



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

“REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SALUD,
RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LA
INSEMINACIÓN ARTIFICIAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

MAYRA DEYANIRA SILVA QUIROZ

ASESOR:
LIC. M. EN D. JANETTE YOLANDA MENDOZA
GÁNDARA

MÉXICO

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer con todo mi cariño y corazón a mis abuelitos, quienes me dieron unos padres maravillosos, sin olvidar a mis hermanas y a toda mi familia en general, que siempre han estado conmigo a mi lado apoyándome y brindándome todo su amor, cariño y confianza, no se que haría sin todos Ustedes.

Gracias a mi *alma mater* mi Universidad Nacional Autónoma de México, por ti me forme como persona, como amiga, como Universitaria, mi más grande sueño, "formar parte de la mejor escuela del mundo".

Gracias a mis maestros de aula y de vida, quienes me enseñaron que cada día se aprende más, que siempre hay que mirar hacia delante y nunca detenerse a mirar atrás, que la vida es tan difícil como tu la quieras ver y que no hay nada mejor que la honradez, la dignidad, la educación y el saber.

En mi vida han existido muchos conocidos pero amigos muy pocos a ellos gracias por haber estado cuando más los necesite, por soportar mis alegrías, dolores y fracasos y por motivarme a seguir adelante cuando creía que ya no podía más.

Por último gracias papi, gracias mami, por darme la bendición más grande del mundo ser su hija y formar parte de éste, sin Ustedes no estaría aquí cumpliendo mi más grande sueño "Ser Licenciada en Derecho".

Esta tesis no existiría sin la ayuda y colaboración profesional de la Maestra en Derecho Janette Yolanda Mendoza Gándara, quien me brindo su tiempo y conocimientos para obtener mi título, gracias Licenciada.

REFORMAS DE LA LEY GENERAL DE SALUD, RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPITULO 1

ASPECTOS GENERALES EN MEDICINA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

1.- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	7
1.1.- CONCEPTO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	20
Modalidades	22
1.2.- TIPOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	25
Inseminación Homóloga o del Marido	28
Inseminación Heteróloga o Supraconyugal	30
Inseminación Mixta	32
Inseminación Post Mortem	33
Fertilización In Vitro Y La Transferencia De Embriones	34
1.3.- PARTES QUE INTERVIENEN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	54
La Mujer	56
Donante	57
El Profesional y Centros Sanitarios	58
1.4.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	60

Elementos Esenciales del Acto Jurídico o Negocio Jurídico	62
Elementos de Validez del Negocio Jurídico	65

CAPITULO 2

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN OTROS PAÍSES

2.- DERECHO COMPARADO	70
Legislación Comparada	78
2.1.- ESPAÑA	94
2.2.- INGLATERRA	100
2.3.- ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA	104
2.4.- ARGENTINA	109

CAPITULO 3

MARCO JURÍDICO

3.- CONDICIONES DE LEGALIDAD DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	117
Concepto Derecho Administrativo	120
Relación del Derecho Administrativo con otras Ramas del Derecho y otras Ciencias Sociales	124
Facultades Constitucionales del Consejo Superior de Salubridad	128
Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud	130
3.1.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE MÉXICO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	137

Constitución Política de México - - - - -	138
La Administración Pública - - - - -	141
La Administración Pública en Sentido Objetivo - - - - -	144
La Administración Pública en Sentido Subjetivo - - - - -	145
La Administración Centralizada y Descentralizada - - - - -	148
3.2.- LEY GENERAL DE SALUD - - - - -	170
3.3.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD - - - - -	173
3.4.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS - - -	178

CAPITULO 4

LA NECESIDAD DE REGULAR A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL DENTRO DE LA LEY GENERAL DE SALUD

4.-LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY GENERAL DE SALUD RESPECTO A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL - - - - -	196
4.1.- CONCEPTO LEGAL DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA REGULACIÓN DE LOS DIFERENTES TIPOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL - - - - -	201
4.2.- REGULACIÓN DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL - - - - -	207
La Mujer - - - - -	208
El Donador - - - - -	209

Profesional Capacitado y Centros de Salud - - - - -	211
4.3.- SUPUESTOS JURÍDICOS EN QUE SE REALIZARÁ	
LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL - - - - -	213
CONCLUSIONES - - - - -	215
BIBLIOGRAFÍA - - - - -	219

INTRODUCCIÓN

La presente investigación fue realizada en un sentido propositivo, a fin de poder entender un poco mas los alcances no solo sociales, si no también legales en cuanto a la aplicación de las diversas Técnicas de Reproducción Asistida en México, específicamente de la Inseminación Artificial, la cual con el paso de los años ha tenido una gran importancia en la conducta humana, ya que gracias a ella las parejas pueden acceder a la posibilidad de ser padres, de una forma en la que a través de un procedimiento extra corpóreo y artificial se logra la fecundación de un óvulo.

Dentro de la elaboración de esta tesis y en la búsqueda por descubrir la importancia que puede llegar a tener el avance científico en nuestras leyes, he llegado a entender que el hombre con el paso del tiempo, ha intentado en su incesante búsqueda por la preservación de la especie y en su afán de permanecer vigente a través de los siglos y tal vez de las eras, crear métodos y técnicas que le permitan subsanar todas y cada una de las posibles deficiencias del hombre, como es el caso de la Infertilidad, la cual limita su deseo de ser trascendental.

Es por eso que en la creación de mi Tesis para recibir el Titulo de Licenciado en Derecho, he intentado hacer un análisis exhaustivo por medio de cuatro capítulos orientado ha entender un poco mas desde el punto de vista de la medicina el significado de INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, los tipos de inseminación existentes y las partes que intervienen en ella, con

el fin de que a través de esta investigación, este método artificial de inseminación sea regulado por la Ley General de Salud en materia.

Al introducirnos en la lectura del primer capítulo el lector podrá apreciar desde el punto de vista de la medicina y partiendo de una particularidad, que es la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, y sus diferentes modalidades y aplicaciones, entendiéndolo así que esta pertenece a las diferentes Técnicas de Reproducción Asistida, de igual forma en este primer capítulo, limito la investigación a definir los aspectos generales de la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Una vez definida y limitada la investigación conceptual, en el segundo capítulo, trato de dar un panorama general desde el punto de vista legal de la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, en diversos países, deteniéndome a realizar un estudio más detallado de las normas jurídicas de los estados-nación como España, Inglaterra, Estados Unidos de Norte América y Argentina, a fin de entender el motivo y la finalidad de la creación de las leyes que regulan la aplicación de la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, en estas naciones, descubriendo que estas varían en demasía, puesto que cada una de ellas limita a esta Técnica de Inseminación Artificial, según el criterio social, que prevalezca en el país del que se hable.

Realizado el estudio jurídico comparativo de las diferentes normas jurídicas que regulan a la Inseminación Artificial en los diversos países, es procedente realizar en el capítulo tercero el estudio de las condiciones de legalidad de la Inseminación Artificial en nuestro país, a fin de establecer la procedencia de una posible reforma a la Ley General de Salud, e incluir en la misma una regulación de la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, puesto que es necesario se realice la presente inclusión a las normas

jurídicas de esta Técnica de Reproducción Asistida, para protección del gobernado.

Por último y una vez que ha sido estudiado el contorno jurídico que rodea a la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, en el cuarto capítulo me corresponde hacer un planteamiento desde un enfoque jurídico, de la posible regulación de la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, en nuestro país a través de la ley en materia la LEY GENERAL DE SALUD, la cual en un capítulo especial permitirá, que el gobernado tenga una garantía de que sus derechos constitucionales serán respetados, con la creación de una norma jurídica que contemple conceptos básicos para su protección.

CAPITULO 1

ASPECTOS GENERALES EN MEDICINA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Los patrones de reproducción de los seres humanos son variables de acuerdo con los cambios culturales, biológicos y sociales. Estos patrones de reproducción tienen profundos efectos sobre las condiciones de salud poblacional y reciben, a su vez, el impacto de las nuevas tendencias en la formación de la familia y en la actitud hacia la reproducción.

La reproducción asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad. Es así como los pueblos babilónicos y árabes hallaron en los vegetales el método de reproducción sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles¹. En la Antigua Grecia y en el Imperio Romano se realizó esta técnica con animales.

Posteriormente en el siglo VI los árabes utilizaban rudimentariamente, pero casi de manera constante, la inseminación artificial en animales.

Aunque no es sino hasta el siglo XII (Edad Media) cuando un médico árabe practicaba en sus pacientes con problemas de fertilidad el baño en una tina que contenía agua con espermatozoides.

¹RAMOS R. De Veciana. *La eutelegenesia ante el derecho canónico*, ed. Bosch, Barcelona, 1957.

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

Es por estos avances científicos que en 1776 se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides, llegando así a 1780 cuando se logra inseminar a una hembra de la especie canina.

En el año de 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial y en 1890 se logra la primera fecundación in vitro del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia del embrión.

El primer informe de la utilización de la fertilización in vitro es debido a Pincus, trabajando con conejos en 1930, se logra así la activación artificial del óvulo de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre.

En 1937 un editorial anónimo de una prestigiosa revista *The New England Journal Medicine*, sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente material genético humano², llegando así a 1944, cuando se logra fecundar un óvulo humano en probeta, pero que desgraciadamente muere rápidamente.

No es sino hasta el año de 1949 cuando se descubre que la glicerina puede ser usada para congelar el esperma, permitiendo que en

² "Conception in a Watch Glass", en: *The New England Journal Medicine*, Numero 217, Inglaterra, 3 de mayo de 1937, p.678.

1950 se produzca un verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, lográndose congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito. Por fin en el año de 1951 se transfiere exitosamente el embrión de una vaca a otra y 1952 nace el primer becerro producto de semen congelado, en ese mismo año se clonan células de renacuajo.

El diario USA Today refiere en un artículo intitulado «From tadpoles, a theory is born», que esta intervención fue realizada por los doctores Robert Briggs y Thomas King del Instituto de Investigación de Cáncer de Fialdelfia por la que se creó docenas de renacuajos genéticamente iguales. «La idea –detallada el artículo– fue originariamente propuesta a finales de los treinta por el premio Nobel Hans Apermann. Pero aún entonces los científicos se hallaban ya ocupados trabajando con el antecedente de la clonación, conocida como partogénesis (la habilidad para inducir la reproducción asexual en criaturas sexualmente comunes).» Concluye el reportaje que las células clonadas fueron extraídas del estómago del renacuajo. (La Traducción ha sido realizada por María del Pilar Espejo Barthelmes).³

Todos estos avances con animales permiten que en 1953 se use semen congelado en una inseminación humana, logrando el primer embrión fecundado *in vitro*, el cual sobrevive hasta el estado de mórula, sin embargo se informa que en ese mismo año se obtiene el primer nacimiento de un niño por inseminación con semen congelado por Bunge y Sherman.

³ "From tadpoles, a theory is born", The Diary USA Today, sección D, Miami, 2 de noviembre de 1993, p. 7.

En 1955 se llevó a cabo el Primer Congreso Mundial sobre Esterilidad y Fertilidad. Por su parte la ciencia consigue en 1959 que viva el primer conejo fruto de la fertilización *in vitro*.

En el año 1964, Gen las recomendaciones del IX Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en La Haya, se planteaba que las leyes nacionales reconocieran el aborto legal y la posibilidad de la inseminación artificial con consentimiento de los esposos.

En 1970 embriones de ratones son clonados y un año mas tarde se consigue mantener vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la Iglesia.

Es así como la inseminación artificial consigue que en 1972 sobrevivan crías de ratones de embriones congelados y posteriormente en 1973 nace el primer becerro de embrión congelado, culminando este avance científico en 1975 cuando se logra la multiplicación por clones en conejos.

Sin embargo el acontecimiento mas esperado y exitoso fue el nacimiento en Inglaterra en 1978 del primer "bebé probeta" constituyendo un momento culminante para la ciencia, a partir de ese momento, miles de parejas se han beneficiado con el empleo de esta y otras técnicas de reproducción asistida, no solo por resolver sus necesidades como familia, sino también por los logros en otras aéreas como lo es la ganadería, que logro en 1979 embriones de oveja clonados y 1980 el embrión de una res clonada.

Los logros de la ciencia en experimentación con humanos permiten el nacimiento de la segunda bebé probeta, en 1981 de nombre *Amandine*, en Australia y, a finales de año se logra obtener ratones transgénicos (que llevaban en el ovocito fecundado un gen introducido artificialmente) como transnucleados (derivados de ovocito con núcleo sustituido).

Pero es en 1983 cuando nace el primer bebé producto del espermatozoides del esposo y del óvulo de donante, de ahí en adelante los logros científicos en humanos surgen de una manera continua es así como en 1984 se realiza la primera transferencia de un embrión al útero de otra mujer que no era la madre genética en Los Ángeles (EEUU) por Boston, a su vez nace el primer bebé de un embrión congelado, Zoe (en griego, "regalo de vida"), en Australia y en 1985 nacen los primeros cuádruples producto de las técnicas de reproducción.

Todo va bien para la ciencia la cual no enfrenta grandes problemas legales, sin embargo surge el primero en 1985 cuando la madre subrogada se niega a entregar al hijo que gestó convirtiéndose en "El caso jurisprudencial más célebre, es el conocido con el nombre de 'Baby M', en los Estados Unidos. Los hechos fueron los siguientes: en febrero de 1985, la señora Mary Beth Whitehead firmó un contrato de maternidad subrogada, aceptando ser inseminada artificialmente con el espermatozoides de William Stern y entregar el niño a su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. Al mismo tiempo, aceptaba ser sometida a una amniocentesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había 'encargado', bajo pena de perder el precio convenido. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz a una niña (Melisa, de donde deriva el nombre del

caso) y la entregó, no sin reticencias, a los Stern, quienes decidieron confiársela 'a título provisorio y para su salud moral'. Ella conservó a Melisa durante cuatro meses, sin intención de entregarla a los Stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial. En marzo de 1987 un juez declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Diez meses después, la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey la restableció en sus derechos y declaró nula la adopción hecha por la señora Stern. La niña fue declarada legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern. Fundándose en el interés superior de la menor, la Corte decidió que ella residiría normalmente con el matrimonio Stern, pero que la madre subrogada --que era la madre genética,-- tenía un derecho de visita⁴.

En 1993 clonan embriones humanos y en 1995 se desarrolla la ingeniería de tejido e implante de órganos artificiales, en este mismo año se desarrolla el método ICSI de fecundación asistida, provocando todo lo sucedido que un año después se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados.

Posteriormente en 1997 se clona (auto reproduce) a una oveja, *Dolly*, una vez más que los científicos enfoquen sus fuerzas y su conocimiento en una nueva técnica de reproducción la actualmente llamada clonación.

Todo esto ha traído como consecuencia que en los países en los cuales comenzaron a aplicarse tales técnicas surgieran numerosos problemas ético-legales, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, o incluso la creación de nuevas leyes, que regulen

⁴(Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1998, *Atlantic Reporter*, 2. Serie, N.J. 1998, p. 1227)". Cfr. CHABAS, François: "Jurisprudence relative aux meres de substitution", en: *La Revue du Praticien*, No. 37, del 10 de octubre de 1998, p. 95. Cfr. ANDORNO, Roberto: *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Tecnos, 1998, pp.142 y 143, nota 34.

diversos aspectos de la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia e incluso, el derecho a la vida.

1.- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial es un procedimiento utilizado en los programas de Reproducción Asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con cuando menos una trompa uterina permeable que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

Los objetivos principales de la inseminación artificial son:

- asegurar la existencia de óvulos disponibles
- acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino
- mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides realizando una serie de procedimiento de laboratorio al eyaculado, llamados en conjunto capacitación espermática.

La capacitación espermática emplea una serie de técnicas de lavado con soluciones especiales o con gradientes de diferentes densidades que eliminan del eyaculado restos celulares, bacterias, leucocitos, espermatozoides muertos y lentos, secreciones seminales; al mismo tiempo se selecciona y concentra la población de espermatozoides más fértiles en un volumen aproximado de 0.5 mL que se introduce al útero aumentando con ello las posibilidades de fecundación. Las técnicas más

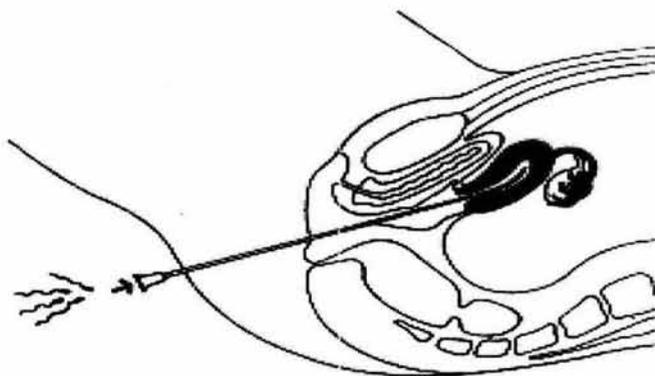
empleadas son las de lavado y centrifugación, "swim-up" y filtración en gradientes de Percoll.

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

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

La inseminación artificial puede ser HOMOLÓGA o HETEROLÓGA

- la inseminación artificial homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja
- la inseminación artificial heteróloga es cuando se utiliza semen de un donador (semen congelado de banco), y se indica cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria.
- No se recomienda usar semen fresco de donador por el riesgo de contraer el SIDA.



Dependiendo del sitio donde se deposite el semen la inseminación artificial puede ser INTRAVAGINAL, INTRACERVICAL, INTRAUTERINA, INTRAPERITONEAL o INTRATUBARIA.

Con la inseminación intrauterina se obtiene la mejor tasa de embarazo, entre el 20-25% de probabilidades de embarazo por intento. Se recomiendan 5 ciclos consecutivos de inseminación artificial para agotar las probabilidades de éxito.

Una vez lograda la fecundación, el desarrollo del embarazo es normal; el riesgo de presentar un aborto, parto prematuro o un bebé con una malformación congénita es el mismo que en un embarazo obtenido por coito vaginal.

Para incrementar el porcentaje de éxito se recomienda aumentar la cantidad de óvulos en el tracto genital femenino estimulando los ovarios con medicamentos que inducen ovulación múltiple

(estimulación ovárica). El seguimiento folicular indicará el momento de la ovulación y el día óptimo para la inseminación.

En la inseminación homóloga, la muestra de semen se obtiene por masturbación el mismo día en que se va a realizar la inseminación. Se recomienda a la pareja una abstinencia sexual en los 3 días previos con el objeto de maximizar la calidad de la muestra seminal en número y calidad de los espermatozoides.

La técnica de capacitación espermática se selecciona según la calidad de la muestra de semen. Tiene una duración hasta de 2 horas y debe iniciarse a los 30 minutos después de obtenida la muestra.

Cuando la muestra está lista para la inseminación se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espejo vaginal estéril para localizar el cervix (igual que en una exploración vaginal de rutina) y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si el caso lo amerita, se puede depositar también semen capacitado en el interior del cervix (inseminación intracervical).

El catéter se retira lentamente y se deja a la paciente en reposo 20 minutos, concluyendo así el procedimiento. Se indica reposo relativo al día siguiente y coito vaginal. Se recomienda administrar algún medicamento progestágeno para ayudar a la implantación del pre-embrión.

La inseminación artificial presenta un índice muy bajo de complicaciones, y éstas pueden ser:

- dolor cólico
- sangrado escaso que cede espontáneamente horas después de la inseminación
- náuseas y vómitos
- infección pélvica cuando hay antecedentes de hidrosalpinx o cuando hay infección cérvico-vaginal activa

La Inseminación artificial, es el proceso por el cual los gametos masculinos, o espermatozoides, son recogidos e introducidos de forma artificial en el tracto genital femenino para conseguir la fecundación y existen otros métodos artificiales de fecundación.

Sin embargo como todos sabemos la inseminación artificial se desarrolló inicialmente en el ganado vacuno y caballar, en donde los espermatozoides se recogen de un semental seleccionado, se congelan y después se descongelan para ser introducidos en el tracto genital femenino, permitiendo así que posteriormente dichas técnicas se aplicaran al hombre.

Hoy en día también se utiliza el espermato humano congelado para la inseminación —en general de un donante anónimo masculino— en el caso de parejas que deseen tener un hijo, cuando el varón es estéril. Empleando espermatozoides congelados se consigue la fecundación en el 60% de los casos, mientras que con semen fresco la tasa de éxito alcanza el 90% de los casos. Ninguno de los dos métodos produce un

aumento de anomalías congénitas, pero el semen congelado se deteriora con el tiempo.

Otro método de inseminación artificial consiste en mezclar el esperma y el óvulo en un medio nutritivo fuera del organismo femenino. A continuación el huevo fecundado se implanta en el útero. Esta es la técnica conocida como fecundación in vitro y se utiliza cuando existe alguna alteración en las trompas de Falopio femeninas que impide que el espermatozoide alcance el óvulo. El primer bebé nacido mediante este método fue el bebé probeta inglés Mary Louise Brown en 1979. La técnica se perfeccionó cuando en 1984 en Australia se implantó el primer embrión que había sido congelado dos meses antes de su implantación. Ese mismo año, también se realizó la transferencia de un óvulo fecundado en el útero de una mujer al de otra mujer receptora. Hoy se pueden recoger óvulos del ovario de una mujer y situarlos en sus propias trompas de Falopio junto al esperma de su pareja, para conseguir la fecundación. Estas técnicas, cada vez más empleadas, son motivo de frecuentes controversias en el terreno ético y legal.⁵ Sin embargo en México es evidente que aunque en su momento esta sea controversial si es realizada, claro esto con sus respectivas reservas dada la falta de control jurídico, por parte del derecho mexicano.

Algunas de las circunstancias que permiten se realice la inseminación artificial son la infertilidad, pero que es la infertilidad.

⁵"Inseminación artificial," *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000*. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

La Infertilidad, por lo general se define como la incapacidad para concebir, gestar, o dar a luz a un niño. La causa más frecuente de infertilidad es la incapacidad para concebir. Los médicos pueden determinar la razón de que una pareja no consiga concebir o dar a luz a un hijo en cerca del 90% de los casos, y corregir la infertilidad en cerca del 50 por ciento. De cada 100 casos, 40 se deben a problemas en la mujer, entre 30 y 50 en el hombre, y el resto son producto de alteraciones en cada uno de los miembros de la pareja que al interactuar producen infertilidad.

Como podemos observar la infertilidad, es la causa principal que obliga a las parejas o solteros a recurrir a esta Técnica de Reproducción Asistida, dada la falta de posibilidades físicas y biológicas, de procrear y así tener descendencia.

Durante las relaciones sexuales, los espermatozoides se liberan en la zona más profunda de la vagina, cerca del cuello uterino (cérvix) y penetran en el útero atravesando el moco cervical y ascendiendo hacia las trompas de Falopio, donde tiene lugar la fecundación. Si ésta se produce, y coexisten otras condiciones favorables, el óvulo fecundado se implantará en la mucosa uterina, y se iniciará el embarazo. Sin embargo, una disfunción u obstrucción en cualquier punto de este proceso impide que el embarazo tenga lugar.

Las causas de la infertilidad son muchas: anomalías hormonales o estructurales, enfermedades, consumo de alcohol en exceso y fármacos anticonceptivos, la imposibilidad o deficiencia en la ovulación

de la mujer, obstrucción en las trompas, moco del cuello del útero de la mujer que imposibilita el paso de espermatozoides y baja producción en número y en motilidad, o sea en movilidad de los espermatozoides, además esta la azoospermia entre otras. Con frecuencia, los trastornos que contribuyen a la esterilidad son temporales o reversibles, como en el caso de malnutrición, obesidad, fiebre elevada asociada con enfermedad, o fatiga crónica.

