujetándose a las bases siguientes, cuando se trate de "consentimiento otorgado para la utilización de embriones":

- 1) Que haya sido otorgado por la persona a la cual se le va a practicar el tratamiento, cuando dicho acto sea de alcances individuales, y cuando se trate de actos cuyos alcances sean consensuales, deberá de ser además, manifestado expresamente por las personas que lo involucran, y
- 2) Que se use para cualquier proyecto de investigación, siguiendo los requisitos establecidos por el Consejo para ello.

Sin embargo, todo lo precisado en los artículos 27 y 28 de esta ley, no causará efecto alguno en Inglaterra, País de Gales e Irlanda del Norte, por lo que hace, a la capacidad para suceder dignidades, títulos u honor, o bien, transmitir el derecho a suceder dichas dignidades o títulos, así, como también la transmisión de cualquier propiedad supeditada a dicho título o dignidad honorífica; pues, en estos casos, se atenderá a lo que establece el common law.

El artículo 30, de la ley sobre fertilización humana y embriología establece que, los tribunales podrán acordar que un hijo sea considerado en derecho como hijo de un matrimonio cuando el niño ha sido llevado en el seno materno de mujer distinta a la esposa, como resultado de que se le hubiera insertado un embrión, o bien, espermatozoides y óvulos, mediante inseminación artificial. Desde luego, para ello, se deberá previamente cumplir con todas las formalidades que la propia ley establece. Por tal motivo, las parejas contarán con un término de seis meses contados a partir del nacimiento del niño para solicitar al tribunal lo conducente. Para tal efecto, el tribunal dictará su resolución en donde señalará como domicilio para el niño, el de los cónyuges; para ello, ambos cónyuges deberán de estar domiciliados en el Reino Unido, Islas de Canal de la Mancha o en la isla de Man.

El derecho en el Reino Unido, permite la subrogación de la maternidad o maternidad subrogada, siempre y cuando no medie ninguna contraprestación pecuniaria (únicamente de naturaleza altruista), por parte de la pareja que la solicita, con respecto a la mujer gestante del niño, pues si se permitiera el arrendamiento de útero, implicaría que las células, órganos y productos de los seres humanos fueran objeto de comercio, y con ello se atentaría contra la dignidad humana (según lo disponía la ley de acuerdos de subrogación de 1985 en el Reino Unido). Sin embargo, la maternidad subrogada debe de ser ampliamente estudiada, desde el punto de vista moral y ético, para entender los verdaderos alcances jurídicos que pueden derivar por su utilización,

perjudicando en gran proporción la base fundamental de toda sociedad, como lo es "la familia".

No obstante que, la ley en cita, hace alusión al principio fundamental del secreto profesional, en la realización y activación de las técnicas de fecundación asistida, la propia ley establece como excepciones a este principio, las dos siguientes:

- 1) Que sea revelada la información por parte del Consejo de Fertilización Humana y Embriología en el caso de que dicha información sea requerida por algún Tribunal en interés de la aplicación de la justicia en un determinado juicio, y
- 2) Cuando el Tribunal solicite al Consejo que la revelación sea necesaria, con la finalidad de encontrar al padre del niño nacido minusválido (en atención a lo que dispone la ley de minusvalías congénitas), según se desprende del texto de los artículos 33, 34, 35 de la referida ley.

Por su parte, el artículo 41 del propio cuerpo de leyes establece como delitos los siguientes:

1º. A aquella persona que implante en el útero de una mujer un embrión vivo que no sea humano o gameto vivo alguno que no sea humano; o bien, a aquella persona que trate o modifique gametos vivos humanos con gametos vivos de animal alguno; o bien, a aquella persona que contravenga las disposiciones de la ley de fertilización humana y embriología, realizando actividades fuera de aquellas a las que expresamente estuviera facultado a hacer, en virtud de permiso correspondiente (entre ellas la clonación, definida en esta ley como, aquel procedimiento mediante el cual el sustituido el núcleo de una célula de embrión por el núcleo extraído de una célula de persona alguna, ya se trate de

embrión o de su desarrollo posterior). Será culpable de delito y podrá hacerse acreedor a una pena de prisión por un lapso que no exceda los diez años, o con multa, o con ambas penas, si hubiere lugar a ello.

2º Cualquier persona que divulgue información relativa a los permisos otorgados por el Consejo de Fertilización Humana y Embriología, será considerado reo de un delito y será condenado a las siguientes penas:

- I. En caso de procedimiento contradictorio a una pena de prisión por un plazo superior a dos años, o a multa, o a ambas penas, y
- II. En caso de juicio sumario, a una pena de prisión por un plazo que no exceda de seis meses, o multa que no exceda del máximo legal, o a ambas penas.

Quedarán exentas de culpabilidad, aquellas personas que, acrediten que estaban actuando bajo la dirección de otro; o bien, aquellas que tengan acciones fundadas para creer:

- a) Que estaban autorizada en virtud del permiso o de las instrucciones recibidas para realizar la acción por la que se acusa;
- b) Que este amparada por un permiso, otorgándole la responsabilidad del tratamiento.

La misma ley en comento, establece los tratamientos permitidos en el Reino Unido, resumiéndose en los siguientes:

- I. La creación de embriones in vitro. Ante la preocupación de que se pueda realizar la clonación humana, la legislación británica dispone

que no se autorizará que se modifique la estructura genética de una célula, mientras ésta forme parte de un embrión,

II. El mantenimiento de embriones, en los términos que fije el propio Consejo, para lo cual deberán sujetarse a lo siguiente:

- a) Los donantes de gametos o embriones, deberán especificar un período máximo de almacenaje, sin contrariar el exigido por la propia ley, para tal efecto.
- b) Asimismo, los propios donantes deberán expresar las condiciones de almacenaje, para el caso de fallecimiento ulterior al consentimiento o bien cuando se vean imposibilitados para alterar los términos del consentimiento o revocarlo, en caso de no hacerlo así, la institución médica estará facultada para determinar lo conducente.

III. El uso de gametos;

IV. Aquellas prácticas que estén destinadas a encontrar la adecuada condición de los embriones para ser implantados en alguna mujer;

V. La implantación de un embrión en una mujer;

VI. La mezcla de espermatozoides humanos y óvulos de hámster, con la finalidad de probar la fertilidad o normalidad del espermatozoides; en este sentido la propia ley dispone que el producto así obtenido deberá de ser destruido al finalizar la prueba.

Todos los permisos otorgados por el Consejo de Fertilización Humana y Embriología, tendrán una vigencia por un período que no exceda de cinco años.

Por otro lado, la propia ley en comento, faculta al Consejo para conceder permisos para la investigación, sólo cuando esta tenga fines capaces de incrementar los conocimientos sobre la generación y desarrollo de embriones o sobre enfermedades o que hagan posible la aplicación de dichos conocimientos. En este caso, el permiso concedido por el Consejo tendrá una vigencia por un período que no superará los tres años.

De cualquier manera, en ambos casos el consentimiento así pronunciado, podrá ser modificado o revocado, por la persona que lo manifestó expresamente, siempre y cuando se pronuncie hasta antes de que el embrión haya sido utilizado para un tratamiento o investigación alguna.

La ley de fertilización humana y embriología, establece de manera pormenorizada los supuestos bajo los cuales se deberá de manifestar el consentimiento expreso de las personas que: 1º. Acepten la realización de cualquiera de las técnicas de fecundación asistida permitidas en el Reino Unido, siempre y cuando hayan sido informados los intervinientes de los riesgos y consecuencias que pueden resultar con el tratamiento; y, 2º. Cuando acepten donar gametos o embriones con fines de investigación terapéutica, o bien, con fines reproductivos en parejas estériles. Con ello, la legislación británica da cabal cumplimiento a lo expresado por la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos en su numeral cinco, elevando y salvaguardando los intereses de la humanidad.

2.1.2.6. Derecho Francés.

"En Francia, se aprueban la ley relativa respecto al cuerpo humano y la ley relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal, ambas de fecha 29 de julio de 1994. Leyes que modifican el código civil, el

código de la salud pública y el código penal, asegurando la primacía de las personas, prohibiendo atentados a su dignidad y garantizando el respeto de los seres humanos desde el comienzo de su vida. En este sentido, se refiere a la tutela de la integridad del cuerpo humano y a la integridad de la especie humana. Declara la nulidad de los contratos de maternidad de alquiler, castigando penalmente la intermediación en la misma, así como la comercialización de embriones humanos o su creación con fines industriales, comerciales o simplemente, de investigación o experimentación. Prohíbe las intervenciones en línea germinal no terapéuticas y la transferencia de embriones o gametos sin haber comprobado la no transmisión de enfermedades. Asimismo, sanciona con penas privativas de libertad de hasta veinte años las prácticas eugenésicas tendentes a la selección genética, entre otras conductas.”¹⁰⁰

Ley relativa al respecto del cuerpo humano.¹⁰¹

La ley relativa al respecto del cuerpo humano (*Loi No. 94-653, relative au respect du corps humain*), establece en su artículo 2, que se garantizará la primacía de la persona, quedando prohibida cualquier forma de vulnerar la dignidad humana, asimismo se establece el aseguramiento del respeto al ser humano desde el comienzo de su vida (entendiéndose por el comienzo de su vida, el momento del nacimiento de la persona).

Por otro lado, el numeral 3, en su apartado 16-7 del mismo cuerpo de leyes establece que “será nulo todo contrato que tenga por objeto la procreación o la gestación por cuenta de un tercero”, quedando así, prohibida la maternidad subrogada en el Estado francés –sea está a título oneroso o gratuito–,

¹⁰⁰ BENÍTEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA. Edersa. España 1999. pág. 98.

¹⁰¹ ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto, Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pp. 233-248.

castigando a aquellas personas que se vieran involucradas en cualquier contrato que infiera la subrogación de la maternidad; elevando la pena al doble, cuando se trate de maternidad subrogada onerosa o lucrativa, esto, según se desprende del texto del artículo 4, segundo párrafo.

Por lo que hace a todas aquellas personas que pretendan comercializar gametos humanos, se les aplicará una pena que va de 5 años de prisión a 500,000 francos de multa, quedando exceptuadas de esto, los establecimientos que deben pagar las prestaciones realizadas por la preparación y conservación de dichos gametos (artículo 9º, sección 2ª, apartado 511-6). Se resguardan de igual forma los derechos al secreto del donante de gametos, el de garantizar que los gametos donados no detenten cualquier tipo de enfermedad transmisible, imponiendo penas que van de 2 años de prisión a 200,000 francos de multa a los que vulneren esta disposición (artículo 9º, apartado 511-11).

La propia ley establece en su artículo 9, sección 3, 511-18 que, "se castigará con pena de siete años de prisión y 700,000 francos de multa la concepción in vitro de embriones humanos las investigaciones o experimentaciones que no persigan fines terapéuticos".

Asimismo, la propia ley hace valer el fundamento y justificación de las técnicas de fecundación asistida, al establecer en su artículo 9, sección 3, 511-24, que para la utilización de las referidas técnicas, se debe de padecer algún tipo de infertilidad o esterilidad, (en cualquiera de sus diversas naturalezas), restringiendo su uso, únicamente para tratamientos que persigan fines eminentemente terapéuticos, y no así para aquellas parejas potencialmente fértiles. En este sentido, aquellos médicos que utilizarán alguna de las técnicas de fecundación asistida sin estricto apego a esta y diversas disposiciones en el Estado francés, además de ser culpables, y por tanto, asequibles a una pena que va de cinco años a los 500,000 francos de multa, incurrirán al mismo

tiempo en una pena complementaria de inhabilitación, por un plazo de hasta 10 años, para ejercer la práctica médica.

Al mismo tiempo, el artículo 10º, sección 4ª, apartado 311-19, precisa la existencia del vínculo paterno-filial, que nace entre la pareja que requiera la intervención de alguna de las técnicas de fecundación asistida y el hijo así concebido, aún cuando hubieren sido donados los gametos, o bien, los embriones por un tercero para tal efecto, quedando este último carente de toda acción de información de la paternidad (en virtud de ser este uno de los requisitos existenciales de la donación de gametos), salvo cuando el consentimiento hubiere carecido de efecto.

Se entenderá por carecer de efecto el consentimiento cuando: 1º. Hubiere sobrevenido muerte, hasta antes de la implementación de la técnica de fecundación asistida, 2º. Cuando se hubiere presentado demanda de divorcio, o separación matrimonial de derecho, o cese de la vida sobrevenida hasta antes de la realización de la técnica de fecundación asistida, y de igual manera, cuando, se revoque el consentimiento otorgado por cualquiera de los miembros de la pareja, siendo necesario que tal revocación se realice por escrito, antes de la realización de la técnica y ante el médico encargado de aplicar la misma (según se desprende del artículo 9º, sección 4ª, apartado 311-20).

El marco jurídico francés, otorga al niño así concebido el derecho a ser reconocido, por parte del padre que hubiere otorgado el consentimiento y no lo quisiera reconocer como suyo, incurriendo en una responsabilidad civil ante el niño y ante la madre. Cabe hacer el señalamiento que estas disposiciones son aplicables aún para aquellas parejas que se encuentran unidas en concubinato.

Lej Relativa a la Donación y a la Utilización de Elementos y Productos del
Cuerpo Humano y a la Asistencia Médica en la Reproducción y en el
Diagnóstico Prenatal.¹⁰²

La ley relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal (Loi No. 94-654, relative au don et á l'utilisation des éléments et produits du corpus humain, á l'assistance médicale á la procréation et au diagnostic prénatal.), publicada el 29 de julio de 1994, establece, primeramente, en su Capítulo II bis, denominado "Técnicas de Reproducción Asistida", La definición de las técnicas de reproducción asistida, en su artículo L. 152-1, entendiéndose por estas: "...las practicas técnicas y biológicas que permitan la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la reproducción fuera del proceso natural". La definición propuesta por la ley en comento, no precisa técnicamente en que consisten las técnicas de reproducción asistida (TRA), sin embargo, dentro del contenido literal del propio numeral se establece, cuales son las técnicas de reproducción asistida que adopta y permite el derecho francés (fecundación in vitro, transferencia intratubárica de embriones e inseminación artificial). Sin embargo, el propio capítulo, hace extensiva la permisibilidad, para cualquier otra técnica que permita la reproducción fuera del proceso natural, cuando ninguna de las anteriores brindará expectativas satisfactorias a la pareja y el médico lo considerase necesario, para lo cual, el propio médico deberá justificar su diagnóstico para tal efecto.

Para ello, las instituciones médicas que lleven a cabo las técnicas de fecundación asistida, deberán sujetarse al siguiente procedimiento:

¹⁰² ROMEO, Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto, Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pp. 249-288.

1 Comprobar la motivación del hombre y la mujer que forman la pareja solicitante, para recordarles las posibilidades que la ley les ofrece en materia de adopción, como otra medida para contrarrestar el problema.

2 Informarles de las posibilidades de éxito y fracaso que con motivo de la realización de las referidas técnicas pudieran surgir, así como de su penosidad.

3 Entregarles un expediente guía que deberá contener lo siguiente:

- Hacer del conocimiento de la pareja, de las disposiciones legales y reglamentarias relativas a las técnicas de reproducción asistida;
- Una descripción minuciosa de las técnicas de reproducción asistida, y
- Hacer del conocimiento de la pareja, de las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la adopción, asimismo se deberá entregar un directorio de las asociaciones y organismos encargados de llevar a cabo la adopción.

Todos los requisitos precisados, deberán constar por escrito, según lo dispone el numeral 8, apartado L. 152-10.

De igual forma, dentro del articulado del capítulo a que aludimos en el párrafo que precede, se establece como requisito esencial para que se utilicen este tipo de técnicas, únicamente cuando se tenga por objeto remediar la esterilidad previamente diagnosticada por un médico, y por excepción cuando tenga por objeto evitar alguna enfermedad genéticamente hereditaria al producto (artículo 8º, apartado L. 152-2 de la referida ley).

En este mismo sentido, la propia ley establece como requisito adicional, que el embrión, creado a través de la inseminación artificial, fecundación in vitro o transferencia intratubánica de gametos sólo podrá ser concebido con gametos que procedan de al menos uno de los dos miembros de la pareja, y excepcionalmente, podrán emplear gametos de un tercero, cuando sean donados a la institución médica que preste estos servicios. De igual forma, las parejas podrán consentir por escrito su consentimiento para donar a otras parejas los embriones que se hubieren obtenido para la realización de alguna de las técnicas de reproducción asistida, y que no se hubieren empleado, por haber quedado encinta la mujer de la pareja. Para ello, la pareja que desee donar sus embriones sobrantes, deberá de reunir los requisitos que establece la propia ley para tal efecto. Todo lo anteriormente manifestado, deberá de estar sujeto a una resolución emitida por autoridad judicial, salvaguardando la identidad de la pareja donante y de la pareja receptora de esa donación, estando sujeta a todas las normas sanitarias precisadas para ello (artículo 8º, apartados L. 152-3, L. 152-4, L. 152-5, L. 152-6.)

La propia ley en comento, establece que no podrá concebirse ni utilizarse un embrión humano con fines comerciales o industriales (artículo 8º, apartado L. 152-7). De igual forma, se prohíbe la concepción in vitro de embriones humanos con fines de estudio, investigación o experimentación, salvo que el hombre y la mujer que formen la pareja lo consientan expresamente, siempre y cuando los estudios así practicados a los embriones, persigan una finalidad terapéutica, sin perjudicar en modo alguno al embrión (artículo 8º, apartado L. 152-8).

Todas las intervenciones referidas en este apartado, deberán de llevarse a cabo, sólo en las instituciones médicas, públicas o privadas, previamente autorizadas por las autoridades sanitarias de Francia; asimismo, dichas Instituciones están obligadas a rendir un informe anual de actividades de todas sus intervenciones (artículo 11, sección 4ª, apartado L. 184-1).

Finalmente, la propia ley establece cuales son las penas a las que se sujetarán las personas que resultarán culpables en el ejercicio de sus funciones, y son a saber las siguientes:

1º Se castigara con pena de 5 años de prisión y 500,000 francos de multa, la extracción u obtención de gametos de una persona a cambio de un pago, cualquiera que sea la forma en que se realice (artículo 15, apartado L. 674-4).

2º Se castigara con pena de 5 años de prisión y 500,000 francos a aquellas personas que extraigan u obtengan gametos de una persona viva, sin que haya expresado su consentimiento para ello (artículo 15, apartado L. 674-5).

3º Se castigara con pena de 2 años de prisión y 200,000 francos de multa la recogida o extracción de gametos de una persona para ser implementados en una técnica de reproducción asistida, sin proceder a las pruebas necesarias para saber con precisión sobre la posible detección de enfermedades transmisibles; en este mismo sentido se castigara con la misma pena a aquellas personas que hubieren supeditado la designación del beneficiario de la donación (artículo 17, apartados L. 675-12 y L. 675-14).

4º. Se castigara con pena de 5 años de prisión y 500,000 francos de multa, la puesta en práctica de alguna de las técnicas de reproducción asistida permitidas por el derecho francés, con fines distintos a los reproductivos o de investigación científica y terapéutica, mediando para ello consentimiento expreso de la pareja (artículo 18, apartado L. 152-15).

Finalmente, debemos de decir que, el Estado Francés se ha preocupado tanto por la situación imperante en el mundo con respecto a la manipulación genética, y en este sentido creó la ley relativa al tratamiento de datos nominativos que tengan como finalidad la investigación en el ámbito de la salud (Loi No. 94-548

relative au traitement de donnés nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé). Creando así un banco de datos confidenciales, salvaguardando, de está manera los Principios de unicidad e identidad que consagra la Declaración Universal del Genoma Humano y Derechos Humanos, emitida por la UNESCO.

2.1.2.7. Derecho Austríaco.

El derecho en Austria no podía permanecer ajeno a la creciente ola en el campo biotecnológico, y dentro de la perspectiva de nuestro estudio, fija dos leyes en donde se establecen una serie de reglas que hacen enaltecer los valores de los seres humanos, pormenorizando una serie de presupuestos legales en cuanto hace a las prácticas de los médicos en el campo biotecnológico, protegiendo, de está forma, los principios bioéticos derivados del genoma humano.

Ley sobre Medicina de la Reproducción (*Fortpflanzungsmedizingesetz*), del 4 de junio de 1992 y la Ley sobre Intervenciones Genéticas en Organismos y sobre Terapia Génica (12 de julio de 1994).

En Austria, la ley de fecha 4 de junio de 1992, sobre medicina de la reproducción (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) y la ley sobre intervenciones genéticas en organismos y sobre terapia génica del 12 de julio de 1994 (*Gentechnik-gesetz-CTG*). Constituyen un gran avance en el campo del derecho derivado de los avances biotecnológicos en ese país.

"La primera de éstas, se postula en contra de lo que propuso la ley alemana, ésta tiene como objetivo primordial el establecimiento de unos cauces para los distintos procedimientos médico-biológicos de los que se ocupa, adopta con respecto a los mismos claros criterios de actuación y las prohibiciones penales juegan sólo un papel secundario. La doctrina austriaca, frente a las distintas

técnicas de procreación asistida ha venido destacando una serie de principios fundamentales (dignidad humana, libertad de procreación, interés del niño) que parece reconocer esta ley.

Con estas premisas, la *fortpflanzungsmedizingesetz* ofrece una diversa gama de parámetros en los que se ocupa de cuestiones conceptuales, determinación de los espacios de licitud (al contrario que en la ley alemana que hay que extraerlos para exclusión de las conductas delictivas) y de las personas legitimadas para actuar. Incluye también disposiciones relativas a los asesoramientos y consejos previos, al consentimiento y sus condiciones, regulando incluso el tratamiento que debe darse al semen de terceros, a la conservación, registro e informes. A la vez que modifica otras leyes civiles como la del matrimonio.

De un modo semejante se ha pronunciado el legislador en la ley sobre organismos modificados genéticamente reguladora también de la aplicación de los análisis genéticos y de la terapia génica en seres humanos. Se recogen en ella toda una serie de conceptos generales así como la normativa a aplicar en el caso de manipulación de organismos modificados genéticamente, tanto en espacios confinados como su liberación. A los efectos que aquí interesa, esta ley sólo crea infracciones administrativas y utiliza una fórmula semejante a la de la ley reguladora de la medicina de la reproducción. Las irregularidades contempladas se convierten en infracciones administrativas subsidiarias de otras más graves y de infracciones penales que puedan aplicarse por estar en el ámbito de acciones punibles (en tanto en cuanto el hecho no constituya una acción punible correspondiente con el ámbito de aplicación de un tipo penal).¹⁰³

¹⁰³ PERIS, Ricra. Jaime Migucl. LA REGULACIÓN PENAL DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN ESPAÑA. Civitas España 1995. pp. 202-204.

2.1.2.8. El Derecho Noruego.

El Estado Noruego, no ha permanecido ajeno, a los constantes avances, en lo que a legislaciones en materia de técnicas de reproducción o fecundación asistida se refieren. Y por ello, con fecha de 5 de agosto de 1994, entra en vigor la ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina, que deroga a la ley del 12 de junio de 1987, relativa a las técnicas de reproducción asistida; y al mismo tiempo, modifica la ley de la filiación de 8 de abril de 1981; por lo que a continuación, realizaremos un estudio jurídico del contenido, inmerso en su articulado, precisando los efectos jurídicos derivados por su activación en ese país nórdico

Ley sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina.¹⁰⁴

En primera instancia, y según se desprende del texto literal del artículo 1.1. de la ley, se establece que el objeto de ésta, es garantizar que las aplicaciones biomédicas de la reproducción sean en beneficio e interés del ser humano, en una sociedad nórdica, en donde su papel es plenamente valorado, estableciendo que, ante todo, las prácticas biomédicas, deberán atender a los principios de respeto a la dignidad humana, a la que hace referencia la Declaración Universal del Genoma Humano y Derechos Humanos; sin negar este derecho a persona alguna, por razones de discriminación. En este sentido, la legislación nórdica, pretende asegurar el principio de dignidad e identidad, que consagra la propia declaración que resguarda el patrimonio cultural de la sociedad occidental.

Por otro lado, el artículo 2.1. del mismo cuerpo de leyes, establece la definición de la fecundación Asistida, aseverando lo siguiente: "se entenderá por

¹⁰⁴ ROMEO. Casabona. Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto, Fundación BBV. Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pp. 329-334.

fecundación artificial la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea o in vitro". En realidad, la propia ley no ofrece una definición técnica de lo que se debe entender por fecundación artificial, únicamente se limita a establecer cuáles son las técnicas de reproducción asistida aprobadas en ese país.

Al mismo tiempo, en el párrafo segundo, del mismo numeral, se establece, "por inseminación artificial, se entenderá la introducción de espermatozoides en una mujer por métodos distintos del acto sexual". Y finalmente, en su último párrafo establece la definición de la fecundación in vitro, estableciendo: "por fecundación in vitro, se entenderá la fecundación de óvulos fuera del cuerpo de la mujer".

Por otro lado, el artículo 2.2. de la propia ley, establece que, para poder tener acceso a cualquier tratamiento mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida –ya sea mediante inseminación artificial o fecundación in vitro–, deberá de ser solicitada por una mujer, que se encuentre unida a un hombre, a través del matrimonio; o bien, a aquella mujer, que sostenga una relación en concubinato con un hombre, es decir, que la relación sea estable y equiparable al matrimonio. Quedando prohibido, para cualquier mujer soltera, o a toda aquella persona que se encuentre fuera de las estrictamente permitidas por esta ley.

Por su parte, el artículo 2.3. del propio ordenamiento legal, establece, un requisito *sine qua non* para el acceso a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida; que consiste en el consentimiento por escrito de la mujer y de su pareja. Para ello, el propio numeral, establece la obligación del médico de asegurar la validez del consentimiento para iniciar el tratamiento.

Del contenido del artículo 2.4. podemos aseverar, que antes de someter a una pareja determinada, a tratamiento alguno mediante cualquiera de las técnicas

de reproducción asistida permitidas por esta ley; el médico deberá de tomar la decisión de someter a cualquier pareja al tratamiento, esto, en virtud, de ser el único recurso para tratar el problema de infertilidad o esterilidad que padezca la pareja solicitante. Sin embargo, el médico se basará para adoptar esta medida, en una valoración médica y psicosocial de la pareja

Según se desprende, del artículo 2.6. de la propia ley, el médico que realice el tratamiento, será quien seleccionará al donante de espermatozoides idóneo, para aplicar la fertilización artificial.

Según se desprende del texto del artículo 2.7. de la ley en comento, en ningún momento podrá la institución o centro de salud, proporcionar información alguna a los donantes de espermatozoides sobre la identidad de las parejas o del niño así concebido. Garantizando el secreto profesional al que se deben los médicos en todo momento.

Por otro lado, la propia ley, establece en su artículo 2.8. "que sólo estará permitido el tratamiento de espermatozoides antes de la fecundación para determinar el sexo del niño si la mujer es portadora de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo". Por lo que el propio numeral, establece este supuesto de manera excepcional.

En este sentido, se pronuncian los Estados miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la Comunidad Europea, estableciendo en el artículo 14 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, lo siguiente:

"Artículo 14. No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo."

Por lo que hace a los requisitos para acceder al tratamiento de fecundación asistida, mediante la inseminación artificial, el artículo 2.9., establece como tales, los siguientes:

- Podrá aplicarse la inseminación artificial si el hombre es estéril;
- Si padece o es portador de una enfermedad hereditaria grave; y
- Cuando la mujer es portadora de una enfermedad hereditaria grave, ligada al sexo (artículo 2.8. in fine).

Desde nuestra perspectiva, además de los requisitos establecidos en esta ley, resulta indispensable garantizar a las parejas intervinientes un tratamiento psicológico adecuado, dada la complejidad psicológica que implica la utilización de la biomedicina reproductiva, además de aquellos requisitos administrativos, indispensables para su aplicación.

Por lo que hace a los requisitos de la fecundación in vitro, la ley, establece en su numeral 2.10., los siguientes:

- Tendrá lugar la fecundación in vitro, si la mujer o el hombre son estériles, y
- Si no se ha hallado la causa de esterilidad. Excepcionalmente, podrá tener lugar la fecundación in vitro en casos de enfermedad hereditaria grave, de acuerdo a lo que establezca el Ministerio de Sanidad y Asuntos Sociales.

Cabe resaltar que, dicho tratamiento únicamente podrá realizarse con los óvulos y espermatozoides de la pareja. De esta forma, queda restringida la fecundación in vitro heteróloga.

En relación con lo anterior, el numeral 2.11 de la propia ley en comento, establece que todos aquellos óvulos fecundados sólo podrán ser utilizados para su implantación en la mujer de la que procedan los mismos, no dando lugar a la donación de óvulos femeninos, es decir, sólo se acepta la donación de espermatozoides, para la aplicación de la fecundación artificial; coartando de esta forma la fecundación artificial heteróloga.

En este sentido, únicamente las instituciones o centros de salud que se encuentren autorizados por el Consejo Nacional de Salud, para realizar la fecundación in vitro podrán almacenar óvulos así fecundados, los cuales sólo podrán ser almacenados por un plazo que no supere los tres años, quedando estrictamente prohibido el almacenamiento de óvulos no fecundados en dichas instituciones.

Por otro lado, el artículo 3.1. de la propia ley, prohíbe estrictamente la investigación sobre embriones.

Sin embargo, la propia ley establece que, excepcionalmente, se podrá efectuar un examen genético del óvulo fecundado, antes de su transferencia al útero, denominándolo diagnóstico preimplantatorio; para aquellos casos, en que exista una enfermedad hereditaria incurable sin posibilidad de tratamiento; para cuyo efecto, el Estado, a través del Ministerio de Sanidad y Asuntos Sociales, podrá establecer requisitos detallados en relación con la realización de diagnósticos preimplantatorios (artículos 4.1 y 4.2 de la ley en cita).

Por otro lado, el numeral 5.1. permite el diagnóstico prenatal, entendido por este, el examen del feto o de la mujer embarazada para detectar o descartar la posibilidad de una enfermedad genética o anomalías de desarrollo en el feto; o bien, el examen ecográfico de la mujer embarazada. Cuya finalidad será, la de detectar o descartar la posibilidad de una enfermedad genética o de

anormalidades en el desarrollo del feto, estableciendo el artículo 5.2. que antes de que el Ministerio de Sanidad, autorice el diagnóstico prenatal, deberá presentar una solicitud al Consejo de Biotecnología para que éste emita un dictamen con imperativo legal, cuyo carácter deberá de ser público, o confidencial, según lo considerase prudente.

Los centros e instituciones médicas que hayan sido autorizados por el Ministerio de Sanidad del Estado Nórdico, podrán aplicar los tratamientos médicos precisados en la resolución de concesión que haya otorgada la referida autoridad; y en este sentido, dichos organismos médicos, deberán de entregar una memoria escrita (informe) de todas sus actividades al propio Ministerio, al respecto, el propio Ministerio queda facultado para establecer normas más detalladas sobre la obligación de informar (artículos 8.1. y 8.2.)

Finalmente, la ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina, establece en su numeral 8.5. que, "toda persona que deliberadamente contravenga las disposiciones establecidas en la presente ley o con arreglo a la misma será castigada con multa o privación de libertad de hasta tres años. Será castigada con la misma pena la persona que actúe como cómplice". Salvaguardando, de esta manera todos los axiomas reproductivos y principios bioéticos, que está ley resguarda.

2.1.2.9. El Derecho Brasileño.

Por su parte, el derecho en Brasil, se suma a los continuos avances biotecnológicos y su necesaria regulación, publicando con fecha de 5 de enero de 1995, la ley por la que se regulan los incisos II y V del apartado 1º del artículo 225 de la Constitución Federal, se establecen normas para la utilización de técnicas de ingeniería genética y la liberación en el medio ambiente de organismos genéticamente modificados, se autoriza al Poder Ejecutivo para

crear, en el ámbito de la Presidencia de la República, una Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad y se establecen otras previsiones. Por lo que a continuación estudiaremos sus disposiciones, haciendo los comentarios respectivos de su contenido normativo.

Ley por la que se regulan los incisos II y V del apartado 1º del artículo 225 de la Constitución Federal, se establecen normas para la utilización de técnicas de ingeniería genética y la liberación en el medio ambiente de organismos genéticamente modificados, se autoriza al Poder Ejecutivo para crear, en el ámbito de la Presidencia de la República, una Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad y se establecen otras previsiones.¹⁰⁵

Primeramente, es prudente señalar, que en el artículo 1º de esta ley, se hace un pronunciamiento de verdad enaltecedor del espíritu humano, al incorporar la siguiente frase: "La presente ley establece normas de seguridad y mecanismos de control de la utilización de técnicas de ingeniería genética en la construcción, cultivo, manipulación, transporte, comercialización, liberación y abandono de organismos genéticamente modificados (en lo sucesivo OGM) con la finalidad de proteger la vida y la salud de las personas, los animales y las plantas, así como del medio ambiente". Por lo que hace a nosotros, consideramos de verdadera algarabía, en lo que se refiere a posicionamientos de leyes en el mundo, pues, el Derecho surge en beneficio del hombre exclusivamente; sin embargo, hoy en día la raza humana se encuentra, viviendo la tercera etapa de los derechos humanos (de solidaridad), en donde ya no solamente toma plena efervescencia el ser humano, sino todos los seres vivos que integran este hermoso globo terráqueo, siguiendo, en este sentido, a lo preceptuado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras.

¹⁰⁵ ROMEO. Casabona, Carlos María. CÓDIGO DE LEYES SOBRE GENÉTICA. Universidad de Deusto. Fundación BBV. Diputación Foral de Bizkaia. España 1997. pp. 210-223.

De igual forma, la propia ley establece que las actividades derivadas de la investigación científica, enseñanza, así como el desarrollo tecnológico, serán vigiladas por las entidades del derecho público y privado competentes. Cabe hacer el señalamiento que, todas las actividades y proyectos señalados serán permitidos, únicamente a las personas jurídicas debidamente constituidas para tal efecto, y en este sentido, no se permitirá que persona física alguna, las lleve a cabo de forma individual (según se desprende del texto literal del artículo 2º de la ley en cita).

Por otro lado, el artículo 8 del mismo cuerpo de leyes establece que, se prohíben las actividades relacionadas con los organismos genéticamente modificados (OGM), en los casos siguientes: 1º aquellos que tengan que ver con cualquier manipulación de células germinales humanas, aquellas intervenciones en el material genético humano in vivo, salvo aquellos casos en que dicha intervención sea de índole de tratamiento de defectos genéticos, haciendo valer de esta manera los principios de autonomía y beneficencia (principios rectores de la bioética), a los que nos referimos en el capítulo anterior; la producción, almacenamiento o manipulación de embriones humanos para fines de servir como material biológico disponible (impatentabilidad de los organismos derivados del cuerpo humano). Todo ello, con la finalidad de regular de manera efectiva la biomedicina, biogenética y biotecnología y ponerla al alcance y servicio del hombre y el Medio Ambiente.

Con el objeto de vigilar y regular todas las actividades y proyectos derivados de tratamientos en materia de organismos genéticamente modificados, se crea la Comisión Interna de Bioseguridad, la cuál designará a un responsable principal para cada proyecto específico (artículos 9º y 10º del propio ordenamiento legal).

En este sentido la propia ley, establece las infracciones penales, producto de la violación de las disposiciones contenidas en su articulado, señalando como tales, las siguientes:

1. La manipulación genética de células germinales (óvulos y espermatozoides), así como de embriones humanos (artículo 13, fracción I), y
2. La intervención en material genético in vivo, excepto para el tratamiento de defectos genéticos (artículo 13, fracción II).

Las penas previstas por las disposiciones contenidas en esta ley, se aplicarán en atención a la gravedad de la conducta delictiva, y van desde los: tres meses a un año de prisión; de uno a cinco años, y de seis hasta veinte años de prisión.

Además de las penas previstas por las propias disposiciones de la ley en comento, el autor del delito, deberá reparar los daños causados a aquellas personas que resulten afectadas por su actividad, a través de una indemnización (artículo 14).

2.1.2.10. El Derecho Indiano.

El marco jurídico en la India, no permaneció ajeno a los avances en el campo de la biomedicina, biogenética y de la biotecnología, y así el 20 de septiembre de 1994, se publica en el Boletín Oficial, la ley sobre técnicas de diagnóstico prenatal (regulación y prevención de utilización abusiva) con la que se suma a las múltiples legislaciones en el campo bioético en todo el mundo (the prenatal diagnostic techniques –regulation and prevention of misuse-).

Ley sobre Técnicas de Diagnóstico Prenatal (Regulación y Prevención de su Utilización Abusiva).¹⁰⁶

Primeramente, el artículo 4 de la ley, permite el diagnóstico prenatal en ese país, una vez que se pretendiera detectar alguna de las siguientes anomalías:

- ✓ Anormalidades cromosómicas;
- ✓ Enfermedades genéticas metabólicas;
- ✓ Enfermedades genéticas ligadas al sexo;
- ✓ Anomalías congénitas;

Para dar cabal cumplimiento, a lo vertido en el párrafo que precede, el Consejo Supervisor Central, deberá de cerciorarse de que la mujer, a la cual se le practicarán las técnicas de diagnóstico prenatal, cumpla con ciertos requisitos indispensables para llevar a cabo el tratamiento.

Asimismo, la propia ley establece, que para efecto de que la mujer embarazada se someta a cualquier diagnóstico prenatal, previamente la propia mujer, deberá de consentirlo expresamente, de lo contrario, cualquier persona que intente, o lleve a cabo el diagnóstico prenatal en la mujer embarazada, será sancionada por el Consejo Supervisor Central (artículo 5º de la ley).

Finalmente la propia ley, establece que para que cualquier centro de orientación genética, laboratorio genético o clínica genética, preste servicios relacionados con: el diagnóstico prenatal o los precisados en párrafos anteriores; deberá de solicitar su registro respectivo, ante el Consejo Supervisor Central (artículo 18 de la propia ley).

Las infracciones y penas, que impone la ley, son las siguientes:

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 305-328.

I. Cuando una persona, organización o centro de orientación genética, laboratorio genético o clínica genética, publicará un anuncio que hiciera referencia a la disponibilidad de técnicas de determinación de sexo en cualquiera de estos centros; será objeto de una pena privativa de la libertad de hasta tres años y una multa que puede ascender hasta diez mil rupias, esto según se desprende del texto literal del artículo 22 de la ley en comento.

II. A aquél médico genetista, ginecólogo, médico de familia titulado, o a cualquier persona que sea propietaria, que trabaje, o que preste sus servicios en cualquier centro de orientación genética, laboratorio genético o clínica genética, que transgrediere cualquiera de las disposiciones de la ley sobre técnicas de diagnóstico prenatal; será sancionada con una pena privativa de la libertad de hasta tres años y con una multa de hasta diez mil rupias, en caso de reincidencia, la pena podría extenderse hasta un período de cinco años y la sanción pecuniaria podría ascender hasta la cantidad de cincuenta mil rupias (artículo 23, primer apartado).

Al mismo tiempo, el nombre del médico que haya sido condenado por un tribunal, por alguna de las infracciones a que se refiere la propia ley en cita, será suprimido del registro del Consejo Médico de cada Estado, por un período de dos años; y para el caso de reincidencia, será de modo permanente (artículo 23, segundo apartado).

2.1.2.11. El Derecho en la República Popular de China.

Por su parte, la República Popular China, se ha pronunciado al respecto de los avances en los campos de la biomedicina y de la biogenética, a través de la creación de la ley sobre asistencia sanitaria materno-infantil, con fecha de

publicación de 27 de octubre de 1994. Por lo que a continuación, llevaremos a cabo un estudio jurídico de su contenido normativo.

Ley sobre Asistencia Sanitaria Materno-Infantil.¹⁰⁷

Primeramente, el numeral 7 de la propia ley, establece que todas las instituciones médicas y de la salud, deberán proporcionar asistencia médico-sanitaria prematrimonial a todos los ciudadanos que conforman la nación China; y en este sentido, en su fracción primera, consagra el derecho a una salud reproductiva, asegurando de esta manera la calidad de vida de las familias que conforman la República Popular de China.

En este sentido, el artículo 17 de la propia ley en cita, establece que el médico hará un diagnóstico prenatal a la mujer embarazada, si detectará o sospechará (esta terminología da lugar a muchísima polémica en su contenido jurídico), una anomalía en el feto después de efectuar una revisión previa al nacimiento, podrá llevarse a cabo un aborto terapéutico. De igual forma si el médico detectará que el feto sufre de: enfermedad genética grave; padece una malformación grave, o bien, que como consecuencia de la grave enfermedad que padece la mujer embarazada, la continuidad del embarazo pudiera amenazar su vida, su integridad física o dañar de manera fatal su salud, podrá el médico aconsejar a la pareja respecto de una posible interrupción del embarazo (aborto terapéutico).

El gobierno chino ha recurrido al derecho como un medio para acreditar la erradicación y supresión de los derechos reproductivos en ese país, debido a la agravante explosión demográfica que se presenta, ocupando actualmente el primer lugar en cuanto a población se refiere en todo el mundo.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 224-232.

2.1.3. Las Nuevas perspectivas del Derecho, resultado de las innovaciones Tecnológicas y Científicas en materia de Reproducción Asistida.

Entendemos que la Comunidad Internacional quizá exija ir más allá del espíritu de los viejos textos en materia de derechos humanos y haya que plantear con detenimiento la reconstrucción de la personalidad individual y del grupo colectivo orientando el pensamiento y la actividad social hacia la vida como presupuesto indispensable para que el ser humano se beneficie verdaderamente de los progresos que nos ofrece la biomedicina, la biogenética y la biotecnología y no se produzca un retroceso en nuestra civilización.

“Al entender del profesor español Orencio-Vicente Torralba, “la realidad social que interesa al jurista, no cambia por el sólo hecho de que se modifiquen las estructuras económicas, ni tampoco porque se produzcan grandes innovaciones técnicas. El cambio se produce sólo cuando dichas modificaciones e innovaciones influyen en la conciencia y en los valores de la gente.

Trasladando estos planteamientos a una perspectiva estrictamente jurídica hemos puesto de relieve nuestra convicción de que el establecimiento de derechos subjetivos privados en asuntos que atañen a las libertades fundamentales de las personas tales como la de procrear o la de investigación científica¹⁰⁸, con el fin de limitar responsabilidades conducen inevitablemente a una limitación o jerarquización de valores, con la finalidad de resguardar siempre la dignidad, y por ende a la persona humana desde su origen.

Entendemos igualmente que si los conocimientos y las técnicas actuales en los campos de la biología y la medicina permiten la utilización de seres humanos

¹⁰⁸ VIDAL, Martínez, Jaime y Otros. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Comares. España 1999. pp. 146-147.

desde el mismo momento de su concepción habrá que convenir en que el progreso jurídico estriba precisamente en mantener desde aquel momento mismo, el valor intrínseco del ser humano y sus posibilidades futuras de desarrollar libremente su personalidad.

La doctrina civilista ya puso de relieve desde los primeros intentos de reflexión sobre el desarrollo de estas técnicas reproductivas su carácter individualista, que reclama la obtención del hijo teniendo antes de nacer los papeles en regla y los peligros y dificultades de incorporar una autoridad con enormes poderes de vigilancia y control de la investigación y tratamiento de la esterilidad a un sistema legal en donde jueguen un papel muchísimo muy importante, los principios generales del derecho, así como el riesgo que ello supone, por lo que hace a los principios que cimientan nuestro derecho de familia, que podrían llegar a causar la ruina de la propia institución, provocando, en consecuencia, la destrucción de la célula madre de toda sociedad.

COMENTARIOS FINALES.

Es de mencionarse, la incapacidad demostrada hasta el momento por la sociedad italiana para conciliar las posturas que ellos mismos sintetizan como bioética laica y bioética católica ha generado un grave vacío legal en todo lo relativo a las técnicas de reproducción asistida. En opinión de VICENTE BELLVER, Italia se ha convertido en un paraíso para realizar los experimentos más arriesgados y aún aberrantes en el campo del mal uso de la reproducción asistida, aún pese a los intentos que se han presentado para crear una ley de técnicas de reproducción asistida. Aún a pesar de ello, es de mencionarse que el proyecto de ley italiano, se asemeja a las regulaciones alemana, francesa, suiza, sueca y noruega sobre la materia, diferenciándose sustancialmente de otras como la inglesa o la española.

En la actualidad parece claro que no hay vuelta atrás en los procesos de utilización de las técnicas de reproducción asistida, que han adquirido una nueva dinámica tras la fecundación in vitro, incumbiéndole al Derecho, la difícil misión de dar una respuesta humana a los problemas que puedan resultar de la aplicación de estas técnicas, tratando de restringir su utilización dado su carácter despersonalizado, atendiendo a la justificación y origen mismo de éstos tratamientos, contrarrestando un problema físico, y no dando lugar a un mero capricho individualizado y egocentrista.

Es por ello que, la Comunidad Internacional se ha pronunciado en numerosos documentos internacionales que tienen como principal encomienda, garantizar la vida, dignidad e identidad humanas que deben imperar en todo momento en cualquier práctica o tratamiento biomédico. En este mismo sentido, múltiples legislaciones de diversos países han creado ordenamientos normativos que regulan la utilización de las técnicas de fertilización asistida humanas, de ahí la importancia que reviste este capítulo para nuestra temática en estudio. Desde luego, cada una de las leyes así creadas, -como lo pudimos apreciar claramente en este capítulo- se adecuan en atención a la propia y especial naturaleza ideológica, social, cultural, política, económica, y aún religiosa que existe en cada una de sus sociedades, y de esta manera, se protegen los valores e idiosincrasia que los identifica como Naciones-Estado.