En la mujer la causa más frecuente de infertilidad es la ausencia de ovulación. La segunda causa es la obstrucción de las trompas de Falopio.

Otros médicos relacionan el aparente aumento de infertilidad con la tendencia cada vez mayor de retrasar la maternidad, con frecuencia hasta que la mujer alcanza los treinta años, ya que la fertilidad, tanto en los hombres como en las mujeres, desciende con la edad. El pico máximo de fertilidad en la mujer se alcanza a los 18 o 19 años y sufre pocas variaciones hasta la mitad de los 20. Entonces la fertilidad experimenta un descenso lento hasta los 35, más marcado hasta los 49, y una caída muy rápida conforme la mujer se acerca a la menopausia. La fertilidad del hombre no declina con tanta rapidez, ni tiene un límite final claro, pero es más probable que un hombre de 50 años sea menos fértil que cuando tenía 25 o 30 años.

A principios de la década de 1980, la gran cantidad de casos publicados respecto a nacimientos de niños concebidos en un laboratorio dio nuevas esperanzas a muchas mujeres con lesiones en las trompas de

Falopio. Este método de fecundación in vitro (FIV) se extiende con rapidez, a pesar de su elevado costo y de los posibles problemas legales que suscita en algunas áreas, dada su complejidad y el modo o los medios que esta requiere para ser mas efectiva.

También se han efectuado implantaciones a una mujer de óvulos de otra mujer, después de fecundarlos mediante FIV o técnicas habituales de inseminación artificial.⁶

El hombre como especie animal a la que pertenece, es subfétil. Es decir en la escala animal, escala zoológica a la que pertenece, es la última. Sí nosotros hacemos una comparación, tenemos que decir que estadísticamente, por cada relación sexual que efectúa cualquiera de otras especies tiene, en esa relación, las siguientes posibilidades de lograr un embarazo: el cerdo está entre el 98% y el 100% de lograrla por cada relación sexual, sigue así la vaca con un 80%, el conejo con un 75% y el hombre, finalmente es el último escalón de la escala con un 25% de posibilidades de lograr un embarazo por cada relación sexual potencialmente hablando. O sea que el hombre es una especie subfétil.

Las técnicas de reproducción asistida (TERAS) son aquellos métodos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia y así preservar la especie, este tipo de

⁶"Infertilidad," *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2000*. © 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

técnicas de reproducción actualmente han permitido con los avances científicos cubrir las necesidades del hombre, para que así cumpla con su principal función, la preservación de la especie.

Ahora bien como sabemos, las técnicas de reproducción asistida se clasifican en: inseminación artificial (IA) y fecundación extracorpórea (FEC), mejor conocida como la fertilización In vitro.

Dentro de los caminos, respuestas y métodos que hoy en día nos brinda la medicina mas moderna, se debe tener primero un diagnóstico correcto y después brindar el tratamiento recomendado, poniendo así a la pareja en las condiciones de las cuales la naturaleza la desvió, logrando de forma natural este en su cause para obtener un embarazo, en caso de que no se logre dicho objetivo, la pareja puede recurrir a los diferentes tipos de fertilización asistida.

Las técnicas y procedimientos para llevar a cabo una inseminación no son una novedad de los tiempos modernos. Los primeros ensayos se iniciaron con vegetales, después con animales y ya desde el siglo XV, se tienen noticias de intentos de inseminaciones artificiales humanas, pero el primer resultado positivo se registró en Inglaterra por el médico J. Hunter (1728-1793).

Las prácticas se continuaron, pero es a principios del siglo XX cuando las técnicas se multiplican en los estados más avanzados y de religión protestante, en vista de la resistencia de la Iglesia católica para permitir las prácticas inseminatorias. En 1940 se establece en Estados Unidos, por primera vez, un banco de semen y, durante la Segunda Guerra Mundial, fue práctica común la realización de inseminaciones en forma

masiva, transportándose el espermatozoide de los soldados americanos en aviones con el objeto de fecundar a sus esposas. Actualmente, las técnicas han avanzado considerablemente y son numerosos los países que permiten la práctica de la inseminación artificial.

La inseminación es un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación. La inseminación artificial procede cuando la inseminación natural no es posible por anomalía física del marido o de la mujer, por imposibilidad para la ascensión natural de los espermatozoides o porque el semen que penetra no es fértil. Lledó Yagüe manifiesta que la inseminación artificial debe ser considerada como una solución terapéutica "pero nunca como un medio alternativo de procreación latu-sensu para parejas infértiles y menos sin constituir pareja, como sujetos individualizados que pretendieran beneficiarse de las ventajas del procedimiento"¹ la inseminación artificial en ningún caso debe ser utilizada como sustituta de la relación sexual natural. Su justificación depende de una opinión médica que indique la imposibilidad de la pareja para procrear por los medios naturales. En la medida que la inseminación artificial se justifique, será aceptada por la sociedad.

Desde luego, cuando hagamos referencia a la aceptación de la inseminación artificial debemos distinguir, como lo plantea Calcerrada, entre una aceptación científica, una religiosa y la legal de entre cada uno de los distintos tipos de inseminación que existen.

La comunidad científica acepta, puesto que ella misma las ha creado, las prácticas inseminatorias. La inseminación artificial atiende a un problema médico, el de las parejas infecundas que, habiendo agotado

otras medidas terapéuticas, deciden someterse a las técnicas que la ciencia ofrece para lograr la fertilización.

La Iglesia católica acepta la práctica de la inseminación homóloga, pero considera a la heteróloga como una abominación y un desorden moral condenable. Pío XII se pronunció en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos de 29 de septiembre de 1949, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera de matrimonio, pura y simplemente como inmoral. La procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio. La fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse.

La instrucción vaticana ha manifestado: "Obtener gametos de una tercera persona para disponer de esperma o de óvulos constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y de una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad."

En cambio, para otras religiones, como la protestante, la inseminación artificial no produce ningún cuestionamiento

Para comentar la aceptación legal será necesaria la referencia a diversos momentos históricos y a diferentes estados y, desde luego, a los distintos tipos de inseminación, puesto que esta puede ser una inseminación hecha corpórea o extra corpóreamente.

Referente al momento histórico, creo que actualmente nos encontramos en plena necesidad, sino toda la humanidad si la mayoría, en recurrir a estas técnicas de reproducción, dado a las diferentes enfermedades motivos de los avances científicos y por que no decirlo a las diversas consecuencias derivadas de los excesos y forma de vida que

llevamos actualmente, no solo en América latina sino también en Europa y el resto del mundo, puesto que si todo lo referente a la reproducción estuviera en orden el hombre no buscaría un medio en su afán de preservar la especie, de seguir existiendo y así asegurar su paso por la tierra.

Actualmente el ritmo de vida que llevamos lo seres humanos no solo en México si no en el resto del mundo es biológicamente, mas corto, si bien la mujer con los avances ideológicos y culturales a abarcado niveles ejecutivos superiores a los que tenia tan solo hace 80 años, su libertad sexual procedente de la liberación sexual de los años sesenta, y la píldora anticonceptiva, han provocado que la mujer atrase su reloj biológico, haciendo que la mujer decida embarazarse hasta después de los treinta años haciendo complicada la concepción de un producto, mas aun si enfermedades como la endometriosis y el papiloma humano, llegan atacar el aparato reproductor femenino.

En el caso del hombre es totalmente diferente ya que este se guía en primer lugar por la situación económica, y de igual forma la vida agitada y liberal que lo rodea, le permite tratar de atrasar esa necesidad de ser padre y preservar la especie y por que no, también el apellido, siendo su deseo primordial, disfrutar la vida y lo que lo rodea sin responsabilidades.

Todo esto provoca que en un futuro cuando la pareja decida tener un hijo, esta se vea atada por las diferentes problemáticas que se presentan biológica y genéticamente hablando, es así como la inseminación artificial y las demás Técnicas de Reproducción Asistida le permiten a esa pareja o a uno de ellos tener una descendencia para un futuro, como se ha venido dando en los últimos veinte años, resolviendo

esas problemáticas que aquejan a la pareja que es infértil, ya sea por nacimiento o por los diversos factores que la rodean.

Si bien es cierto la ciencia a tenido diversos avances en la materia de la Inseminación Artificial, también lo es que científicamente esta Técnica de Reproducción Asistida va mas adelantada, que en cuanto a derecho se trata, dado a que las diversas creencias e ideologías de los diversos países han provocado que no sea posible su pronta legislación en países como México.

1.1.- CONCEPTO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Han sido múltiples los autores que han definido a la inseminación artificial, los elementos comunes de estas definiciones nos permiten describirla como el conjunto de técnicas creadas por el hombre, independientemente de la forma natural, destinadas a poner en contacto los elementos ontogénicos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el óvulo, con el pretendido resultado de una fecundación.

La inseminación artificial, aunque no es posible saber con seguridad cuándo se inició, es el método más antiguo para combatir la infertilidad. Se hizo uso de ella, en la antigüedad, pero no fue hasta este siglo en la época señalada, en que se ha utilizado con generalidad en personas y su práctica se volvió mas usual en muchos países a partir de 1960 ⁷.

Las técnicas de reproducción asistida (TERAS) son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos

⁷ SANTOS RUIZ, Ángel. Instrumentación Genética, Ediciones Palabra, Madrid 1887 p. 43

decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente paliar los efectos de la esterilidad.

De ésta manera se dice que las TERAS son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios pues buscan superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o han resultado ineficaces, de manera tal que, como acto médico, robustecen el derecho a la salud. No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona.

Así se entiende que las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), son métodos supletorios a fin de corregir la infertilidad, que tienen como única finalidad la procreación de un nuevo ser dentro de un seno familiar, sin embargó esta procreación, no siempre es efectiva y requiere de tiempo, dinero y un gran esfuerzo médico que permite el nacimiento de un nuevo ser, el cual social y jurídicamente, no tiene los mismos derechos que el de un producto nacido de una concepción normal. En México esta diferencia es eminente pues de la sola lectura de las leyes que la contemplan de una forma dispersa, se desprende la necesidad de que esa dispersión se sustituya por una ley en donde se le de un nombre a esta técnica que sea capaz de hacer exigible su finalidad, y sus diferentes acepciones, claro sin olvidar que la sola creación de un concepto legal de la Inseminación Artificial (IA), permitirá muchos avances no solo científicos sino también jurídicos, tanto en el rama administrativa, como en la civil, penal, familiar, laboral etc.

Por "procreación artificial " o " fecundación artificial " se entienden diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la

concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión del varón con la mujer.

Es importante entender que estas diversas técnicas de reproducción asistida, si bien permiten a el hombre y a la mujer concebir, dichas practicas jurídicamente y en México se podría decir que son clandestinas dada la falta de regulación del ordenamiento jurídico mexicano sobre el tema.

Hay que tomar en cuenta, que si bien en diversas áreas del derecho existen algunas menciones de las posibles y diversas Técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo no hay un concepto del mismo o de sus múltiples modalidades, dejando en claro la necesidad de integrar estas Técnicas de Reproducción Asistida y sus diversas modalidades.

Modalidades.

Al tratarse la inseminación artificial de ser un medio óptimo para concebir, por medio de la unión de los gametos masculinos (espermatozoide) y femenino (óvulo) mediante procedimientos técnicos diversos, ya que esta unión puede darse dentro del cuerpo de la mujer (inseminación artificial o fecundación intracorpórea) o fuera (fecundación extracorpórea), permitiendo la existencia de diversas modalidades.

De acuerdo con Luis Martínez Calcerrada, podemos definir la inseminación como " el medio para poner en contacto los dos elementos ontogénicos"⁸, o, en otras palabras, el medio de conexión del espermatozoide con el óvulo. En la inseminación, la artificialidad radica, pues, en la manipulación de la conducción natural del semen hacia su

⁸ MARTINEZ CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988). Central de Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1989, p 33

destino en el aparato femenino. Dicho autor le atribuye a la inseminación artificial un primer grado de artificialidad, ya que una vez introducido el semen de manera artificial, la posterior fecundación del óvulo y gestación del embrión resultante se realiza de manera natural⁹.

Es importante que nos percatemos que el autor Luis Martínez Calcerrada, da como primordial característica a la Inseminación Artificial (IA), la manipulación de la conducción natural del semen hacia su destino el óvulo, puesto que esto es lo que permite que este procedimiento de origen natural y que no es posible se realice, con la intervención del hombre sea viable, para satisfacción de muchas personas que buscan tener un descendiente. Sin embargo no va mas allá de una simple característica que define a la inseminación misma, pero que no es del todo aceptable desde un punto de vista jurídico toda vez que deja, de contemplar mas elementos necesarios para poder definir totalmente a la Inseminación Artificial (IA).

Por su parte Santos Ruiz explica, en otras palabras, "que esta técnica consiste en recoger semen con una jeringa y depositarlo en el útero de la mujer "¹⁰, pero, acaso el autor no olvida en su definición contemplar las diferentes formas en las que artificialmente el hombre puede hacer llevar el esperma al útero de la mujer, o como el dice en dicha definición, solo la jeringa permite este método supletorio, al cabo de la presente investigación nos percataremos que no es así, y que Santos Ruiz, se basa únicamente en el medio que permite se realice la inseminación misma, y no en sus características para definir dicha técnica de reproducción permitiendo al lector entender que Santos Ruiz, solo explica el método de la Inseminación Artificial, más no lo define.

⁹ Ibidem, pag 33.

¹⁰ SANTOS RUIZ, Ángel. Instrumentación Genética, Ediciones Palabra, Madrid, 1887 p 44

Es por eso que podemos entender como fecundación el resultado del contacto o unión del esperma y el óvulo, dicha fecundación puede darse de forma natural o inducida por el hombre, es por eso que al ser inducida por el hombre recibe el nombre de fecundación inducida.

La Inseminación Artificial, que en palabras de Durand Carrión, "Es el procedimiento por el cual se introduce esperma humano en el interior de los órganos genitales femeninos, prescindiendo de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo y obtener la fecundación de éste" , es el concepto mas completo y que abarca mas características y elementos de la inseminación misma permitiendo un concepto mas completo y exacto.

Los científicos han tenido éxito utilizando tanto la Inseminación Homóloga, cuando el semen que se introduce en el útero de la esposa pertenece al marido; como la Inseminación Heteróloga, cuando el semen no es del esposo, sino de un tercero, que actúa en calidad de donante.

La comunidad médica señala a la inseminación artificial como la introducción de semen dentro de la vagina o del útero a través de medios o de instrumentos mecánicos, en lugar de hacerlo mediante el contacto sexual. Este procedimiento se planifica para que coincida con el momento esperado de la ovulación, de modo que pueda producirse la fertilización, esta se puede realizar de forma corpórea (IA) o extracorpórea (FEC). Algunos tipos de inseminación artificial son la inseminación artificial de donante y la inseminación artificial del marido, entre otras.

En razón a todo lo analizado anteriormente podemos decir que **La Inseminación Artificial es la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación,**

esta técnica de la inseminación artificial (IA), consiste en la introducción del espermatozoides en el moco cervical en el momento en que la mujer ovula.

El procedimiento de la inseminación artificial es el que se da por medio del semen obtenido por masturbación, manual o mecánica, o mediante un preservativo adaptado, se coloca con los óvulos obtenidos mediante laparoscopia (aspiración), en una plaqueta especial que permanece en una incubadora durante cuarenta y ocho horas hasta lograr la fertilización.

Producida esta se transfieren algunos embriones a la madre, pudiendo congelarse los restantes.

-GIFT (transferencia de los gametos en las trompas de Falopio): colocar en cada una de las trompas dos óvulos y espermatozoides para que fecunden a aquellos en las propias trompas. El semen puede ser del marido o no, y los óvulos pueden implantarse en el vientre de la mujer cuyo óvulo se fecunda o en el de otra mujer.

1.2.- TIPOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Como sabemos, las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) se clasifican en: inseminación artificial (IA) y fecundación extracorpórea (FEC).

La inseminación artificial (IA), tiene como fin esencial la procreación pues el semen se inocula, de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer, y no da la posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos).

Por su parte la Fecundación extracorpórea (FEC) busca la unión del espermatozoide y óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica

Los avances biotecnológicos permiten que éstas técnicas pueden realizarse estando en vida la pareja o el cedente o después de producida la muerte pues la crioconservación de gametos y de embrión permiten la transferencia en cualquier momento.

La fecundación extra corpórea FEC presenta variaciones como:

- La transferencia de embriones (TE), es el método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina;
- La transferencia intratubárica de gametos (TIG), que consiste en colocar los gametos masculinos y el femenino en la trompa de Falopio, es decir, en su lugar natural a fin que sea allí donde se realice la concepción;
- La transferencia intratubárica de embriones (TIE), que es una combinación de la TE y la TIG, en la que se practica la fecundación *in vitro*, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no al útero, permitiendo un crecimiento y una anidación más natural.
- La inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSE), es una técnica que busca la fecundación del óvulo sólo con un espermatozoide. En este procedimiento, se selecciona, prepara e introduce sólo un (1) espermatozoide (predeterminado) en el óvulo, lográndose una fecundación total y absolutamente dirigida.

Como refiere Messina de Estrella Gutierrez " existen otras formas o tratamientos de complejidad secundaria como:

- PDZ, realización de un corte en la zona pelúcida del óvulo para facilitar el ingreso de los espermatozoides.
- SUZI, inyección de los espermatozoides bajo la zona pelúcida del óvulo, podría decirse que fue el inicio del método ICSE.
- ASISTED HATCHING, realización de una pequeña abertura en la zona pelúcida del embrión para ayudarlo a desprenderse de ella e implantarse en la pared uterina." ¹¹

La inseminación artificial consiste en aplicar técnicas específicas a hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización. En vista de la variedad de personas que en ella intervienen y del distinto papel que desempeñan, se origina variedad en los tipos de inseminación y cada una de ellas produce distintas consecuencias.

Es claro que para distinguir a la Inseminación Artificial y a la Inseminación Extracorpórea, no hay mas que entender que en la primera el semen se coloca de manera directa pero asistida en la vagina de la mujer, mientras que la segunda, realiza la unión del espermatozoide y el óvulo en una probeta.

La mujer que se somete a la inseminación debe ser mayor de edad y puede ser soltera o casada. Si está casada y para la inseminación se utiliza semen del esposo, la inseminación se denomina homóloga, lo

¹¹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N, Bioderecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p 73 y 74.

mismo que la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable; en cambio, será heteróloga la producida con semen de un tercero. Otras posibilidades se plantean si el donador está vivo o si ha muerto y la fecundación se produce después de su muerte. En este estudio no se incluyó la fertilización *in vitro* ni la maternidad subrogada, porque la primera ya no es propiamente una inseminación y la segunda plantea otra problemática tan extensa que excede de los propósitos del análisis, sin embargo es necesario para un mejor entendimiento señalar conceptos de cada una de las diferentes técnicas de reproducción asistida a fin de dejar al lector con claridad la diversidad de estas técnicas y pueda distinguir a las mismas.

Tanto la Inseminación artificial (IA) como la Fecundación extracorpórea (FEC) pueden ser interconyugal (homóloga), con material genético (óvulo y semen) del cónyuge o conviviente; supraconyugal (heteróloga) con material de tercero o cedente; o mixta, realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o más varones.

La Inseminación Homóloga o del Marido

Inseminación artificial es homóloga o Interconyugal si el semen es del marido (IAH). Este procedimiento se utiliza fundamentalmente en casos de impotencia, o cuando el marido no es capaz de tener relaciones sexuales como consecuencia de determinada incapacidad física.

Este procedimiento, donde una pareja recurre a la medicina más moderna con el fin de lograr la concepción, objetivo que sin esa ayuda científica se ve dificultado, a nuestro criterio, no es necesario

legislario. En el mismo sólo intervienen componentes genéticos y de gestación de la pareja.¹²

Como presupuesto para llevar a cabo la inseminación artificial homóloga, se requiere el consentimiento de la mujer, integrado con el del marido, en el caso de la mujer, unida en matrimonio o de la pareja estable.

Las contraindicaciones para realizar una inseminación artificial homóloga son:

- incompatibilidad a Rh
- ser portador de un enfermedad hereditaria
- ser portador del virus del SIDA
- tener una enfermedad crónica degenerativa (diabetes, hipertensión severa, etc.) descontrolada
- presentar cáncer o estar bajo tratamiento con radioterapia, quimioterapia o citostáticos
- cursar con una infección genital activa
- tener contraindicación para un embarazo por razones médicas o psiquiátricas
- no aceptación por uno de los miembros de la pareja

La fecundación interconyugal, también llamada homóloga, no crea mayor problema puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias. Asimismo, la unión de hecho que le ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción.

¹² RAMOS Rodolfo, Fecundación Asistida y Derecho, editorial Juris, 1992, p 27

Entre los señalamientos que se han hecho a este proceder están:

- a) Su eficacia es cuestionable, sobre todo en casos de infertilidad masculina de causa no bien definida.
- b) La preocupación que la manipulación del semen pueda ser utilizada para la selección del sexo, separando los espermatozoides portadores del cromosoma X o Y, lo cual no se considera seguro ni ético.
- c) El riesgo de la "tecnificación" de la reproducción, al separar la procreación de su expresión sexual.

Como podemos observar esta forma de Inseminación, se encuentra revestida de aspectos positivos y negativos, sin embargo no hay que olvidar que estos aspectos positivos, dependen de la forma en que se apliquen y que se pueden convertir o ser negativos dependiendo del resultado que se desea obtener, dejando ver que es más fácil la aceptación del menor en seno familiar, en donde se hecho mano de un procedimiento, que si bien no es el natural si permite la procreación de un hijo que proviene de los cónyuges.

Inseminación heteróloga o supraconyugal

En algunos casos, los gametos utilizados no son propios del matrimonio que accede a las técnicas sino que "pertenecen" a un tercero extraño a los cónyuges. En este supuesto, se lesiona el derecho del niño a nacer de un padre y una madre conocidos de él y ligados entre sí al matrimonio.

La Inseminación artificial heteróloga o supraconyugal, se da si el semen es de un dador no vinculado a la mujer receptora por vínculo

matrimonial, en la que el espécimen de semen procede de un donante anónimo. Este procedimiento se utiliza fundamentalmente en los casos en los que el marido es estéril, aunque la iglesia católica señala que se quebranta el derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro. (Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2376.), además de considerar moralmente injustificable la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador. (Intr. "Donum Vitae"11.A.2).

Las contraindicaciones para realizar una inseminación artificial heteróloga son:

- no aceptación por uno de los miembros de la pareja
- mujer soltera

Las principales preocupaciones que surgen con este proceder son a la introducción de gametos de terceras partes en la unidad fa, y son:

- a) La posibilidad de crear problemas psicológicos en el esposo, la mujer receptora y/o el donante, si este último es identificado o conocido.
- b) El riesgo de transmisión de afecciones genéticas graves o enfermedades infecciosas por el uso de semen donado. El esposo también puede verse afectado.
- c) La posibilidad de consanguinidad por el uso excesivo de mismo donante.
- d) Los efectos psicológicos en el unidos. Este incluye la afectación de las relaciones interpersonales por la necesidad de querer mantener el secreto sobre el origen del niño. Puede haber afectación del niño si en forma accidental llegar a conocer su origen.