No obstante, lo precisado en el párrafo que precede, es necesario que se tracen legislaciones uniformes en su esencia, por lo que hace a la utilización de las técnicas de fertilización asistida en el mundo, pues, ningún objeto tiene que un país proteja la vida, dignidad e identidad de los usuarios de los nuevos tratamientos que se presentan en el campo de la biomedicina, a través de ordenamientos normativos idóneos y eficaces; si en otros tantos, no existe ordenamiento alguno que los regule. De ahí que la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos Humanos, establezca como uno de sus

postulados, la cooperación internacional, que debe imperar, y en este sentido se unifiquen y tracen las medidas convenientes y efectivas para garantizar la vida, dignidad e identidad de la persona humana en todo el mundo, sin distinción o discriminación alguna.

Finalmente, debemos de establecer que en nuestro país se carece de un marco jurídico idóneo, que resguarde los valores máximos sobre los cuales reposa la dignidad humana, que se encuentra en juego por la mala aplicación que se hace de estas técnicas, por lo que es necesario en primera instancia solventar ese problema, a través de una regulación válida y eficiente en ese rubro del quehacer biomédico. Al mismo tiempo que, dicho ordenamiento deberá garantizar que el progreso de los avances en el campo de la biotecnología, sean puestos al servicio del ser humano, en su doble vertiente, individual y social, es decir, al servicio de todas las personas que conformamos esta grandísima y extraordinaria nación mexicana.

CAPÍTULO III.

EL MARCO JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO.

El presente capítulo tiene como finalidad primordial establecer cual es la legislación dentro de nuestro sistema jurídico mexicano que contempla en su articulado los principios bajo los cuales se deben regir las técnicas de fecundación asistida, a las que hace referencia nuestro código civil, vigente en el Distrito Federal.

Así pues, resulta evidente que, en primer término realicemos el estudio jurídico-dogmático del artículo cuarto constitucional. Habida cuenta que, es necesario replantear el contenido literal del mismo, en virtud de las situaciones de facto que han rebasado por mucho su campo de aplicación, precisando claramente el fundamento jurídico del uso de las técnicas de reproducción asistida que les otorga la validez y legitimidad por el derecho. Al mismo tiempo que, que restringe su uso a quien tiene el derecho público subjetivo, y por tanto, la titularidad de ese derecho.

Debido a los grandes avances científicos y de investigación realizados en materia de manipulación genética, surge la necesidad de enmarcar los derechos científicos, o bien, derivados de la investigación, así como los reproductivos, esto, en virtud del hallazgo de la "bioética" como una disciplina filosófica de alcances en distintas ramas del conocimiento humano. Surgimiento entrañable a un mundo más tecnificado, más desarrollado más comunicado y, paradójicamente, más en peligro de destrucción.

En este sentido se analizan algunas de las adiciones realizadas a nuestro código civil para el Distrito Federal, introduciendo en algunas de sus instituciones del derecho de familia, como lo son la filiación, maternidad y paternidad, el nexa jurídico que nace entre las parejas que utilizan alguna

técnica de reproducción asistida y los pequeños así concebidos, y en este sentido, se crea un vínculo paterno-filial preexistente, y por tanto, el nacimiento de un cúmulo de derechos y obligaciones que derivan por su existencia. Asimismo, se lleva a cabo el estudio de la Ley General de Salud y de sus reglamentos en lo que se refiere al tema en comento, y en esta misma tesitura se ubican en el código penal para el Distrito Federal, los axiomas bioéticos tutelados, a través de la tipificación de delitos y por ende la adjudicación de penas a aquellos que infrinjan la ley, en lo que a reproducción asistida humana y manipulación genética se refieren.

3.1. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO MEXICANO.

"El problema de la esterilidad es tan antiguo como la historia de la humanidad. En México, se han hecho contribuciones importantes y existen asociaciones que se orientan hacia aspectos específicos relacionados con la investigación y tratamiento de la esterilidad y la infertilidad. Así en 1949 se crea la Asociación Mexicana para el estudio de la Esterilidad. Y finalmente, en 1992 surge la denominación actual de la Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción. La cual tiene como objetivo primordial de estudiar los problemas y divulgar los conocimientos acerca de la esterilidad, de la infertilidad y afines, empleando para ello los conocimientos y prácticas de las ciencias médicas, biológicas y sociales."¹⁰⁹

Los nuevos avances de la ciencia biomédica, al ampliar notablemente las posibilidades de intervención sobre la naturaleza humana y su facultad generativa, han puesto un serio reto para la sociedad actual mexicana e, incluso, para la propia libertad del hombre.

¹⁰⁹ VÁZQUEZ, Benítez, Efraín. MEDICINA REPRODUCTIVA EN MÉXICO. JGH Editores. México 1999. pp. 9-10.

"Del variado abanico de situaciones que ofrecen esas contradicciones, nos centraremos sólo en la escindibilidad entre la sexualidad y la procreación, que permite tanto el uso del sexo sin procreación como lo contrario, es decir, la procreación sin sexualidad, y, consecuentemente, la relación extrínseca que se ha manifestado con la reproducción asistida, como una nueva variante que nos ofrece la ciencia biomédica en la reproducción humana."¹¹⁰

3.1.1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"La dinámica constitucional, expresada en la evolución que adecúa el contenido de los preceptos a la siempre cambiante realidad social, es una de las características de nuestra Carta Magna, dada precisamente a partir de la complementariedad de los derechos individuales y sociales, pues unos y otros tiene referencias en los niveles opuestos. Así los derechos individuales lo son en relación con la sociedad en general —incluyendo en ésta tanto a los individuos, como a los grupos- y al Estado mismo; en tanto que los derechos sociales se concretan siempre en los individuos que integran los grupos. El complemento entre los derechos individuales y sociales en la Constitución Mexicana nos permite arribar a un concepto de auténtica democracia social, del que resulta un equilibrio en esos niveles, a través del permanente ejercicio de empatía entre la voluntad política de los órganos estatales y las aspiraciones sociales."

La actividad de nuestro constitucionalismo ha permitido incorporar y aclarar conceptos que le han fortalecido y tienden a la integrar y organizar su contenido, de acuerdo con las condiciones de facto que se presentan, dotándolos siempre de fidelidad y concordancia con los principios ideológicos que ella misma preceptúa. Y desde luego, se incorpore a nuestra Constitución

¹¹⁰ MARTÍNEZ, Vidal, Jaime y Otros. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Comares. España 1999. pp. 1, 3.

mexicana el fundamento que justifique y legitime el acceso, y por tanto, utilización de la biomedicina reproductiva en nuestro país.

Nuestra Carta Fundamental, establece dentro del contenido de su artículo cuarto, párrafo segundo, que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

Del texto literal del artículo cuarto de la Constitución General de la República, se enmarca claramente el fundamento y justificación de los derechos a la procreación o reproducción, de que gozan todos los individuos que conforman la población de nuestro territorio Nacional (ciudadanos mexicanos), y, aún, de aquellos que hacen de éste su residencia habitual (nacionales naturalizados y extranjeros).

Con motivo de las reformas y adiciones que se han hecho al texto del artículo 4º constitucional; se fueron introduciendo en su cuerpo normativo diversas garantías de naturaleza tanto social como individual, conformándose así actualmente un artículo de interesante mixtura en su contenido.

En este sentido, las iniciativas que dieron pauta a los enunciados que integran el artículo 4º, recogen diversos ideales consignados por documentos reconocidos como legislación internacional, universal o regional, adoptados por nuestro país, así como las propuestas generadas en diversos foros a favor de los derechos humanos⁸ relacionados con la familia, la mujer, la niñez y la salud. El proceso de desarrollo del artículo ha posibilitado ajustar el derecho a las crecientes demandas sociales, permitiendo con ello dilatar el espacio de las garantías que apuntan al aseguramiento de las condiciones materiales, culturales y sociales necesarias para el desarrollo de las potencialidades de los mexicanos.

El primer antecedente mundial sobre la preocupación de un gobierno por la planeación familiar y la anticoncepción se dio, por primera vez en México en 1922, en Yucatán, durante el gobierno de Felipe Carrillo Puerto.

En 1974, en la conferencia mundial de Bucarest, se declaró en uno de los principios de su plan de acción:

"Las parejas y los individuos tienen el derecho a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información y de los medios requeridos para respaldar dicha decisión en la práctica."

En 1974 se presentó a la cámara de diputados la iniciativa de ley del ejecutivo suscrita el 18 de septiembre, para reformar varios artículos, entre ellos en el artículo cuarto se propuso la inclusión de dos párrafos, que hoy corresponden al segundo y tercero.

La exposición de motivos de la iniciativa expresaba que

"...se consideraba el derecho a la procreación como una garantía personal de raigambre solidaria, misma que era congruente con la política demográfica mexicana racional y humanística que estaba acorde con la declaración de Teherán de 1968, conforme a la cual este derecho fundamental suponía libertad y responsabilidad e implicaba un derecho a la información y un compromiso de solidaridad."

En diciembre de 1974, México fue el segundo país en consignar en el artículo cuarto de su Constitución, como garantía individual, el derecho a la procreación. El primero fue Yugoslavia, quien lo hiciera en febrero de ese mismo año.

El profundo impacto de la explosión demográfica sobre la economía y el desarrollo del país y el reconocimiento de los derechos reproductivos de los individuos y de las parejas, fueron las bases sobre las cuales el gobierno federal formuló una nueva y renovada política de población como parte de una estrategia nacional. El artículo cuarto constitucional repercutió de manera importante en la historia de la población en nuestro país, al mismo tiempo que, sirvió de base para la creación de una nueva Ley General de Población, que junto con la Ley General de Salud, constituyen el marco jurídico de las políticas de planificación familiar en México.

“Tan cierto es que la reproducción deja de ser un hecho individual, de pareja o de familia, que, en México, la planificación familiar –decisión sobre el número y espaciamento de los hijos en el marco de la libertad, la información y la responsabilidad-, a partir de 1974 empieza formalmente, a transformarse en un hecho de trascendencia social y nacional al convertirse en garantía individual, quedar contemplada en leyes federales como la de población, salud y educación y a formar parte de las políticas nacionales como condición indispensable para el desarrollo económico y sustentable del país.”¹¹¹

“México experimenta, en el umbral del nuevo milenio, un proceso de cambio que implica transiciones múltiples en los ámbitos demográfico, epidemiológico y familiar. Todas estas transiciones se encuentran estrechamente interrelacionadas y tienen consecuencias y ramificaciones profundas y de índole variada.

No obstante, la desaceleración del crecimiento demográfico, esto, no impidió que la población siguiera aumentando rápidamente en números absolutos, hasta alcanzar 66.9 millones en 1980 y 96.6 millones en 1998. Esta tendencia

¹¹¹ MARTÍNEZ, Roaro, Marcela. DERECHOS Y DELITOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. Porrúa. México 2000. pp. 306-308.

prevalecerá en el futuro próximo, lo que resulta en gran medida de la llamada inercia demográfica, que es un impulso al crecimiento que está oculto en la estructura por edades de la población.

Las proyecciones de la dinámica, el volumen y la distribución por edades y sexo de la población, así como los avances que ha tenido el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar hasta la fecha, permiten determinar los retos y prioridades que habrá que enfrentar en el futuro cercano en esta materia. Sin embargo, todavía son múltiples y complejos los retos que requieren ser enfrentados en estos campos.¹¹²

ANÁLISIS DEL TEXTO DEL ARTÍCULO CUARTO.

A) Toda persona tiene derecho...

En la redacción del artículo cuarto se evitó usar como sujetos activos de la garantía a los "padres", al "padre y la madre" o "a la pareja", porque las garantías son individuales o sociales conforme a la ortodoxia jurídica, no existen garantías constitucionales de pareja. Sin embargo, hoy por hoy, la gran mayoría de la población se reproduce por medio de la cópula pene-vagina que involucra obligadamente la actividad corporal de hombre y mujer (independientemente de la inseminación artificial, fecundación in vitro, etc.).

Sin embargo, debemos de decir que, la consagración constitucional de las garantías de la persona en su aspecto físico y social, constituye un elemento jurídico primario de la seguridad familiar; éstas se interrelacionan entre sí y con las sociales. Así, por ejemplo, la voluntad para unirse en pareja y procrear supone el ejercicio de una garantía individual de libertad, pero a la vez de

¹¹² VÁZQUEZ, Benítez, Efraín. MEDICINA REPRODUCTIVA EN MÉXICO. JGH Editores. México 1999 pp 25, 28, 30, 35.

igualdad jurídica entre hombre y mujer, ya que ella permite asumir una decisión y un compromiso en condiciones semejantes de derechos y obligaciones.

Estas declaraciones tienden a asegurar el núcleo del sistema social que permite la reproducción dentro de una organización natural civilizada, y como prescripciones de nivel constitucional se establecen como contenidos normativos que posibilitan que la familia pueda ser fundamento de pretensiones jurídicas

Es importante recalcar que el segundo párrafo del artículo 4º constitucional, contiene el ordenamiento de proteger la organización y el desarrollo familiar, porque en el seno de las familias se conservan con más pureza las formas de convivencia que singularizan a la sociedad mexicana y su preservación es garantía de permanencia social, para que en su seno se legitimen los cambios que se han presentado en nuestra nación, atendiendo a los valores y principios que nos identifican como una nación pluricultural.

B) A decidir de manera libre, responsable e informada...

"El derecho a tomar la decisión de procrear está condicionada a tres supuestos:

- a) Libremente, es decir, que la decisión sea tomada sin que medie ninguna clase de coacción.
- b) Responsablemente, o sea, previendo las consecuencias futuras de la decisión y aceptando afrontarlas y responder por ellas.
- c) Informadamente. La decisión sólo puede tomarse libre y responsablemente, en la medida en la que se tenga la posibilidad de acceso a información seria, veraz y científica, obligación ésta del Estado con relación al derecho a la información en materia de anticoncepción y al derecho a la protección de la salud reproductiva. También se fundamenta

está garantía en el derecho a la educación sexual y a la información sobre sexualidad.

C) El número y el espaciamiento de sus hijos.

El derecho a decidir sobre el número de hijos, significa optar por tener uno, más de uno o ninguno y el espaciamiento, alude a una decisión de tiempo: cuándo, en qué momento tener un hijo.

Desde esta perspectiva se considera que el derecho a la procreación puede ejercerse de tres formas:

1. Por reproducción natural. Mediante cópula de hombre y mujer.
2. Por reproducción artificial, asistida o tecnológica. A través de las técnicas de reproducción asistida que pone al alcance del hombre la biotecnología de la procreación.
3. Por reproducción jurídica. Esto es, por la adopción.¹¹³

Por lo anterior, las relaciones y hechos familiares requieren de la atención constitucional para que, una vez consideradas a este nivel, las instituciones jurídicas solidifiquen, reafirmen y consoliden los deberes y obligaciones de los miembros de los núcleos familiares.

Sin embargo, resulta evidente que, los derechos reproductivos o procreativos surgen, por el interés internacional provocado por la sobrepoblación demográfica en el mundo, (que se manifiesta en los países del tercer mundo).

¹¹³ MARTÍNEZ, Roaro, Marcela. DERECHOS Y DELITOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. Porrúa. México 2000. pp. 311-314.

Ante ello, se celebraron conferencias sobre esta temática en el Cairo y Beijing, principalmente, que perseguían entre otros, los siguientes objetivos:

1. Afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer;
2. Dictar y conducir medidas para contrarrestar el problema de la sobrepoblación internacional, a través de políticas de planificación familiar que eleven la calidad de vida de la sociedad universal;
3. Establecer la corresponsabilidad innegable de la figura paternal en la crianza y educación de los hijos.

Siguiendo este orden de ideas, resulta erróneo querer justificar el uso de las técnicas de fertilización asistida, como un medio o recurso opcional a cualquier individuo. Habida cuenta que el elemento que otorga la legitimidad al titular de ese derecho, es "ser el último recurso, cuando no hubiere otra alternativa, para aquellas parejas que padecen algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible, o bien, en aquellos casos en donde exista un riesgo inminente de transmitir alguna enfermedad genéticamente hereditaria al nasciturus". Por tanto, resulta evidente que, el factor o elemento que le da vida y fundamento a ese derecho es el carácter terapéutico en su utilización. Dada la importancia que representa para las parejas estériles, la imposibilidad de concebir su prole, surgen una serie de problemas que se reflejan en la relación de pareja y en la relación con otros entes de la sociedad que terminan afectando de una manera considerable la estabilidad y durabilidad del vínculo existente, provocando serios conflictos en ese núcleo familiar, que, finalmente, termina repercutiendo en nuestra sociedad. Por tal motivo, el derecho, al momento de regular de una manera adecuada y satisfactoria la utilización de estas técnicas en beneficio exclusivo de las personas legitimadas, se cumple con lo que establece el contenido del artículo 4º constitucional que protege al tejido básico y espacio primario de los individuos "la familia".

Asimismo, debemos establecer que, el párrafo segundo del artículo 4º constitucional, protege una serie de intereses jurídicos, y uno de ellos es el que se refiere a la organización y el desarrollo de la familia, y, al mencionarse que la Constitución mexicana protegerá la organización y el desarrollo de ésta, entendemos que esa protección ha de brindarse en relación a todos los individuos componentes de la sociedad, integrando a sus miembros, a través del respeto y solidaridad recíproca a que se deben todos sus miembros, y en esta medida, se consolide la célula básica del cuerpo social de nuestra nación mexicana, al constituirse mayor firmeza y protección a la familia, como el agente primordial del cambio estructural de nuestra sociedad.

En este sentido, otro de los intereses jurídicos que protege el precepto constitucional en estudio, es el relativo al ejercicio del derecho a la reproducción. Primeramente, debemos señalar que, esta disposición como garantía constitucional aspira a proteger a la pareja, y por tanto, hay que señalar que la normatividad jurídica relativa a la familia, es definida reglamentaria y originalmente en el código civil, y más específicamente en el capítulo que regula de manera singular al derecho de familia, y en este sentido, nuestro ordenamiento sustantivo civil reconoce al matrimonio como la institución jurídica idónea y primaria para fundar una familia, y, aún, excepcionalmente, al concubinato. Tratando con ello, de fortalecer y fortificar a la familia, para que cumpla con su importante función –sin la cual el cuerpo social carecería del catalizador básico para su desenvolvimiento–, así pues, resulta evidente que, nuestra Constitución haya dado lugar a la conceptualización de seguridad familiar, que vincula, interrelaciona y armoniza los derechos y los deberes de los integrantes de los núcleos familiares, y consecuentemente, se solidifica la institucionalización de los compromisos y acciones estatales que aseguran las condiciones necesarias para su protección.

En este sentido, es importante transcribir la siguiente Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DIVORCIO NECESARIO, NO LE SON APLICABLES TODAS LAS REGLAS ESPECIALES DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, PERO SÍ LA RELATIVA A LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO DE LAS PARTES CUANDO DE ELLAS DEPENDA QUE SE SALVAGUARDE A LA FAMILIA, CON INDEPENDENCIA DE QUE PERMANEZCA O SE DISUELVA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL).

Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que prevé el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias del orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, le es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que

afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera que la razón por la cual el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias del orden familiar fue porque rigiéndose aquél por las disposiciones del juicio ordinario, que exigen mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4º de la Constitución, se debe admitir la suplencia referida, lógicamente cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el legislador, no la circunscribió a las controversias del orden familiar especificadas en el artículo 942 citado, sino que usó la expresión "en todos los asuntos de orden familiar", aunque, respecto del divorcio, que tiene esa naturaleza, debe limitarse a la hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia.

Contradicción de tesis 11/91, entre las sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de agosto de 1992, cinco votos. Ponente: mariano Azuela Guitrón, Secretaria: María Estela Ferrer MacGregor Poisot.

Tesis de Jurisprudencia 12/92, aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el tres de agosto de mil novecientos noventa y dos, cinco votos de los señores Ministros: Presidente José Trinidad Lanz Cárdenas, Mariano Azuela Guitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez y Miguel Montes García.

En este mismo sentido, la siguiente tesis aislada:

DIVORCIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA. EL JUEZ RESPONSABLE PUEDE HACERLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

El juicio de divorcio necesario debe regirse por las disposiciones del juicio ordinario, porque en la legislación del Estado de México no tiene una regulación propia y especial, lo que en principio podría implicar que el juzgador debe considerar, en forma estricta, los planteamientos de hecho y de derecho expuestos por las partes en sus escritos de demanda y contestación, sin embargo, por la importancia social de la familia, señalada en el artículo 4º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el juzgador, para evitar que por una inadecuada defensa tal institución se vea afectada, puede suplir la deficiencia de tales planteamientos, siempre y cuando tal suplencia tenga como efecto la salvaguarda y protección de la familia, aunque esto se consiga con la disolución del vínculo conyugal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 522/97. Norma Silvia Ayanegui Suárez de Ibáñez. 25 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Así pues, resulta evidente que, la intención del legislador, (en lo que atañe a nuestra temática en estudio) mantiene un profundo interés por proteger y salvaguardar a la institución del matrimonio, por ser ésta, la forma reconocida por excelencia, para fundar una familia, y tal y como se desprende del texto de la exposición de motivos de las reformas realizadas al código civil para el distrito federal en el año 2000, por excepción se reconoce la figura del concubinato, por ser ésta una institución que se ha presentado de facto en nuestro país. Ante ello, el legislador determinó, que se reconociera este vínculo, con la principal finalidad de proteger a las madres e hijos, que se ven

ampliamente desprotegidos cuando dicha unión llega a su fin. De ahí que, en la actualidad, nuestro ordenamiento sustantivo civil incorpore el capítulo XI "del concubinato", con la misión de hacer frente a los constantes problemas que se suscitan en detrimento de las mujeres y niños que lo integran. Por lo tanto, nuestro derecho protege a la institución del matrimonio y, aún, excepcionalmente al concubinato para fundar la institución de la familia, una vez que, los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir la base de la integración de la sociedad, y es por tanto, obligación imperativa del Estado proteger y salvaguardar a la familia biparental mexicana por excelencia.

3.1.1.1. Los Derechos derivados de la Procreación.

La primera formulación expresa de los derechos reproductivos acontece, en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994, reapareciendo nuevamente con idéntica redacción en la IV Conferencia Mundial de la Mujer. En ambas se afirma:

"Los Derechos Reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por Consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo de éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos

nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia".¹¹⁴

La novedad de los llamados derechos reproductivos no se debe tanto a la afirmación de su existencia, cuanto a las dimensiones de su contenido. No cabe, pues, hablar de derechos reproductivos de manera indiscriminada, sin precisar a qué facultades o poderes jurídicos de actuación nos estamos refiriendo.

El núcleo del problema radica en que se pretende legitimar cualquier tipo de conducta relacionada con la procreación humana en un difuso e ilimitado derecho a la autodeterminación física, que supondría reconocer al individuo derechos soberanos sobre su cuerpo y hacer de la autonomía personal –del derecho al libre desarrollo de la personalidad- el bien supremo, hasta el extremo de afirmar que el derecho a elegir es más importante que lo elegido.

"Y aquí radica el principal núcleo del problema planteado por los derechos reproductivos: lo que está en juego en la definición y delimitación de su contenido es, en último término, el modo de concebir la integración –armónica o despótica- entre la dignidad humana y los derechos que le son inherentes, por una parte, y el libre desarrollo de la personalidad, por otra."¹¹⁵

Al respecto, E. Martínez Roaro afirma:

¹¹⁴ MARTÍNEZ, Vidal, Jaime. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Comarc. España 1999. Pag. 24-25

¹¹⁵ VIDAL, Martínez, Jaime. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Comares. España 1999. pp. 31-32, 38.

“La procreación es el supuesto necesario de la relación de parentesco y constituye elemento básico de la supervivencia humana y... del universo jurídico. La familia, el matrimonio, las sucesiones –de bienes electorales-, la nacionalidad, los ilícitos... y cualquier norma jurídica supone indefectiblemente al ser humano. Expresa o implícita, directa o indirectamente cualquier acto jurídico está, de infinitas maneras vinculado con el fenómeno de la reproducción humana”.

Por su parte, Figueroa Perea, afirma:

*“Una de las definiciones más conocidas para caracterizar a un ser vivo es aquella que nos lo muestra como ‘todo aquel que tiene la capacidad de nacer, crecer, reproducirse y morir’; es decir, se reconoce que la reproducción es uno de los dinamismos fundamentales. En el ser humano dicha reproducción adquiere una connotación no sólo de carácter biológico, sino demográfico y social y en última instancia, de orden filosófico, en particular cuando consideramos que la reproducción es el dinamismo fundamental sobre el que más podemos elegir e incidir’ y el que al final de cuentas posibilita el inicio del proceso vital de otras personas, de otros seres humanos”.*¹¹⁶

Por otro lado, los pocos juristas que han abordado el análisis del párrafo segundo del artículo cuarto constitucional, al parecer, no han comprendido el sentido, alcances y magnitud de esta nueva garantía.

“La responsabilidad procreadora supone al rechazo absoluto de toda libertad para decidir acerca de la vida de un hijo, tanto para desealarla a toda costa. De admitirse, el contenido de los derechos reproductivos implicaría un atentado contra los propios derechos humanos, como se deduce del derecho a un hijo

¹¹⁶ MARTÍNEZ, Roaro, Marcela. DERECHOS Y DELITOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. Porrúa México 2000. pp. 308

mediante el libre recurso de las técnicas de reproducción asistida sin cortapisa legal alguna.

Desde esta óptica, e insistiendo en temas ya tratados, no cabe hablar de una libertad procreadora de las parejas omnímoda sino responsable, y ello por dos motivos ontológicos esenciales que la voluntad humana no puede hacer cambiar, aunque legislativamente pueda no reconocerlos como tales. En primer lugar, porque aunque la ciencia haya incrementado las posibilidades del dominio del hombre sobre la naturaleza, los padres no se convierten por eso mismo en dueños de su potencialidad procreadora, sino en cooperadores o administradores de la potencia creadora que se nos otorgo. Y, en segundo lugar, porque la propia dignidad de persona humana del concebido exige el reconocimiento de su soberana autonomía tanto frente a sus padres como frente a la sociedad.¹¹⁷

La reproducción asistida está ocasionando situaciones altamente complejas, así como por ejemplo, en la ética y el derecho. Tal es el caso de la clonación y la maternidad subrogada o tecnológica.

"El objetivo de estos comentarios, es hacer notar que no se está hablando de ciencia-ficción, sino de situaciones reales no contempladas por el derecho y en las que están en juego garantías constitucionales tan importantes como el derecho a la procreación y la protección de los derechos del menor, además de situaciones familiares de derecho civil como parentesco, alimentos, sucesiones, etc.

Esperamos haber evidenciado lo urgente y necesario de la reglamentación del artículo cuarto constitucional, en el marco de los resultados de la investigación

¹¹⁷ VIDAL, Martínez, Jaime. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Comares. España 1999. pp. 44 y 51.

científica, los usos y costumbres sociales en torno al ejercicio de la maternidad y la paternidad, que constituyen iniquidades de género en perjuicio casi siempre de la mujer y la prioridad de la protección de los derechos del menor.”¹¹⁸

Por ello, -como ya lo hemos manifestado con antelación- será necesario reconocer que los avances que se han producido en los campos biotecnológico, biomédico y biogenético, han rebasado por mucho los contenidos actuales de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, es imprescindible actualizar el texto de su artículo cuarto, incorporando en su contenido fundamental, los elementos indispensables para la aplicación y utilización de los avances tecnológicos y científicos que sobrepasan por mucho su campo de regulación.

3.1.1.2. El Derecho a una Salud Reproductiva.

El plan de acción de la V Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, en la página 41 de su contenido, definió la “salud reproductiva”, por primera ocasión en un evento de tal magnitud, de la siguiente forma:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”.

Cabe hacer el señalamiento de que, la salud reproductiva de la mujer contiene un elemento que no posee el hombre, en virtud, de que está sujeta a procesos

¹¹⁸ MARTÍNEZ, Roaro, Marcela. DERECHOS Y DELITOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. Porrúa México 2000. pp. 312,313 y 317.

relacionados con el embarazo, parto y puerperio que marcan la diferencia más importante y trascendente entre mujer y hombre no sólo en aspectos biológicos, sino también psicosociales.

Así, la salud reproductiva de la mujer debe ser atendida años antes de ser madre, desde la pubertad, durante el embarazo, parto y puerperio y después de que pueda seguir concibiendo, después de la menopausia, independientemente de que "...se ha afirmado que la reproducción en las edades extremas del período fértil, así como los intervalos intergenésicos muy cortos, pueden llegar a tener un efecto negativo en la salud de la madre y del niño."

A diferencia de la salud sexual, la salud reproductiva, aparentemente, sí es atendida porque involucra a la procreación y es objeto de atención especial por su relación con el crecimiento demográfico, sin embargo, en la realidad, el gobierno, por cumplir el objetivo de disminuir el número de embarazos, ha dejado en segundo término la atención a la salud reproductiva, sobre todo la de las mujeres.¹¹⁹

Sin embargo, debemos manifestar que, en la actualidad y en virtud de los eventos que se están presentando en el campo de la biomedicina reproductiva, el concepto de salud reproductiva ha sido por mucho rebasado en su contexto de actuación. Desde luego que, las técnicas de fertilización asistida, han dado motivo a una nueva conceptualización de la salud reproductiva, pues, no podemos olvidar que la nueva biomedicina de la reproducción ha sido creada para combatir la esterilidad o infertilidad irreversible, en primera instancia y, excepcionalmente es utilizada para combatir el riesgo inminente de que el embrión tuviese alguna enfermedad genéticamente hereditaria. De ahí, que el

¹¹⁹ MARTÍNEZ, Roaro, Marcela. DERECHOS Y DEBIDOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. Porrúa. México 2000. Op cit. pp. 319-324.

titular del derecho a la reproducción asistida, es único y exclusivo para aquellas personas que se encuentran plenamente legitimadas para tal efecto.

Ahora bien, es evidente que el padecimiento de algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible, otorgan la titularidad del derecho a una salud reproductiva a aquellas parejas que lo requieran cuando ya no hubiese otro recurso posible para contrarrestarla. De tal suerte, que el acceso a la reproducción asistida, deriva del derecho a una salud reproductiva, y por tanto, únicamente podrán tener acceso a las técnicas de fertilización asistida, aquellas parejas que se encuentran afectadas por algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible, cuando ya no existiere otro recurso posible. Así pues, el elemento terapéutico en el uso de éstas técnicas es indispensable para hacer uso de ellas.

Por otro lado, cuando la biomedicina de la reproducción es utilizada para combatir el riesgo inminente de transmitir al embrión alguna enfermedad genéticamente hereditaria, el problema se centra en que, si bien es cierto, el elemento de terapéuticidad existe, puede presentarse el supuesto en que, la pareja no se encuentra afectada por algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible, y por tanto, el elemento de la salud reproductiva no existiría de manera alguna. En este sentido, se afirma que lo que otorga legitimidad a este segundo supuesto, es que al igual, que en el otro supuesto, es proteger la estabilidad de las parejas que se pudieran ver afectadas por está problemática, y por tanto, el Estado, cumpliría con su misión proteccionista de la célula base de la sociedad "la familia"; al mismo tiempo que, satisface la protección a la salud de todos los individuos que conforman a la Nación mexicana. Por supuesto, este segundo supuesto, será aprobado de manera excepcional por el derecho, una vez que la Secretaría de Salud establezca las enfermedades genéticamente hereditarias para tal efecto. Al mismo tiempo que, establezca los criterios de evaluación para este problema.

"De todo ello se extrae una clara conclusión: la procreación humana está dejando de ser un evento natural y fisiológico para convertirse en un hecho artificial y patológico. Esta conceptualización de la procreación-riesgo explica su actual control mediante una acentuada medicalización, consolidándose cada vez más las intervenciones de la medicina de la reproducción. Éstas, pese a ser presentada como una simple acción técnica de ayuda, están planteando al personal sanitario y farmacéutico serios problemas de objeción de conciencia, derecho humano que el Estado debe reconocer y garantizar positivamente, de manera que la elección a favor de la objeción no se transforme, como de hecho está ocurriendo, en una objetiva y odiosa discriminación."¹²⁰

Como consecuencia de lo anterior, el derecho a la protección de la salud reproductiva, está sufriendo grandes cambios en el mundo, y México no es ajeno a esta situación. Por tanto, nuestra Constitución, deberá establecer en el contenido del artículo cuarto, cuáles son las personas legitimadas por el derecho para tener acceso a las técnicas de fertilización asistida. Logrando así la consolidación de este derecho en nuestro país.

3.1.1.3. El Derecho a la Reproducción Natural.

Anteriormente, el derecho a la procreación o reproducción que tenía todo individuo sólo se producía, a través de las relaciones sexuales pene-vagina, quedando de esta manera fertilizado el óvulo, atravesando por el proceso de conformación genética y biológica, finalizando con el hecho mismo del nacimiento. Sin embargo, hoy en día ha revolucionado esta particular forma de reproducirse, dando entrada a los nuevos avances que la ciencia biomédica nos ofrece, a través de las llamadas técnicas de fecundación asistida, que surgen como una medida de aliento para las personas que sufren de algún tipo de

¹²⁰ VIDAL, Martínez, Jaime. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. Comares. España 1999. pag. 28.

esterilidad o infertilidad irreversible, o bien, por el temor fundado de transmitir alguna enfermedad genéticamente hereditaria al menor.

De ahí que, la polémica existente en la actualidad se centre en discutir si el uso de las técnicas de fertilización asistida obtiene su fundamento del derecho a la reproducción, o bien, del derecho a la salud reproductiva.

A decir verdad, este punto no requiere de mayores comentarios, en virtud de que éste es un derecho intrínseco de la persona humana, derivado de la naturaleza misma de cada ser humano existente, independientemente del género sexual al que se pertenezca. En este sentido el ser humano puede reproducirse de manera natural, a través de la cópula, pasando por un complejo proceso genético y biológico hasta llegar a la consumación misma del nacimiento.

Javier Gafo, define a la reproducción humana, de la siguiente manera: *“La Reproducción Humana consiste en la formación de las llamadas células germinales o gametos, su aislamiento de las restantes células del individuo (células somáticas) y su posterior fusión (fecundación) para dar lugar al cigoto que, por un proceso múltiple de división celular y citodiferenciación, se transformará en un nuevo individuo. Desde el punto de vista genético, el fenómeno de la reproducción humana es doble: la reducción cromosómica (meiosis) que conduce a la formación de los gametos con un sólo juego cromosómico y la restauración del número cromosómico (complemento cromosómico) propio de la especie mediante la fecundación.”*¹²¹

Nuestra Carta Magna, incorpora la garantía individual de la reproducción o procreación natural, en su artículo cuarto, otorgando a sus gobernados la

¹²¹ GAFO, Javier. NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. España 1986. pág. 222

corresponsabilidad de ejercerla, de una forma libre, responsable e informada; al mismo tiempo que, les brinda una libertad sexual, sujetándola a todos los lineamientos que la moral y las buenas costumbres preestablecen, protegiendo así el bienestar e interés común de toda la sociedad mexicana. Y de esta manera, igualmente, protege y salvaguarda la institución de la familia, célula madre de todas las sociedades, imperando siempre la libre decisión de las parejas, que deberán siempre tomar en consideración que los hijos son para disfrutarse, brindándoles una calidad de vida óptima para su sano desarrollo psicoemocional, que indudablemente, contribuye al desarrollo social, ideológico, cultural y económico de nuestro país, fortaleciendo el espíritu que identifica a nuestra Nación.

Por supuesto, en el ejercicio de este derecho, las parejas en su conjunto deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones y corresponsabilidades con la comunidad, a través de la promoción del ejercicio responsable de esos derechos, incluida la planificación familiar.

De esta forma, podemos entender que el contenido del derecho a la reproducción tiene tanto facultades o poderes de actuación como deberes y obligaciones que surgen por su ejercicio. Así pues, entre los primeros nos encontraríamos la positiva participación de ambos miembros de la pareja para crear o fundar su base familiar y la inmunidad frente a intromisiones de los poderes públicos en este ámbito de la intimidad de la pareja. Y entre los segundo, nos encontraríamos frente a los intereses del niño y el bien común de nuestra sociedad.

3.1.1.4. El Derecho a la Reproducción Asistida.

"Se ha visto cómo el considerar el derecho a la reproducción (para el caso de las técnicas de reproducción asistida) como una manifestación del derecho a la protección de la salud —en la lucha contra la esterilidad— permite a sus defensores considerar como justificadas determinadas limitaciones a las prácticas de reproducción asistida."¹²²

La legitimación de las técnicas de reproducción asistida viene otorgada, especialmente, por la función terapéutica que desempeñan en relación con la esterilidad humana o con la prevención de determinadas patologías de transmisión hereditaria. Al respecto, la Declaración Bioética de Gijón efectuada en el año 2000, establece que la finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces. Asimismo, estas técnicas podrán utilizarse también para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, así como para la investigación autorizada.

En consecuencia, no pueden constituir una alternativa a la reproducción natural ni ser un instrumento del capricho de los individuos. Ahora bien, parece evidente que están cumpliendo un papel importante, como terapias, para un sector de la población (aquellas que las requieren, en atención a la existencia de infertilidad o esterilidad en la pareja). Eso quiere decir que al no suponer una violación de esos criterios valorativos, deben ser consideradas legítimas, sin perjuicio de que hayan de estar también reguladas por el Derecho. Utilizadas como mera acción terapéutica, creemos que no conculcan ningún derecho humano.

¹²² LEMA. Añon. Carlos. REPRODUCCIÓN, PODER Y DERECHO. Trotta. España 1999. Pág. 289.

Tratamiento y padecimiento con respecto a la reproducción humana asistida, vendrían a otorgar legitimidad a las técnicas de fertilización asistida, siendo éstas de carácter terapéutico para combatir la esterilidad o infertilidad. De tal manera que, en la práctica vendría a significar la limitación de este derecho al tratamiento médico frente a la esterilidad. En este sentido, la actividad "terapéutica" consistiría en un medio que tendiese a reparar el funcionamiento de un órgano, con una intervención reparativa o sustitutiva, y para el beneficio del individuo sobre el que se interviene (principio de beneficencia).

Un problema es la utilización de técnicas o modalidades de las mismas que estén poco experimentadas y cuyos efectos sean temporalmente incontrolados, puesto que, en dicho caso, estamos atentando a la integridad física de los sujetos intervinientes. Es preciso que para evitar esta situación sólo se apliquen aquellos medios que estén suficientemente experimentados y de los que conozcamos todas las consecuencias, salvo que estemos intentando, ante un conflicto de derechos, salvaguardar uno que consideramos superior.

Otro aspecto a tener en cuenta es que los seres humanos necesitan la concurrencia de las dos figuras parentales (madre y padre) para conseguir su propio desarrollo y consolidación personal. Por otra parte, parece que la realización óptima de ese ámbito adecuado de crecimiento que asegure una cierta estabilidad a la criatura se da precisamente en la convivencia de las parejas heterosexuales estables. Fuera de esa convivencia, el riesgo de la creación artificial de situaciones de orfandad necesaria es tan fuerte que no parecen legítimos los supuestos de aplicación de las técnicas de reproducción asistida en que dicha convivencia no se da.

Aunado a lo anterior, es de mencionar que la situación demográfica existente en nuestro país, aconseja a las parejas mexicanas la planificación familiar en sus comunidades. Al mismo tiempo que, como ya lo establecimos en reiteradas

ocasiones, la fertilización humana asistida obedece a ser un recurso con fines eminentemente terapéuticos, y no así a caprichos particulares.

Siempre que se utilizan técnicas costosas y complejas, un elemento a tomar en consideración es el económico, que, aunque ha de ser un criterio secundario de valoración, cuando se está analizando la problemática que plantea el uso de la reproducción asistida en sociedades que disponen de recursos escasos y tienen graves necesidades sanitarias que satisfacer (como es el caso de México), es obligado que las autoridades públicas, antes de promocionar esas técnicas, ponderen hasta que punto su decisión puede dificultar o impedir la satisfacción de aquéllas. Porque, en este sentido, podemos estar perjudicando otras necesidades vitales de la sociedad.

Otro problema que plantea esta modalidad de reproducción, es el exceso de embriones que se originan. Para evitar cualquier atentado a la dignidad de la que son merecedores, aunque sólo sea por su pertenencia a la especie humana, es imprescindible que todos sean implantados para su posterior desarrollo y nacimiento, salvo que presenten anomalías serias; no es admisible la creación de embriones cuyo destino final sea la destrucción, la investigación o la experimentación. Todos estos finales son contrarios a las exigencias derivadas del respeto a la dignidad de los seres humanos, incluso cuando se realiza dentro del periodo de los primeros catorce días de vida, puesto que siempre se trata de vida humana o de un ser que pertenece a la especie humana. Únicamente puede admitirse esa experimentación por razones terapéuticas vinculadas al bien del embrión.

Otra cuestión que aparece irremediabilmente vinculada a la reproducción asistida es la congelación del material genético y de los embriones. La congelación de embriones es inobjetable, siempre que contribuya a salvar la vida del embrión o a evitar riesgos quirúrgicos a la mujer y una vez que se ha

comprobado que no atenta a su integridad física. En otro caso, resulta difícil encontrar razones que avalen su licitud, al menos en principio. La hibernación no es el destino natural de ningún ser vivo, por lo que en sí misma, alejada de cualquier otra motivación, no tiene sentido e implica un atentado serio a la vida y dignidad del embrión.

En conclusión, podemos decir que la reproducción asistida –sea mediante inseminación artificial, fecundación in vitro, o transferencia intratubárica de gametos-, pueden suponer una negación a Derechos Humanos, tales como:

- **La Dignidad Humana**, que está en base de todos los derechos humanos, cuando se convierte a los destinatarios de las mismas y a la criatura concebida en meros objetos, bien de experimentación e investigación, bien del deseo de los progenitores.
- **El Derecho a la Vida y a la Integridad Física**, cuando se somete a los usuarios o al fruto de la concepción a riesgos innecesarios y excesivos al aplicar técnicas no suficientemente experimentadas o de las que se desconocen todas sus consecuencias, de tal modo que pueden quedar afectadas negativamente las generaciones futuras al estar tratando con células germinales de las que depende la herencia genética de los individuos. En el caso de la destrucción de embriones, se les está privando de cumplir su destino natural que es desarrollarse en el útero de una mujer hasta llegar al nacimiento.
- **El Derecho a la Libertad**, cuando se aplican sin el consentimiento expreso de los intervinientes en el proceso o contra el mismo.
- **El Derecho a tener una Familia**, cuando se generan situaciones de orfandad artificial, al concederse la utilización de estas técnicas a la

mujer o al hombre solos, concibiendo criaturas que se ven obligadas a vivir sin madre o padre por mero capricho.

Por tal motivo, es necesario robustecer las bases legislativas en nuestro país, por lo que hace a la utilización de las técnicas de fecundación asistida, incluyendo está prerrogativa desde nuestra Carta Magna, con carácter limitativo para aquéllas personas que realmente tienen el derecho subjetivo para acceder a ellas. En caso contrario se convertirían en herramientas utilizadas al capricho de cualquier persona, sin mediar cortapisa legal alguna, careciendo de legitimidad a la luz del derecho.

3.1.1.5. Los alcances jurídicos en torno a los derechos derivados de la procreación.

Para poder arrojar alguna luz sobre el punto, debemos analizar primero los alcances que tienen los derechos derivados de la procreación.

De acuerdo con lo que establece Enrique Díaz de Guijarro, quien expone una ya clásica clarificación sobre los alcances de lo que se da en llamar "la voluntad procreacional", que como lo establecimos con anterioridad se restringe a los casos en los que interviene la biomedicina reproductivo, en dónde –como ya lo manifestamos con antelación- nos encontramos con un elemento terapéutico que le da plena legitimidad a las parejas que así lo requieren.

La primera reflexión que adelanta este jurista argentino es la necesidad de discernir los tres elementos que aglutina este gran tema de la procreación: 1) la voluntad en la unión sexual; 2) la voluntad procreacional; y, 3) la responsabilidad procreacional. Analizaremos como juegan estos elementos, primero en relación con la procreación natural; luego entonces, con la procreación asistida.

1) La autonomía de la voluntad en la unión sexual es entendida como la libertad natural de mantener relaciones sexuales por el sólo hecho de tener dicha unión. Este derecho del ser humano puede o no alentar el deseo de engendrar, lo que resulta indiferente para la definición del concepto que analizamos.

“Como en la procreación asistida falta el elemento natural de la unión sexual, la manifestación de la voluntad procreacional se da con actos de otra índole: consentimiento tácito o presunto, mediante la donación del material genético para que la concepción se produzca; o consentimiento expreso, mediante la manifestación escrita dada con anticipación al uso de la técnica.”¹²³

2) El otro elemento a discernir es la autonomía de la voluntad procreacional, que significa “el propósito de engendrar, el deseo definido de crear una nueva vida”. Parece impropio suponer que alguna persona o el Estado mismo, puedan obligar a otra persona a procrear o a no procrear (como sucede en algunos países, aunque con mecanismos indirectos).

Para un análisis somero de la voluntad procreacional en relación a la reproducción asistida, es imprescindible destacar que este elemento es vital para conjugar la voluntariedad que debe revestir la autorización para activar cualquiera de las técnicas de fecundación asistida existentes, (una vez que fueran permitidas por la legislación pertinente); en el entendido de que, el elemento volitivo de cada uno de los integrantes de la pareja debe imperar, para que en este sentido, deriven de manera legítima y plena todos los efectos jurídicos que emanan por ese vínculo biológico creado anticipadamente.