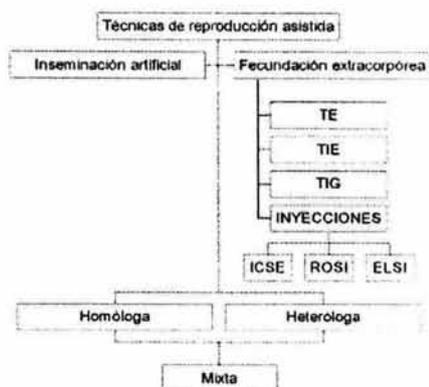
Esta clase de Inseminación desde un punto de vista legal, tiene una serie de dificultades en donde el menor o los padres mismos pueden tener un daño psicológico además de encontrarse posiblemente con un conflicto jurídico al no provenir de alguno de los cónyuges, ya sea la madre o el padre.

La Inseminación Mixta

También es llamada confusa, combinada, biseminal o cóctel de semen, es aquella que se realiza mezclando el esperma de un donante con el de un tercero. Su finalidad, al parecer, estaría dada en el hecho de que sirve para: elevar las probabilidades de que él sea el padre, se establezca una duda acerca su paternidad dándole una ilusión, o quizá la esperanza, que fue su esperma, y no el de tercero, el que fecundó el óvulo de su mujer o conviviente.

Esta última técnica es considerada para algunas legislaciones como una forma de manipulación genética, mientras que para un sector de la doctrina es una variante de la técnica heteróloga.

El siguiente esquema aclara la tipología y variantes de las técnicas de reproducción asistida:



Inseminación Post-mortem

Esta inseminación no se refiere al donador anónimo que depósito su esperma en un banco y que muere después, sino a aquellos casos en que el donador es conocido, esposo o pareja de la mujer, y manifiesta su voluntad para que la inseminación se realice después de su muerte, dicha inseminación a sido objeto de estudios no solo científicos sino también jurídicos puesto que se encuentra rodeada de diversos puntos que la hacen confusa y dada su naturaleza, en muchos países a provocado un gran conflicto jurídico y de interés, tanto para el estado como para los gobernados.

Fertilización In Vitro

En este procedimiento el óvulo se recoge desde los ovarios para luego ser fertilizado con los espermatozoides también recogidos previamente, mediante un procedimiento realizado en un laboratorio en probetas de vidrio (por lo que se denomina *in vitro*) para intentar la

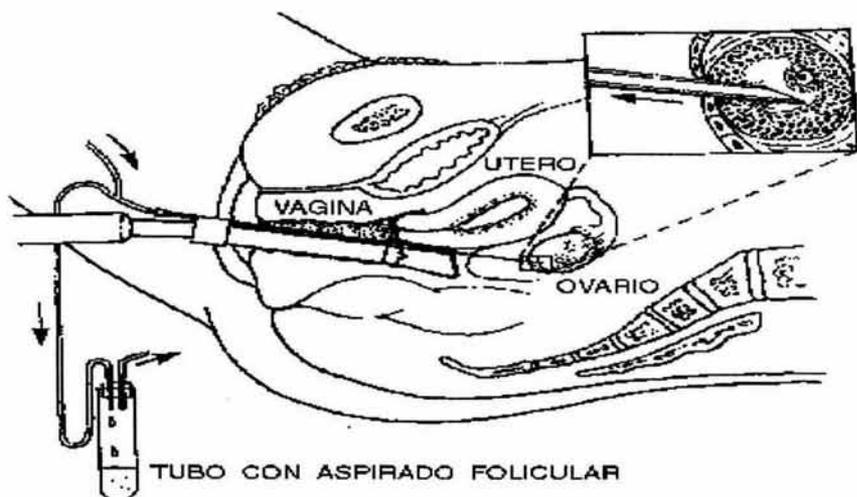
implantación en el útero de la mujer y el posterior embarazo. Al igual que la Inseminación Artificial, puede ser Homóloga y Heteróloga.

Esta técnica es conocida también como la de "bebés de probeta" desde el nacimiento de la niña británica llamada Louise Brown en agosto de 1978, lograda gracias al trabajo de los científicos británicos Steptoe y Edwards.

Fertilización In Vitro y Transferencia de Pre-embriones (FIVTE)

La fertilización in vitro y transferencia de embriones (FIVTE) consta de 4 etapas básicas:

- Estimulación Ovárica Controlada Con Seguimiento Folicular. La estimulación se realiza con gonadotrofinas (hormonas que estimulan al ovario), para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos maduros para el procedimiento. La cantidad y calidad de los ovocitos obtenidos mediante el esquema de inducción empleado es uno de los factores determinantes de las probabilidades de éxito del procedimiento.
- Captura De Los Ovocitos Directamente Del Ovario a través de una laparoscopia o por punción transvaginal dirigida con control ultrasonográfico. Todo el líquido extraído de los folículos pasa de inmediato al Laboratorio de Gametos para la identificación y preparación de óvulos. La captura por ultrasonido se hace con sedación, por lo cual a las 2 horas aproximadamente la mujer puede regresar, salir de hospital y al día siguiente volver a sus actividades.



- Cultivo De Los Ovocitos E Inseminación De Los Mismos En El Laboratorio. Una vez preparados los óvulos, éstos se inseminan en el laboratorio en cajas o tubos de cultivo 2 a 10 horas después de la captura ovular. Cada ovocito se insemina con 100 mil espermatozoides móviles previamente capacitados. Veinte horas después el personal del Laboratorio monitorea la presencia de fertilización, ya que no todos los óvulos fertilizan. Al día siguiente nuevamente se observan las cajas de cultivo para corroborar el desarrollo de los pre-embriónes
- Transferencia De Los Pre-Embriónes Al Útero a las 48-72 horas después de la captura. La transferencia se hace cerca del Laboratorio de Gametos: la mujer está acostada en posición ginecológica, se coloca un espejo vaginal y se hace un aseo de vagina y cuello de la matriz. No se necesita anestesia ya que el procedimiento es indoloro. Se cargan 3-4 pre-embriónes en un catéter especial el cual se pasa por el cervix hacia el interior del útero. La paciente se queda

acostada unas 2 horas y posteriormente regresa a su domicilio. Se sugiere reposo relativo al día siguiente.

Si se han desarrollado más de 4 pre-embriónes, se criopreservarán los que hay en exceso para poderse usar en la misma pareja en otro ciclo.

El éxito de estos procedimientos estriba principalmente en cinco fases:

1. adecuada selección de los casos, con oportuna estrategia para recomendar a cada pareja el procedimiento con mayor probabilidad de éxito;
2. disciplina de la pareja para seguir estrictamente las indicaciones del equipo médico;
3. estimulación ovárica óptima de acuerdo a los protocolos actuales, ya que se asegura una mayor captura y adecuada madurez ovular;
4. abordaje de captura ovular que reúna facilidad de acceso al ovario acorde a la experiencia del operador con una adecuada relación costo / beneficio;
5. condiciones óptimas en el laboratorio de gametos tanto para la capacitación espermática como para el reconocimiento y adecuada tipificación de los ovocitos capturados, su cultivo, inseminación y el proporcionar condiciones ambientales idóneas de crecimiento para obtener pre-embriónes aptos para la transferencia con adecuadas posibilidades de implantación.

La realización de algunas fases antes mencionadas puede hacerla cualquier ginecólogo entrenado en biología de la reproducción, mientras que hay pocas personas entrenadas para la organización y el

correcto funcionamiento de un Laboratorio de Gametos, que ha sido reconocido como la piedra angular del éxito. Nuestro grupo además de implementar condiciones de trabajo eficientes ha sido muy cuidadoso en instrumentar estrictos y permanentes controles de calidad.

El éxito de la Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones ha sido de aproximadamente un 15-20%.

Transferencia de Embriones

Por este procedimiento, el huevo es transportado por un fino catéter no traumático e introducido en el útero por el cuello, siendo depositado sobre la mucosa uterina con una mínima cantidad de líquido de cultivos. En palabras más simples, consiste en trasladar los embriones, producidos por FIV, al interior del útero.

Cesión de Vientre

Llamada también "vientre de alquiler" o "madre sustituta". Es el caso de la gestación del embrión en el útero de otra mujer.

Preservación de Gametos y Embriones

Más que un procedimiento es una técnica que permite congelar embriones humanos para su utilización futura.

Aquí es donde a partir de este tipo de inseminación se empiezan a dar diferentes tipos de la misma los cuales pueden revestir dos modalidades, según que ésta sea conyugal o que se haga necesario la

intervención de tercería maternal genética o de gestación, dando pauta una vez mas a la intervención del derecho.

Como podemos observar de la sola lectura de las diferentes Técnicas de Reproducción Asistida, como lo es de la Inseminación Artificial, y sus diversas técnicas de aplicación, La Inseminación Post-mortem, así como la Fertilización In vitro y su diferentes variantes, nos permiten comprender que las Técnicas de Reproducción asistida son numerosas, y en consecuencia carecen de una regulación en específico, sin embargo es necesario que se realice una normatividad que si bien no contemple sus diversidades, si procure atender el fondo del asunto, que no es mas que reglamentar a las técnicas de reproducción asistida a través de la creación de un concepto que abarque lo más genérico y trascendental, de estas Técnicas de Reproducción Asistida, y en específico la Inseminación Artificial.

Clasificación de la aplicación de las diferentes Técnicas de Reproducción Asistida

Es importante diferenciar a cada una de las técnicas de reproducción asistida sin embargo estas técnicas también se encuentran clasificadas, por lo que para el lector es importante conocer esta clasificación y así entender que las técnicas de reproducción son dos, y que a su vez tienen diferentes aplicaciones, esas aplicaciones tienen diferentes clasificaciones que permiten al individuo y al médico decidir cual es la mejor técnica ha aplicar y saber en que clasificación se encuentra básicamente, se divide dicha clasificación en la inseminación con el semen del marido y la que se hace sin el semen del marido, normalmente todas aquellas que se realizan en un primer grado

corresponden a la Inseminación artificial, mientras, que las segundas forman parte de una Fecundación In vitro.

Inseminación con Semen del Marido

La inseminación con semen del marido de la pareja puede revestir dos modalidades, según que ésta sea conyugal o que se haga necesaria la intervención de tercería maternal genética o de gestación.

Inseminación Conyugal

En este caso, el material genético, óvulo y esperma, es proporcionado por ambos cónyuges, y la capacidad gestadora es proporcionada por la esposa de la pareja. Este tipo de inseminación puede hacerse con la ayuda de cualquiera de los tres grados de artificialidad apuntados.

De primer grado.

En este caso estamos en presencia de un caso de inseminación propiamente dicha. Existe una manipulación de primer grado del proceso reproductivo y consiste en el procedimiento artificial por medio del cual se introduce el semen del marido en la vagina de la esposa.

De segundo grado.

Hacemos referencia aquí a un caso de fecundación in vitro. Primeramente se extraen por separado el óvulo de la esposa y el semen del marido, y se fecunda in vitro el óvulo maduro. Posteriormente se realiza la transferencia embrionaria al útero de la esposa.

De tercer grado.

En este caso, los embriones concebidos in vitro no se transfieren al útero de la esposa para su gestación, sino que se congelan y así se demora su transferencia hasta el tiempo que se considere apropiado.

Inseminación con Tercería Maternal

La inseminación con tercería maternal contempla tres supuestos, dependiendo de si la tercera interviene en el procedimiento como donante de óvulo, como gestadora o ambos a la vez. El papel que la tercera va a desempeñar dependerá de la incapacidad física de que sufra la esposa. Si ésta sufre únicamente de incapacidad para producir óvulos, entonces la tercera se limita a intervenir como donante de óvulos. Si por el contrario la esposa sufre de incapacidad para gestar, pero puede producir óvulos, la tercera será la encargada de gestar el embrión de la pareja; y si la esposa, a la vez de carecer de capacidad gestadora es también incapaz de producir óvulos, la tercera desempeña el doble papel de donante y gestadora.

Tercería Maternal Genética (Gestación Conyugal)

En este caso estamos ante el supuesto que la tercera interviene en el proceso únicamente como donante de óvulos, siendo, por lo tanto, la esposa la encargada de llevar a término el embarazo. Debido a la naturaleza misma de la práctica, es físicamente imposible que se proceda por inseminación artificial propiamente dicha.

De segundo grado.

En esta práctica, el óvulo donado por la tercera es fecundado con el espermatozoides del esposo. Posteriormente el embrión resultante es transferido al útero de la esposa para su gestación.

De tercer grado.

El óvulo donado por la tercera es fecundado con el espermatozoides del esposo, suspendiéndose la transferencia al útero de la esposa, y procediéndose a la congelación del embrión resultante.

Tercearía Maternal de Gestación.

Con Óvulo Gestadora

Esta puede ser con cualquiera de los tres grados de artificialidad apuntados.

De primer grado.

Estamos ante un supuesto de inseminación propiamente dicha. Equivale por lo tanto a depositar el semen del marido en la vagina de la tercera, por medios no naturales. Algunos autores consideran esta práctica como un pseudoadulterio.

De segundo grado.

El óvulo de la gestadora es previamente removido y fecundado in vitro con el espermatozoides del esposo. El embrión resultante es posteriormente depositado en el útero de la gestadora.

De tercer grado.

El óvulo de la gestadora es fecundado in vitro con espermatozoides del marido. El embrión resultante es posteriormente sometido al procedimiento de congelación para su transferencia futura al útero de la gestadora.

Con Óvulo de la Esposa.

Esta por su naturaleza carece de un primer grado de artificialidad.

De segundo grado.

El óvulo de la esposa es removido y fecundado in vitro con semen de su esposo. El embrión de la pareja es posteriormente depositado en el útero de la gestadora para que ésta lleve a término el embarazo.

De tercer grado.

El embrión de la pareja resultante de la fecundación in vitro descrita en el párrafo anterior, es sometido a procedimiento de congelación para su futura transferencia al útero de la gestadora.

Con Donación Ovular

Estamos aquí ante un caso especial que, debido a la versatilidad de los procedimientos anteriores, también tiene la posibilidad de existir. Nos referimos al caso de una tercería maternal de gestación, en que la esposa sufre a la vez de una imposibilidad para producir óvulos y para gestar.

Así pues, podría presentarse el caso en que, en vez de ser la gestadora la que aporte el óvulo y realice la gestación, sea una tercera mujer la que intervenga como simple donadora de óvulos.

Como podemos advertirlo de inmediato, bajo este supuesto sería imposible hablar de una inseminación propiamente dicha, pero en cambio sí serían admisibles los restantes tipos de artificialidad, fecundación in vitro con transferencia embrionaria, o el procedimiento de congelación/descongelación de embriones.

Inseminación con Semen de Tercero.

Estas prácticas se diferencian de las anteriores, por la intervención de un tercero ajeno al esposo, quien aporta su semen para la concepción.

El donante de semen es por regla general anónimo y puede estar con vida o haber fallecido ya. El donante no asume ningún derecho o responsabilidad para con el hijo concebido con su semen, sino que únicamente se limita a proporcionar el semen.

Asimismo, si el semen de donante que se utiliza en estas prácticas ha estado congelado, esto viene a añadirle un grado más de artificialidad al grado previamente establecido para cada una de las prácticas descritas¹³.

¹³ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988), Central de Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1989, p 81

Donante con Vida

De primer grado.

Equivale a inseminar a la esposa con el semen de un tercero que puede ser conocido o no. Para Martínez-Calcerrada, el caso de donante conocido es de muy difícil ocurrencia, ya que sería de esperarse la resistencia del marido a consentir en la penetración del semen de otro hombre en la vagina de su esposa¹⁴.

De segundo grado.

El óvulo de la esposa se fecunda in vitro con el semen del donante, y el embrión resultante se transfiere al útero de la esposa para su gestación.

Tal como lo establecimos anteriormente, estamos de acuerdo con la observación de que podría considerarse también participativa de un segundo grado de artificialidad a la inseminación propiamente dicha que se realice a la esposa con el semen de un donante que ha estado previamente congelado en un Banco de esperma, ya que aquí también habría doble artificialidad en el proceso¹⁵.

De tercer grado. Cuando el embrión resultante del óvulo fecundado con el semen del donante no se transfiere al útero de la esposa, sino que se congela para su posterior transferencia.

Donante Fallecido.

Implica que el marido consienta en la inseminación de su esposa con semen de un donante conocido o no, pero ya fallecido, talvez por razones de considerar ese semen de mayor calidad, por provenir de

¹⁴ Ibidem p 82

¹⁵ Idem p 83

algún varón quien en vida haya sido reconocido por su inteligencia y haya sido galardonado con Premio Nóbel o alguna otra circunstancia similar¹⁶.

De segundo grado.

El doble artificio se presenta en el caso de inseminación de la esposa con el semen congelado del donante fallecido.

De tercer grado.

El triple artificio puede presentarse bajo dos hipótesis. La primera, en el caso de fecundación in vitro del óvulo de la esposa con el semen congelado del donante fallecido, acompañada de la consiguiente transferencia embrionaria. La segunda hipótesis se presenta al procederse a la congelación del embrión resultante de la fecundación in vitro del óvulo de la esposa con el esperma congelado del donante ya fallecido.

Con Tercería Maternal.

Al igual que lo establecido para los casos de inseminación con semen del marido, los tipos de inseminación con tercería maternal que se presentan a continuación contemplan los dos supuestos descritos en aquella oportunidad. Así pues, tenemos que el papel de la tercera va a variar dependiendo de la incapacidad de que adolezca la esposa de la pareja. La variante introducida en estos casos es que, además de la presencia de la tercera, el esperma aportado no proviene del cónyuge varón, sino de donante. Debido a la naturaleza misma de la práctica, es físicamente imposible que se proceda por inseminación artificial propiamente dicha.

¹⁶ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, ob. Cit., p 83

Con Donación de Embrión.

Se nos plantea aquí un caso muy singular. Nos referimos al caso en que el óvulo sea aportado por otra mujer distinta a la esposa y a la gestadora y el esperma sea también donado por tercero. En este caso estaríamos en presencia de una verdadera donación de embrión. Unos consideran esta práctica como una adopción en la concepción y no después del nacimiento.

De segundo grado.

Sería el caso en que se fecunde in vitro un óvulo donado por mujer ajena a la gestadora y a la esposa con semen también de donante, y el embrión resultante se deposite en el útero de la gestadora.

De tercer grado.

Caso en que el embrión fecundado de la manera arriba descrita, sea sometido a procedimiento de congelación para su posterior transferencia al útero de la gestadora.

Inseminación No Matrimonial.

Tal como dejamos asentado anteriormente, las diferentes prácticas se han dividido en dos grandes grupos. Así, dependiendo de las características que presentaban, las agrupamos como clases de inseminación matrimonial y no matrimonial, según los criterios que entonces expusimos.

Habiendo concluido con el breve estudio de las diferentes probabilidades de reproducción humana bajo las prácticas de

inseminación matrimonial, pasaremos ahora revista a las prácticas de inseminación no matrimonial.

Tal como lo apuntamos al inicio de esta sección, la denominación de inseminación no matrimonial recae sobre todas aquellas prácticas que se realicen o sean encargadas fuera de una institución matrimonial. En otras palabras no hay un respaldo por parte de un núcleo matrimonial a la práctica que se realiza. Es por ello que dentro de este segundo grupo se contempla la inseminación de viuda, ya que aunque ésta se realice con semen de su esposo fallecido, no podemos decir que dicho procedimiento fue realizado dentro del matrimonio de ambos. Por el contrario, dicha práctica se estimaría no matrimonial, ya que el vínculo matrimonial se ha extinguido por la muerte del cónyuge.

Inseminación Post Mortem.

Concepción Genética Conyugal.

Gestación Conyugal (Viuda).

Estamos ante el supuesto de que es la viuda la que va a gestar el embrión resultante de la fecundación de sus óvulos con el esperma de su esposo fallecido. Dado que el semen de su esposo debe estar congelado previa la inseminación, esto viene a añadirle un grado superior de artificialidad a las prácticas ordinarias que anteriormente presentamos.

De segundo grado.

Estamos en presencia de una inseminación artificial propiamente dicha, en la cual la viuda es inseminada con el semen previamente descongelado del esposo fallecido. De esta última

circunstancia deriva el que este tipo de práctica asuma en este caso un doble grado de artificialidad.

De tercer grado.

En este caso el óvulo de la viuda es removido y fecundado in vitro con el semen del difunto cónyuge y posteriormente transferido a su útero para su gestación. Asimismo una segunda hipótesis de este tipo de artificialidad la encontramos en el caso de que el embrión concebido mediante la fecundación in vitro antes descrita, sea congelado para la posterior gestación de éste por parte de la viuda, suspendiéndose así la transferencia embrionaria, y realizándose ésta después del fallecimiento del esposo.

Terceña Maternal de Gestación

La tercería maternal de gestación con concepción genética conyugal engloba dos hipótesis diferentes. La primera es la resultante de la gestación del embrión producto de la fecundación del óvulo de la esposa fallecida con el semen del esposo vivo. La segunda surge asimismo por la gestación por parte de tercera, del embrión resultante de la fecundación del óvulo de la viuda con el semen congelado de su cónyuge fallecido.

En ninguna de las hipótesis mencionadas es doble la inseminación artificial propiamente dicha, dado que en ambos casos estamos ante supuestos de concepción genética conyugal. No obstante, si son dobles las prácticas de fecundación in vitro seguida de transferencia embrionaria o el procedimiento de congelación/descongelación de embriones. El grado de artificialidad que cada una de estas involucre

estará aumentado en cada una de las hipótesis, por la circunstancia de haber estado congelado el óvulo o espermatozoide del cónyuge fallecido.

Llama también la atención el caso que podría suscitarse cuando, habiendo fallecido ambos cónyuges, se encuentren congelados en algún Banco o institución, embriones que han sido previamente obtenidos mediante la utilización del material genético de ambos. Asimismo podrían encontrarse congelados por separado el semen del cónyuge o los óvulos de la esposa fallecida. En tal caso, habría que considerarse si se puede permitir la gestación por tercera de dichos embriones, o decidir que destino debe dárseles a los mismos, así como al restante material genético de los cónyuges.

Inseminación con Donación Ovular o Donación Seminal. Tercera Maternal Genética (Gestación Conyugal)

Nos encontramos ante el caso de que la esposa viuda adolezca de incapacidad para producir óvulos y por ello decida requerir la donación de óvulos a ser fecundados con el espermatozoide de su cónyuge fallecido.

De tercer grado.

Se presentan dos hipótesis. Primeramente el caso en que el óvulo donado sea fecundado in vitro con el semen descongelado del marido fallecido y sea transferido al útero de la esposa para su gestación. También puede darse el caso de que la viuda decida congelar para una futura gestación, el embrión resultante de esta fecundación.

Tercería Maternal de Gestación

Con Óvulo de Esposa Fallecida

Este supuesto puede llevarse a cabo ya sea con semen de donante o con semen del esposo. En ambos supuestos las prácticas a realizarse involucrarán un triple grado de artificialidad, debido a la congelación previa a que ha estado sometido el óvulo de la esposa:

Con semen de donante.

Fecundación in vitro del óvulo descongelado de la esposa fallecida con semen de donante. Puede ser seguida de la transferencia al útero de la gestadora o de procedimiento de congelación del embrión resultante.

Con semen del esposo.

Fecundación in vitro del óvulo descongelado de la esposa fallecida con semen del esposo. Puede ser seguida de la transferencia al útero de la gestadora o de procedimiento de congelación del embrión resultante.

Con Óvulo de Esposa con Vida.

Este supuesto se lleva a cabo mediante la fecundación in vitro del óvulo de la esposa con semen de donante. Puede ser seguida de transferencia embrionaria al útero de la gestadora o de procedimiento de congelación del embrión resultante.