Dentro de la reproducción asistida humana, además, cabe destacar que dicho elemento reviste alcances todavía más imperativos para los padres del hijo así

¹²³ LOYARTE, Dolores y Otra. PROCREACIÓN HUMANA ARTIFICIAL. DESAFÍO BIOÉTICO. Ediciones De Palma. Argentina 1995. pp. 175-176, 183.

concebido en virtud, de que el deseo y propósito de engendrar es manifestado de manera anticipada.

3) Y el tercer elemento de esta subespecie que estamos estudiando es la responsabilidad procreacional, "destinado a establecer que, por el hecho de la unión sexual –con voluntad procreacional o sin voluntad procreacional-, surge una responsabilidad por las consecuencias de ese hecho biológico". Esta responsabilidad se basa en actos concretos del ser humano que derivan en consecuencias biológicas (concepción de una nueva vida) y jurídicas (filiación).

En estos casos, la responsabilidad procreacional que surge es más evidente, porque se ha tenido el deliberado propósito de engendrar y se ha manifestado el deseo de concebir de manera anticipada, y –en cierta medida- pública, ya que se excede el marco de intimidad natural de la unión sexual y el problema se comparte con el equipo biomédico que interviene en la procreación.

"Cuando la procreación es homóloga, el conjunto de responsabilidades procreacionales se reduce al ámbito familiar –de forma casi igual a la natural-. Las responsabilidades de los miembros de la institución médica son responsabilidades de otra índole (civiles, penales, administrativas), no responsabilidades familiares como las de los progenitores.

Cuando la procreación es heteróloga, el número de responsables procreacionales se amplía considerablemente. La prestación previa del consentimiento de los dos miembros de la pareja que solicita la asistencia del equipo biomédico será fundamental para justificar sus responsabilidades posteriores

Y si no existe tal consentimiento en alguno de ellos, difícilmente puede atribuirse responsabilidades ulteriores, porque no hay voluntad procreacional.

De estas responsabilidades biológicas se derivan el conjunto de derechos-deberes familiares, como son: filiación, maternidad, paternidad, patria potestad, etc. Se justifican así derechos y deberes sobre los hijos —a favor de éstos y de sus padres, pero teniendo siempre el interés primordial del niño—, tales como los derechos alimentarios, sucesorios, la crianza, etc. Son, todos ellos, en suma, derechos y deberes ético-jurídicos.¹²⁴

La afirmación o negación de un derecho a la reproducción como vía para la solución de algunos de los interrogantes en torno a la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas ha sido utilizado ampliamente. Y ello, permite que exista una división entre quien opta por encontrar su origen y legitimidad en un derecho individual.

Así pues, resulta evidente que el derecho aún no ha encontrado solución para ubicar con exactitud de dónde deviene el derecho a la reproducción asistida. Sin embargo, parece que este obtiene su fundamento en consonancia con diversos derechos individuales, tales como: el derecho a la reproducción, como un derecho basado en el deseo o en las necesidades, el derecho a una salud reproductiva, el derecho a el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, y como derecho a fundar una familia. Siendo los más importantes los dos primeros. A continuación nos referiremos brevemente a cada uno de ellos, sin afán de resultar reiterativo con algunos renglones que preceden.

- a) Derecho a la reproducción, como un derecho basado en el deseo o en las necesidades. El argumento del deseo representa en este sentido un intento autónomo de fundar el derecho a la reproducción, y quizá una de las tentativas más importantes. Hay que tener en cuenta que el argumento del deseo está dirigido fundamentalmente a permitir la extensión de las nuevas tecnologías reproductivas y el acceso a ellas. Es notorio que la simbología

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 177, 184.

de la sangre y sus consecuencias en la transmisión del nombre del padre o de la herencia quieren encontrar nuevas fuerzas en el conocimiento de los mecanismos de transmisión de los genes.

Así, pues, resulta que el deseo de engendrar es el que más frecuentemente se alude, para justificar la utilización de las técnicas de fertilización asistida, está postura es adoptada, principalmente, por el marco jurídico inglés y español, en atención al criterio utilitarista que resulta del informe Warnock, de dónde provienen sus textos normativos vigentes.

- b) Derecho a una salud reproductiva. En la práctica viene a significar la limitación de este derecho al tratamiento médico frente a la esterilidad. En este caso, el derecho encuentra la legitimidad del uso de las técnicas de fertilización asistida, en el fin y objetivo para el cuál fueron creadas, es decir, el convertirse en un recurso de naturaleza terapéutica para enfrentar la esterilidad que les impide concebir de manera natural, o bien, cuando la pareja tenga el riesgo inminente de que el producto pudiera ser afectado por una enfermedad de transmisión hereditaria. Así, pues, resulta fácil decir que el derecho a la salud reproductiva, parece ser el fundamento para la utilización de la biotecnología reproductiva.
- c) Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Una de las propuestas más relevantes en la defensa de un derecho a la reproducción basado en la libertad reproductiva es la que sostiene J. Robertson. En dónde se otorga la libre decisión de tener hijos o no tener hijos, dejando abierta la posibilidad de elegir entre una u otra, es decir, entre la reproducción natural, o bien la reproducción asistida, salvo que existieran poderosas razones para creer que de tal elección se provocará un grave daño.

- d) **Derecho a la intimidad.** Fundado éste en la intimidad de la pareja para determinar en que momento tener hijos y de que forma. El derecho a la intimidad ha sido a veces utilizado para justificar un derecho a la reproducción, sobre todo en Estados Unidos, en donde el Tribunal Supremo así lo ha reconocido, y

- e) **Derecho a fundar una familia.** En opinión de ROMEO CASABONA aquí se encuentra el fundamento para el derecho a la reproducción. Y si bien es cierto, dicho derecho no se encuentra recogido explícitamente en la Constitución, pero sí en múltiples declaraciones internacionales aprobadas por el gobierno español y mexicano, y aún por los ordenamientos sustantivos civiles.

Finalmente, debemos decir que, son múltiples las interrogantes que se presentan con motivo de las opciones para fundar cuál es el derecho del cuál derivan las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, tal parece que el derecho para acceder a la reproducción asistida nace del derecho a la salud reproductiva, por ser éste el fundamento que justifica su origen y naturaleza, y como consecuencia de lo anterior legitima como titulares de éste a aquellas parejas afectadas por algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible y, excepcionalmente, a aquellas parejas que persigan evitar la transmisión de una enfermedad genéticamente hereditaria a su progenie (cuando exista un riesgo inminente, desde luego).

3.1.2. El Código Civil para el Distrito Federal.

A raíz de las recientes reformas realizadas al Código Civil para el Distrito Federal en el año dos mil; se introdujeron en diversas de las instituciones del derecho de familia, precisando cuáles son los efectos jurídicos que derivan por la utilización las técnicas de fecundación asistida, en la maternidad, paternidad

y filiación preexistentes por el acto volitivo de su implementación que les dio origen. Asimismo, se establece de manera categórica el nacimiento del parentesco consanguíneo que preexiste entre los hijos así concebidos y sus padres.

No obstante, de constituir un gran avance dentro de las instituciones del derecho positivo mexicano, infiere necesariamente la creación de reglas específicas que tiendan a precisar las formas y modos en que deberán de utilizarse y emplearse las referidas técnicas, cuáles son las instituciones médicas –sean públicas o privadas- que llevarán a cabo la aplicación de dichas técnicas, los requisitos que deberán de ser necesarios para la implementación de las mismas, haciendo de está adición, un avance científico y jurídico de verdadera trascendencia en nuestro país, fijando los límites y alcances en la utilización de los referidos métodos de reproducción asistida, constituyéndose como un recurso terapéutico efectivo para las personas que padecen de alguna disfunción reproductiva.

Como quedo precisado en el capítulo I de este trabajo, en nuestro país, el código civil para el Distrito Federal es claro al precisar en su artículo 22, lo siguiente: *“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”* Con fundamento en este precepto legal, el embrión concebido in vitro debe ser considerado concebido y nacido para efectos legales desde el momento de su concepción, de donde su condición de persona es incontrovertible.

“Como generadora de problemas legales, la fecundación in vitro ocupa un lugar preponderante. El Derecho debe analizar cada una de estas vertientes para

finés de regulación dado que su uso se generaliza en el mundo entero, y ante ello, México no queda exento.¹²⁵

Por otro lado, nuestro código civil para el Distrito Federal se une a la postura de nuestra Carta Fundamental, estableciendo en su artículo 146, la definición categórica del Matrimonio, atribuyéndoles en este sentido, el derecho que tienen los cónyuges a procrear a su descendencia, de manera libre, responsable e informada; debiendo, la pareja que integra el matrimonio evaluar cuando es el momento adecuado y propicio para ello, en el entendido de que, los padres deben de tener el número de hijos a los que puedan brindar una calidad de vida óptima para su sano desarrollo en el núcleo familiar que conforman, y consecuentemente, trasciendan al desarrollo integral de nuestra sociedad mexicana.

En este sentido, el artículo 3º de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece en su párrafo segundo, apartado d), lo siguiente:

"Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes

...D - El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo..."

Esto en relación con lo que dispone el numeral 23, párrafo primero de la propia ley en cita, que establece, lo siguiente:

"Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia..."

¹²⁵ HURTADO, Oliver. Xavier. EL DERECHO A LA VIDA, Y A LA MUERTE? 2ª Edición. Porrúa, México 2000 pp 51-52

Por su parte el artículo 162, segundo párrafo, del propio código civil, otorga a los cónyuges el derecho a decidir de manera libre, informada y responsable, sobre el número y espaciamiento de sus hijos, valiéndose de las técnicas de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia, cuando uno de los miembros de la pareja o ambos padecieren algún tipo de infertilidad o esterilidad que les impida procrear a su descendencia de manera normal. Siendo un elemento indispensable que, ambos cónyuges o concubinos estén de acuerdo, y por tanto, manifiesten su consentimiento expresamente para tal efecto.

En este sentido, si la cónyuge optará por recurrir a la utilización de alguna técnica de reproducción asistida, sin el consentimiento expreso de su cónyuge para ello, éste último podrá desconocer la paternidad en cualquier momento, al mismo tiempo que, podrá demandar de su cónyuge el divorcio necesario, de acuerdo a lo que dispone el artículo 267, fracción XX, al respecto del empleo de alguna técnica de fecundación asistida, sin el consentimiento de su cónyuge para ello. Todo ello, en atención a lo que dispone el artículo 138 QUATER, en donde se establecen el conjunto de deberes y obligaciones que se deben las personas que integran el núcleo familiar, siendo vulnerado por la mujer que cae en el supuesto antes descrito, por deberse consideración, solidaridad y respeto recíproco ambos miembros de la pareja.

Por su parte, el artículo 293, párrafo segundo, establece que el hijo producto de alguna de las técnicas de reproducción asistida, adquiere el parentesco consanguíneo, respecto de aquellos que la consientan. Por tal motivo, aún en el supuesto de que se realizará alguna técnica de fecundación asistida de naturaleza hetérologa, por cuanto hace al origen de sus gametos, el parentesco existente entre la pareja que solicita la utilización de algún método de reproducción asistida y el hijo así concebido será de naturaleza consanguínea,

protegiendo de esta manera, a todos los niños concebidos mediante los avances que nos brinda la tecnología en la reproducción asistida humana.

En este sentido, el propio código, establece en su numeral 326, párrafo segundo, que ningún cónyuge podrá impugnar la paternidad de aquellos hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida humana que nos brindan los avances científicos; siempre que el cónyuge hubiera manifestado expresamente su consentimiento para ello, salvaguardando y protegiendo, al mismo tiempo los derechos e intereses del menor y de la mujer en nuestro derecho de familia.

La propia Exposición de Motivos de nuestro código civil para el Distrito Federal, establece en el contenido de su preámbulo, que:

“Los cambios que se proponen en términos generales podemos clasificarlos en los siguientes apartados:

1. Dignidad de las personas.
2. Protección de género.
3. Protección a los niños.
4. Protección a la familia...”

No obstante que, nuestro código civil se ha incorporado al desarrollo jurídico que se ha formulado en múltiples legislaciones en el orbe mundial, cabe hacer el señalamiento, que da lugar a muchísimas lagunas jurídicas en lo que atañe a los efectos jurídicos que devienen por las relaciones familiares que surgen por su activación. Ante ello, necesariamente nuestro ordenamiento sustantivo civil, deberá señalar con mayor precisión cuáles son esos efectos, a decir de la filiación, la maternidad, la paternidad, los alimentos, las sucesiones, que se encuentran desorbitadas por el tema.

2.4. La Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud.

La Ley General de Salud es de amplio espectro, como lo es la salud misma. Entre los numerosos aspectos que regula se encuentra, el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, sus derivados y productos, el impulso al desarrollo de la comunidad y la familia, así como la integración social y el crecimiento físico y mental de la niñez y dicta las normas técnicas a que se sujeta la prestación de servicios de salud en todo el territorio nacional.

“Por lo que respecta específicamente a la materia que nos ocupa, la ley y sus reglamentos contienen las siguientes disposiciones:

- A. Establece las finalidades que tiene que resguardar la Secretaría de Salud, en lo que hace a la protección de salud, y en este sentido, por lo que hace a nuestra tema en estudio, consagra el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud (artículo 2º de la propia Ley General de Salud, en su fracción IX).

- B. Al mismo tiempo, el artículo 67, párrafo segundo de la propia ley, cita el derecho que toda persona tiene a reproducir su progenie, de manera libre, responsable e informada, con pleno respeto a su dignidad como personas, y en este sentido los servicios que se presten en la materia, deberán de ser plenamente regulados por la ley o sus reglamentos. Por consiguiente, entre los servicios relativos a la planificación familiar se comprende: el apoyo y fomento de la investigación en materia de infertilidad humana y biología de la reproducción humana, según lo establece el artículo 68 de la Ley General de Salud.

- C. En materia de donaciones, le compete a la Secretaría de Salud el control sanitario de las donaciones de células germinales realizadas por las instituciones sanitarias, que obtengan su permiso ante la propia Secretaría (según lo establece el artículo 313, fracción I, en relación con el artículo 318 de la ley).
- D. En este sentido, establece que la obtención, guarda, conservación, preparación y utilización de productos de seres humanos vivos (quedando incluidas las células germinales), para fines terapéuticos, de investigación científica, etc., sólo podrá hacerse en instituciones autorizadas para tal efecto (artículo 29 de la ley).

La fertilización asistida está mencionada pero no definida en el capítulo IV del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud. En efecto, en el artículo 40, fracción XI, establece lo siguiente:

*"FERTILIZACIÓN ASISTIDA. Es aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro."*¹²⁶

Por lo tanto, en primer lugar debemos de establecer que, nuestro marco jurídico mexicano, no define con precisión en que consiste la fertilización asistida. De tal suerte que, es necesario establecer con precisión su definición en nuestro marco jurídico, y por ende, se infieran cuáles son los alcances jurídicos que encierra este tipo de tratamientos y sus repercusiones en nuestro derecho.

Sin embargo, si podemos decir que el reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, tiene como cometido, establecer

¹²⁶ HURTADO, Oliver, Xavier. EL DERECHO A LA VIDA ¿Y A LA MUERTE? 2ª edición. Porrúa. México 2000. pp 170 y 172

cuáles son las técnicas de fertilización asistida aprobadas por nuestra legislación sanitaria (inseminación artificial y fecundación in vitro).

El artículo 43 del propio reglamento establece que, para que tenga lugar la fertilización asistida se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, de acuerdo con lo que establecen los artículos 20, 21 y 22 del mismo ordenamiento legal.

Primeramente el numeral 20 del reglamento establece que, se entenderá por consentimiento informado *"el acuerdo por escrito mediante el cual el sujeto de investigación (en este caso la mujer) o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación (para la fertilización asistida) con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y los riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna"*.

Por lo tanto, según se desprende del texto del numeral descrito que, para llevar a cabo cualquier tratamiento, a través de la fecundación asistida, siempre deberá imperar el consentimiento expreso de los integrantes de la pareja para ello. Al mismo tiempo, es prudente establecer que, la ley no precisa con exactitud la diferencia entre investigación y tratamiento, lo cual hace necesario que se deba aplicar la analogía en la aplicación de los preceptos normativos de este ordenamiento, al caso concreto de nuestro estudio, que en ningún momento debe presentarse, por la naturaleza específica que guardan ambas terminologías.

Por su parte el artículo 21 establece: *"Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de la investigación (la mujer sujeta a la fertilización asistida) o, en su caso, su representante legal, deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:* (estos requisitos están encaminados a la

investigación en general, por tal motivo, nosotros comentaremos únicamente los que pudieran ser aplicados a la fertilización asistida).

I. La justificación y los objetivos de la investigación. En el caso de la fertilización asistida, la explicación deberá versar acerca de porqué se recurre a ese medio alternativo de procreación y que efectos tendrá la fertilización asistida en su cuerpo, cuál es el motivo por el que se utiliza, determinada técnica de fecundación asistida, etc. La paciente y su pareja deben entender la causa y razón del procedimiento.

VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento. En relación con nuestro tema, este precepto puede interpretarse como el derecho de la mujer o de la pareja a interrumpir el procedimiento, sin perjuicio de que su tratamiento de la infertilidad pueda continuar, a través de otros medios.

VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad. Tiene derecho la pareja a que se guarde la mayor discreción respecto a su infertilidad, al tratamiento que recibe para superarla y demás pormenores que podrían invadir su privacidad.

IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque está pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando. Recibir información veraz acerca del curso de su tratamiento, de sus problemas y de los posibles resultados, a fin de que la pareja decida si continúa con él o lo abandona.¹²⁷

¹²⁷ Ibidem op. cit. pág. 173

Por otro lado, el numeral 22 del propio reglamento, establece que el consentimiento informado deberá de formularse por escrito, reuniendo una serie de requisitos de forma, y en todo caso, de no contar con ese consentimiento, ningún médico o investigador especializado en esa rama del quehacer biomédico, podrá desarrollar tratamiento alguno en ninguna mujer.

Para desarrollar cualquier tratamiento relacionado con la fertilización asistida humana, es imprescindible la necesidad de tener un objetivo o finalidad; en este sentido, el propio reglamento en comento, establece en su artículo 56 que *“La investigación sobre fertilización asistida sólo será admitida cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no puedan resolverse de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el del investigador”*.

Podemos notar que, nuestro reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud establece que, para acceder a cualquier técnica de fertilización asistida la pareja deberá de padecer algún tipo de infertilidad o esterilidad, que no puedan ser resueltos de otra manera; en este sentido, es indispensable precisar con mayor exactitud en nuestro texto constitucional está nueva situación que se presenta en los derechos reproductivos, en virtud de que el texto constitucional vigente, deja abierta la posibilidad de acceder a estas técnicas, por parte de cualquier persona en todo territorio nacional.

Finalmente, es prudente decir que nuestro reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, establece una serie de normas tendentes a regular los procedimientos de aplicación de las técnicas de fecundación asistida. Sin embargo, es necesario establecer con mayor precisión los supuestos en que se podrá acceder a ellas, las garantías de seguridad para los pacientes, las medidas de seguridad e higiene que deben prevalecer en los centros e instituciones que brindan esta clase de servicios, la asesoría

psicológica e institucional que se les deberá proporcionar a los intervinientes, etc., a través de un ordenamiento normativo específico, en donde se regule ampliamente los servicios que nos ofrece la biomedicina de la procreación

2.5. El Código Penal para el Distrito Federal.

Nuestro ordenamiento sustantivo penal, establece en su Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo I, los delitos que surgen por el mal uso que se haga de la "Procreación asistida e Inseminación Artificial". Asimismo, en su Capítulo II, tipifica los delitos que surgen por el mal uso que se haga de la "Manipulación Genética", por lo que a continuación precisaremos con mayor detenimiento su contenido normativo.

Primeramente, debemos de precisar que nuestro código penal para el Distrito Federal, establece en su artículo 149 que a cualquier persona que disponga de células germinales humanas (óvulos y espermatozoides) con fines distintos a los expresamente autorizados por sus donantes, se les impondrá una pena que va de los 3 a los 6 años de prisión y una pena pecuniaria de cincuenta a quinientos días de multa. En este sentido, la voluntad del donante, será la que impere para realizar cualquier investigación o experimentación en los gametos humanos donados por éste, restringiendo, de esta forma, los deseos desbordados por la pasión científica.

Por su parte, el numeral 150, del propio cuerpo de leyes, establece que cuando alguna persona sin consentimiento de una mujer mayor de edad o aún cuando exista consentimiento de una mujer menor de edad, o bien, de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrá una pena que va de los 3 a los 7 años de prisión. Pero si además, la inseminación se realiza con violencia o de ella

resultare un embarazo, la pena que se le impondrá va de los cinco a los catorce años de prisión.

El bien jurídico tutelado, por el numeral descrito, es la libertad y voluntad de optar por un medio alternativo para lograr la concepción, esto según se desprende del texto de la exposición de motivos, que a este respecto se refiere. En realidad, lo que se busca evitar, es la comercialización de niños, o bien, del propio cuerpo humano, que resulta verdaderamente alarmante para la Comunidad Internacional, de ahí la creciente necesidad de revolucionar nuestras normas jurídico-penales, estableciendo con mayor precisión las conductas delictivas que deben ser tipificadas en nuestro ordenamiento sustantivo penal, al respecto del mal uso de la inseminación artificial, fecundación in vitro y transferencia intratubárica de gametos. Debiendo recordar que nuestro país es de los clasificados en vías de desarrollo, los cuales se han caracterizado por su falta de regulación en muchos sectores del quehacer científico y biotecnológico. Y por tal motivo se vean desprotegidos con respecto a empresas transnacionales que se aprovechan de estas circunstancias para ensayar en nuestro territorio nacional, un sin fin de experimentos e investigaciones que denigran ampliamente la dignidad humana de sus habitantes.

Por otro lado, el numeral 151 de nuestro código penal, establece que a cualquier persona que implante a una mujer un embrión, cuando hubiere utilizado un óvulo ajeno o espermatozoide de un donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante –cuando fuere el caso-, o bien, con el consentimiento de una mujer menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, se les impondrá una pena que va de 4 a 7 años de prisión, pero, en todo caso, si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de 5 a 14 años.

El delito descrito en el párrafo que precede se perfecciona, en los casos en que se utiliza la fecundación in vitro de tal manera, que se ocasione un perjuicio a una determinada mujer, imperando en este sentido, el consentimiento informado, al que nos referimos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, que debe imperar en cualquier tratamiento de reproducción asistida humana.

Por su parte el artículo 152, del propio ordenamiento sustantivo penal, establece que además de las penas antes referidas, se les impondrá a los médicos y en general a aquellas personas encargadas de llevar a cabo el procedimiento de reproducción asistida humana, una 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 que se le hubiera impuesto por la comisión del delito, así como la destitución de su cargo.

Resulta evidente que, cualquier médico, investigador o cualquier persona que haga un mal uso de la biomedicina de la reproducción, sean castigados por nuestro derecho punitivo, pues, están poniendo en riesgo la salud e integridad física y psicológica de los pacientes e intervinientes que participan en este tipo de tratamientos. De ahí, la importancia que representa la tipificación de este delito, que busca proteger la integridad y salud de las personas que solicitan este tipo de tratamientos.

Finalmente, el artículo 153 del propio código, establece que, cuando entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, exista un vínculo matrimonial o concubinal o simplemente una relación de pareja, los delitos previstos se perseguirán mediante querrela.

Por otro lado, el numeral 154, de nuestro ordenamiento sustantivo penal, establece como delitos los siguientes:

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

A todas aquellas personas que cometan alguno de los delitos antes enumerados, se les impondrá una pena de 2 a 6 años de prisión, inhabilitación del cargo que desempeñen, así como una suspensión por igual término para desempeñar el cargo, empleo o comisión pública, profesión u oficio.

En este sentido, la exposición de motivos de dichas reformas, establece que "...es necesario que aquellas conductas que no son encaminadas a la investigación para mejorar la salud humana, de conformidad con las regulaciones correspondientes, sean sancionadas por este ordenamiento punitivo..."

No obstante que, nuestro ordenamiento punitivo, ha precisado una serie de delitos derivados del mal uso de las técnicas de fertilización asistida y aquellos que derivan de la manipulación genética, dichas conductas delictivas resultan demasiado ambiguas, dando lugar a una gran variedad de lagunas. Al mismo tiempo que, se le da un carácter interpretativo a la norma, dejando abierto un sin fin de problemas a las autoridades judiciales, por no establecer con mayor exactitud y precisión, cada una de las conductas que deberán de ser castigadas por nuestra justicia penal mexicana

COMENTARIOS FINALES.

Un aspecto delicado de tratar, es el papel que tiene la sociedad en las técnicas de reproducción asistida (TRA). En este sentido, es importante recordar que la reproducción es un derecho universal de todo individuo que debe ser entendido en el contexto de las limitaciones sociales y las responsabilidades individuales, pero ese derecho es inalienable. Las técnicas de reproducción asistida están relacionadas con la creación de vida, esto le confiere importantes implicaciones jurídicas.

La inclusión de la sexualidad en el nuevo paradigma de la salud reproductiva es un paso clave para entender la forma en la cual los hombres participan en la salud sexual y reproductiva, ya que son indisociables, pues aunque ahora puede haber inseminación artificial, fecundación in vitro y transferencia intratubárica de gametos, y relaciones sexuales sin consecuencias reproductivas, la sexualidad y la reproducción se determinan recíprocamente. La forma en que interpretan y se involucran los hombres en la sexualidad tiene consecuencias sobre la salud sexual y reproductiva de sus parejas y de ellos mismos.

Resulta evidente, la necesidad de crear un ordenamiento normativo que regule de manera pormenorizada las situaciones que derivan por la utilización de las técnicas de fertilización asistida. Indudablemente, ya nadie puede frenar el avance que la biomedicina ofrece a las parejas estériles; sin embargo, el Derecho deberá fijar los supuestos en que podrán ser utilizadas, por quiénes podrán ser utilizadas, quienes podrán aplicarlas, etc., protegiendo siempre la vida, dignidad e identidad de los usuarios, tal y como lo proclama la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

CAPÍTULO IV.

LA NECESIDAD DE CREAR LA LEY GENERAL EN MATERIA DE FECUNDACIÓN ASISTIDA Y EL USO DE MATERIAL GENÉTICO EN NUESTRO MARCO JURÍDICO.

La actitud ante la ciencia no siempre es la misma. Despierta sentimientos contradictorios, de admiración y/o rechazo. La admiración es lo que mueve a algunos hombres a dedicarle todos sus esfuerzos. El temor provocado por los cambios imprevisibles que con ella se pueden lograr, impulsa a otros hombres a oponerse radicalmente a ella.

El argumento que siempre se ha esgrimido para contrarrestar el miedo y las actitudes de rechazo es que gracias al progreso científico y técnico se han obtenido enormes beneficios en la economía y en la sanidad. Con ello se ha incrementado tanto la felicidad individual como el bienestar social.

Pero más allá del contexto de la guerra los avances de la ciencia y de la técnica, especialmente en los ámbitos de la biotecnología, han alertado de nuevo acerca de los peligros que con ellos pueden ocasionarse. Por primera vez el hombre está en condiciones de manipular su propia herencia y modificarla. En sociedades plurales como las actuales esto es especialmente problemático porque, en el caso de que se admitiese la manipulación, no hay ideas compartidas sobre un modelo de hombre al que habría que tender. Sobre la base del hombre que conocemos hoy se ha generado, sin embargo, un amplio consenso en torno a algunos valores básicos. La vida, la libertad, la autonomía, la dignidad, la igualdad, el saber, etc., se perciben por la mayoría de individuos occidentales como valores dignos de protección. Para que estos valores sean vigentes socialmente es necesario articular mecanismos adecuados para preservarlos y hacerlos compatibles entre sí cuando han de concretarse en las múltiples acciones particulares de la interacción social.

Ante ello, la ciencia del derecho deberá de actuar de inmediato, protegiendo las Instituciones existentes en nuestro derecho de familia. Al mismo tiempo que crea otras tantas figuras, que perseguirán siempre proteger y salvaguardar la vida, dignidad e identidad misma de cada uno de los integrantes de nuestro país. En este sentido, hoy más que nunca se deberá tomar conciencia de las repercusiones que pueden originarse por la falta de regulación jurídica de las técnicas de fertilización asistida en nuestro marco jurídico, por lo tanto, nuestros legisladores deberán establecer las medidas más prontas y adecuadas para su óptima legislación, protegiendo de está forma la paz y seguridad de nuestra sociedad y de la humanidad, sumándose a los esfuerzos que propugna la Comunidad Internacional en este rubro del quehacer humano.

4.1. LOS DIVERSOS FACTORES QUE HACEN NECESARIA LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA EN MÉXICO.

El Derecho califica la nueva tecnología de la reproducción asistida humana como un recurso con fines eminentemente terapéuticos, es decir, un recurso que tiene como objetivo primordial, superar la esterilidad de la pareja, siempre y cuando no exista otra manera de remediarla, o bien, cuando exista un riesgo inminente de que el producto padezca una enfermedad genéticamente hereditaria. Y en este sentido, nuestro marco jurídico mexicano deberá atender a los siguientes factores para su óptima regulación.

4.1.1. Factores de Hecho.

En México, en realidad no existe una estadística lo suficientemente confiable que nos permita conocer el grado de incidencia de la esterilidad o infertilidad irreversible entre las parejas. Ahora bien, aquellas parejas que la padecen, regularmente no acuden a las instituciones públicas que nos ofrece la seguridad

social en nuestro país; en primer término, porque consideran que las políticas gubernamentales en México, giran a planes de control natal y no así de su incremento. Por tal motivo, las parejas que se ven afectadas por algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible, o bien, aquellas que recurren a la tecnología procreativa, en virtud del peligro inminente de contagiar a su prole de alguna enfermedad genética hereditaria, asisten a las instituciones médicas del sector privado, tratando de asegurar, se guarde la mayor discreción posible, asumiendo su responsabilidad profesional. En realidad, se considera que en nuestro país el índice de incidencia de esterilidad o infertilidad irreversible es menor al 15% de la población de las parejas que la padecen.

La inseminación artificial y la fecundación in vitro en sí mismas no son actividades que se encuentren prohibidas por nuestro marco legal, salvo que se llevarán a cabo de forma dolosa o irresponsable; sin embargo, la experiencia nos demuestra que en la aplicación de este tipo de técnicas de reproducción asistida humanas, nacen diversos problemas de orden legal, psicológico, social, moral y económico, que indudablemente afectan al interés general de nuestra sociedad. Por tal motivo, nuestro sistema jurídico debe necesariamente encargarse de coadyuvar de manera coordinada para realizar las medidas pertinentes para regular de manera óptima la aplicación, utilización, investigación, experimentación y acceso para la nueva tecnología biomédico-reproductiva.

En efecto, paralelamente a la utilización, investigación, experimentación y acceso para la nueva tecnología que nos ofrece la ciencia, ante la esterilidad que aqueja a diversas parejas, se realizan prácticas que sustancialmente persiguen otros fines, como lo son: la experimentación e investigación en seres humanos, el tráfico y manipulación de embriones, la compra y distribución de células germinales, por sólo citar algunas; las cuáles, indudablemente, atentan contra la salud reproductiva de los pacientes, exponen y ponen en riesgo la

comercialización del hombre por el hombre, y, consecuentemente, propugnan contra la seguridad y salud misma de nuestro país.

En principio, la obligación recae en los médicos, al momento de realizar alguna investigación que necesariamente persiga encontrar, cuáles son las causas de esterilidad (ya sea femenina, masculina, o bien, que ambos miembros de la pareja la padezcan) en la pareja, y consecuentemente, se encuentren los recursos que la medicina tradicional nos ofrece, y por ende, solucionar el problema sin la necesidad de recurrir a la fertilización asistida. Una vez, que no se hubiere encontrado una solución favorable, que nos ofrece la medicina tradicional, y solamente cuando ha sido calificada de irreversible, se justificarán las alternativas que nos ofrece la biomedicina en este rubro del quehacer humano, es decir, acceder a la inseminación artificial, transferencia intratubárica de gametos y fecundación in vitro.

La tendencia universal es a limitar el uso de las nuevas técnicas de fecundación asistida, declarándolas, como lo hace nuestra Ley General de Salud, recurso terapéutico para parejas heterosexuales estables que padecen esterilidad. En consecuencia quedan excluidas de su uso las parejas fértiles o susceptibles de serlo con un tratamiento curativo, las mujeres solteras y las parejas de homosexuales. Éstos últimos, con cada día mayor representación en nuestro país y en el mundo, han invocado ciertos derechos a la procreación, común a todo género humano. Sin embargo, las buenas costumbres y los valores pluriculturales existentes en nuestro país no le reconocen en ningún momento ese derecho, y en este sentido, el Derecho como un instrumento formal para salvaguardar y proteger esquemas axiológicos imperantes en una sociedad debe de proteger siempre el bienestar común de sus integrantes; pues, el derecho reposa sobre cimientos de verdadera jerarquía espiritual, y su finalidad siempre será proteger la identidad pluricultural, espiritual y axiológica de un pueblo.

Finalmente, es necesario precisar con mayor exactitud cuáles son las personas que accederán a las nuevas prácticas de fecundación asistida humanas, que nos ofrece la biomedicina y la biogenética; estableciendo de manera determinista cuál es el nuevo papel que representa el Derecho ante la nueva realidad derivada de los derechos reproductivos que se presenta en todo el mundo. Para que, con ello, se determine de manera inexorable y jerárquica, cuál es la escala de los axiomas en disputa: el derecho a la vida vs derecho a la libertad personal, por nuestro derecho positivo mexicano, coadyuvando, con los principios que propugna la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

4.1.2. Factores de Derecho.

Primeramente, debemos establecer que, nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, indudablemente, debe evolucionar, en todo lo que hace a los nuevos avances que la ciencia y la tecnología nos ofrecen en el campo de la biotecnología y manipulación genética humana. Coadyuvando, en primer término ha desarrollar y fortalecer el crecimiento tecnológico y científico en nuestro país, en las instituciones y centros autorizados para tal efecto, proveyendo a su exacta y reglamentaria observancia, a través de un cúmulo de normas que establezcan cuáles son los límites en la investigación y experimentación, una vez que no contravenga los principios de beneficencia, justicia, autonomía, y no mal eficiencia, consagrados en la Declaración Universal sobre el Genoma humano y Derechos Humanos, limitando, en este sentido, los deseos nefastos de los científicos, médicos e investigadores, anteponiéndolos por encima de los principios originarios y rectores del espíritu humanista de todas las ramas del conocimiento científico y tecnológico en la actual era postmoderna en la rama biotecnológica, salvaguardando y protegiendo, de esta forma, la salud reproductiva de todos los mexicanos.

En este sentido, nuestra propia Carta Magna, deberá adicionar al texto de su numeral 4º, párrafo segundo, cuáles son las personas que podrán acceder a las nuevas técnicas de reproducción asistida humana, imperando siempre el carácter terapéutico en todos los tratamientos de esta naturaleza. Habida cuenta que, la reproducción asistida humana surge en beneficio exclusivo de aquellas parejas que se ven afectadas por algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible. Empero, éstos tratamientos deberán de controlarse, situando un marco jurídico idóneo que los legitime, justifique y fundamente en nuestro país.

Así, pues, resulta evidente que, si bien es cierto, el acceso a las nuevas técnicas de la reproducción asistida, encuentran, en apariencia su fundamento y legitimación en el derecho a la reproducción, necesariamente se debe afianzar que la línea que persigue en realidad es la protección a la salud reproductiva de aquellas personas que padecen algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible, o bien, cuando exista un riesgo inminente de transmitir alguna enfermedad genéticamente hereditaria al producto. Por lo tanto, aunque, suele confundirse la connotación de derecho a una salud reproductiva y derecho a la reproducción, en realidad se trata de dos situaciones distintas, pues, en el primer caso, se está en presencia de un tratamiento de naturaleza eminentemente terapéutica, y en este sentido, sólo podrán hacer uso de las referidas técnicas aquellas personas legitimadas para ello, y en el segundo caso, nos encontramos con un deseo que busca su fundamento en el derecho a la reproducción, y más aún, como un derecho ilimitado que permite su acceso a cualquier persona (debemos decir que, el derecho a procrear por medios naturales, existe y existirá sin duda; no se pronuncia en cambio sobre si existe en los casos en que se acuda a la asistencia médica en sustitución de la procreación natural), dónde, vemos claramente que impera el interés individual (está es la línea que siguen, principalmente, Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido y España) por encima de los intereses colectivos de una Nación.

El Congreso de la Unión, tiene la facultad de emitir las normas que regulen las prácticas de reproducción asistida humanas, con fundamento en lo que establece el artículo 73, fracción XVI de nuestro ordenamiento jurídico fundamental, que a la letra dice: *"El Congreso tiene facultad... XVI. Para dictar Leyes sobre... salubridad general de la República..."*.

En este mismo sentido, se pronuncia el Pleno de la Corte, en diversa jurisprudencia, que a la letra dice:

"CONSEJO GENERAL DE SALUBRIDAD.

Es un error afirmar que las medidas dictadas por el Consejo de Salubridad General sólo pueden tener el carácter de administrativas, puesto que el inciso cuarto de la fracción XVI del artículo 73 constitucional, previene que tales medidas serán después revisadas por el Congreso de la Unión, y esa revisión no podría tener lugar, si las mencionadas medidas fueren de carácter administrativo; pues el Poder Legislativo, ni por su naturaleza ni por sus facultades, tiene la misión de revisar medidas de carácter administrativo, sino legislar, y el inciso citado, habla de medidas que el Consejo ponga en vigor, y no usa la palabra administrativas."

Del texto literal de dicha jurisprudencia, podemos afirmar que, el poder legislativo, tiene la misión de legislar, una vez que el Consejo General de Salubridad hubiera dictado las medidas conducentes en materia de salubridad, el Congreso de la Unión, pondrá en vigor la legislación que el Consejo General de Salubridad hubiera recomendado. Para tal efecto, el propio Congreso, deberá revisar con detenimiento, los preceptos normativos elaborados por el Consejo General de Salubridad, para su posterior aprobación.

La ley francesa, excluye a la mujer soltera y obviamente a la pareja homosexual; la ley inglesa, producto del informe de la comisión Warnock

aprueba la subrogación de la maternidad de naturaleza altruista; el grupo socialista español se pronuncia porque aún la mujer soltera y con capacidad para procrear de manera natural pueda hacer uso de alguna técnica de fecundación asistida para procrear sin relación sexual; y, la Comisión de la Comunidad Europea por facilitar la maternidad de las mujeres solteras. Desde nuestra perspectiva, la tendencia que sigue los miembros de la Comunidad Europea (en especial), obedece a políticas poblacionales más que en consideraciones de orden ético, sociológico, cultural.

Es por ello que, nuestro marco jurídico mexicano debe descalificar el uso innecesario de la biotecnología por razones de lucro, de mero capricho o de otro orden que contravenga el interés social y fin último que la justifica; evitando que los tratamientos de reproducción asistida se comercialicen, o bien, se utilicen caprichosamente, exponiendo a la mujer a tratamientos riesgosos y a la pareja a problemas de índole económica, psicológica, social y jurídica, explotando sus aspiraciones de procrear.

Conforme a los esquemas axiológicos existentes en nuestro país, solamente la pareja heterosexual debe ser calificada legalmente para hacer uso de la nueva tecnología que nos ofrece la biotecnología procreacional. Pese a los amplios embates que sufre hoy nuestra sociedad, la institución del matrimonio, sigue siendo la forma preferente y apropiada de constituir una familia, pues es el que crea lazos jurídicos que unen a la pareja y a los descendientes de aquellos.

Por su parte, el concubinato, reconocido por nuestro código civil vigente en el Distrito Federal desde el año dos mil, es la otra forma de fundar la unión de una pareja heterosexual, y consecuentemente, derivan el cúmulo de derechos y efectos jurídicos que por la existencia de ésta se dan, si bien es cierto, no son los mismos derechos y efectos jurídicos que nacen con en el matrimonio, eso

no es causa para negarle el reconocimiento dentro de nuestro derecho de familia.

En suma, es cierto que nuestro código civil reconoce la unión en concubinato y concede, por ende, a la pareja y a los descendientes de la pareja así unida ciertos derechos básicos; sin embargo, este reconocimiento obedece no del particular interés en alentar esa forma de organización familiar al margen de la ley, haciendo frente a una situación de hecho con el noble propósito de proteger a la mujer y a sus descendientes de las posibles contingencias que le podrían sobrevenir (la exposición de motivos de la reforma a nuestro código civil en el año dos mil, se pronuncia en este mismo sentido).

Siguiendo este mismo orden de ideas, el acceso a las nuevas técnicas de procreación humana asistida, es limitado para aquellas mujeres solteras y aún para las parejas homosexuales; en virtud de lo que expresa nuestra propia Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversa jurisprudencia, declarando en relación con el matrimonio que "la institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial". Por lo tanto, el criterio que sostiene nuestro máximo órgano jurisdiccional, se traduce en que la institución del matrimonio debe de ser privilegiado para el uso de las técnicas de fecundación asistida, una vez que se cumpliera el presupuesto esencial que motiva su activación.

En este orden de ideas, se pronuncia la siguiente tesis aislada:

***MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA. NATURALEZA DEL.**

El matrimonio es un instituto de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: el de la familia; siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es

también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable el instituto matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución *inter vivos*, siendo menester, en estos casos, que quién demande acredite plenamente sus afirmaciones sobre los hechos que integran la causal de divorcio y que ésta se ejercite oportunamente, esto es, antes de su caducidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMOTERCER CIRCUITO.

Amparo Directo 315/92. Filemón Merino Cerqueda. 30 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Pedrero Rodríguez. Secretario: Carlos Gregorio Ortiz García.

Por tanto, podemos concluir que, nuestro derecho de familia protege la institución del matrimonio, por ser está la forma óptima y esencial de construir una familia; siendo al mismo tiempo, la célula básica de nuestra sociedad, se justifica y fundamenta el interés que persigue entonces el Estado, repercutiendo entonces en el orden e interés social de nuestra Nación. En este orden de ideas es prudente decir que, nuestro sistema jurídico mexicano predispone que las técnicas de reproducción asistida sean permitidas para aquellas parejas que deciden formar una familia, a través de la institución del matrimonio por regla general, y excepcionalmente a la pareja unida en concubinato.

La selección de las parejas beneficiarias de la reproducción asistida, tiene profundas implicaciones de orden: social, ético y legal, por lo que una liberación extrema de las prácticas de reproducción asistida implicaría ignorar el interés público, a través de una óptima y adecuada regulación.

Para muchos, la tecnología reproductiva atiende a factores poblacionales y de orden político, sobre todo en el continente europeo. Al mismo tiempo que plantea un derecho personificado de alcances ilimitados, que van en contra del

propio derecho a la vida, el cual jerárquicamente se ubica en la punta de todo sistema jurídico, por ser este el bien más importante para toda persona humana; implicando la disposición, destrucción y comercialización del hombre por el hombre; encomendando al Derecho la importantísima misión de proteger hoy más que nunca los valores y principios, pilares de la humanidad. Al mismo tiempo que promueve el crecimiento y desarrollo biomédico, biogenético y biotecnológico en nuestro país, con verdaderos beneficios para todos los mexicanos.

De ahí, que sea imperante e imprescindible la creación de una ley que regule las técnicas de fecundación asistida en nuestro país, siguiendo a las grandes orbes mundiales en este orden. A través de una ley que establezca los presupuestos normativos esenciales en la utilización de las nuevas técnicas de reproducción asistida humanas. Al mismo tiempo que, brinda una seguridad jurídica, a aquellas personas que utilizan la tecnología biotecnológica reproductiva, asegurando el interés público que debe garantizar el Estado a sus gobernados, protegiendo a la familia en nuestro sistema jurídico mexicano.

4.2. PROPUESTA DE LA LEY GENERAL EN MATERIA DE FECUNDACIÓN ASISTIDA Y EL USO DE MATERIAL GENÉTICO.

México, hoy más que nunca necesita un marco jurídico idóneo, que resguarde la utilización de las técnicas de fecundación asistida; garantizando, de esta forma, el beneficio que nos brinda la nueva biotecnología en esta materia. Es por tal motivo, que esta ley aprueba la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro con transferencia de gametos (FIVTE) y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), de naturaleza homóloga o heteróloga, con fines terapéuticos, para aquellos casos en que se padezca algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible, o bien, cuando se pueda transferir alguna enfermedad

genéticamente hereditaria, permitiendo incluso, el uso de otras técnicas una vez que se reunieran ciertos elementos para ello.

La ley califica la nueva tecnología de la procreación como un recurso terapéutico, que tiene por objeto superar la esterilidad de la pareja que la sufre, únicamente cuando no existe otra manera de remediarla. Al mismo tiempo, se otorgará este beneficio en aquellos casos en que se pueda transmitir alguna enfermedad hereditaria al producto, una vez que se hubieran realizado los exámenes adecuados para determinar esta situación.

Ahora bien, el acceso a las técnicas de fertilización asistida, como recurso para eliminar alguna enfermedad genéticamente hereditaria, se permitirá siempre y cuando se emplee exclusivamente para combatir determinadas patologías genéticas hereditarias, pues, en caso contrario, se estaría en presencia de legitimar cualquier tratamiento manipulativo con fines de naturaleza eminentemente eugenésica, que suplantarían totalmente la legitimidad de su uso para éstos casos. Es por ello, que el diagnóstico genético preimplantacional, se usará únicamente para aquellas patologías que el reglamento respectivo establezca para tal efecto.