Con Óvulo de Gestadora

Este supuesto puede llevarse a cabo ya sea con semen de donante o con semen del esposo con vida.

Con semen de donante.

Bajo esta hipótesis cabe la inseminación artificial propiamente dicha de la gestadora con el semen de tercero. Asimismo, son posibles las prácticas de fecundación in vitro del óvulo de la gestadora con semen de donante, seguida de la transferencia al útero de la misma o del procedimiento de congelación del embrión resultante. Las prácticas que se realicen con semen de donante pueden ver aumentado el grado de artificialidad que originalmente poseen si dicho semen ha estado previamente congelado.

Con semen del esposo (con vida).

Bajo esta hipótesis cabe igualmente la inseminación artificial propiamente dicha de la gestadora con el semen del esposo. Asimismo, son posibles las prácticas de fecundación in vitro del óvulo de la gestadora con semen del esposo, seguida de la transferencia al útero de la misma o del procedimiento de congelación del embrión resultante. Las prácticas que se realicen con el semen del esposo pueden también ver aumentado el grado de artificialidad que originalmente poseen si dicho semen ha estado previamente congelado.

Inseminación Artificial de Mujer Soltera.

La práctica que presentamos a continuación plantea un nuevo fenómeno de gran relevancia en nuestra sociedad, cual es el de la

madre sola. En este caso estamos ante la inseminación de mujer soltera con la ayuda de semen de donante conocido o no, fallecido o aún con vida. Los grados de artificialidad que pueden presentarse son los siguientes:

De primer grado.

Inseminación propiamente dicha de la madre soltera con el semen fresco del donante.

De segundo grado.

Fecundación in vitro del óvulo de la mujer soltera con espermatozoides de tercero, y consiguiente transferencia embrionaria al útero de esta para la gestación del embrión.

De tercer grado.

Sometimiento a procedimiento de congelación del embrión producto de la fecundación in vitro del óvulo de la mujer soltera con el espermatozoides del tercero, para su posterior transferencia.

Para finalizar, cabe añadir que en caso de haberse utilizado semen congelado y no fresco en las prácticas anteriores, estas verán aumentado su grado de artificialidad.

Inseminación por Encargo de Varón Soltero

Las alternativas de reproducción antes presentadas podrían dar origen asimismo al fenómeno del padre soltero. Así, en este caso, un hombre soltero que desee experimentar la paternidad podría recurrir a una mujer que gesticione un hijo del cual él sería el padre. El varón en este caso podría aportar su semen o recurrir a semen de donante, en caso de ser

infértil, recurriendo al mismo tiempo a una donación ovular por parte de la gestadora o de otra mujer.

Inseminación Posterior a la Disolución del Vínculo Matrimonial.

En este caso estamos ante el supuesto de disolución de un vínculo matrimonial previo, en el cual se encuentren congelados embriones producto de concepción genética conyugal de ambos. En tal caso pudiera ser que tanto la esposa como el esposo, debido a una infertilidad superveniente o por cualquier otra causa, estén interesados en la gestación de dichos embriones para poder disfrutar de una maternidad o paternidad. En tal supuesto, al igual que en los casos de inseminación post mortem con concepción genética conyugal, podría darse el caso de gestación de dicho embrión por parte de la esposa o que se recurra a una gestación subrogada, tal como vimos en dicha oportunidad.

La Gestación Subrogada

Es la madre que gesta un embrión no ligado a ella genéticamente. La portadora subrogada aporta el componente gestacional (útero) de la reproducción, pero no el componente genético, a diferencia de la llamada madre subrogada que aporta tanto el componente genético (óvulo) con el componente gestacional.

El uso de una portadora subrogada está indicado en mujeres cuyos ovarios tienen la capacidad de producir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación por defectos uterinos, malformaciones, problemas de capacidad, o por afecciones limitantes para la vida de la madre o que pueden poner en peligro la vida del niño.

Es necesario que entendamos cada una de las diversas aplicaciones en las que las diferentes Técnicas de Reproducción Asistida, son empleadas, pueden producirse diferentes supuestos jurídicos sin embargo, existe un fondo que no cambia el cual abarca tres etapas:

- Establecer un contacto, con el Médico Titulado y capacitado para realizar los estudios pertinentes para hacer la Inseminación Artificial.
- Realizar la inseminación misma, previo estudio referido, de una manera correcta y exacta, dependiendo del método y aplicación de dichas técnicas cumpliendo con los ordenamientos éticos y médicos establecidos.
- Que el producto logrado con la Inseminación Artificial, se encuentre en perfectas condiciones.

Una vez identificadas estas etapas trascendentales, podemos establecer las diversas consecuencias jurídicas que se ajustarían al momento en si, dado que resulta imposible que se realice un precepto legal que contenga cada una de sus diversidades, puesto que estas surgen de la necesidad de las partes que intervienen en la Inseminación Artificial.

1.3.- PARTES QUE INTERVIENEN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

En base al estudio realizado hasta el momento, de las diferentes legislaciones existentes en el mundo y que regulan a la inseminación artificial podemos afirmar que existen básicamente tres

elementos en la inseminación artificial, los cuales son esenciales para su existencia ya que la falta de alguno de ellos no permitiría la aplicación de esta ciencia, puesto que son necesarios, dado que cada uno de los países que han logrado un avance en el ámbito jurídico con respecto a estas técnicas de inseminación artificial han podido deducir que estas partes son importantes, por lo tanto, nuestro país a partir de estas legislaciones debe intentar tomar lo mas útil y aplicable al caso en concreto y así comprender que es necesaria la creación de una ley que delimite los derechos y obligaciones de cada una de las partes que intervienen a fin de obtener una correcta regulación.

Es así como de nuestra investigación se deduce que las partes que intervienen en la inseminación artificial básicamente son:

- a) La mujer
- b) El donador
- c) El Profesional capacitado y Centros sanitarios

Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a éstas técnicas, sean donantes, o mujeres con la intención de recurrir a esta técnica de reproducción, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionen con las técnicas, y será responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen, es por ello que a continuación se da una descripción de cada una de las partes que intervienen en la inseminación artificial, así como de sus derechos y funciones dentro de la misma.

La mujer

La inseminación artificial se debe realizar en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si la han solicitado y aceptado libre y conscientemente, debiendo ser previa y debidamente informadas sobre esta, recogándose su aceptación en un formulario cubierto y firmado por la receptora, ya sea para la practica de una inseminación artificial o la Fecundación In Vitro y podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización.

La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresaran todas las circunstancias que definan la aplicación de éstas técnicas que podrá pedir se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.

La inseminación artificial, la fecundación in vitro (FIV) u otras técnicas afines realizadas con semen de donante, en el caso de parejas estables o matrimonio deberán hacerse también con consentimiento expreso y escrito del varón de la pareja correspondiente.

El Donante

La donación de gametos o de embriones será realizada únicamente por personas mayores de edad, en buen estado de salud psicofísica, genética, con libertad y capacidad para decidir, y sólo se podrá realizar cuando el estudio psicofísico estandarizado de los donantes resulte favorable, e incluirá el fenotipo y el cariotipo, para descartar la transmisión de enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas, estos estudios de selección de donantes, y de utilización de material genérico

fresco para uso inmediato, se realizara en la medida de lo posible con la misma amplitud que cuando el material se va a congelar y con el debido trato, con las garantías científicas y técnicas.

La donación de gametos o embriones será siempre voluntaria, y se realizará sin ningún tipo de coacción o inducción sobre los donantes, que la realizarán dando consentimiento escrito una vez que son aceptados como tales y han sido informado sobre sus fines y consecuencias, estos deberán tener una edad de entre los dieciocho y los treinta y cinco años de edad.

Los donantes de gametos y embriones tienen la garantía de que son mantenidos en el anonimato, custodiándose su ficha o historia clínica referencia en los Centros y Servicios Sanitarios con la exigencia del más estricto secreto, en algunos países, se encuentra actualmente regulada la situación en donde se establece como un máximo que el semen del donante sea ocupado hasta un numero de seis veces, para esta clase de técnicas de aplicación.

Al donante de óvulos o de esperma, no se le permite conocer la identidad de la receptora, y viceversa, garantizando así al primero que en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad y sólo cuando se den circunstancias extraordinarias que sean un peligro para la vida del hijo, se cederá el secreto de la donación en aras de aquel interés preeminente, sin que ello implique reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante.

Los donantes de gametos o embriones del material reproductor donado, tienen la garantía de que nunca será objeto de comercio y su utilización será la acordada expresamente al hacer la donación, previos estudios y pruebas a los donantes.

El profesional capacitado y Centros Sanitarios

Los centros o establecimientos donde se realicen éstas técnicas habrán de ser considerados de carácter sanitario en los términos de la Ley General de Salud o que se establezcan normativamente; contarán con los medios necesarios para sus fines y deberán someterse a los requisitos legales de acreditación, homologación, autorización, evaluación y control oportunos. Los equipos sanitarios que en ellos actúen habrán de estar contrastadamente cualificados y actuarán bajo la responsabilidad de un jefe de centro o servicio, en el ámbito de equipos de Trabajo.

Todos los centros o servicios en los que se realicen estas técnicas de procreación humana deberán tener la consideración de centros o servicios sanitarios, públicos o privados, y se registrarán por lo informado en la «Ley general de salud» y en la normativa correspondiente de las distintas Administraciones Públicas.

En cuanto a las técnicas de fecundación asistida, y las actuaciones permitidas que de ellas pueden derivarse, sólo deben de ser realizadas en centros o servicios sanitarios legalmente autorizados, acreditados y homologados para tales fines. Estas técnicas estarán

dirigidas por un médico o titulado superior cualificado en las materias específicas que realicen, y su ámbito actuacional serán los equipos de trabajo.

El incumplimiento de los requisitos reglamentarios para el funcionamiento de estos centros y servicios, con responsabilidades que de ello puedan derivarse, son y deben ser sancionados administrativamente, sin perjuicio de otras actuaciones legales de que pueda ser objeto.

Para garantizar la buena práctica de estas técnicas, los centros y servicios deberán contar con el equipamiento y medios precisos, humanos y materiales, y entre ellos, en su caso, gabinetes psicológicos.

Los equipos médicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar calificados y legitimados y contarán con las estructuras y equipamiento necesarios estos actuarán bajo la dirección de un director de centro, departamento o servicio.

Estos equipos médicos habrán de exigir los oportunos consentimientos de los donantes, de las receptoras y en su caso de los varones del matrimonio o pareja que constituyan, anticipadamente y por escrito, para poder realizar dichas técnicas.

Los equipos médicos realizan a los donantes y a las receptoras cuantos estudios están protocolizados, y en especial los que puedan evitar la transmisión de enfermedades infecciosas, hereditarias o genéticas, o de cualquier otro factor que pueda originar daños a la mujer o al futuro hijo, obligándose a guardar el secreto de los donantes y de las personas a las que se realicen estas técnicas.

Así mismo todas las referencias o datos sobre los donantes o receptoras y sus compañeros en el matrimonio o la pareja, así como los consentimientos de las partes implicadas, son recogidos en una historia clínica en los centros o servicios correspondientes, con la debida cautela y protección, a fin de ponerlos a disposición de la receptora y del varón al que está vinculada, o del hijo legal de ambos nacido por estas técnicas (llegada la mayoría de edad) si fueran solicitados por aquellos.

Normalmente el equipo médico da un seguimiento a los embarazos que haya conseguido por estas técnicas, aunque éstos puedan ser atendidos en el ámbito territorial de la mujer gestante.

En caso de que el equipo médico se niegue a practicar la inseminación artificial, o rechace al donador debe explicar el motivo de su negativa a fin de informar al donante o a la receptora el por qué.

Actualmente los centros médicos tienen prohibido experimentar con los gametos, embriones o cualquier otro que sea producto de estas técnicas o permitan su realización, por considerarse un experimento con seres vivos.

1.4.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá. Existe una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata: el nacimiento de un hijo.

La mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo, con la introducción de esperma, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado. El donador del semen acepta que su esperma sea objeto de una inseminación artificial, pero no necesariamente acepta la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de las técnicas genéticas, como sería el caso del donador anónimo. El esposo o pareja estable de la mujer que se somete a la inseminación artificial acepta tanto la inseminación como la paternidad del hijo que nazca. Los profesionales que practican la inseminación también son actores que manifiestan su voluntad de llevar a cabo la inseminación y esta manifestación será útil para el caso de delimitar su responsabilidad en el acto.

Otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación, éste se convierte en irrevocable. Iniciado el procedimiento la gestación se continúa y ésta no podrá ser suspendida ni por la mujer ni por su marido o pareja y menos por el donador anónimo o por los profesionales que intervinieron en ella, a no ser que surgiera una necesidad médica que la justificara. De la misma manera que ni la mujer ni su marido o pareja estable que haya otorgado su consentimiento pueden rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca.

El objeto de la inseminación artificial es lograr una fertilización y consecuentemente un nacimiento. Este acontecimiento implica el establecimiento de una filiación materna y, en el mejor de los casos, también paterna. Los efectos de hecho implican una modificación en la esfera jurídica de aquellos que intervinieron en la inseminación, por ello podemos afirmar que la inseminación artificial es un acto jurídico que debe estar cuidadosamente reglamentado por el derecho.

Como todo acto jurídico, la inseminación debe cumplir ciertas formalidades. El consentimiento debe otorgarse por escrito y con la expresión de su irrevocabilidad que asegure la no suspensión de la gestación ni el rechazo a la filiación generada. El donador -que deberá ser anónimo- al momento de la donación, indicará que no desea establecer ningún vínculo con el menor que nazca y que no exigirá el reconocimiento de su paternidad.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO

Los elementos esenciales de validez llamados también de existencia por que basta que uno falte para que el acto o negocio jurídico, jurídicamente no exista.

En nuestro país el Código Civil en su artículo 1794, hace señalamiento de tales elementos y nos enumera dos.

1. El Consentimiento
2. Objeto

Consentimiento

Podemos definir al consentimiento como el "concurso real de voluntades de dos o mas personas"¹⁷, o como "el acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto lícito, destinado a producir efectos jurídicos"¹⁸.

¹⁷ OSPINA F., Guillermo y Eduardo OSPINA A. *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, 2a. ed., Editorial Temis, Bogotá, 1983, p150.

¹⁸ MIRANDA, Adolfo Óscar. *Apuntes para el quinto curso sobre la teoría de las obligaciones*, Primera Parte, Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1976 p 39.

El consentimiento o mejor dicho la voluntad, pues no debe de olvidarse que al lado de los contratos, por definición actos bilaterales que necesariamente suponen un concurso de voluntades, pero que a lado de los mismos contratos, existen los negocios unilaterales, en los que hay una sola voluntad que es la del autor.

Así pues la voluntad puede manifestarse de dos formas:

- a). La voluntad tácita
- b). La voluntad expresa

La primera resulta dice el mismo artículo 1803 del Código Civil de hechos o de actos que lo presupongan o que autoriza a presumirlo, por su parte la voluntad expresa, según el mismo artículo en comento, señala que es la manifestación verbal, por escrito o por signos inequívocos.

Si la voluntad liga jurídicamente a quien la emite, en que momento surge o se forma la naturaleza jurídica.

Desde el punto de vista unilateral basta con la existencia de esa sola voluntad para que surja el negocio jurídico, sin embargo en los casos de las voluntades bilaterales en las que se rige por dos o mas voluntades el negocio surge a la vida jurídica ya sea desde la formación entre presentes, que se perfecciona cuando una ofrece y la otra acepta inmediatamente, o a través de la formación entre no presentes la cual se perfecciona de cuatro formas, según los artículos 1807, 2340, 1808, 1809, 1810 del Código Civil en vigor:

1. El de la declaración. Este se perfecciona cuando las partes declaran su voluntad de aceptar el negocio o contrato jurídico.

2. El de la expedición o emisión. Se forma el presente desde el momento en el que le policitado, además de declarar su voluntad la encamina fehacientemente al conocimiento del solicitante.
3. El de la recepción. Este se perfecciona desde el momento en el que el documento que contiene la aceptación es recibido por el oferente.
4. El de la información o cognición. Se da en el momento en el que el oferente se entera e informa la aceptación del solicitado.

En base a lo anterior se entiende que la inseminación artificial para que sea existente y válida en el derecho es necesario el consentimiento de la mujer, para que a esta se le pueda realizar esta técnica reproductiva es necesario su consentimiento, lo mismo ocurre con la voluntad del donante y del médico de aplicar dicha técnica de inseminación artificial.

Objeto

Como elemento esencial del negocio jurídico no consiste precisamente en la cosa o en el hecho material sobre el cual recae el negocio, sino por el contrario en la producción de consecuencias que no son mas que la creación, la modificación y la extinción de derechos y obligaciones, que producirán varias consecuencias jurídicas, correlativas a un derecho subjetivo que tiene por objeto una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer.

El objeto en el derecho y en el negocio jurídico tiene diferentes acepciones o significados, según se puede apreciar de la lectura de los artículos 1859, 1792, 2011, 2057, 2028 y el 1824 del Código Civil:

. El objeto directo o inmediato del negocio que no es otro que la producción de consecuencias jurídicas de crear transmitir, modificar o extinguir, es decir una prestación de dar, de hacer o de no hacer.

. El del objeto indirecto o mediato del negocio jurídico que viene a ser el objeto directo de la obligación creada, transmitida, modificada o extinguida, es decir una prestación de dar de hacer o de no hacer.

. El objeto como sinónimo de la cosa o el hecho material del negocio jurídico.

Una vez entendido el objeto del negocio jurídico aplicado a la inseminación artificial podemos deducir la intención de la mujer la cual es crear un vida en si interior e incorporarla a su vida, la del donante es la de proporcionar el semen, que permitirá la creación de esa vida y por ultimo la del médico será, hacer lo necesario con sus conocimientos e instrumentos quirúrgicos, para poder inseminar a la mujer.

La Solemnidad

Esta al igual que la forma son mera formalidad, pero de rango tal, que si llega a faltar en el negocio jurídico no existiría jurídicamente.

A consideración de la suscrita la inseminación artificial no tiene una formalidad en específico, dado que esta carece de una solemnidad para su existencia.

ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

Estos elementos no son necesarios para la existencia del negocio o acto jurídico, puesto que la falta de alguno de ellos origina la

nulidad tal y como lo establece el artículo 1795, del Código Civil, estos elementos de validez son:

1. la capacidad
2. vicios en la voluntad
3. forma
4. ilicitud

La Capacidad

En el derecho existen dos tipos de capacidad la de goce y la de ejercicio, la primera es la aptitud que toda persona tiene de ser titular de derechos y obligaciones, por el hecho de serlo. La capacidad de ejercicio es la aptitud que tienen determinadas personas para hacer valer sus derechos y obligaciones por si mismas, como dice Bonecase "es la aptitud de una persona para participar por si misma en la vida jurídica", la cual empieza según los artículos 646 y 647 del multicitado Código Civil.

Como se puede deducir del presente requisito de validez, es necesario que la mujer, el donante y el médico se encuentren revestidos de ambas capacidades, y no solo de la primera, para que así ejerzan sus derechos libremente.

Vicios en la Voluntad

Para que un negocio jurídico sea válido requiere entre otras cosas que la voluntad no este viciada, esto quiere decir con ausencia de vicios en la voluntad, estos vicios pueden ser el error consistente en una opinión falsa o errónea y el miedo o terror, consistente en la manifestación de la voluntad sin que sea coaccionado, y aunque se acostumbra agregar

a estos vicios el dolo, la mala fe, la ignorancia y la reticencia, algunos autores definen a estos últimos como meras formas de inducir a el error.

El dolo y la mala fe en el fondo son la misma cosa con la diferencia de que en la primera consiste en una acción y la mala fe en una omisión. Por su parte la ignorancia no es si no la ausencia de conocimientos con respecto al asunto o materia del negocio y la reticencia según el jurista francés Plianol es el silencio voluntario guardado por una de las partes acerca de un hecho o circunstancia, que la otra parte tendría interés en conocer para estar en plena aptitud de celebrar el negocio jurídico.

En la inseminación artificial para una correcta aplicación de la norma jurídica, es necesario que la mujer, el donante y el médico estén seguros de sus funciones dentro de este proceso reproductivo, es decir que no se encuentre viciada por alguna de las partes.

Forma

Es la manera en la que se lleva a cabo dicha manifestación, ya sea de forma tácita o expresa, es decir la forma en que se realiza dicha manifestación: verbalmente, por escrito, por mímica, o por comportamiento o conducta (tácitamente), dejando de sobrentendido que todo negocio jurídico requiere una forma o manera especial para celebrarse, por lo que ningún negocio o acto jurídico carece de forma.

En cuanto a la forma se debe señalar que la misma debe ser escrita, en donde el donador, la madre, y el médico especialista,

manifiestan su voluntad de realizarse la donación, la inseminación y de cumplir con su función.

La Licitud

El artículo 1830 nos da el concepto de la ilicitud "la ilicitud es todo aquello que va en contra de la ley y de las buenas costumbres", y toda vez que el código civil no contempla el concepto de la licitud, y tomándolo en el sentido contrario podríamos, deducir que la licitud es "el hecho que no es contrario a las leyes ni a las buenas costumbres".

Es difícil establecer la licitud toda vez que no se encuentra regulada la inseminación artificial por las leyes mexicanas, sin embargo no esta prohibida, pero algunos sectores de la sociedad están en desacuerdo de su aplicación por ir en contra de las buenas costumbres, según su entender.

Es por ello que debemos concluir que para que la inseminación artificial pueda estar contemplada dentro de las normas jurídicas mexicanas debe de cumplir con los requisitos esenciales y de validez del mismo ordenamiento, para que sus consecuencias sean jurídicamente viables y exigibles, esto es que la mujer el donante y el medico especialista otorguen su consentimiento y así realizar el objeto mismo de la inseminación crear una vida, cumpliendo así con los requisitos esenciales de validez.

Igualmente es necesario que dicho consentimiento se encuentren revestido de la capacidad propia de cada uno de los sujetos que en ella intervienen, que no se encuentre viciado en la voluntad de las

partes, por el error, miedo, temor, dolo o la mala fe, siendo lícito en todo momento el actuar de los contratantes.

Al tratarse de una prestación de servicios por parte del médico especialista, es necesario que dicha prestación de servicios se vea perfeccionada con un contrato en el que el médico y la mujer o el donante dependiendo del caso se comprometen y obligan a cumplir con dichos requisitos y consecuencias jurídicas.

CAPITULO 2

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN OTROS PAISES

2.- DERECHO COMPARADO

Podemos decir que a nivel mundial existe escasa legislación que regule las nuevas técnicas de reproducción humana sin embargo, existen únicamente unos cuantos países que han decretado alguna normatividad, entre ellos podemos mencionar a Australia, España, Francia, Gran Bretaña, Italia, Portugal, Suecia y Suiza.

La falta de regulación de este fenómeno tan novedoso, no podemos atribuirla a una negligencia por parte del legislador, y mucho, menos puede decirse -tal como lo afirman algunos autores-, que el Derecho esté dando la espalda a la realidad de la existencia de estas prácticas. En mi opinión, la falta de una legislación especial obedece primeramente a una falta de conocimiento de las diferentes prácticas existentes en sí, así como de todos los efectos jurídicos que de ellas se pueden derivar. Esta falta de conocimiento tiene su origen en la ausencia de información suficiente sobre las implicaciones que en todos los órdenes de nuestra vida -incluyendo el jurídico-, está provocando este avance en la biología genética, lo cual no ha permitido a los diferentes sectores involucrados -juristas, moralistas, sociólogos y otros - tomar conciencia de la magnitud de los cambios que se avecinan, ya que como se puede apreciar constantemente hay descubrimientos y logros en la biología genética, que dejan a México y a muchos países mas, en un retraso

constante dada la avanzada del científico, que se ve desprotegida o beneficiada por la falta de regulación jurídica sobre el tema. Es por eso que es mi intención desentrañar las raíces de esta falta de información en varios factores, permitiendo descubrir las ausencias de una regulación necesaria para la biología genética, no solo en nuestro país, sino también en otros países, percatándose el lector a través de esta investigación que una vez realizado un escrutinio sobre el impacto de la nueva tecnología, se ponga freno al libertinaje de una investigación vigente hoy en día en este campo, regulando no solo la investigación, sino también su aplicación en todos y cada uno de los diferentes países, para la protección de los individuos que acuden a ella.

Podríamos decir que la falta de normatividad es el hecho de que este fenómeno aún se encuentra en un período evolutivo, de manera que todavía no pueden sacarse conclusiones absolutas, pues no estamos ante un fenómeno determinado. La biología genética, por su naturaleza sigue, desarrollándose día a día. No obstante, es necesario establecer de inmediato las bases morales y jurídicas sobre las cuales ha de realizarse toda investigación existiendo ciertos principios éticos a los cuales el quehacer científico debe acomodarse.

La determinación de los individuos de tener descendencia y el embarazo son procesos complejos, en los que intervienen factores de diversas índoles como lo son los psicológicos, sociales, económicos, religiosos, e incluso legales, aunque la atención está centrada en la protección de la vida humana, su traducción en las numerosas resoluciones y documentos emitidos por comisiones creadas han afectado y van desde el control estatal con un final abierto, hasta restricciones jurídicas categóricas. El impacto está dado, no tanto por la tecnología en sí, como por el reto que su aplicación plantea a los juristas en lo referente a

determinar el alcance de los derechos y libertades previstos por las leyes. El papel creciente de los gobiernos nacionales en las instituciones de salud y en la selección de los participantes se ha extendido, además al control de la donación y disposición de los gametos y embriones humanos. De esta forma la tecnología reproductiva se convierte en una excusa para fomentar dos tendencias: la ya presente "medicalización" de la reproducción y la "judicialización" del embarazo. Cabe entonces preguntarse hasta que punto es posible controlar (sin afectar) el desarrollo de la tecnología reproductiva y al mismo tiempo respetar los derechos legítimos de la persona. Sin dudas, la respuestas a esta interrogante no está al alcance de la mano, y es ahí donde el Derecho, haciendo uso de la experiencia y los recursos disponibles, y a través de las personas encargadas de redactar y conformar las Leyes, va a desempeñar un papel determinante.

La tecnología reproductiva en los países europeos se lleva a cabo de diversas formas, no siempre de manera respetuosa con la dignidad del embrión humano: legislación específica con o sin sanciones penales correspondientes; reglamentación de tipo administrativo; recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos; Comités o Consejos Nacionales éticos de composición multidisciplinar, son los componentes que se contemplan o en su caso se llegan a olvidar en las diversas legislaciones europeas, dejando así una adaptación de la ley, en razón a las múltiples culturas y tecnologías que se susciten en los diversos países europeos en donde se contempla a la inseminación artificial.

Es por eso que dada la complejidad de esta materia y sus implicaciones médicas, bioéticas y biojurídicas, el sistema de control más acertado no debería excluir un tipo u otro de regulación, sino que por el

contrario todos se complementan y son necesarios, siempre que respeten la dignidad del hombre y sus costumbres.

Desde el punto de vista legal, la regulación de la procreación artificial humana en el ámbito europeo carece de uniformidad, puesto que las leyes europeas sobre Reproducción Asistida aceptan en general estas técnicas, con distintos matices, por el contrario no ocurre lo mismo en el caso de la experimentación embrionaria. La mitad de los países con legislación específica (Alemania, Noruega, Dinamarca), respetan la dignidad del embrión humano desde el momento de la fecundación, y en consecuencia la ley es restrictiva en este punto, por el contrario, en los países donde se otorga el estatuto biológico al embrión humano a partir del día 14 después de la fecundación (España, Inglaterra), el embrión de menos de 14 días se ve abocado a una situación desigual, de menor protección desde el punto de vista jurídico.

En las leyes europeas sobre Reproducción Asistida es prácticamente unánime el rechazo de la maternidad de sustitución, la creación de híbridos, la clonación y la manipulación genética, así como la aceptación del derecho del donante de semen al anonimato, en este punto sólo la ley sueca reconoce el derecho del hijo que nazca tras Inseminación Artificial con Donante a conocer la identidad de su padre biológico.

Por lo que es importante agrupar a los distintos países europeos según el tipo de regulación legal existente en materia de reproducción asistida, a fin de que se pueda apreciar de una forma genérica la regulación de esta técnica en los diversos países europeos que la contemplan.

1) Los países con legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria son: Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania, y el enunciado de las leyes correspondientes es el siguiente:

- Suecia:

. Ley sobre la inseminación artificial, diciembre 1984.

. Ley sobre la fecundación in vitro, junio 1988.

- Dinamarca: Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos, junio 1987.

- Noruega: Ley sobre fertilización artificial, 1987.

- España: Ley sobre técnicas de reproducción asistida, nov. 1988.

- Alemania: Ley sobre protección del embrión humano, 1990.

- Inglaterra: Ley sobre fertilización humana y embriología, 1991.

Además existe una normativa legal sobre esta materia circunscrita al Cantón suizo de Basilea y un Decreto ley en el Cantón de Saint Gallen (en otros cantones suizos hay regulaciones o directivas dirigidas sobre todo a los profesionales médicos que llevan a cabo estas técnicas, siguiendo las recomendaciones de la Academia Suiza de Medicina).

2) En otros países como Francia, Portugal, Italia, Austria o Bélgica hay proposiciones de ley, siendo Francia la nación donde la discusión del Proyecto en el Parlamento es inminente.

3) Existen medidas legales (Decreto Ley o normativas) que reglamentan aspectos generales de las técnicas de reproducción asistida (más bien se refieren a la Inseminación Artificial) de tipo administrativo (dirigido a los profesionales), en las siguientes naciones:

- Portugal: Decreto Ley de septiembre de 1986 sobre reglamentación de Centros donde se lleven a cabo técnicas de procreación asistida humana.
- Bulgaria: Orden legal de mayo 1987 del Ministerio Nacional de la Salud sobre fertilización artificial de la mujer.
- Antigua URSS: Decreto sobre la Inseminación Artificial D, de mayo 1987 (Ministerio Sanidad Soviético).
- Checoslovaquia: Instrucción dictada por el Ministerio de Sanidad en 1982, sobre la Inseminación Artificial.
- Hungría: Ordenanza sobre la Inseminación Artificial, 1981 (enmendada en 1989).
- Austria: Decreto Ley de junio 1988 de la Chancillería Federal sobre las pruebas a que debe someterse el semen para la Inseminación Artificial.
- Francia:
 - Decreto Ley de abril 1988 relativo a las actividades de la procreación asistida médicamente.
 - Decreto que lleva consigo la creación de la Comisión Nacional de Medicina y Biología de la Reproducción, abril 1988.
 - Orden de Agosto de 1980 sobre Inseminación Artificial (exámenes a los donantes).
 - Ley de 1978 que enmienda al Código de la Seguridad Social (en relación con el pago por parte de la Seguridad Social de las investigaciones diagnósticas y terapéuticas de la esterilidad).
- Cantones suizos:
 - Vaud: Ley sobre la salud pública de 1985 y directivas del Consejo de Salud de 1986 sobre la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro.
 - Ginebra: Regulaciones de 1986 sobre la Fecundación In Vitro.
 - Neuchâtel: Directivas de 1986 sobre la Inseminación Artificial, Fecundación In Vitro y experimentación embrionaria.

- Holanda: Decreto de 1988 enmendando las regulaciones administrativas generales sobre competencias hospitalarias (éstas se hacen extensivas a la Fecundación In Vitro).

4) Por otra parte, casi todos los países europeos incluyen enmiendas en el Código Civil reconociendo la paternidad legal del varón que consintió la inseminación de su mujer con semen de donante:

- Bélgica: Art.318 del Código Civil, enmienda marzo 1987.
- Bulgaria: Código de la Familia, artículo 33, mayo 1985.
- Checoslovaquia: Enmienda a la Ley de la Familia, artículo 52/2, noviembre 1982.
- Grecia: Enmienda al Código Civil, artículo 1 471/2- 2, febrero 1983.
- Hungría: Ley sobre el Matrimonio y la Familia de 1974.
- Luxemburgo: Enmienda al artículo 312 del Código Civil, abril 1979.
- Holanda: Código Civil, artículo 201/1.
- Portugal: Enmienda por Decreto Ley de noviembre 1977 del artículo 1839 del Código Civil.
- Suecia: Ley de diciembre de 1984 enmendando el artículo 6 del Código de la Familia.
- Suiza: Enmienda de 1975 del Código Civil, artículo 256/3.
- Inglaterra: Ley de 1987 sobre Reforma de la Ley de la Familia.
- Antigua Yugoslavia:
- Bosnia-Herzegovina: Ley de la Familia de 1979.
- Croacia: Ley sobre el Matrimonio y Relaciones familiares 1978.
- Kosovo: Ley sobre el Matrimonio y Relaciones familiares de 1984.
- Macedonia: Ley sobre relaciones de padres e hijos, artículo 18, 1973.
- Montenegro: Ley sobre relaciones de padres e hijos, 1975.
- Serbia: Ley sobre matrimonio y relaciones de la familia, 1980.

- Eslovenia: Ley sobre matrimonio y relaciones de la familia, 1976.
- Voivodina: Ley sobre relaciones entre padres e hijos, 1975.

5) Otros países sin legislación vigente sobre las técnicas de Reproducción Asistida, se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos.

- Irlanda: Recomendaciones promulgadas por el Instituto de Obstetras y Ginecólogos del Real Colegio de Médicos.
- Suiza: Recomendaciones de la Academia Suiza de Medicina (en numerosos cantones (municipios) existen normativas legales en las que dichas recomendaciones adquieren carácter obligatorio).

6) Además, en algunas naciones otras instituciones multidisciplinares desempeñan un papel importante en la regulación de aspectos ético-legales de la procreación humana asistida:

- El Consejo Nacional ético danés, establecido en la ley de 1987, tiene competencia para proponer medidas legales (que deberán ser aprobadas por el Parlamento).
- El Comité Nacional de Ética francés es un órgano consultivo para las cuestiones éticas que plantean las técnicas de Reproducción Asistida; indirectamente ha influido en el proceso de legislación nacional, ya que sus recomendaciones se han tenido en cuenta en la elaboración de los proyectos de ley.

De esta visión global de la regulación de la Reproducción Asistida Humana en el ámbito europeo podemos deducir que existe falta de uniformidad en materia legislativa, salvo en lo concerniente al

reconocimiento de la paternidad legal del varón que consintió la Inseminación Artificial con donante de su mujer. En este punto, la mayoría de los países europeos han adoptado pautas en sus legislaciones (hay que tener en cuenta que la práctica de la Inseminación Artificial con donante es anterior al desarrollo de otras técnicas de Reproducción Asistida).

El reconocimiento de la paternidad legal en caso de Inseminación Artificial puede considerarse positivo en el sentido de que se garantiza al niño que nazca el derecho de filiación. Sin embargo, salvo la excepción de la Ley sueca, esta medida legal no se acompaña del derecho del niño concebido mediante Inseminación Artificial con Donante a conocer la identidad de su padre biológico, lo cual podría ir en detrimento del propio niño así engendrado.

Legislación comparada.

En cuanto a los países con legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o embriología humana, consideramos de interés el análisis comparativo de los puntos más relevantes. Entre ellos, se han seleccionado los siguientes:

1. Técnicas de Reproducción Asistida que contempla la ley y/o procedimientos relacionados.

En este apartado, cabe destacar que todos los países legislan sobre la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, si bien en Dinamarca no se mencionan de forma expresa; todos menos Suecia sobre la experimentación en embriones humanos; en España se menciona

además la GIFT y en Alemania las técnicas de micromanipulación (se prohíben éstas con fines experimentales).

2. Ámbito de aplicación de las técnicas de Reproducción Asistida.

En este rubro se reduce al matrimonio legal en la ley noruega; matrimonio o pareja heterosexual estable en Suecia; en España además de lo anterior puede acceder a las técnicas de Reproducción Asistida la mujer sola. En Dinamarca, aunque la ley no contempla este apartado, las recomendaciones publicadas en 1990 por el Consejo ético (establecido en la legislación sobre Reproducción Asistida), también aceptan el acceso de la mujer sola a las técnicas de Reproducción Asistida. En Inglaterra y Alemania no se pronuncian al respecto.

3. Aceptación o rechazo de la Inseminación Artificial post-mortem

La ley española acepta la Inseminación Artificial post-mortem, si bien deberá realizarse en los 6 meses siguientes al fallecimiento del marido o compañero, siempre que éste lo haya consentido previamente en escritura pública o testamento (para reconocer la filiación legal al niño que nazca).

La legislación alemana prohíbe la Inseminación Artificial post-mortem de forma expresa y la sueca de forma implícita, ya que el artículo 2 de la ley sobre la Inseminación Artificial de 1984 dice: "La Inseminación Artificial sólo puede realizarse con la condición de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre en circunstancias similares al matrimonio. Debe obtenerse el consentimiento escrito del marido o compañero".

Además, en el informe previo a la ley, elaborado por el correspondiente Comité gubernamental, se rechaza la Inseminación Artificial post-mortem de forma expresa, basándose en la necesidad del niño concebido por Inseminación Artificial de tener acceso a ambos progenitores (y en el caso de la Inseminación Artificial con Donante a conocer la identidad de su padre biológico).

El resto de los países no se pronuncian sobre este punto en las leyes.

4. Donación de gametos:

Todos los países aceptan la donación de semen, si bien en el caso de la Fecundación In Vitro, en la ley noruega y sueca los gametos han de proceder de la propia pareja que se somete a la técnica (es decir, aceptan la donación de semen sólo en el caso de la Inseminación Artificial).

La ley española aprueba un período para mantener el semen crioconservado no superior a 5 años y la inglesa a 10 años. En el informe del Comité sueco sobre la Inseminación Artificial -no propiamente en la ley- se recomienda un período no superior al año.

a) límite en el número de donaciones o inseminaciones por donante.

También en la legislación española, se recoge que deberá limitarse el número de hijos que nazcan de un mismo donante a seis. En otros países como Inglaterra o Dinamarca esta limitación no queda recogida en la ley, sino en el informe Warnock en el primer caso (se limitará

el número de las donaciones a diez por donante) o en las Recomendaciones del Consejo ético danés (se limitará el número de las inseminaciones realizadas por donante -no especifica la cifra-).

En Suecia, el informe del Comité gubernamental previo a la ley de Inseminación Artificial de 1984, considera que no debe utilizarse el semen de un mismo donante para la procreación de más de 6 niños

b) screening en el donante de semen

En cuanto al estudio que debe practicarse al donante de semen, la ley española contempla que deberá realizarse despistaje de enfermedades hereditarias o infecciosas transmisibles. En una Orden legal de junio de 1988 se indica que se determinarán marcadores de VIH en el semen del donante y en la mujer receptora.

En las leyes de Noruega y Suecia se recoge de una forma un tanto genérica esta selección del donante. En la primera puede leerse: "es competencia del médico la selección del donante"; la ley sueca sobre Inseminación Artificial de 1984 dice: "el médico elegirá el adecuado donante de semen". No obstante, las regulaciones y recomendaciones sobre aspectos de la Inseminación Artificial de 1987, aclaran un poco más los criterios de selección: "el médico debe verificar que el donante no padece enfermedad detectable alguna que entrañe riesgos para la salud de la mujer y del hijo así concebido." En estas recomendaciones se establece la determinación de anticuerpos frente al virus del SIDA en el semen del donante, con carácter obligatorio.

Las recomendaciones de 1989 del Consejo ético danés mencionan "criterios médicos de selección del donante", sin especificar cuáles.

c) Derecho del donante de semen al anonimato.

La ley sueca reconoce el derecho del hijo nacido por Inseminación Artificial con Donante a conocer la identidad de su padre biológico, al alcanzar la mayoría de edad. Es pues, el único país con legislación sobre la procreación humana asistida que niega el derecho del donante de semen al anonimato, en favor de lo que considera un bien para el hijo.

La ley española y la inglesa, aun reconociendo el derecho al anonimato del donante, contemplan el acceso, por parte del hijo que nazca procedente de semen de donante, a cierta información general ("identidad genética") acerca de éste, al alcanzar la edad de 18 años. Esta ley acepta además que excepcionalmente se revele la identidad biológica del donante: "si existe peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales".

d) Congelación y donación de óvulos

Respecto a la congelación y donación de óvulos, son aceptadas en la ley inglesa ambas. La ley española y noruega prohíben la congelación, especificando en nuestra ley: cuando se lleve a cabo con fines de procreación y hasta que deje de considerarse una técnica experimental. En la ley noruega se prohíbe de forma implícita la donación de óvulos, ya que sólo se realizará Fecundación In Vitro con gametos de la

pareja que lo solicite; y en la legislación alemana se prohíbe expresamente.

En las leyes de los países restantes no se contempla este aspecto (las recomendaciones del Consejo ético danés aprueban la donación de ovocitos).

5. Donación y criopreservación de embriones.

Sólo la ley noruega prohíbe de forma expresa la donación de embriones, permitiendo la crioconservación de los mismos durante un período no superior a 12 meses y con el fin de ser transferidos.

Alemania y Suecia no se pronuncian. Esta última rechaza la donación de embriones en un informe gubernamental.

España e Inglaterra aceptan la congelación y donación de embriones de forma expresa. En ambas legislaciones se contempla que el período durante el cual podrán mantenerse congelados los embriones no ha de ser superior a 5 años.

El Consejo ético danés acepta en sus recomendaciones ambos procedimientos.

6. Investigación y experimentación en embriones humanos:

Respecto a este aspecto fundamental relacionado con la Reproducción Asistida, la experimentación en embriones humanos, cabe señalar que aquellas legislaciones que respetan la vida humana desde la

fecundación prohíben, de forma coherente, la experimentación embrionaria en un sentido amplio. Es el caso de Alemania, Noruega y Dinamarca. En este último país, aunque la ley dice textualmente que el Consejo ético "deberá llevar a cabo su trabajo asumiendo que la vida humana comienza en el momento de la fecundación", y somete a moratoria toda experimentación efectuada en embriones humanos, otorga al propio Consejo el poder para elaborar futuras medidas legales sobre esta materia.

En este sentido hay que señalar que las recomendaciones de 1989 aceptan la experimentación en embriones y fetos humanos siempre que no suponga alteraciones genéticas transmisibles a las futuras generaciones; si no pueden obtenerse resultados de otra manera, y si supone una mejoría en las técnicas de reproducción.

España e Inglaterra consideran en sus legislaciones respectivas que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación (de forma expresa o implícitamente).

En la ley española se otorga el estatus biológico al embrión humano en esa fecha, en la que ha finalizado la implantación en un embarazo natural: "... el momento de la implantación es la necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión". En el preámbulo de la ley se define el término preembrión como aquella fase del desarrollo embrionario que va desde la fecundación hasta los 14 días.

En Inglaterra se había aceptado la definición de preembrión de forma expresa en 1986, en el primer informe publicado por la VLA (Voluntary Licensing Authority for Human in Vitro Fertilisation and Embryology): aquellas células en división (tras la fecundación) hasta la formación de la línea embrionaria primitiva (comienzo de la organogénesis).

Anteriormente, en el Informe Warnock, no queda recogida esta definición como fase del desarrollo embrionario, si bien sí se acepta implícitamente, y de hecho a partir del día 14 tras la fecundación el embrión humano adquiere, según dicho Informe, el estatuto jurídico.

Esto se traduce en las recomendaciones que prohíben la experimentación en embriones humanos después del día 14 tras la fecundación, o simplemente el mantener un embrión vivo in vitro a partir de esa fecha.

España prohíbe la creación de embriones mediante Fecundación In Vitro con fines de investigación. Sin embargo, acepta la experimentación, tanto terapéutica como no terapéutica, bajo los siguientes términos:

Aprueba la investigación en embriones in vitro vivos hasta los 14 días de vida, previo consentimiento de la pareja de la que proceden, bajo la debida regulación.

a) Además, si son viables:

- Sólo se autorizará la investigación con carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos, y que no modifique el patrimonio genético no patológico.

b) Si son no viables:

- Si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal; se acepta cualquier tipo de investigación autorizada (con fines distintos a los señalados en el apartado anterior).

La investigación terapéutica (en el apartado a) se autorizará en relación a enfermedades con diagnóstico preciso y pronóstico grave, cuando ofrezca garantías razonables de mejoría o solución y si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

En este sentido, hay que comentar que no existen referencias bibliográficas, a partir del material revisado, donde se afirme que hoy por hoy sea factible la investigación terapéutica en embriones humanos bajo las condiciones señaladas.

Por otra parte, el término "investigación con fines diagnósticos y terapéuticos" puede inducir a error, ya que tanto en un caso como en otro se contempla la posibilidad no de curar al embrión, sino de eliminarlo (así se impide la transmisión de la enfermedad que presente un determinado embrión; lo cual es equiparable al "aborto terapéutico").

En la ley inglesa se autoriza la investigación en embriones in vitro hasta el día 14 tras la fecundación, con fines diagnósticos o terapéuticos, o si está encaminada al avance en el control de la fertilidad. Como se comentó en los resultados, la propuesta de ley se presentó al Parlamento con dos posibles opciones: una de ellas prohibiendo toda

experimentación en embriones humanos (que fue rechazada). No se prohíbe de forma expresa la creación de embriones mediante Fecundación In Vitro destinados a la investigación.

En Suecia se acepta la investigación embrionaria con ciertos límites (fundamentada desde el punto de vista médico y hasta el día 14 después de la fecundación); pero bajo la regulación de normas éticas, no legales.

7. Manipulación genética.

En relación con la manipulación genética en embriones humanos, España, Inglaterra y Alemania la prohíben de forma expresa cuando lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección.

El Consejo ético danés también se adhiere de manera implícita a esta prohibición en sus recomendaciones.

En la ley noruega no se contempla, ya que prohíbe toda experimentación embrionaria.

8. Maternidad de sustitución.

Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre este punto: Acta de acuerdos o disposiciones de subrogación de 1985. En ella condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí (es decir, no

prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios).

La ley de 1991 reconoce como madre legal a la mujer que alumbra al niño, siendo el padre del niño responsable legalmente de él, a no ser que aquel pueda probar que el niño nació sin su consentimiento.

La ley alemana prohíbe la maternidad de sustitución; tampoco sanciona a la madre sustituta ni a los padres.

Las leyes noruega y sueca la prohíben de forma implícita, ya que la primera prohíbe la donación de embriones, y la Fecundación In Vitro se llevará a cabo dentro del marco legal con gametos de la pareja, siendo transferido el huevo fertilizado únicamente a la mujer de la cual proceda; y la segunda recoge supuestos similares (salvo la prohibición de donación de embriones).

En la ley española se considera nulo el contrato de subrogación; la maternidad queda determinada por el parto.