En este sentido, sólo tendrán acceso a las nuevas técnicas de reproducción asistida, aquellas parejas estables heterosexuales (matrimonio o concubinato), ayudándolos a integrar plenamente una familia. Ni la mujer sola, ni la pareja homosexual, están incluidos entre los beneficiarios de la fertilización asistida.

A diferencia de otros países, México no permite el acceso a la biotecnología reproductiva a las mujeres solteras, en atención a que el objetivo y fin último que persiguen las técnicas de fecundación asistida, es brindar una alternativa terapéutica a aquellas parejas que se ven afectadas por algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible. Siendo, además, -como lo sostuvimos con

anterioridad-, presupuesto necesario para su acceso, el vínculo matrimonial, y por excepción el del concubinato.

Indudablemente, el derecho a procrear no es coartado, para la mujer soltera en forma alguna, en virtud de que el acceso a las referidas técnicas obedece a factores de naturaleza intrínsecamente terapéutica, y no así a meros caprichos personales, ya que si bien es cierto el derecho al libre esparcimiento de la progenie, es un derecho fundamental, resulta evidente que nuestro marco jurídico protege la institución del matrimonio, como la forma reconocida por excelencia en nuestra sociedad, y aún, excepcionalmente al concubinato. Al mismo tiempo, nuestro derecho positivo mexicano, desde el año 1974, elevó a rango constitucional la planificación familiar, consagrándola en su artículo 4º, garantizando que todos los mexicanos tuvieran el derecho de decidir de una forma libre, responsable y bien informada acerca del número y espaciamiento de sus hijos, dando con ello origen a la Ley General de Población (1974) y a la Ley General de Salud (1978). Ante ello, el Estado debe garantizar a la totalidad de sus gobernados el pleno goce de sus garantías constitucionales, al margen de lo que establezca nuestra propia Carta Magna. Y en este sentido, la garantía de acceso a las técnicas de fertilización asistida se deberá otorgar a aquellas personas que se encuentren legitimadas plenamente para ello, dando con ello, puntual cumplimiento al fundamento axiológico que la norma exige para su implementación, que surge del derecho a una salud reproductiva.

La investigación científica y tecnológica que se está generando y desarrollando en todo el mundo, en el campo de la biotecnología, biogenética y biomedicina, constituye algo muy importante para el desarrollo de cualquier país. Ante ello, México, deberá impulsar la investigación que en estos campos se genere, asegurando que cualquier investigación o experimentación no atente contra la dignidad y condiciones mismas de nuestra sociedad y de la sociedad universal.

Asimismo no debemos olvidar que nuestro país a diferencia de otros que permiten aún la utilización de las referidas técnicas en mujeres solteras, esto, en virtud del grave problema que presentan los índices de población de aquellos países, con una edad mayor que superan por muchísimo a otros países como lo es el nuestro. Por tanto, en realidad lo que persiguen los gobiernos de esos países es implantar políticas promotoras del embarazo en las parejas jóvenes. En tanto que, nuestro país presenta un crecimiento demográfico en su población, que hace necesario afianzar una cultura planificadora, que al mismo tiempo busca, brindar a las familias mexicanas una calidad y nivel de vida mejores, tanto en el ámbito psicoemocional de sus integrantes, como en el económico, y en este sentido, se eleva la calidad y desarrollo social de nuestra población, asegurando el crecimiento cultural, institucional, social y económico de México.

Al igual que muchísimos otros ordenamientos mundiales en esta materia, México se pronuncia en contra de cualquier práctica que tenga como finalidad, clonar a una persona humana, por contrariar a los principios de identidad, unicidad y diversidad del "Código Genético Universal", que consagra la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos. Salvaguardando el interés general de los mexicanos.

Siguiendo esta tesis, nuestro país se pronuncia en contra de cualquier práctica que tenga como objetivo la subrogación de la maternidad. Habida cuenta que representa un problema de graves repercusiones éticas, jurídicas y sociales, al mismo tiempo que da apertura a la comercialización del cuerpo humano en nuestro país, en el entendido que, nuestro país es uno de los situados en vías de desarrollo, dando lugar a una amplia pobreza que provoca verdaderos paraísos económico-científicos que provocarían un gran atentado contra nuestra sociedad.

Por otro lado, la ley autoriza la inseminación *post mortem*, una vez que el cónyuge o concubinario fallecido, haya manifestado literalmente en su testamento, o bien, mediante escritura pública tal situación; con tal de que se compruebe que el testador y su cónyuge hubieran comenzado el tratamiento, tres meses antes de que haya acaecido el fallecimiento.

La ley, no hace una distinción entre preembrión y embrión, en atención a lo que dispone nuestro código civil para el Distrito Federal en su artículo 22, en relación con el 337; salvaguardando, de esta forma el origen mismo de la persona física en nuestro derecho. Al mismo tiempo que, la propia ley establece una serie de presupuestos legales que garantizan la utilización, obtención, preservación y suministro de embriones y células germinales, prohibiendo cualquier investigación que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto la obtención de beneficios económicos que verdaderamente denigran a cualquier sociedad.

4.2.1. Conceptos Fundamentales.

Artículo. La presente Ley se fundamenta en el párrafo tercero del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República mexicana y tiene por objeto regular la obtención, preservación, utilización y suministro de células germinales destinadas a la reproducción de seres humanos, a través de las técnicas de fertilización asistida, garantizando su utilización a las parejas heterosexuales, únicamente con fines terapéuticos, respetando los presupuestos que otorga la propia Constitución para tal efecto.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán expedir las normas legales y tomarán las medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a esta ley.

Artículo. Corresponde a la Secretaría emitir las normas técnicas a que se sujetarán las instituciones, centros, laboratorios y demás centros que tengan como finalidad, prestar servicios especializados en materia de fertilización asistida, así como de la selección, obtención, preservación, utilización y suministro de células germinales; las cuáles serán de observancia general en todo el territorio nacional.

Artículo. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

- I. SECRETARÍA, a la Secretaría de Salud;
- II. CONAGEHU, Comisión Nacional para el Genoma Humano;
- III. CONABI, Comisión Nacional de Bioética;
- IV. FERTILIZACIÓN ASISTIDA, aquél procedimiento médico de carácter terapéutico al que pueda recurrirse en los casos de esterilidad o infertilidad irreversible y cuando existan probabilidades de transmitir alguna enfermedad hereditaria incurable al producto;
- V. CÉLULAS GERMINALES HUMANAS O GAMETOS, el espermatozoides masculino y el óvulo femenino;
- VI. ESTERILIDAD, se entiende por ésta, la incapacidad para concebir de manera natural su prole;
- VII. INFERTILIDAD, se entiende por ésta, la incapacidad de concebir, si bien ésta puede ser una situación no definitiva para esparcir su prole de manera natural;

- VIII. **DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL**, se entiende por este, el examen que tiene por objeto encontrar enfermedades genéticamente hereditarias;
- IX. **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**, consistente en la introducción del semen del hombre, en la vagina o en el útero de la mujer, con el propósito de fecundar el óvulo y producir el embarazo;
- X. **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA**, la que se lleva a cabo inseminando a la mujer con el semen de su cónyuge, en parejas unidas por vínculo matrimonial, o bien, del concubinario, en el caso de las parejas unidas en concubinato;
- XI. **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA**, la que se lleva a cabo con gametos provenientes de un(a) donador(a) tercer(o) extraño a la pareja;
- XII. **FECUNDACIÓN IN VITRO**, se da cuando la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoides masculino se produce en el laboratorio, de un modo extracorpóreo, hasta la creación de un embrión, que posteriormente será trasplantado al útero femenino para su gestación;
- XIII. **FECUNDACIÓN IN VITRO HOMÓLOGA**, la fertilización de la mujer con semen de su pareja;
- XIV. **FECUNDACIÓN IN VITRO HETERÓLOGA**, es aquella que se lleva a cabo con gametos provenientes de un donador(a) tercero(a) extraño a la pareja que la requiere;

- XV TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS, consiste en poner óvulos en contacto con los espermatozoides en el interior de la trompa de falopio, para lograr la concepción del óvulo;
- XVI TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS HOMÓLOGA, es aquella que se lleva a cabo con semen de su pareja;
- XVII TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS HETERÓLOGA, es aquella que se lleva a cabo con gametos provenientes de un donador(a) tercero (a) extraño a la pareja;
- XVIII CONCEPCIÓN, el momento en el cuál el óvulo es fecundado por el espermatozoide;
- XIX EMBRIÓN, el producto de la concepción hasta la decimotercera semana de gestación;
- XX FETO, el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana hasta el alumbramiento.

4.2.2. Disposiciones Preliminares.

Artículo. Las técnicas de fertilización asistida, tienen como objetivo fundamental, la intervención médica ante cualquier tipo de esterilidad o infertilidad irreversible humana, cuando sea el único recurso terapéutico clínica y científicamente apropiado

Artículo. Las técnicas podrán también ser utilizadas en aquellos casos que tengan como objetivo la prevención y tratamiento de enfermedades de origen

genético o hereditario, siempre y cuando los médicos tengan suficientes garantías de diagnóstico terapéutico para su tratamiento.

Artículo. Para efecto de perfeccionar la validez en cualquier tratamiento relacionado con la fertilización asistida humana, se deberá obtener el consentimiento informado de ambos cónyuges o concubinos.

Artículo. Para efectos de esta ley se entenderá por consentimiento informado el acuerdo de voluntades por escrito, mediante el cual tanto la mujer que se somete a algún tratamiento de fertilización asistida humana, como su cónyuge o concubinario, autoriza la implementación de alguna de las técnicas de reproducción asistida permitidas por esta ley, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con plena capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

Artículo. Para que el consentimiento informado se considere existente, y surta plenamente todos sus efectos, la mujer sujeta al tratamiento y su cónyuge deberá recibir una explicación clara, precisa y completa, de tal forma que puedan comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- I. La justificación y los objetivos del tratamiento;
- II. Describir cuales son las características de los procedimientos que vayan a usarse y su propósito;
- III. Descripción de los posibles riesgos y molestias;
- IV. Descripción de los beneficios que pueden obtenerse;

- V. Descripción de los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para la paciente;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos y beneficios y otros asuntos relacionados con el tratamiento de la paciente;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento del tratamiento, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. Asegurar la identidad del sujeto, manteniendo la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX. El compromiso de la institución o centro especializado de proporcionar información actualizada obtenida durante el estudio aunque está pudiera afectar la voluntad del paciente para continuar con el tratamiento;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho el paciente, por parte de la institución o centro especializado en salud reproductiva, en el caso de daños que lo ameriten, directamente causados por el tratamiento.

Artículo. El consentimiento informado deberá formularse por escrito, y para su validez deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. Será elaborado por el médico especialista encargado del tratamiento, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a las normas técnicas que emita la Secretaría;

- II. Será revisado y, en su caso, aprobado, primeramente por la Comisión de Ética de la institución o centro de atención a la salud reproductiva, y una vez que haya sido aprobado por ésta, se remitirá a la CONABI para que emita su resolución en el término de veinticinco días naturales, contados a partir de que se entregue la solicitud a la propia Comisión;
- III. Deberá contener los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que tengan con la pareja que petitiona el tratamiento;
- IV. Deberá contener las firmas de los dos testigos y la de la mujer y su cónyuge o concubinario;
- V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder de la pareja que solicita el tratamiento.

4.2.3. Alcances Legales.

Artículo. El vínculo filial existente entre los nacidos mediante alguna técnica de fertilización asistida humana y los padres de éstos, se regulará por lo que dispone el código civil vigente en sus artículos 326, 329.

Artículo. En ningún momento, podrán ninguno de los cónyuges o concubinos, impugnar la relación paterno-filial preexistente, como consecuencia de la utilización de alguna de las técnicas de reproducción asistida permitidas por la ley.

Artículo. En ningún momento podrá determinarse la existencia de la filiación, ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna, entre aquellos hijos nacidos por la implementación de alguna técnica de fertilización asistida humana, y los

donadores de las células germinales o embriones humanos para cualquier tratamiento reproductivo de naturaleza heteróloga.

Cuando exista peligro para la vida del hijo concebido mediante alguna técnica de reproducción asistida, el Ministerio Público intervendrá en interés último del menor, y sólo mediante orden judicial, se podrá pedir la acción de reconocimiento de paternidad, en favor del donador.

Artículo. De igual forma, no podrá determinarse legalmente la filiación, ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre aquellos hijos nacidos por la implementación de alguna técnica de fertilización asistida, y el cónyuge fallecido, cuando su espermatozoos no se halle en el útero de su cónyuge, al momento de producirse la muerte del varón.

En todo caso, el cónyuge, podrá reconocer en su testamento, que sus células germinales, puedan ser utilizadas, para fertilizar a su cónyuge, sin perjuicio de lo que establece el artículo 1314 del código civil, produciendo todos los efectos jurídicos que derivan por la existencia de la relación filial.

El término para hacer valer lo dispuesto en el párrafo anterior, será de seis meses contados a partir de que tuvo lugar el fallecimiento del cónyuge.

Para que lo establecido en el párrafo segundo de este artículo, tenga plena validez, la cónyuge o concubina viuda, deberá probar fehacientemente que el tratamiento comenzó, tres meses anteriores al fallecimiento del cónyuge o concubinario, y que además, el espermatozoos de éste se halla criopreservado para tal efecto.

Todo lo dispuesto en este artículo, será aplicable de igual forma, a aquellas parejas unidas por el vínculo en concubinato.

4.2.4. Requisitos Indispensables para su Implementación.

Artículo La utilización de alguna de las técnicas de fertilización asistida, aprobadas por la presente ley, deberán de cubrir, además de los elementos precisados en los artículos ____, los siguientes:

- I Cuando haya posibilidades reales y razonables que garanticen el éxito del tratamiento y no supongan un riesgo grave para la salud psicofísica de la mujer o constituya un grave riesgo para la posible descendencia;
- II En aquellas mujeres mayores de dieciocho años, observando para ello, un buen estado de salud psicofísica.

En el caso de las dos fracciones enumeradas en este artículo, deberán manifestar su consentimiento informado de manera libre, responsable e informado ambos miembros de la pareja, quedando sujeto a que éste se otorgue por escrito, de acuerdo a lo que establecen los artículos ____ de la ley.

La mujer sometida a cualquiera de las técnicas permitidas por esta ley, podrá pedir revocar en cualquier momento el tratamiento, debiendo el médico atender a su petición.

En el caso de la fracción II de este artículo, cuando por la utilización de alguna de las técnicas de fertilización asistida permitidas por esta ley se ponga en riesgo la salud o la vida de la mujer sometida al tratamiento por razón de su edad o por alguna otra causa distinta, el médico tendrá la obligación de suspender el tratamiento de inmediato.

4.2.5. Técnicas permisibles en nuestra legislación.

Artículo. La presente ley regula las técnicas de fertilización asistida humanas siguientes:

- I. La inseminación artificial homóloga y heteróloga (IA);
- II. La fecundación in vitro con transferencia de embriones homóloga y heteróloga (FIVTE);
- III. La transferencia intratubárica de gametos homóloga y heteróloga (TIG).

Para que se lleve a cabo cualquier tratamiento de fertilización asistida humana, a través de las técnicas que permite esta ley, el médico deberá de cerciorarse clínica y científicamente que es el único recurso posible para tratar la esterilidad que aqueja a la pareja que lo solicita.

Excepcionalmente, se permitirá implementar alguna técnica que adicional a las expresamente admitidas por esta ley, cuando el médico de la pareja que lo solicita así lo considerase, una vez que sea autorizada por la Secretaría para ello.

Para tal efecto, la Secretaría y la CONABI deberán requerir Informe detallado de las circunstancias por las cuales se realizará el tratamiento reproductivo, a la institución o centro médico, encargado de realizar el tratamiento, cumpliendo con los demás requisitos que previamente le haya señalado la propia Secretaría para tal efecto.

Artículo. Cuando se practique, alguna de las técnicas permitidas por esta ley, cuya naturaleza sea heteróloga, el médico tendrá la obligación de seleccionar al donador(a), de células germinales o embriones que se adecue a las características patológicas de la paciente.

4.2.6. Técnicas prohibidas por nuestra legislación.

Artículo Todas aquellas técnicas de fertilización asistida humana, fuera de las expresamente descritas por el artículo____, quedan estrictamente prohibidas en cualquier institución o centro médico autorizado por la Secretaría para prestar cualquier tratamiento médico de reproducción asistida humana, salvo los casos en que la propia ley lo autorice.

Artículo Se podrá utilizar otra técnica de reproducción asistida humana, además de las permitidas por esta ley, en los casos siguientes:

- I Cuando el médico especialista, justifique clínica y científicamente, que ninguna de las técnicas permitidas por esta ley, responde a las características físicas y psicológicas de la mujer;
- II Cuando el médico especialista haya utilizado cualquiera o varias de las técnicas permitidas por esta ley, sin lograr la fecundación.

En el caso de la fracción II de este artículo, el médico especialista, deberá de probar, clínica y científicamente que ninguno de los tratamientos utilizados con anterioridad, produjo la fecundación de la mujer.

Artículo Será nulo aquél contrato por el que se convenga que otra mujer diferente a la de la pareja, geste, de manera altruista u onerosa, a una criatura, renunciando a la filiación materna a favor de los contratantes o de un tercero.

En aquellos casos en los que se realizará la práctica descrita en el párrafo anterior, la maternidad será determinada por el parto.

Artículo. En cualquier tratamiento de fertilización asistida, deberán ser transferidos, únicamente el número de embriones considerado médicamente, como el más adecuado para asegurar razonablemente la concepción.

El Reglamento que al efecto expida el Presidente de la República precisará el número adecuado de embriones a utilizar.

Artículo. La Comisión Interna de Bioética de cada centro o institución que preste servicios relacionados con la utilización de las técnicas de reproducción asistida y el uso de células germinales para su activación, deberá cerciorarse que se lleve a cabo la historia clínica de cada uno de los pacientes, que deberán ser integrados con las reservas exigibles y con estricto apego al secreto profesional de la identidad de los pacientes; asegurando, al mismo tiempo, la identidad de los hijos así concebidos.

La responsabilidad a que alude al párrafo anterior, queda sin efecto, cuando sea requerida esa información por autoridad judicial, en el ejercicio de sus funciones.

4.2.7. Supuestos en los que se implementará alguna Técnica de Fecundación Asistida.

Artículo. Cualquier tratamiento que tenga por objeto la fertilización de una mujer, a través de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida permitidas por esta ley; siempre y cuando se encuentre unida en matrimonio y excepcionalmente en concubinato, solamente será autorizado, en los casos siguientes:

- I. Cuando tenga por objeto la actuación biomédica, ante la esterilidad o infertilidad irreversible, facilitando la procreación, siempre que clínica y

científicamente no existan otras medidas terapéuticas destinadas a combatirla;

- II. Cuando en virtud del inminente riesgo de transmitir alguna enfermedad de origen genético o hereditario a la criatura, una vez que existieran suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas para tal efecto.

Artículo. Se podrá utilizar el DPG (diagnóstico genético preimplantacional), en los casos siguientes:

- I. Cuando alguno de los miembros de la pareja se encuentre afectado por alguna enfermedad venérea;
- II. Cuando, a través de su historial médico, se presuma la posible transmisión de alguna malformación congénita, alteración cromosómica o mutación génica hereditaria;
- III. Cuando se obtengan múltiples fallos repetitivos en cualquiera de los tratamientos reproductivos, descritos en esta ley, que hagan necesario, la utilización del DGP, para precisar con exactitud cuáles son los factores genéticos que hacen imposible que se lleve a cabo la concepción;
- IV. Cuando la mujer presente un cariotipo anormal

Artículo. El DGP, tendrá como única finalidad, realizar el estudio genético de los embriones, antes de ser transferidos al útero de la mujer, para efecto de precisar con exactitud, la viabilidad del embrión, diagnosticando las posibles enfermedades genéticas que podrían afectar el desarrollo embrional, fetal, del producto y a la vida misma de la mujer embarazada.

Artículo. El Presidente de la República expedirá, el reglamento respectivo, atento a lo previsto por el artículo 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cuál se especificarán las enfermedades genéticamente hereditarias, para efecto de lo precisado en este capítulo.

Artículo. Se podrá hacer uso de alguna técnica de fertilización asistida, para seleccionar o modificar las características genéticas o estéticas, así como el sexo del embrión o feto, sólo en aquellos casos en los que se encuentre en riesgo su vida.

4.2.8. Instituciones de Investigación y Organismos Médicos Especializados para su aplicación.

Artículo. La Secretaría, a través de la CONABI, en coordinación con la CONAGEHU, otorgará a las instituciones, centros y laboratorios médicos, encargados de prestar tratamientos de reproducción asistida humana, el permiso respectivo, para brindar este servicio.

Artículo. Aquellas instituciones, centros o laboratorios médicos encargados de prestar tratamientos de reproducción humana asistida, deberán de satisfacer los siguientes requisitos para que se les sea otorgado el permiso respectivo:

- I. Contar con el equipo e instalaciones necesarios e indispensables para prestar cualquier tratamiento;
- II. El personal encargado de prestar los servicios en la institución, centro o laboratorio, deberá de contar con una experiencia mínima de tres años en tratamientos de esta naturaleza;

- III. Los médicos especialistas deberán de acreditar mediante documento fehaciente, su especialidad en reproducción asistida humana;
- IV. Las instituciones, centros o laboratorios, deberán de determinar las medidas necesarias para la creación de una Comisión de Bioética Interna;
- V. Se deberá de precisar, si además, la institución, centro o laboratorio contarán con bancos de crioconservación de células germinales y embriones, observando todas lo que dispone la Ley para ello.
- VI. Deberá de precisar, con exactitud los objetivos y fines, bajo los cuales operará la institución, centro o laboratorio;
- VII. Las demás que determine la Secretaría.

Artículo. Una vez que se haya entregado la solicitud de permiso, ante la Secretaría, está deberá resolver en el término de cuarenta y cinco días naturales, en caso de que no lo hiciera en ese término, se entenderá por fictamente concedido para todos los efectos legales a que diere lugar.

Artículo. El permiso así otorgado tendrá una vigencia de cinco años, mismo que podrá duplicarse.

Cuando la institución, centro o laboratorio a la que se le hubiera otorgado el permiso respectivo, realice o intente realizar cualquier tratamiento, investigación, experimentación, o cualquier otra práctica de manipulación genética diferente a las expresamente permitidas por está ley, se le retirará el permiso concedido; contra está resolución no podrá interponerse ningún tipo de recurso.

4.2.9. De la obtención, selección, preservación, utilización y suministro de embriones y células germinales.

Artículo La donación de células germinales o embriones realizada por terceros ajenos a la pareja receptora, deberán realizarse a título gratuito y por escrito a cualquiera de las instituciones o centros autorizados por la Secretaría para tal efecto

Si el donador(a) de células germinales o embriones está casado, deberá obtener el consentimiento expreso de su cónyuge para ello.