9. Otras desviaciones en el uso de las técnicas de Reproducción Asistida: clonación, quimeras, híbridos.

Algunas de las desviaciones en el uso de las técnicas de reproducción asistida, tal y como se definen en el apartado correspondiente, se prohíben expresamente: la clonación, la creación de híbridos y quimeras, casi de forma unánime (salvo en la ley noruega en la que se sobre entiende, ya que se prohíbe toda experimentación en

embriones humanos; y en la ley inglesa, que prohíbe los dos primeros procedimientos).

La ley sueca no contiene prohibiciones legales en este campo.

Además se prohíbe la selección de sexo en el embrión obtenido in vitro cuando no exista el riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria ligada al sexo, en las leyes española y alemana.

10. Sanción ante las prohibiciones legales.

Las leyes alemana y noruega contemplan pena de prisión no superior a tres años y multa o prisión no superior a 3 meses respectivamente, aplicables a las personas que incumplan la ley.

La ley danesa sanciona con pena de multa o prisión la experimentación en embriones humanos (sujeta a moratoria) y las desviaciones de la Fecundación In Vitro. Estas se consideran delito en la ley inglesa. La ley española trata de las infracciones y sanciones en el capítulo VI, enumerando lo que considera infracciones graves y muy graves (entre ellas las desviaciones en el uso de las técnicas de Reproducción Asistida promulgación del nuevo Código Penal, cuya discusión está en curso, no se tipificará penalmente como delito ninguna de estas infracciones.

En el área centroamericana, podemos decir que nuestro país va a la cabeza en lo que respecta a la práctica de fecundación in vitro. El nacimiento del primer bebé de probeta en el área lo registramos precisamente en nuestro país el día 1 de diciembre de 1988, el cual tuvo

lugar en el Centro Ginecológico de San Salvador. Posteriormente, el día 19 de mayo de 1989, dentro de las instalaciones del Centro Ginecológico, se inauguró en nuestro país el primer laboratorio para la fecundación in vitro, el cual, debido a la alta tecnología que utiliza, es el único en su género a nivel centroamericano. El centro está a cargo del médico salvadoreño José Roberto Bonilla Henríquez, quien fuera el mismo facultativo quien, junto con un médico colombiano, tuvo a cargo el embarazo y alumbramiento del primer bebé de probeta a que hemos hecho mención.

La técnica de la fecundación extracorpórea ha desencadenado una serie de audaces propuestas de los científicos y médicos. Así, la aplicación de la fecundación extracorpórea ha abierto la posibilidad de que se investigue la posibilidad de perfeccionar técnicas como la clonación, los bancos de tejidos de recambio, las fertilizaciones mixtas y gestaciones en un animal, la gestación subrogada y el embarazo masculino¹⁹.

Algunas de estas técnicas derivadas de la fecundación in vitro se mantienen únicamente a nivel potencial, es decir, aún no se ha iniciado su experimentación seria, pero no se descarta su posibilidad real. Nos referimos al caso del embarazo masculino.

En lo que respecta a las fertilizaciones mixtas y a la transferencia y gestación de embriones humanos por parte de animales, diremos que actualmente existen países como Suecia, en los que efectivamente se ha comenzado la investigación en este campo, habiéndose llevado a cabo experimentos de fertilización de un huevo de

¹⁹ SANTOS RUIZ, Ángel. Instrumentación Genética. Ediciones Palabra, Madrid, 1987 p 68.

mono hembra con espermatozoide humano. No obstante, aún no hay una aprobación oficial final para esta clase de experimentaciones mixtas²⁰.

No hay que olvidar que dentro del derecho comparado es importante dada su influencia en el mundo la opinión de máximo pontífice de la religión católica, el cual, no aprueba del todo a esta técnica de inseminación artificial y mucho menos sus diferentes aplicaciones dado que partiendo de que sólo es digna de tomarse en consideración la fecundación artificial "homóloga" es decir, la realizada dentro de una pareja monogámica unida por un matrimonio legítimo. La fecundación artificial entre personas no casadas (convivientes o no convivientes) o realizada con espermatozoide u óvulos donados, se encuadra dentro de otros parámetros jurídicos: o la fornicación o el adulterio.

Por fecundación artificial entendemos tanto la fecundación extracorpórea (vulgarmente llamada "in vitro") y la fecundación intracorpórea (inseminación artificial o fecundación "in vivo") en las que interviene una tercera persona (el técnico) de modo tal que se separan los dos significados o dimensiones del acto conyugal.

Éste es el punto clave y determinante para responder a la cuestión: el acto conyugal tiene dos dimensiones que son intrínsecamente indisolubles por voluntad divina, inscritas en la naturaleza del hombre y de la mujer; son la dimensión unitiva y la dimensión procreativa. El Papa Juan Pablo II gusta en llamarlas "los dos significados del acto conyugal" para subrayar el hecho de que se inscriben dentro del "lenguaje del cuerpo": Dios nos habla de su voluntad sobre el hombre y la mujer y sobre la

²⁰ *Ibidem*, p 87

sexualidad, a través de las leyes que Él ha inscrito en el cuerpo humano. Es tarea del hombre "leer" y "entender" su mensaje y su voluntad; por eso, guardan para él un "significado". Lo que el cuerpo, con su realidad, su estructura, sus leyes, sus ritmos, le dice es que en el acto conyugal es donde un hombre y una mujer encuentran la mayor capacidad de unión y donación, y, al mismo tiempo, el único medio por el que pueden "llamar dignamente" a la vida a un nuevo ser fruto de esa unión y mutua donación. Un significado se expresa a través del otro: el llamar a la existencia al hijo se da a través del acto que une y despoja a cada uno de los esposos para entregarse totalmente al otro (le entrega todo: su afecto, su espiritualidad, su cuerpo y su capacidad procreativa); al mismo tiempo la unión y mutua donación total sólo pueden lograrla en la medida en que sus actos queden "abiertos" al hijo "posible"; por eso, en cuanto ponen obstáculos artificiales para que ese hijo sea "un imposible", también ponen obstáculos a la mutua entrega y al amor, y el acto se convierte en dos egoísmos que se suman; no en una renuncia de sí para darse, sino en un despojo y una rapiña del otro (tomando su afecto, su sensualidad, su corporeidad).

Todos los actos que se opongan a esta íntima unión, es decir, que dividan e incomuniquen estos dos elementos, atentan a la dignidad del matrimonio, del amor y, si engendran un hijo (como es el caso que analizamos) atentan contra la misma dignidad del hijo. Porque todo hijo, todo ser humano, tiene ciertos derechos inalienables: el derecho de no ser "fabricado" sino de ser "llamado" y de ser "un don de Dios"; el derecho de nacer de un acto de amor exclusivo y total de su padre y de su madre, no de un acto técnico de un científico; el derecho de ser un "regalo" siempre inesperado, siempre misterioso, aunque se hayan puesto los medios para

que venga al mundo; el derecho a no ser un simple "éxito científico" o un posible "fracaso".

Una vez transcritos los diversos puntos de vista de los distintos estados, incluyendo al máximo exponente del catolicismo Juan Pablo II, debemos determinar y entender que estas diversas posturas nos dejan ver no solo el nivel cultural e histórico, sino que incluso las diversas posturas de las miles de opiniones del hombre y de sus múltiples necesidades, a fin de establecer, que tanto afecta sus principios y necesidades dependiendo del lugar de donde provienen.

Es cierto que un país con ideas y posturas morales muy arraigadas a las católicas por ejemplo, que es el caso de países de Latinoamérica como Argentina, en donde nos percatamos de sus ideas con respecto a la inseminación artificial en donde incluso el mismo científico se queja de las trabas que tiene para acercarse más al conocimiento, incluso hay tratadistas y juristas que invadidos por un sentir nacionalista y moral, señalan la preferencia por una adopción que recurrir a la inseminación artificial, dando un claro ejemplo de las formas que ellos proponen para combatir las diversas circunstancias como la infertilidad, que no permiten a una pareja concebir.

Por el contrario en países europeos incluso hay ya normas jurídicas que no solo regulan las técnicas de Inseminación artificial mas comunes, también exponen su opinión o incluso su rechazo a la práctica de la maternidad subrogada, dejando en claro que si bien aprueban algunas prácticas de estas técnicas, otras mas son rechazadas.

Caso especial es Estados Unidos de Norte América, el cual nos establece una regulación con respecto a la maternidad subrogada siendo un país en donde este tipo de modalidad de las Técnicas de Reproducción Asistida, se encuentra, en primer plano, dejando a las Técnicas de Reproducción Asistida y sus diversa modalidades dejando claro que sus necesidades y criterios culturales y morales, son totalmente diferentes a los de otros países, siendo muy importante su forma de ser y de ver la vida.

2.1.- ESPAÑA

En los distintos países europeos existen diferentes tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida; algunos se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y normativas. Por último, existen países que tienen una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria como en España, donde existen la Ley sobre técnicas de reproducción asistida y Ley sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos de 1988.

Las técnicas de Reproducción Asistida que contempla la ley y procedimientos relacionados, son legisladas por todos los países; en España se menciona además la GIFT, por su parte en el ámbito de aplicación de la Reproducción Asistida, España establece la necesidad de un matrimonio o pareja heterosexual, incluso puede acceder a las técnicas de la Reproducción Asistida la mujer sola, por su parte la Inseminación artificial postmortem, es aceptada por la ley española siempre y cuando se realice en los 6 meses siguientes al fallecimiento del marido o compañero, y que este lo haya consentido previamente en

escritura pública o testamento (para reconocer la filiación legal al niño que nazca); por su parte en lo referente a la Donación y crioconservación de gametos, la legislación española aprueba un período para mantener el semen crioconservado no superior a cinco años, sin embargo, el derecho del donante de semen al anonimato, aun reconocido, contempla el acceso por parte del hijo que nazca procedente del mismo a cierta información general ("identidad genética") al alcanzar la edad de 18 años.

La congelación y donación de óvulos es prohibida por la ley española, especificando "cuando se lleve a cabo con fines de procreación y hasta que deje de considerarse una técnica experimental", por otro lado la donación y criopreservación de embriones, contempla un periodo no superior a cinco años, durante el cual podrán mantenerse congelados.

Respecto a la experimentación embrionaria, España considera en su legislación que la vida humana comienza a partir del día decimocuarto de la fecundación (de forma expresa o implícitamente).

En cuanto a la maternidad de sustitución la legislación española considera nulo el contrato de subrogación, puesto que la maternidad va a quedar determinada única y exclusivamente por el parto.

La ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (T.E.R.A.), del 22 de noviembre de 1988. prohíbe la gestación por subrogación, la cual

llama "alquiler de madres" y sienta el principio de que la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada será determinada por el parto.²¹

El artículo 10 de la ley en comento establece que los contratos de gestación por subrogación, ya sean a título gratuito u oneroso, son nulos de pleno derecho, y prohíbe la utilización de técnicas artificiales de reproducción para realizar ésta prácticas. Asimismo, abre la posibilidad de deducir responsabilidad administrativa, civil o penal a los trasgresores de esta prohibición, fueren éstas personas naturales o jurídicas. También se prevé que el caso en que de un contrato de esta naturaleza surja alguna descendencia. En tal supuesto, se establece que la madre legal será la que dio a luz al hijo y a éste se le registrará como "sin padre". Adicionalmente, se abre la posibilidad de considerar la solicitud de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.²²

Las sanciones contempladas por la ley española se tratan en las infracciones y sanciones, del capítulo VI, enumerando lo que considera infracciones graves y muy graves (entre ellas las desviaciones en el uso de las técnicas de la Reproducción Asistida). En el Código penal español se tipifican en los artículos 159 a 162 los delitos referentes a esta materia, castigándose la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana y a la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza.

²¹ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988), Central de Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1989. p 216.

²² *Ibidem*, p 573.

Si bien Francia es quien establecía las penas más duras, es España el país legalmente más avanzado en esta materia. La Constitución de 1978 que inició el período democrático español ya protege de los valores necesarios en relación con las implicaciones jurídicas de los biomédicos o en la actividad legislativa sobre este tema.

La "Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida" de 1988 prohibió por primera vez en el mundo (como hemos dicho, España está a la cabeza de la legislación sobre genética) la creación de seres humanos (¡o incluso razas!) por clonación.

La ley 35/1988 de 22 de diciembre sobre "Técnicas de Reproducción Asistida" prohíbe en su artículo 3º la fecundación de óvulos para cualquier fin distinto de la procreación humana.

El artículo 8º de la ley 42/1988 de 28 de diciembre sobre "Donación de Embriones y Fetos Humanos o de sus células, tejidos u órganos" permite sólo la manipulación de embriones, fetos o material genético humano con fines diagnósticos de enfermedades genéticas (ya sea para evitar su transmisión o para tratarlas o conseguir la curación). Entre los fines terapéuticos, destaca principalmente seleccionar el sexo en caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y especialmente al cromosoma "X", (trata de evitar el nacimiento de niños con malformaciones).

El nuevo Código Penal español, en los artículos 159 y 161 del Título V del libro II de la ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, considera delito estas prácticas :

El artículo 159 castiga con penas de entre 2 y 6 años la alteración del genotipo con una finalidad distinta a la de evitar enfermedades graves.

El artículo 161

"Serán castigados con penas de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto de la procreación humana.

Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idéntico por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza"

Parece curioso el hecho de que las penas aplicables a los "manipuladores genéticos" sean semejantes a las que se aplicarían a cualquier delincuente callejero, pero así lo han establecido los textos legales.

Trataremos de establecer ahora una panorámica general, tanto en países individualizados, como en el marco de la Unión Europea, es por eso que me permito señalar que el estado Español es uno de los países europeos mas actualizados en esta área toda vez que regula a las diferentes Técnicas de Reproducción Asistida, de una forma sino correcta tal vez si completa, conservando, un toque moralista dado que la inseminación artificial debe practicarse en personas que tengan una conducta heterosexual, y en donde de preferencia la pareja este casada o incluso tal vez soltera.

En lo que respecta a la Inseminación Post- mortem, el derecho español se encuentra por sobre muchos países dado el avance jurídico que hay al respecto, puesto que esta puede aplicarse siempre y cuando se realice en los seis meses subsiguientes al fallecimiento del marido o compañero de la relación afectiva existente, claro previa autorización del donador para practicarla, siendo que en países como México hace falta la regulación de este tipo de Técnica de Reproducción Asistida.

Podríamos concluir que las Leyes Españolas son las mas avanzadas al respecto, dada su naturaleza estas se encuentran por sobre muchas leyes en el mundo y aunque tienen un aire moral, por un lado, contempla conductas relacionadas con las diversas Técnicas de Reproducción Asistida, dichas conductas se encuentran supeditadas a la opinión tal vez moralista que aplicó el legislador para hacer valer su derecho y aunque en mi opinión hay circunstancias en donde la aplicación de estas leyes es correcta en otras limita o quebranta la libertad del gobernado para elegir, dado es el caso de la maternidad subrogada, la cual es llamada "alquiler de madres ". Por lo que respecta a la congelación y donación de óvulos es prohibida por la ley, contemplando solo un término de cinco años para la congelación de embriones y gametos, respetando el derecho del donador al anonimato.

En lo que respecta al área penal, el Código Penal español, es claro al castigar la fecundación de óvulos humanos, siempre y cuando sea distinto al fin último que es la procreación, siendo además la primera en oponerse a la clonación en humanos. En lo que hace a la ley General de Salud de México y el Código Penal Mexicano, solo contemplan como delito el realizar la inseminación artificial sin previa autorización de la inseminada, dejando sin sanción el uso indebido de los gametos y de los embriones específicamente hablando.

2.2 .- INGLATERRA

Este país también contempla la regulación de la inseminación artificial en sus diversas leyes, incluso podríamos decir que se encuentra a la par con la legislación española sin embargo hay circunstancias en las que no comparten del todo sus criterios, enfocándose a otros puntos, dejando diversos vacíos en las leyes que regulan esta técnica artificial de reproducción.

Es el caso que sus leyes contemplan las diversas técnicas de la reproducción asistida sin embargo no contempla la aplicación de todas y cada una de las diversas técnicas de la reproducción asistida, puesto que no se pronuncia al respecto, de igual forma deja sin legislar el rubro concerniente a la inseminación artificial pos-mortem.

En lo que respecta a la donación de gametos la legislación inglesa no contempla el número de donaciones e inseminaciones que debe realizar un donante, sin embargo el informe Warnock, señala un número de diez donaciones por donante, dejando en blanco el número de inseminaciones sin un número específico permitido.

En cuanto al screening del donante (estudio del donante), la ley inglesa no contempla esta figura en su legislación, sin embargo respeta el anonimato del donante, estableciendo la excepción del caso en el que el hijo del donante decida obtener cierta información general (información genética), cuando tenga los 18 años cumplidos.

Las normas jurídicas inglesas contemplan y aceptan expresamente la congelación y donación de los óvulos, en cuanto a la

criopreservación señala un periodo máximo de cinco años para poder congelarse.

Los ingleses en su legislación prohíben la investigación y experimentación con embriones humanos dado que para ellos es atentar contra la vida puesto que su criterio establece la existencia de vida en el decimocuarto día de fecundación, compartiendo, dicho criterio con la legislación española.

En Inglaterra se había aceptado la definición de preembrión de forma expresa en 1986, anteriormente, en el Informe Warnock, no queda recogida esta definición como fase del desarrollo embrionario, si bien sí, se acepta implícitamente, y de hecho a partir del día catorce tras la fecundación el embrión humano adquiere, según dicho Informe, el estatuto jurídico, esto se traduce en las recomendaciones que prohíben la experimentación en embriones humanos después del día 14 tras la fecundación, o simplemente el mantener un embrión vivo in vitro a partir de esa fecha.

La ley inglesa autoriza la investigación en embriones in vitro hasta el día 14 tras la fecundación, con fines diagnósticos o terapéuticos, o si está encaminada al avance en el control de la fertilidad. No prohibiendo de forma expresa la creación de embriones mediante Fecundación In Vitro destinados a la investigación, pero sí la manipulación genética.

Sin embargo en materia de reproducción asistida enfocada a través de la maternidad de sustitución, Inglaterra es el único país europeo que tiene este avance legislativo, Ley del 16 de julio de 1985 sobre Préstamos Uterinos o Surrogacy Arrangements ACT. En 1985, los compromisos de gestación subrogada realizados con ayuda de un centro

intermediario fueron prohibidos, excluyéndose, por lo tanto, de dicha prohibición los acuerdos directos de gestación subrogada. Por tanto, únicamente establece responsabilidad penal a los centros para la gestación subrogada o cualquier otro intermediario, quedando asimismo libre de responsabilidad de esta naturaleza, los usuarios o partes directas de este tipo de compromisos. Dicha ley sufrió reformas en 1986. Asimismo posee una ley relativa a la producción de embriones por medio de la fecundación in vitro.²³ En dicha ley condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí (es decir, no prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios).

La ley de 1991 reconoce como madre legal a la mujer que alumbró al niño, siendo el padre del niño responsable legalmente de él, a no ser que aquel pueda probar que el niño nació sin su consentimiento.

El país anglosajón ha creado una Comisión Asesora en Genética Humana, puesto que las diferentes desviaciones en el uso de las diferentes técnicas de reproducción asistida se encuentran actualmente prohibidas, dado a que las quimeras, los híbridos y la clonación humana no parecen muy estables ni dan garantías de la seguridad jurídica deseable (ley de "Fertilización Humana y Embriología" de 1 de noviembre de 1990, aprobada por el Parlamento ese año). Por el artículo 3º de esa ley, queda prohibido:

²³ MARTINEZ CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988). Central de Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1989, p 169.

"Sustituir el núcleo de una célula de embrión por el núcleo extraído de una células de persona alguna, ya se trate del embrión o de su desarrollo posterior ".

Ha suscitado la reacción de insignes figuras en el campo, como Sheila McLean I, profesora de leyes y ética en la Universidad de Glasgow.

A diferencia de otros países europeos las sanciones contempladas en el mal uso de las diferentes técnicas de la reproducción asistida, en específico todo lo relacionado con la experimentación de embriones y la desviación en la fecundación in vitro, son considerados delitos graves.

Este país a diferencia de España es ambiguo en sus normas jurídicas, sin embargo permite que al ser comparado con el orden normativo español, deje ver la falta de regulación de la Inseminación post-mortem, dado que no se pronuncia al respecto, sin embargo hay que contemplar que a diferencia de otros países, las normas inglesas si establecen un limite de donaciones por donante, siendo de los pocos Estados, que lo hacen, en cuanto a la congelación de óvulos, gametos y embriones, al igual que España contempla un término de cinco años.

Es importante apreciar que la mayoría de los países Europeos no aceptan la investigación y experimentación sobre embriones humanos, puesto que se estaría atentando contra el hombre mismo, permitiendo, la existencia de una conducta por demás humanista, reflejada en las diversas normas jurídicas del mundo, al nombrar en el décimo catorceavo día al producto de la fase del desarrollo embrionario Preembrión. En relación a la manipulación genética esta se encuentra prohibida por sus ordenamientos jurídicos.

Es importante destacar, que si bien España castiga la maternidad por sustitución, en Inglaterra esta modalidad, se encuentra regulada pero desde otro punto de vista, dado que solo castiga al centro intermediario entre las partes y no a las partes directas que intervienen en la misma, de igual forma todo aquello que tenga un fin lucrativo, también se encuentra penado por dicha ley.

2.3.- ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA

En Estados Unidos hay un retraso en la investigación y desarrollo de la fecundación artificial. A pesar de haber sido muy activa a principios de la década de los '70, se le impuso una moratoria a esta práctica por parte del Health, Education and Welfare Department, hasta que no se revisase su mérito científico. No fue sino hasta 1979, después del nacimiento de Louise Brown, en Inglaterra, que dicho departamento, a través de la National Ethics Advisory Board, publicó un informe favorable a la investigación de la FIV humana, con o sin transferencia embrionaria ²⁴.

Es así como Estados Unidos, a tenido enormes avances en este ramo y al igual que Argentina son los países latinoamericanos con más avances tanto jurídicos como científicos, sin embargo, actualmente se dedica a investigar y regular sobre otro rubro de la biogenética como lo es la clonación.

Para los legisladores norteamericanos es importante regular los diferentes tipos de reproducción asistida sin embargo ellos están

²⁴ MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro. Librería xxxxx, (pról. de Pablo Beltrán de Heredia xxx), Barcelona, 1988 p 36-37.

enfocados principalmente a la maternidad subrogada dado el alcance que esta tiene ante los individuos, es por ello que me permito plasmar algunas de las tantas estructuras jurídicas que existen en este país norteamericano.

Dentro del ámbito federal la ley que estaría más conectada con la gestación por subrogación sería la ley de adopción.

No existe legislación federal para todo el territorio, y por lo tanto existen criterios diferentes en cada estado. No obstante, por analogía se aplica en aproximadamente 24 estados las disposiciones que prohíben el pago de remuneración a madres que entregan sus hijos en adopción.²⁵

En consecuencia y debido a que en aproximadamente 22 estados está prohibida la remuneración en conexión con la adopción, en dichos estados tales compromisos tampoco estarían permitidos.²⁶

Tal como lo establece Martha Field, en Estados Unidos es el Congreso el encargado de decidir si este supuesto va a regularse a través de legislación federal o estatal. En caso que se optara por la primera alternativa, ésta permitiría un enfoque unitario del fenómeno, de lo contrario tendrá que regularse por normativa estatal, lo cual, a juicio de la autora, abriría la brecha a que exista fraude a la legislación de aquellos estados que impongan alguna restricción.

²⁵ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988). Central de Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1989, p 153.

²⁶ *Ibidem*, pp. 154.

La autora Amy Zuckerman establece que el estado de Arkansas era el único estado cuyos legisladores habían propuesto reconocer la legalidad de la gestación por subrogación, y, en este orden de ideas, propusieron a la madre adoptiva como la guardadora del hijo. Adicionalmente, era el único estado cuya proposición legislativa aceptaba la existencia de centros para la gestación subrogada, exigiéndoles una licencia para poder operar.²⁷ Respecto de esta propuesta legislativa, nos informa la autora Mart Field, que ésta no llegó a convertirse en ley, debido a que el gobernador del estado vetó dicha propuesta.

En 1987 el estado de Louisiana y en 1988 los estados de Nebraska y Michigan establecieron legislación en relación a la gestación por subrogación. En todos ellos se han sancionado a los contratos de gestación subrogada con nulidad, y por lo tanto se han considerado imposibles de hacerse valer judicialmente. En Michigan, además se ha tipificado como conducta delictiva el hecho de participar o gestionar un contrato de esta naturaleza.

Por otra parte, el estado de Kentucky ha establecido que el pago por maternidad de este tipo no es ilegal.

Las propuestas legislativas de los diferentes estados que han presentado alguna varían sustancialmente entre sí respecto a la posición a tomar acerca de la validez o no de éste tipo de contrato.

Entre los diferentes criterios existentes encontramos dos posiciones extremas, de las cuales una aboga por la prohibición de la

²⁷ ZUCKERMAN OVERVOLD, Amy, Surrogate Parenting, Pharos Books, New York. 1988 p 177.

práctica y la otra por su aceptación y validez. Adicionalmente existen otras propuestas legislativas, como la del estado de Nueva York, que toman una posición intermedia. Así, en dicho estado la propuesta presentada establece que cuando la madre, dentro de los 20 días posteriores al nacimiento del hijo, se abstenga de cumplir con el contrato, éste no podrá hacerse efectivo judicialmente. Cabe decir que la mayoría de propuestas legislativas no toman ninguna posición concreta respecto a este fenómeno, sino que se limitan a recomendar la creación de comisiones especiales para su estudio.

Acto seguido, nos parece de sumo interés presentar los principios sentados por la proposición legislativa de Connecticut, la cual, a pesar de haber sido rechazada por el pleno en 1987, introduce, principios que tienden a proteger los intereses y la dignidad del hijo que nace de éste tipo de compromisos. Así, esta proposición establecía que todo niño que naciera de una inseminación artificial sería considerado hijo de la madre que le dio a luz, y tendría por padre al esposo de ésta. Adicionalmente establecía que aún en el supuesto de que la madre estuviera de acuerdo en entregar al hijo a la pareja comitente inmediatamente después del parto, esto no le iba a ser permitido; ya que, por el contrario, esta propuesta obligaba a la madre a seguir el procedimiento de adopción establecido por la ley. En conclusión, mediante este procedimiento, no se ofrecía a la pareja comitente garantía de ser elegida como la pareja adoptiva.

Aparte de los Louisiana, Nebraska y Michigan, los estados de Kentucky y Nueva Jersey también poseen alguna legislación referente a esta materia, la cual ha sido obtenida a través de decisiones de las Cortes Supremas de Justicia de dichos estados. El estado de Kentucky por su

parte, ha establecido que el funcionamiento de los centros para la gestación por subrogación no son contrarios a la legislación estatal que prohíbe la venta de niños. Adicionalmente estableció el derecho absoluto de la gestadora de retirarse del contrato durante los 5 días posteriores al nacimiento del niño. Por el contrario, en Nueva Jersey el tribunal supremo estableció que este tipo de contratos son ilegales y que, aún cuando sean gratuitos, no pueden hacerse efectivos pro la vía judicial.

Por otra parte, a nivel de gobierno federal, existe también una propuesta legislativa de fecha 14 de mayo de 1987, la cual, en su parte sustancial, aboga pro la prohibición, tanto de la celebración como de la participación en calidad de agente intermediario, en un compromiso de gestación subrogada. Esto siempre y cuando en el contrato se estipule algún tipo de remuneración para los sujetos que intervienen en dicho contrato, ya sea de manera directa como partes, o simplemente como intermediarios. Asimismo pretende prohibir que se le haga propaganda a la gestación subrogada.

Podemos observar en consecuencia que la leyes norteamericanas, se encuentran limitadas al estudio de la inseminación por subrogación, pero que al no ser uniformes es decir aplicadas estatalmente, permiten una serie de criterios jurídicos que varían entre un estado y otro, puesto que mientras que en algunos estados es prohibida la práctica de estas técnicas, en otros es permitida y existe legislación al respecto, dejando ver que a diferencia de otros países europeos como lo es el caso de España y de Inglaterra previamente estudiados, sus leyes son aplicadas en todo el país, mientras que en Estados Unidos, hay una aplicación territorial diversa entre un estado y otro, dejando mas ambigua

la aplicación de una ley para un caso en concreto. Contemplando solo en un ámbito federal la creación de una ley en donde que de estrictamente prohibida la aplicación de la Inseminación por subrogación.

2.4.- ARGENTINA

La doctora Esther Polak de Fried, directora del Instituto Médico CER, organizador del simposio, explicó que en la Argentina no existe una ley, sino lineamientos de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad. Los pacientes firman un consentimiento informado antes de someterse al tratamiento. Entre otras cosas, se aconseja criopreservar los embriones durante dos a cinco años, no transferir más de 3 embriones y no se realiza diagnóstico de preimplantación embrionaria. También es posible donar embriones.

Sin embargo actualmente en la Argentina acaba de ser aprobada por la Cámara de Senadores, con media sanción un proyecto sobre fecundación artificial. Los periódicos han presentado la noticia subrayando el descontento de médicos y científicos por el carácter restrictivo del proyecto y la "satisfacción a medias" de la Iglesia Católica. En este país centroamericano el debate se remonta a principios de la década de los noventa. Las prácticas vienen desarrollándose desde bastante tiempo atrás, no sólo en el campo de la estimulación hormonal y la fecundación "in vitro" sino también en el de la crioconservación (conservación por congelamiento). De hecho, se afirma que en Argentina hay en la actualidad 1.300 embriones congelados. A lo largo de estos años han sido presentados diversos proyectos para regular la práctica de la fecundación artificial o fecundación "asistida" como es generalmente (mal y capciosamente) llamada. De entre todos los propuestos, dos fueron

abriéndose camino: el proyecto moderado de los justicialistas Britos y Del Valle Rivas, y el de los radicales Laferrière y Storani (más liberal y apoyado por muchos científicos). Estos se distinguían en varios ítems principales que vale la pena señalar:

PUNTOS CLAVE	LAFERRIERE-STORANI	BRITOS-DEL VALLE RIVAS
Comienzo de la vida	Desde el momento de la implantación del óvulo fecundado en la mujer	Desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide
Congelamiento de embriones	Sí	No, y se lo sanciona
Transferencia de embriones fecundados in in	Sí, y sin límite	Sí, pero sólo hasta 3
Donación de embriones	Sí	No
Donación de óvulos y esperma de terceros	Sí, en forma anónima y gratuita	No, y se la sanciona
Selección de sexo	Sólo para prevenir enfermedades genéticas	No se expide
Alquiler de útero	Sí	Sí
Sujetos	Una pareja formada por un varón y una mujer	Personas casadas o convivientes de hecho

El proyecto de ley finalmente aprobado (que guarda más similitud con el presentado en su momento por Britos y Del Valle Rivas), puede ser considerado, dentro de las opciones que se ha barajado y

teniendo en cuenta otras legislaciones actualmente vigentes en el mundo, como moderado. Así, por ejemplo:

-Restringe la técnica a parejas heterosexuales casadas o convivientes de hecho durante tres años.

-Exige que sea realizada con el consentimiento expreso de la pareja que, infructuosamente, haya probado otros métodos de fertilización menos complejos.

-Permite sólo la implantación de un máximo de 3 embriones.

-Prohíbe el alquiler de útero, la clonación, la manipulación genética, la inseminación de la viuda con material genético del marido, el utilizar material genético (semen u óvulos) ajenos a la pareja y la selección de sexo.

-Permite la crioconsevación de los óvulos fecundados sólo en casos de excepción, como la muerte de la madre antes de que sea implantado.

-Crea un registro de los óvulos crioconservados ya existentes. Acepta la adopción prenatal.

La fecundación artificial en Argentina no es ningún servicio a la vida. Primero, porque la ciencia biomédica juega, en este terreno, con los sentimientos de los esposos estériles para sus propios intereses. Si se mueven solamente por fines científicos o también de lucro -o sólo de lucro- habrá que verificarlo en cada caso concreto. No dudo que algunos también pueden hacerlo creyendo en buena fe que prestan un gran servicio; esto no disminuye su error.

En segundo lugar, porque todos sus encomiables esfuerzos deberían gastarse en hacer otro servicio a la vida que está pendiente en

nuestra sociedad: la abolición absoluta del aborto, con el cual muchos científicos que tan ardientemente defienden la fecundación artificial tienen graves responsabilidades. Si la ciencia y la medicina quiere propagar la vida, antes que producirla en laboratorio tendría que dejar de bañar sus manos en la sangre de los miles de inocentes que inmola diariamente al Moloch de la ciencia: en la actualidad, y sólo teniendo en cuenta los abortos quirúrgicos (y las cifras oficiales), se practican más de 100 (cien) abortos por minuto en el mundo; es decir, más de un aborto (casi dos) por segundo. No debemos olvidar que en la inmensa mayoría (o casi totalidad) de las técnicas de fecundación artificial se admite la posibilidad del aborto de los embriones malformados o de la destrucción de embriones congelados no reclamados. Es lógico; el mismo médico que habla de lo que tendrá que decirle a los embriones argentinos congelados cuando nazcan (el Dr. Pascualini), hace un par de años declaraba: "un embrión no es un niño. Es un embrión". Es lo mismo que pensaban y piensan los que hace un año destruyeron los 3.300 embriones congelados en Gran Bretaña, cuyos padres -más fríos que sus hijos- no reclamaron después de cinco años de críoconservación. Incluso, prefirieron destruirlos antes que entregarlos (como solución extrema) a los 137 matrimonios que se ofrecieron a adoptarlos.

No está al servicio de la vida y de la sociedad, porque es la misma mentalidad (y los mismos principios morales) la que propulsa la fecundación "artificial" para los que quieren tener hijos pero no pueden, y la que promueve el sexo sin fecundidad para los que pueden tener hijos y no quieren. En ambos casos lo esencial es la división de las dos dimensiones del acto conyugal: la unitiva y la procreativa; unos quieren la unión sin procreación y los otros la procreación aunque sea al margen de la unión. Si la sociedad necesita más hijos -y los necesita imperiosamente- debe

dejar de distribuir anticonceptivos, con los que promueve la esterilidad como ideal. Y para las parejas estériles que quieren tener hijos siempre queda el acto de caridad eminente que es la adopción; hay miles de niños sin familia, que ya están en este mundo y no conocen el afecto de una madre o un padre.

Es así como este país centroamericano nos muestra el otro extremo de la ideología del hombre en donde antes que el conocimiento están los principios sociales y morales, que no la aceptan del todo y más aún en donde dichas ideas trascienden tanto que afectan el aspecto jurídico de la misma ley.

"En un principio, cuando nacieron estas técnicas -reflexionó el doctor Cohen- no existía ningún tipo de regulación, y fue justamente eso lo que permitió un gran desarrollo. Pero ahora es urgente la necesidad de pautas internacionales para bajar costos económicos, individuales y sociales, y también riesgos."

El derecho comparado en diversas partes del mundo como en este caso España, Inglaterra, Estados Unidos de Norte América y Argentina, nos permitirán, a través de sus leyes, recomendaciones, informes e investigaciones, cada uno de ellos con doctrinarios, legisladores e investigadores diversos, la existencia de leyes y doctrinas diversas, con características generales similares u opuestas, permitiendo comprender el alcance mundial de este fenómeno que abarca desde el viejo continente, hasta el llamado fin del mundo.

Como podemos observar de la simple lectura de las diversas conductas plasmadas en leyes, podemos deducir lo siguiente:

Que mientras en Europa existe una cultura tendiente a la protección del ser humano, en el continente Americano, aunque es evidente el avance científico, las normas jurídicas no tienen el mismo ritmo de actualización, dado a las diversas conductas del hombre, que hacen evidente el sentir de los gobernados en base a sus reglas, culturas y razonamientos.

Es por eso que decidí, realizar un estudio en cuanto a las normas jurídicas que se encuentran en vigor en Europa, mas específicamente en España e Inglaterra los cuales con el solo hecho de tener una cultura e idioma diferente, nos permiten entender los extremos que puede alcanzar la conducta humana y por que no las consecuencias jurídicas que resultan de esas diferencias, que aunque pueden ser enormes, si guardan un patrón a seguir el cual es el salvaguardar la vida del hombre.

Mientras que en el continente Americano, nos enfocamos a la máxima potencia en ciencia, y tecnología, a fin de desentrañar las ideas y las normas jurídicas que rigen a la Inseminación en dicho país, descubriendo así que no esta tan actualizado en sus leyes, al menos en cuanto a biogenética, puesto no es claro el alcance de las mismas dado que su enfoque es estrictamente el relacionado con la Inseminación por Subrogación, dejando aun lado las diversas Técnicas de Inseminación Artificial y por su puesto sus cuantiosas aplicaciones, mientras que podemos observar en Centroamérica con los Argentinos la propuesta de ley que daría fin a las diversas controversias existentes del tema, descubriendo que si bien esa propuesta de ley es parecida a los diversos ordenamientos jurídicos existentes, esta con un enfoque mas científico

permite, que la ciencia no sea totalmente frenada y por otro lado cubierta de un alto grado de moralidad plasma requisitos mas estrictos para su aplicación, como lo es el de un matrimonio o relación heteróloga, estable y con una duración mayor a los 3 años, dejando dicha ley a su paso diversas manifestaciones de periodistas, intelectuales y moralistas en contra de la misma argumentando la necesidad de resolver problemas mas importantes como el aborto, la sobrepoblación y la adopción siendo esta última una opción mas viable que la creación de una ley reguladora de la Inseminación artificial y las diversas Técnicas de Reproducción Asistida.

Podemos concluir que la Inseminación Artificial y sus diversas Técnicas de Reproducción Asistida, se encuentran reguladas con el único fin de plasmar una protección para el hombre, sin embargo es clara la ambigüedad de estas leyes, dado que influye no solo la cultura, sino también la moralidad y las necesidades de cada país para regular estas Técnicas de Reproducción Asistida, dejando así visible el posible avance de un país jurídicamente hablando.

CAPITULO 3

MARCO JURÍDICO

Es necesario precisar que una vez analizados y explicados cada uno de los conceptos y alcances de la Inseminación Artificial, nos encontramos ahora con la necesidad de encuadrar el marco jurídico que debe rodear a esta Técnica de Reproducción Asistida en México, claro que no podemos olvidar que nuestro país carece de una estructura jurídica que regule a la Inseminación Artificial y sus diferentes acepciones, y que es en ese sentido donde la presente tesis, pretende la posible introducción de esta Técnica de Reproducción Asistida, a la normatividad mexicana.

La mejor forma de introducir a la Inseminación Artificial al derecho mexicano es a través de la Rama Administrativa, toda vez que la misma, al encontrarse dedicada a la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, y por ende procurar el bienestar social por medio de un conjunto de reglas que regulan los servicios públicos, la organización y funciones del Poder Ejecutivo, permite con la creación del Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, impulsar la protección de todos los mexicanos, brindando servicios, que coadyuven al mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos.

La Secretaría de Salud, órgano centralizado de la Administración Pública, encargado de establecer y conducir la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general entre otras funciones, y haciendo efectivo el cumplimiento de la ley general de salud, estudiando, adaptando y proponiendo las medidas necesarias para luchar contra las enfermedades que afecten la salud, así como la regulación de los diversos avances científicos que permitan la protección del ciudadano, debe ser la encargada de

regular las Técnicas de Reproducción Asistida, toda vez que se encuadra dentro de sus funciones.

Sin embargo a través de este capítulo se hace un estudio de cada una de las normas jurídicas que contemplan a la estructura jurídica administrativa, a fin de esclarecer y justificar el motivo por el cual pretendo encuadrar a la Inseminación Artificial, dentro del órgano administrativo, a través de su ley reglamentaria "La Ley General de Salud".

3.- CONDICIONES DE LEGALIDAD DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

No es fácil decir donde se acaba de legislar, y donde se comienza el administrar. Por lo tanto todo intento de conceptualizar el Derecho Administrativo, y a la Inseminación Artificial, conduce a resultados discutibles, la más simple y menos satisfactoria de los conceptos posibles, es la que se remite al análisis de cada uno de estos conceptos y de la relación que puede existir entre ellos, como pretendo demostrar en la presente investigación.

Es necesario que desde este momento se realice un preámbulo del derecho administrativo, y así se pueda explicar la relación que existe entre estas, debemos empezar por señalar que si bien los poderes y autoridades del Estado se clasifican como; Legislativo, Ejecutivo (Administrativo) y Judicial, puede entenderse al Derecho Administrativo, como la rama del Derecho que se aplica al Poder Ejecutivo, en contraposición a las restantes.

Esta perspectiva nos conduce a las raíces del problema, la cuestión sería saber hasta que punto la actividad estatal constituye

función administrativa y a que campo de esta división de poderes ha de ocuparse el Derecho Administrativo.

Siendo las atribuciones medios para alcanzar determinados fines, es natural que el número o extensión varíen.

Sin embargo estas atribuciones han ido evolucionando a través del tiempo y conviene para mejor comprensión del tema a desarrollar, dar un bosquejo de dicha variación.

Aunque en lo largo de la historia del Derecho Administrativo, comparado con el Derecho privado es formación reciente y aún en proceso de desarrollo, las instituciones administrativas son muy antiguas y se enlazan con la atención de las necesidades sociales.

De acuerdo con los postulados del individualismo que considera que es bastante la actividad del particular y el libre juego de las leyes económicas, para satisfacer las necesidades individuales y colectivas dentro de la sociedad, el Estado en una primera etapa histórica posterior al mercantilismo de los antiguos regímenes políticos, se encuentra reducido en un mínimo en cuanto a sus fines y lógicamente en cuanto a sus atribuciones, pues dichos fines se limitan al mantenimiento y protección de su existencia como entidad soberana y a la conservación del orden jurídico y material en tanto que es condición para el desarrollo de las actividades de los particulares y el libre juego de las leyes sociales y económicas.

Por tanto en esta primera etapa de las atribuciones del Estado consisten fundamentalmente en atribuciones de policía, que lo obliguen a abstenerse de intervenir en las esferas de acción de los particulares más allá del límite necesario para el mantenimiento del orden, motivo por el cual el Estado en esta etapa se conoce con la designación de "Estado Gendarme".

No es dudoso, sin embargo, que esta primera etapa, el Estado asumía atribuciones compatibles con la libre actividad privada, cuando está era insuficiente, o no remunerativa, pero sí exigida para satisfacción de las necesidades colectivas. Este proceso ha ido avanzando al producirse como consecuencia del sistema liberal un desajuste en la vida social que se ha agudizado por una serie de factores, como lo son el aumento de población, los progresos del orden técnico, y la desigualdad entre las clases sociales.

En este momento, comprobado que el individuo no había sido capaz de satisfacer las necesidades de la colectividad, se va desarrollando una tendencia intervencionista en la que se considera que el Estado, respeta en buena parte la actividad privada, va imponiendo a está restricciones o limitaciones para armonizarla con el interés general: va creando servicios públicos y va encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo con un ideal de justicia. De esta manera el Estado Gendarme se va transformando en un Estado Social de Derecho.

Actualmente las atribuciones del Estado son en forma resumida las siguientes:

- a. Atribuciones de mando, de policía o de coacción, que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, la salubridad y el orden públicos.
- b. Atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares.
- c. Atribuciones para crear servicios públicos.
- d. Atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencia del país.

Por lo tanto nos conducirá a que, el campo de aplicación del derecho administrativo es muy extenso y numerosas las materias que se le vienen adicionando. Es suficiente comparar la actividad del estado liberal con la del Estado moderno, para comprobar su enorme desarrollo y su cada vez más importante proyección futura.

El Derecho Administrativo, nace y se desenvuelve en virtud que la organización y funcionamiento de los órganos que ejercen el poder se encuentran regulados con base a disposiciones constitucionales.

Concepto de Derecho Administrativo

Es un concepto estudiado y abordado por diversos tratadistas y estudiosos del derecho permitiendo que su concepto englobe mas de un criterio, sin embargo siempre coinciden en la organización y funcionamiento del estado, a través del Ejecutivo.

Se define al derecho administrativo desde un punto de vista material como la Rama del Derecho Publico interno cuyo fin es la realización de actos subjetivos, creadores de situaciones jurídicas concretas o particulares.²⁸

El derecho administrativo, concebido como la rama del Derecho público que tiene por objeto la Administración pública, entendida como actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a la satisfacción de intereses colectivos.²⁹

En torno al concepto, estudiosos de la materia han presentado muy diversas opiniones por lo que la fijación de un

²⁸ SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo, Primer y Segundo Cursos. México, Editorial Porrúa, 1999. p 252.

²⁹ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos

concepto de Derecho Administrativo universalmente válido, constituye hasta la actualidad un problema, tradicionalmente se ha definido el Derecho Administrativo como el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, definición similar la que estudiosos del derecho especialistas en otras ramas del derecho nos presentan al definir al Derecho Administrativo como al conjunto de reglas que regulan los servicios públicos o bien es el conjunto de normas que regulan la organización y funciones del Poder Ejecutivo, sin embargo esa definición tradicional, ha sido insistentemente criticada, ya que adopta un criterio formal de administración dejando de lado el que la función administrativa no es exclusiva del Poder Ejecutivo y no queriendo entender también que el Poder Ejecutivo realiza actos que corresponden materialmente a las funciones legislativas y Jurisdiccional.

Otro concepto semejante y en opinión de otros tratadistas establece que "El Derecho Administrativo es la rama del derecho público que regula:

1. La organización de la empresa de la administración pública y de las diversas personas administrativas en las cuales ha encarnado.
2. Los poderes y los derechos que poseen estas personas administrativas para manejar los servicios públicos.
3. El ejercicio de estos poderes y estos derechos por la prerrogativa especial, por el procedimiento de acción de oficio y las consecuencias contenciosas que se siguen"

Así pues se define al Derecho Administrativo como regulador de la organización y acción de las autoridades administrativas, en su consideración formal se agrega un elemento, el de refutar a dichas autoridades como personas y a las facultades que le están atribuidas como derechos.

Por otro lado la escuela realista en contrario al punto de vista anteriormente anotado, niega personalidad a la administración, por que solo ve individuos iguales a los particulares manejando a los servicios públicos y niega también la existencia de los derechos subjetivos por ser el concepto de éstos, de carácter metafísico.

Tampoco podemos atenernos a éstas ideas porque si bien es cierto el Derecho Administrativo regula servicios públicos, no toda la función administrativa se agota en todos los servicios.

Otros autores definen al Derecho Administrativo como el conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los particulares.

Ahora bien algunos autores definen al derecho administrativo desde un punto de vista formal como la rama del derecho público interno que determina la organización y funcionamiento de la Administración Pública, tanto Centralizada como Paraestatal.³⁰

Atendiendo a lo anteriormente expuesto y tomando en cuenta el concepto de Derecho Constitucional, que distinguidos juristas nos presentan, diciendo que Derecho Constitucional es la rama del derecho público, que determina la estructura orgánica del Estado, su forma de gobierno, sus distintos órganos, funciones y atribuciones, así como las relaciones de los mismos entre sí. Garantiza además a las personas físicas y morales una esfera de derecho jurídicamente

³⁰ SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo, Primer y Segundo Cursos. México, Editorial Porrúa, 1999. p 270.

invulnerable frente al Estado mismo, mediante el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos o garantías individuales.