Artículo La donación de células germinales o embriones deberá celebrarse por escrito, y para tal efecto deberá contener los siguientes requisitos:

- I El donador deberá ser informado previamente de los fines y consecuencias de tal acto;
- II La donación siempre será realizada a título gratuito;
- III La institución, centro o laboratorio receptor, deberá garantizar la identidad del donador(a) o donadores;
- IV. El donador o donadores, expresarán para que fines podrán ser utilizadas sus células germinales, o bien, sus embriones;

En el caso de la fracción IV de este artículo, las parejas donadoras de embriones, podrán manifestar su consentimiento para que se realicen investigaciones únicamente cuando se persigan fines terapéuticos.

Artículo. Cualquier persona que desee donar embriones o células germinales, deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. Tener dieciocho años cumplidos al momento de llevar a cabo la donación;
- II. Tener plena capacidad de obrar;
- III. Deberá cerciorarse la institución, centro o laboratorio que el donante no padezca alguna enfermedad genéticamente hereditaria o de infecciones transmisibles.

Artículo. Sólo podrá revelarse la identidad de los donadores, mediante orden judicial, que motive y fundamente su resolución.

Artículo. Sólo podrá revocarse la donación, cuando le sobrevenga algún tipo de esterilidad o infertilidad irreversible al donante, siempre que los embriones o las células germinales, aún estuvieren disponibles.

4.2.10. Comisión Nacional de Bioética y Comisión Nacional para el Genoma Humano, Órganos de impulso, participación, elaboración, recomendación, atención, difusión y opinión de las Prácticas derivadas de la Implementación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Artículo. La CONABI, estará facultada para proponer una guía ética a las Comisiones Internas de Bioética de cada Institución autorizada para prestar cualquier tratamiento relacionado con la reproducción asistida, brindando el apoyo necesario para el óptimo desempeño de las propias Comisiones Internas de Bioética.

Artículo. La CONABI, fomentará los valores que deben regir en los tratamientos de aplicación de las técnicas de fertilización asistida, a través de los medios que la propia CONABI, considere necesarios para tal efecto.

Artículo. La CONAGEHU, tendrá la misión de presentar a consideración del Presidente de la República, las políticas que sean necesarias para desarrollar el crecimiento de la biotecnología reproductiva.

Artículo. La propia CONAGEHU, propondrá las medidas necesarias para impulsar y actualizar el marco jurídico aplicable a la materia, al Congreso de la Unión, para su discusión.

Artículo. La CONAGEHU brindará atención a las parejas que requieran información sobre reproducción asistida, auxiliándolas en todo momento.

Artículo. La CONAGEHU en coordinación con la CONABI, impulsarán la investigación y experimentación que se realice en las Instituciones que presten servicios en materia reproductiva, a través del uso correcto que de ellas se haga, una vez que la Secretaría la hubiera autorizado expresamente para tal efecto.

4.2.11. Sanciones en caso de incumplimiento de las Disposiciones Legales.

Artículo. Además de las sanciones y delitos previstos en el Título Décimo Octavo, de la Ley General de Salud; El incumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley, por parte de todas aquellas personas, instituciones, laboratorios y centros autorizados para realizar cualquier tratamiento de reproducción asistida humana, darán motivo a las siguientes sanciones:

- I. La falta u omisión del consentimiento informado exigido por esta ley, por parte de los centros e instituciones encargados de realizar el tratamiento de fertilización asistida, dará lugar a la revocación del permiso otorgado por la Secretaría para tal efecto;
- II. La falta u omisión del consentimiento informado exigido por esta ley, por parte de cualquier médico especializado en tratamientos de reproducción asistida, dará lugar a la inhabilitación temporal o definitiva, en atención a la gravedad de su falta;

Artículo. La presente ley contempla como delitos, los siguientes:

- I. A cualquier persona que fertilice óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, se le impondrá una pena que va de dos a siete años de prisión;
- II. A cualquier persona que obtenga un lucro o comercialice con embriones o células germinales humanas, se le impondrá una pena que va de cuatro a ocho años de prisión;
- III. A cualquier persona que utilice embriones humanos con cualquier fin distinto a los expresamente establecidos en esta ley, se le impondrá una pena que va de dos a ocho años de prisión;
- IV. A aquella persona que realice la mezcla de semen de distintos donantes para realizar su implantación a una mujer, por cualquier técnica o tratamiento, y en sentido inverso, se le impondrá una pena que va de los tres a los siete años de prisión;

- V. A aquella persona que transfiera al útero de una mujer, células germinales o embriones humanos, sin los requisitos de viabilidad exigidos por esta ley, se le impondrá una pena que va de los dos a los seis años de prisión;
- VI. A aquella persona que intente o realice la creación de embriones humanos con información genética idéntica a la de otro embrión, feto, ser humano, o persona muerta, se le impondrá una pena que va de los tres a los ocho años de prisión, será sancionado con la misma pena aquella persona que transfiera a una mujer un embrión creado de esta forma;
- VII. A aquella persona que intente o realice mediante estimulación a un óvulo u óvulos por medios térmicos, físicos o químicos, usando como activador a un espermatozoide sin que llegue a unirse con el óvulo, con el objetivo de dar lugar solamente a descendencia femenina, se le impondrá una pena que va de los dos a los seis años de prisión;
- VIII. A aquella persona que intente o realice la creación de embriones, a partir de la mezcla de células germinales humanas y células germinales de cualquier otra especie animal, con el fin de crear seres que reúnan rasgos o cualidades de ambas especies, o bien, con el objeto de realizar cualquier investigación o experimento, se le impondrá una pena que va de los tres a los siete años de prisión;
- IX. A aquella persona que intente o realice la creación de embriones, con la finalidad de crear un ser humano fuera del útero de la mujer, individualizado en el laboratorio, se le impondrá una pena que va de los dos a los siete años de prisión;

- X. A aquella persona que intente o realice la transferencia de células germinales o embriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, se le impondrá una pena que va de los dos a los siete años de prisión;
- XI. A aquella persona que intente o realice cualquier investigación, experimentación o tratamiento que tenga por objeto intercambiar genes humanos, con otras especies animales, se le impondrá una pena que va de los tres a los ocho años de prisión;
- XII. A aquella persona que intente o realice la partición de un embrión que de lugar a dos embriones (gemelación artificial), se le impondrá una pena que va de los dos a los seis años de prisión;
- XIII. A aquellas personas que realicen cualquier investigación, experimento o tratamiento que no se ajuste a las disposiciones contenidas en la presente ley, se le impondrá una pena que va de los dos a los seis años de prisión.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Resulta evidente establecer dentro de nuestro marco jurídico mexicano, la creación de un ordenamiento legal que regule de una manera óptima la práctica biomédica, por lo que hace a los tratamientos relacionados con la reproducción asistida humana, fundamentando su legitimidad por nuestro derecho.

SEGUNDA. La legislación mexicana deberá jugar un papel importantísimo, tanto para señalar el marco y los requisitos *sine qua non* para la aplicación de las técnicas de fecundación asistida humanas, y por consecuencia, dotará, así, un buen orden normativo a las relaciones de familia, imponiendo límites a la manipulación de gametos y embriones humanos en nuestro país.

TERCERA. Para nosotros, es verdaderamente importante que las investigaciones y experimentaciones que se realizan con células germinales y embriones humanos, así como la utilización de las técnicas de fertilización asistida, se rijan por los principios rectores de la bioética, la protección de los derechos humanos y por los principios generales del derecho.

CUARTA. El inicio de la persona física, comienza con el nacimiento y culmina con la muerte; sin embargo, desde que el individuo es concebido entra bajo la protección de nuestro marco jurídico. Nuestro derecho positivo mexicano no establece ninguna distinción entre preembrión y embrión, y en este sentido, protege los primeros estadios de la vida humana.

QUINTA. Sólo podrá ser objeto de investigación, experimentación o tratamiento biotecnológico alguno, cualquier embrión, en los casos y términos que establezca la ley, cuando se persigan, únicamente fines terapéuticos.

SEXTA. El derecho mexicano, debe evolucionar en virtud de los factores biotecnológicos que se están presentando en todo el mundo, estableciendo los presupuestos normativos idóneos para ser utilizados en beneficio de nuestra sociedad.

SÉPTIMA. Múltiples legislaciones extranjeras, muestran hoy en día, ordenamientos legales que reglamentan la utilización de las técnicas de fertilización asistida, así como de las células germinales y embriones humanos. Y en este sentido, aseguran la integridad física de los intervinientes y protegen la institución de la familia, como la célula madre de sus sociedades. Nuestro país debe incorporar su reglamentación, para efecto de proteger el orden público e interés social que representa la institución de la familia en México.

OCTAVA. La utilización de alguna técnica de reproducción asistida humana, requiere de un gasto enorme de naturaleza multidimensional, es decir, de índole física, emocional o psicológica, social, económica y jurídica. Por tal motivo, los médicos que las implementen deberán atender a todos y cada uno de estos factores para efecto de hacer un análisis clínico que justifique y fundamente la activación de éstas, asegurando en todo momento, que es lo más conveniente para la pareja.

NOVENA. Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deberá evolucionar ante la nueva realidad biotecnológica que se le presenta, incorporando dentro del contenido de su artículo cuarto, el presupuesto legal para acceder a la reproducción asistida humana. Quedando así, justificada su utilización en nuestro país.

DÉCIMA. La libertad reproductiva o procreativa, es un derecho que otorga la Constitución a los ciudadanos mexicanos; y en este sentido, toda persona tiene derecho a ejercerlo de manera libre, responsable e informada, tal y como lo

marca el artículo cuarto de nuestro ordenamiento jurídico fundamental. Sin embargo, la utilización de las técnicas de reproducción asistida encuentran su legitimidad en el elemento terapéutico que es indispensable para que sean activadas, como consecuencia de lo anterior, los sujetos titulares de ese derecho serán aquellas parejas que reúnan las condiciones que el Derecho impone para tal efecto. Y en este sentido, el Estado mexicano, cumple con su misión protectora de la institución de la familia, atendiendo al orden e interés social que representan los núcleos familiares que conforman a nuestra Nación.

DÉCIMA PRIMERA. Como consecuencia de lo anterior, los beneficios que ofrece la biotecnología procreativa, será para aquellas personas que unidas como pareja heterosexual, a través del matrimonio y excepcionalmente por concubinato, tengan algún impedimento para concebir de manera natural su progenie, o bien, cuando exista un riesgo inminente de que el producto pudiera ser afectado por la transmisión de alguna enfermedad genética. Desde luego, siempre y cuando sea éste el último recurso para ello. Y de esta manera se asegura la garantía a una salud reproductiva.

DÉCIMA SEGUNDA. Resulta evidente que, la nueva biotecnología procreativa se ponga al margen de la conclusión anterior, en razón de ser, el matrimonio (por excelencia) y el concubinato (excepcionalmente), como las formas reconocidas por el derecho para establecer la institución de la familia, en el entendido de que, es la unión de una pareja heterosexual, el ambiente más adecuado para el sano desarrollo psicoemocional de los niños. Al mismo tiempo que, el orden público e interés social lo propugna.

DÉCIMA TERCERA. Por otro lado, las razones por las que la biotecnología de la procreación no se ponen al alcance de la mujer soltera en nuestro país, son variadas, entre otras las siguientes:

1ª. El fin y objetivo para el cuál fueron creadas las técnicas de fertilización asistida, esto es, con fines eminentemente terapéuticos; y en tal resonancia, resultaría injustificado que una mujer soltera, potencialmente fértil, tenga acceso a cualquiera de las referidas técnicas;

2ª. El derecho positivo mexicano reconoce al matrimonio como la institución de familia por excelencia para conformar un núcleo familiar, y de manera excepcional al concubinato; protegiendo de esta forma, el sano desarrollo psicoemocional del menor, tal y como lo establece, entre otros textos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, precisando en su artículo 5º, inciso b) en cuanto al desarrollo de los hijos, lo siguiente: "...en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos...". Y en este sentido, la propia Convención reconoce la corresponsabilidad que deben adoptar el hombre y la mujer en la educación y desarrollo de sus hijos;

3a.ª diferencia de otros países, México presenta un alto nivel demográfico en su población, aunado a la carente cultura de planificación familiar que existe. Por tal motivo, el gobierno de nuestro país a desarrollado desde hace varios años diversos programas que persiguen como objetivo único, el crear conciencia en las familias, disminuyendo el crecimiento desproporcional de nuestra ciudadanía. Y en este sentido, se eleva la calidad de vida de los integrantes que la conforman; al mismo tiempo que, se eleva el nivel de vida de todos los mexicanos;

4ª. La garantía que otorga legitimidad a las técnicas de reproducción asistida es el derecho a una salud reproductiva, y en este sentido, únicamente deberán tener acceso a ellas aquellas parejas titulares del derecho público subjetivo. Al mismo tiempo, debemos sostener que, dicha garantía se traduce a la existencia

de una pareja heterosexual estable, que funde y establezca una familia, en donde impere un absoluto respeto recíproco entre sus integrantes; y,

5ª. El nuevo derecho que se propugna, sólo se hace extensivo para aquellas personas que clínica y científicamente lo necesitan, una vez que el médico especialista que los atiende lo considerase prudente; negar lo anterior, sería negar la existencia y justificación de la utilización misma de estas técnicas, permitiendo su acceso al capricho de cualquiera.

Desde luego que, las mujeres, seguramente, tienen buenas razones para hacer su juego en esta partida, pues la carta que cada una de ellas juega se mantiene estrechamente vinculada con la relación que mantiene con su propia femineidad. En realidad, hoy en día, en cierto modo, estas técnicas de fertilización asistida se banalizaron, siendo objeto de debates públicos muy controvertidos en múltiples disciplinas, como bien lo son: la filosófica, la ética, la moral, la médica, la social, la económica y la jurídica. Y en este sentido, todos y cada uno de los sectores implicados, debemos coadyuvar por establecer los presupuestos legales para acceder a la biotecnología procreativa, dejando la difícil tarea a la ciencia jurídica, en su misión proteccionista de la institución de la familia y el interés y orden públicos que representa su utilización.

DÉCIMA CUARTA. Cualquier Estado-Nación con un régimen democrático pleno, debe reconocer un conjunto de prerrogativas básicas, consagradas en un ordenamiento jurídico fundamental en donde se consignent los intereses máximos de plenitud de esa Nación, configurando siempre sus acciones a la protección del bien común e interés social, buscando siempre preservar los valores que la identifican, a través de la salvaguarda de los intereses de todos sus integrantes.

DÉCIMA QUINTA. Nuestro país a diferencia de otros, mantiene políticas de planificación poblacional, con el objetivo de mantener el índice de crecimiento demográfico de su población, a través de planes y programas que tienden a promocionar entre otros los métodos anticonceptivos temporales, y más, aún, los totales, como son: la vasectomía y la salpingoclasia. Y en este sentido, indudablemente, el ordenamiento legal que regule las técnicas de fertilización asistida, deberá atender a este mismo objetivo, atendiendo al interés social, que persigue mantener los índices de crecimiento poblacional en México. De ahí que cada Estado atienda a las necesidades propias de su sociedad; y así, mientras en España, Inglaterra y Francia se impulse y promocione el embarazo, en México, es necesario disminuir la tasa de natalidad.

DÉCIMA SEXTA. Hay algo que siempre debemos tener presente, para crear una legislación eficiente en este rubro del quehacer biotecnológico: "No todo lo que es técnicamente posible es jurídicamente aceptable, ni lo que es jurídicamente aceptable es médicamente posible y no todo lo que es médicamente posible es ética y moralmente aceptable".

DÉCIMA SÉPTIMA. Por tal motivo, los legisladores mexicanos deberán de legislar al respecto, teniendo en cuenta las dificultades que las nuevas técnicas de fecundación asistida infieren; sin embargo, se deberá tener muy presente lo siguiente: 1º no se debe coartar la investigación científica con fines de diagnóstico y terapéuticos, por simples dogmatismos o prejuicios personales, pues se estaría negando la realidad existente que atraviesa la biotecnología médica; y, 2º tampoco deberá incurrir el legislador, en ofensa o contra la naturaleza y condición humanas, pues, si bien es cierto que, las técnicas de fertilización asistida, surgen como un recurso terapéutico con fines procreativos, debemos recordar que de tales prácticas, derivan otras más que indudablemente se contraponen a la naturaleza y condición humanas; por tal motivo, el legislador deberá anteponer los principios generales del derecho y de

la bioética, estableciendo las bases normativas necesarias para preservar el desarrollo científico y la protección del individuo

BIBLIOGRAFÍA.

AYALA, Salazar, José Melchor y Martha Gabriela González Torres. "El Matrimonio y sus Costumbres". Trillas. México 2001.

BAQUEIRO, Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. "Derecho de Familia y Sucesiones". Harla. México 2002.

BENÍTEZ, Ortuzar, Ignacio Francisco. "Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana". Edersa. España 2000

BERNARD, Jean. "Bioética". Traducción de Cari Baena. Debate. España 1994.

CANO, Valle, Fernando (Coordinador). "Clonación Humana". UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas). México 2003.

CASADO, María. "Bioética, Derecho y Sociedad". Trotta. España 1998.

CONVERSACIONES DE MADRID. "Biotecnología y Futuro del Hombre: la respuesta bioética". Eudema y Capital Europea de Cultura. España 1992.

CHATEL, Marie-Magdeleine. "El Malestar en la Procreación". Traducción de Horacio Pons. Ediciones Nueva Visión. Argentina 1996.

CHÁVEZ, Asencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho: Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares". Cuarta Edición. Porrúa. México 1997.

DE LA CUESTA, Aguado, Paz M. "La Reproducción Asistida Humana sin Consentimiento. Aspectos Penales". Tirant lo blanch. España 1999.

DOMÍNGUEZ, Martínez, Jorge Alfredo. "Derecho Civil: parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez". Sexta Edición. Porrúa. México 1998.

FABREGA, Ruiz, Cristóbal Francisco. "Biología y Filiación". Comares. España 1999

FERNÁNDEZ, Sessarego, Carlos y Otros. "Derecho Civil de Nuestro Tiempo: inicio de la vida, adecuación del sexo, reproducción asistida y libertad de información". Gaceta Jurídica Editores. Perú 1995.

GAFO, Javier. "Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: Biomedicina, Ética y Derecho". Publicaciones de la Universidad Pontificia. España 1986.

GALINDO, Garfías, Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso: parte general, personas y familia". Vigésima Primera Edición. Porrúa. México 2002.

GARZA, Garza, Raúl. "Bioética: la toma de decisiones en situaciones difíciles". Trillas México 2000.

GONGORA, Pimentel, Genaro David y Miguel Acosta Romero. Interpretación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Cuarta Edición. Porrúa México 1992.

GONZÁLEZ, Fernández, José Antonio y Otros. "El Cambio de Paradigma: de la planificación familiar a la salud reproductiva". Secretaría de Salud. México 2000.

HERNÁNDEZ, Arriaga, Jorge Luis. "Ética en la Investigación Biomédica". Manual Moderno. México 1999.

HURTADO, Oliver, Xavier. "El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte?" Porrúa. México 1999.

LOYARTE, Dolores y Otra. "Procreación Humana Artificial: Desafío Bioético". Ediciones de Palma. Argentina. 1995.

MARTÍNEZ, Morán, Narciso y Otros. "Utopía y Realidad de los derechos Humanos en el Cincuenta Aniversario de su Declaración Universal". Universidad Nacional de Educación a Distancia. España 1999.

MARTÍNEZ, Roaro, Marcela. "Derechos y Delitos sexuales y Reproductivos." Porrúa. México 2000.

MARTÍNEZ, Vidal, Jaime y Otros. "Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida". Comares. España 1998.

MUÑOZ DE ALBA, Medrano, Marcia (Coordinadora). "Reflexiones en torno al Derecho Genómico". UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas). México 2002.

PACHECO, E. Alberto. "La Persona en el Derecho Civil Mexicano". Segunda Reimpresión. Panorama. México 1998.

PERIS, Riera, Jaime Miguel. "La Regulación Penal de la Manipulación Genética en España". Civitas. España 1995.

ROMEO, Casabona, Carlos María. "Código de Leyes sobre Genética". Universidad de Deusto, Fundación BBV y Diputación Foral de Bizkaia Bilbao. España 1997.

SGRECCIA, Elio. "Manual de Bioética". Diana México 1996.

SOTO, Lamadrid, Miguel Angel. "Biogenética, Filiación y Delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho". Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Argentina 1990.

VÁZQUEZ, Benítez, Efraín y Otros. "Medicina Reproductiva en México". JGH Editores. México 1999.

VEGA, Gutiérrez, Javier y Otros. "Experimentación Humana en Europa: Legislación y Aspectos Bioéticos". Universidad de Valladolid. España 1997.

VIDAL, Martínez, Jaime y Otros. "Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida". Comares. España 1998.

VIDELA, Mirta. "Los Derechos Humanos en la Bioética: nacer, vivir, enfermar y morir". Ad Hoc. Argentina 1999.

VILA-CORO, Barrachina, María Dolores. "Introducción a la Biojurídica". Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. España 1995.

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Sista. México 2003.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. ISEF. México 2003.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Sista México 2003

LEY GENERAL DE SALUD Y SU REGLAMENTO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD. Themis. México 2003.

LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. ISEF. 2003.

LEY GENERAL DE POBLACIÓN. ISEF. 2003.

LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ISEF. 2003.

HEMEROGRAFÍA.

SENADO DE LA REPÚBLICA (LVIII Legislatura). "Salud Reproductiva". Crónica Legislativa. Año 1. Número 5. México 2001.

DÍAZ, Muller, Luis. "Biotecnología y Derecho: Del Modelo Industrializador al Modelo Tripolar de la Modernidad". Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. serie: E Varios. Número 64. UNAM (IIJ). México 1994.

MOCTEZUMA, Barragán, Gonzalo. "La Reproducción Asistida en México. Un Enfoque Multidisciplinario". Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. Serie: E Varios. Número 64. UNAM (IIJ). México 1994.

PÉREZ, Mendoza, Katia. "El Derecho ante el Avance Científico. ¿Necesidad de normas jurídicas?". Bien Común y Gobierno Año 6 Número 68. México Julio de 2000.

VARGAS, Paradas, Laura. "Terapia Génica (el sueño y la realidad)". ¿Cómo Ves? (Revista de Divulgación de la Ciencia de la Universidad Nacional Autónoma de México). Año 5. Número 52. México 2003.

OTRAS FUENTES DE CONSULTA.

<http://www.reproduccion.com.mx>.

<http://www.crea.ws>.

<http://www.reproduccion.com.mx/steril.html>

http://www.clc.cl/programas_UMR.

<http://www.netsalud.sa.cr/ms/decretos/dec5.htm>.

http://www.msc.es/salud/epidemiologia/ies/repro_asistida/aso.