En mi opinión y tomado en cuenta las diversa opiniones aquí vertidas, el Derecho Administrativo es en efecto una rama del derecho público que en el marco jurídico constitucional regula la organización, funciones y atribuciones del Poder Ejecutivo en cuanto a la prestación de servicios públicos y a los individuos que encarnan la función pública en aras del bien común y que por consecuencia encauzado al tema de mi investigación a través de estas atribuciones y funciones debe encargarse de la regulación de esta nueva técnica que permite el bienestar de los ciudadanos que recurren a la Inseminación Artificial, como fin último para que los mexicanos tengan la posibilidad de acceder a una familia propia en donde es difícil procrear hijos propios, debido a las diferentes circunstancias que la propician.

Es por eso que se deduce que el Derecho Administrativo es el derecho regulador de la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines, incluyendo el régimen de organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo y el ejercicio de la función administrativa.

Podemos afirmar que tanto el Derecho Privado como el Derecho Administrativo tienen diferencias y relaciones. Ya que la norma administrativa como una rama del Derecho Público se distingue del Privado, porque mientras que el primero tiene la finalidad de satisfacer el interés colectivo, el segundo sólo se refiere al interés de los particulares, dejando clara la diferencia entre ambas, toda vez que la primera procura el bienestar social, mientras que la segunda solo busca el individual.

La inexactitud de ésta distinción es manifiesta si se tiene en cuenta que el Derecho, en todos los aspectos que se le considere

constituye un fenómeno social cuya finalidad es siempre conciliar la actividad de los componentes de la sociedad para hacer posible la vida en común, es decir, para satisfacer las necesidades de los gobernados, (encontrando así que la Inseminación Artificial es un beneficio para la colectividad, dada la importancia para el ser humano de tener una descendencia propia, cuando esta se dificulta por diferentes circunstancias como la esterilidad, o incompatibilidad de fluidos entre otros, que si bien no son problemas de toda la sociedad si afectan a un grupo determinado). De suerte tal, que aún concientes de la dificultad que existe para poder definir en términos generales los casos de aplicación al Estado de las normas del derecho Privado, es prudente destacar que las normas del Derecho Público serán aplicables en todos aquellos casos en que la actividad del Estado se vincule con la subsistencia misma de la organización estatal o con el cumplimiento de las atribuciones que le corresponden, dejando para el derecho privado todas las actividades que no estén en esas condiciones. Sin embargo, aunque en los casos de relación con el Derecho Privado sean los que establecen el Derecho Civil, con el Derecho Constitucional si guarda una estrecha relación puesto que ambas ramas del Derecho corresponden al Derecho Público, mientras que el Derecho Constitucional regula la estructura de la administración pública y el funcionamiento de los órganos políticos supremos, el Derecho Administrativo establece el conjunto de normas que regulan los servicios públicos a cargo de cada uno de los órganos políticos supremos y norma la organización y funciones del Poder Ejecutivo.

Relaciones del Derecho Administrativo con otras ramas del Derecho y otras Ciencias Sociales.

El Derecho Administrativo forma parte de nuestro Orden Jurídico y por lo tanto aún cuando reúne las condiciones del conocimiento científico, no debemos considerarlo aislado, sino

íntimamente relacionado, por subordinación o por colaboración con otras ramas del derecho, fundamentalmente con el Derecho Constitucional, con el Derecho Procesal, con el Derecho Civil, con el Derecho Penal y con el Derecho Internacional.

El Derecho Constitucional comprende todas las normas que se refieren a la estructura misma del Estado, a la organización y relaciones entre los Poderes Públicos y a los Derechos fundamentales de los individuos, en tanto que constituyen una limitación para la actividad misma del Estado. El artículo 133 de la Constitución General de la República establece el principio de la Supremacía Constitucional, al autodefinirse como la "Ley Suprema de toda la Unión" y por lo mismo, resulta obvio que todas las ramas del Derecho quedan subordinadas al Derecho Constitucional, peso sin perder la autonomía que corresponde a cada una de ellas.

El maestro Gabino Fraga explica que en tanto el Poder Legislativo se refiere al establecimiento de normas abstractas e impersonales y por lo mismo no tiene relaciones con los particulares, el funcionamiento de los poderes Ejecutivo y Judicial si implica la necesidad de regular las relaciones con los particulares, y por ello, "se derivan del Derecho Constitucional dos ramas: la del Derecho Administrativo y la del Derecho Procesal regulando cada una de ellas la organización y funcionamiento de los Poderes Ejecutivo y Judicial, respectivamente".³¹

En consecuencia, si el Derecho Administrativo se desprende del Derecho Constitucional, es incuestionable que exista una relación de subordinación entre éste y aquel, igualmente, es ostensible la relación entre el Derecho Administrativo y el Procesal, porque aún

³¹ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. México, Editorial Porrúa, 1999, p 99.

cuando éste último regula fundamentalmente los procedimientos Civiles y Penales, resulta frecuente que en ausencia de procedimientos típicamente diferenciados para la aplicación del Derecho Administrativo, se utilizan normas del Derecho Procesal, siempre que no contravengan el interés público, y en tanto se llega a crear con características definitivamente autónomas el Derecho Procesal Administrativo. Por otra parte, la Función Administrativa complementa muchas veces el Procedimiento Judicial en su fase de ejecución, prestándole el auxilio a los Tribunales para la ejecución de sus resoluciones Civiles o Penales.

Muy a pesar de que el Derecho Administrativo está ubicado dentro del Derecho Público, en tanto que el Civil está comprendido dentro del Derecho Privado, es bien conocida la tendencia de asimilar las Instituciones del Derecho Administrativo al Derecho Civil, e incluso algunas expresiones de éste último han pasado al primero, en lo que se refiere a los Contratos Administrativos, a la prestación de servicios, a las servidumbres públicas, etc., pero debemos ser cuidadosos para evitar confusiones, puesto que en el Derecho Administrativo interesa el bien público, por encima y aún con el sacrificio de los intereses privados que tutela el Derecho Civil.

El Derecho Penal acude en auxilio del Derecho Administrativo, en una relación de colaboración, cuando se trata de darle tutela más enérgica a las disposiciones administrativas, como es el caso de las medidas de apremio, o de algunas figuras típicas como el delito de defraudación fiscal o el delito de retención total o parcial de salarios. Asimismo, la ejecución de las sanciones penales corresponde al Poder Ejecutivo, auxiliándose de los órganos que tiene a su cargo el Servicio Penitenciario, regulado por disposiciones Administrativas.

También existe la relación del Derecho Administrativo con el Derecho Internacional, puesto que en muchos casos los convenios y tratados internacionales comprenden compromisos de los Estados Soberanos, para aplicar disposiciones dentro de sus respectivas administraciones públicas; son, en esencia, ficciones extraterritoriales del propio Derecho Administrativo en su aspecto material. Por ejemplo, los programas internacionales para prevenir o controlar epidemias, para vacunación, para evitar tráfico de drogas y los aún muy recientes, tendientes a evitar el terrorismo y la piratería aérea.

Los Órganos del Estado sólo pueden realizar aquellas Atribuciones que les estén expresamente señaladas en la Ley, y no puede ni siquiera bajo el propósito de servir a la colectividad, actuar fuera de lo que la Ley les ordene. Se trata de una Garantía Individual, que protege al ciudadano, para evitar posibles abusos de autoridad; resultando así, un criterio opuesto al que se aplica a la conducta de los particulares, entre los cuales, se estima que todo lo no prohibido está permitido. Es bien sabido que las autoridades sólo pueden hacer lo que la Ley les permite, el principio de que ningún Órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior, tiene en todos los Estados un carácter casi absoluto, pues salvo el caso de la facultad discrecional, en ningún otro, por ningún motivo, es posible hacer excepciones a este Principio Fundamental.

Sobrentendiendo este principio podemos deducir que al no poder actuar la autoridad mas allá de lo que la misma ley le permite, obtenemos la conclusión de una reforma a la ley que en este caso nos interesa sea reformada, " la Ley General de Salud ", puesto que al no poder actuar las autoridades mas allá de lo permitido por esta, deja al estado en un completo estado de indefensión en contra de los posibles abusos cometidos por Servidores del Sector Salud, o incluso de

particulares. Claro que más allá de los posibles abusos de los servidores públicos, nos encontramos en la necesidad de recurrir a la materia administrativa, toda vez que una de sus secretarías contempla al Sector Salud, a fin de evitar epidemias, enfermedades y por que no regular todo lo relacionado con el tema.

Facultades Constitucionales del Consejo Superior de Salubridad.

Al referirnos a las facultades constitucionales del Consejo Superior de Salubridad en el artículo 73 Constitucional en su fracción XVI, primer párrafo, se establece que las disposiciones generales dictadas por ésta Institución, serán obligatorias en el País, dichas facultades otorgadas a un órgano del Ejecutivo, son indudablemente facultades legislativas desde el punto de vista material, pero formalmente constituyen actos administrativos y forman también una fuente del Derecho Administrativo.

Este sería otro caso de facultades extraordinarias para legislar, pero evidentemente se refiere también a situaciones de emergencia en caso de epidemias de carácter grave.

En nuestro criterio, se trata de verdaderas excepciones al principio de división de poderes que establece el artículo 49 Constitucional y se justifican debido a las emergencias planteadas y a los intereses económicos del país; pero carece de sentido toda argumentación tendiente a señalar que no se altera el principio de división de poderes, puesto que la adición al propio artículo 49 Constitucional está precisando que se trata de excepciones a dicho principio.

En nuestro país, durante mucho tiempo se abusó de las facultades extraordinarias para legislar, y llegó a ser costumbre del Congreso de la Unión, otorgárselas al Presidente de la República.

Los reglamentos contienen disposiciones generales, abstractas e impersonales, que da el Presidente de la República, en uso de la facultad que le concede el artículo 89 de la Constitución General de la República, para "proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes". Son materialmente legislativas, aunque formalmente administrativos, y por lo mismo, constituyen una fuente indirecta del Derecho Administrativo, porque sirven para facilitar la aplicación de la ley.

Los reglamentos son semejantes a las leyes en su aspecto material, por la naturaleza del acto jurídico, por el cual se exteriorizan, pero tienen como diferencia característica que, carecen de vida propia y están condicionados a la vigencia de la ley reglamentada; de tal suerte, que cuando se deroga o se abroga una ley, cesa automáticamente la vigencia de los reglamentos que a ella se refieren.

Estimamos infundada la crítica que se hace a la facultad reglamentaria, en el sentido de que es una forma indirecta de legislar, porque técnicamente los reglamentos no suplen a la ley, sino sirven para facilitar su aplicación y para proveer a su estricta observancia.

No puedan existir reglamentos autónomos, puesto que, si no apoyan su vigencia en una Ley, o en la propia Constitución como Ley Suprema, se trata de Reglamentos Inconstitucionales.

Una vez analizado, el actual marco jurídico, mexicano y administrativo, es importante señalar la importancia de plasmar en esta investigación el motivo por el cual se pretende regular a la inseminación

artificial en México y el motivo por el cual, esa regulación se pretende establecer desde el punto de vista de la norma jurídica administrativa.

Como sabemos y desprendido de la lectura de los anteriores dos capítulos podemos distinguir los diferentes tipos de Técnicas de Reproducción Asistida y el marco jurídico que la rodea en otros países como los ya analizados, sin embargo en México ¿Cuál es el marco legal que en México se ha otorgado para la reproducción asistida?, a continuación me permito hacer la siguiente mención de las leyes que pretenden regular a la inseminación artificial.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Artículo 40.- Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

I. Mujeres en edad fértil.- Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia;

II. Embarazo.- Es el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

III. Embrión.- El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la duodécima semana de gestión;

IV. Feto.- El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción;

V. Óbito Fetal.- La muerte del feto en el útero;

VI. Nacimiento vivo.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VII. Nacimiento Muerto.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VIII. Trabajo de parto.- Es el período comprendido desde el inicio de las contracciones uterinas (con características progresivas de intensidad, irrigación y duración) y que termina con la expulsión o extracción del feto y sus anexos;

IX. Puerperio.- Es el período que se inicia con la expulsión o extracción del feto y sus anexos hasta lograr la involución de los cambios gestacionales (aproximadamente durante 42 días)

X. Lactancia.- Es un fenómeno fisiológico en el cual ocurre la secreción láctea a partir de la expulsión o extracción del feto y sus anexos, y

XI. Fertilización asistida.- Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

Como podemos observar de la sola lectura del presente artículo podemos deducir que dichos conceptos no definen a la inseminación misma, y que aunque menciona los tipos de inseminación existentes e incluye a la fertilización in vitro, no define las fases, características o elementos que la incluyen y la precisen. Es por eso que se debe plantear la necesidad de realizar las reformas pertinentes, a fin de que todas estas omisiones sean subsanadas y precisen que es la Inseminación Artificial, así como las diferencias que hay entre esta técnica de reproducción asistida y las demás existentes.

Artículo 20. Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

Este artículo menciona un consentimiento, y la formalidad que debe cumplir, pero el sujeto de investigación que debe de hacer, o que tipo de investigación contempla dicho artículo, ¿solo hablamos de la Inseminación Artificial?, o es dirigido a todo tipo de investigación.

Artículo 21. Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación 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:

I.-La justificación y los objetivos de la investigación.

II.-Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales.

III.-Las molestias o los riesgos esperados.

VI.-Los beneficios que puedan observarse.

V.-Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto.

VI.-La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración de cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos,

beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto.

VII.-La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento.

VIII.-La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.

IX.-El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando.

X.-La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y

XI.-Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

Es curioso que se estampe la autorización de la persona que se podría someter a la Inseminación artificial, sin tener previamente un concepto legal que la defina, para poder así saber los alcances y las consecuencias jurídicas de dicho consentimiento.

Artículo 22. El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I.-Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría.

II.-Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud.

III.-Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación.

IV.-Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

V.-Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Igualmente dicho artículo resulta un gran avance en cuanto a los requisitos que deberá cumplir la persona que decide someterse a esta técnica de reproducción asistida, sin embargo me pregunto que alcance y ejecutabilidad podría tener dicho consentimiento si no existe un concepto previo que delinie sus alcances y consecuencias jurídicas.

Artículo 56. La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador.

Tal vez este artículo nos marque la pauta de la conceptualización de la inseminación artificial en México, estableciendo la necesidad de realizar dicha técnica como consecuencia de la esterilidad en la pareja.

Artículo 14. La Investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases:

I.- Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen.

II.- Se fundamentará en la experimentación previa realizada en animales, en laboratorios o en otros hechos científicos.

III.-Se deberá realizar sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro medio idóneo.

IV.- Deberán prevalecer siempre las probabilidades de los beneficiados esperados sobre los riesgos predecibles.

V.- Contará con el consentimiento informado y por escrito del sujeto de investigación o su representante legal, con las excepciones que este Reglamento señala;

VI.- Deberá ser realizada por profesionales de la salud a que se refiere el artículo 114 de este Reglamento, con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación;

VII.- Contará con el dictamen favorable de las Comisiones de Investigación, Ética y la de Bioseguridad, en su caso, y

VIII.- Se llevará a cabo cuando se tenga la autorización del titular de la institución de atención a la salud y, en su caso, de la Secretaría, de conformidad con los artículos 31, 62, 69, 71, 73, y 88 de este Reglamento.

En este artículo se establecen las bases que debe reunir toda investigación y técnica médica que desee aplicarse a todos los seres humanos, planteando así el respeto por la vida del hombre.

Artículo 4º de la Constitución Política Mexicana. La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Artículo 1º Ley General de Salud. La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

3.1.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE MEXICO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La Constitución Política de México.

Toda la organización política en nuestro país, responde al siguiente principio: la supremacía de la Constitución. Esto implica que ningún poder en México puede hallarse sobre la Constitución: ni el Gobierno federal, ni los estados, ni los órganos de los gobiernos federal o local. Por el contrario, toda autoridad está limitada por esta ley fundamental y a ella sometida.

La Constitución es la norma suprema del país y todas las autoridades, sea cual fuere su jerarquía, deben ejercer su actividad de acuerdo a los mandatos y en concordancia con los principios que en ella se establecen.

La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos vigente en la actualidad fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y entró en vigor el 1 de mayo de ese mismo año. Está integrada por dos partes: la dogmática, que trata de los derechos fundamentales del hombre y contiene las limitaciones de la actividad del Estado frente a los particulares; y la orgánica, que tiene por objeto articular y estructurar el poder público, señalando las facultades de sus órganos.³²

El Derecho Constitucional es la parte general y fundamental del derecho público, el tronco del cual derivan las distintas ramas. Comprende las normas que regulan la estructura del Estado, determinan sus funciones y definen sus atribuciones y límites, constituyendo la base de todo el sistema de derecho público nacional.

El Derecho Administrativo tiene con el Derecho Constitucional mayor vinculación que con cualquiera otra rama del derecho, porque sus normas son corolario de los principios fundamentales establecidos por la Constitución.

Hay una solución de continuidad entre el derecho administrativo y la Constitución, se puede decir que el derecho administrativo tiene el encabezamiento de sus capítulos en el derecho constitucional; éste es la espina dorsal del derecho administrativo, ya que la actividad jurídica de la Administración encuentra sus limitaciones

³² Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos

en la Constitución. Por ello, entendemos que derecho administrativo es derecho constitucional concretizado.

La norma del derecho administrativo tiene vigencia dentro de los límites de la norma constitucional y principalmente se verifica:

1. En la organización del poder. La Constitución estructura un presidencialismo atenuado con un gobierno fuerte, bien entendido a través de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, instituyendo así un equilibrio vertical del poder, con distribución de competencias entre Nación y provincias, consolidando el régimen federal, con coparticipación de diversas dependencias como la policía local, los municipios, creación de regiones y el reconocimiento a las provincias de sus gestiones internacionales. Disponiendo la integración a nivel interno y a nivel internacional.

2. En el ejercicio de las funciones. La Constitución organiza al Poder Ejecutivo con un desdoblamiento de las funciones de gobierno y de administración, a través del reparto de atribuciones con sus colaboradores. Otorga al presidente como jefe de gobierno el ejercicio de las funciones políticas, con responsabilidad ante la Nación, y adjudica al jefe de gabinete la administración general del país, con responsabilidad política ante el Congreso. Ello obedece a que la función gubernativa corresponde tanto al órgano ejecutivo como al legislativo.

Por su parte, faculta al Poder Legislativo para ejercer la función legislativa, pero a su vez le atribuye función administrativa.

El Poder Judicial, en tanto, es el órgano que por disposición constitucional tiene a su cargo la función jurisdiccional y también funciones de índole administrativa.

3. En el ejercicio de los derechos. También la Constitución Nacional ordena la protección de los derechos subjetivos de los individuos y de las instituciones. En tal sentido establece los siguientes derechos: a la vida y sus circunstancias, a la educación, sociales, de igualdad para eliminar las discriminaciones, propiedad, de debido proceso, libertad de expresión, resistencia, defensa del patrimonio público y de la ética en la función pública, políticos, a la iniciativa popular, a la consulta popular, al medio ambiente, de consumidores y usuarios, secreto periodístico. Para asegurar el ejercicio de tales derechos la Constitución determina garantías procesales.

El alcance de la protección de las garantías individuales, encaminado al tema que nos ocupa establece en el artículo 4 Constitucional, las garantías del varón y la mujer ante la ley protegiendo la organización y el desarrollo de la familia.

También establece el derecho de las familias mexicanas a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos y su espaciamiento.

A su vez establece el derecho que tienen las personas a la protección de la salud. Definiendo la Ley las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y estableciendo la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de nuestra Carta Magna.

Lo anterior, nos lleva a concluir a grandes rasgos que: el concebido, desde el momento mismo de la concepción, fertilización del óvulo, tiene derechos como son: los cuidados y atención que deben recibir la madre y él desde el punto de vista de salud, la protección que debe recibir para garantizar que pueda nacer vivo y viable, gozando de las garantías otorgadas por la Constitución.

En consecuencia, el concebido se encuentra bajo la protección de la Constitución al contener en sus preceptos, la máxima en la que los padres tienen la obligación de "preservar el derecho de los menores", lo cual de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, por menor se incluye a los no nacidos, de tal manera que el "derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos", nos da la pauta de establecer la forma en la que los mexicanos podrán recurrir a las técnicas médicas permitidas legalmente para tener los hijos deseados y que hasta el momento se les han negado, debido a la esterilidad o cualquier otra enfermedad que no permite la procreación de hijos.

La Administración Pública.

Como todos sabemos y a fin de empezar de una forma correcta, el derecho administrativo es el conjunto de normas jurídicas que van a regular la estructura y el funcionamiento del Poder Ejecutivo, y también el funcionamiento de la Administración Pública.

El derecho administrativo es la rama del derecho Público que se ocupa de regular el funcionamiento de los órganos ejecutivos del estado y la prestación de los servicios públicos.

Sin embargo autores como Manuel Colmeiro conciben que sólo dos debían ser las funciones del Estado: dictar las leyes (función que estaría a cargo del poder legislativo) y aplicarlas y hacerlas cumplir (misión que quedaría subordinada a la dirección del legislativo y que estaría desempeñada por los poderes ejecutivo y judicial)³³

³³ *Ibidem*, pp.

A partir de lo antes dicho podemos establecer que la Administración Pública, consiste en la actividad que realiza el ejecutivo de planear, coordinar, prever y organizar para resolver las necesidades del país, por lo tanto todo el material físico y humano del cual dispone el ejecutivo forman parte de la Administración Pública.

El objeto fundamental de la función administrativa del estado es la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Para tal Fin, el Estado va creando los órganos y procedimientos necesarios, los cuales sujeta siempre a un orden jurídico. A esta forma de organizarse es a lo que se le ha llamado la Administración pública, la cual está materializada en uno de los poderes del Estado: El ejecutivo.

La Administración Pública tiene a su cargo proveer a la ejecución de las leyes a la satisfacción de los intereses generales y a la organización de los servicios públicos.

Podemos definirla como aquel órgano que se desprende del estado encargado de dirigirlo de ella se excluye el Poder Judicial y el Legislativo en lo que corresponde a su gestión garantizadora del derecho y realizadora de leyes, respectivamente, y se incluye los municipios, las gobernaciones y los organismos de base territorial, el motivo por el cual se excluyen los poderes mencionados se debe a que la labor del Ejecutivo es eminentemente directora del Estado. A pesar de el poder Ejecutivo tiene labor legislativa no es su única función a diferencia del poder Legislativo.

La administración pública debe entenderse como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales, no

tiene una personalidad propia, solo constituye uno de los conductos por los cuales se manifiesta la personalidad misma del Estado.

Ahora nos toca enfrentar el concepto de Administración Pública, ya que deriva la nota cualificada del Derecho Administrativo, tomando en cuenta que el objeto del derecho Administrativo es la Administración Pública. Ahora bien, ¿qué se encierra detrás de la expresión Administración Pública? ¿Cuál es su concepto?

Es preciso tener en cuenta que la expresión Administración Pública puede ser empleada en dos sentidos diferentes: objetivo y subjetivo; es decir que por medio de ella podemos hacer referencia a un sujeto, a una organización, o a un conjunto de comportamientos o actividades orientadas al logro de un fin preestablecido, lo que le otorga un sentido plenamente objetivo.

De la palabra Administración, existe una noción etimológica, imprecisa pero no errónea, el vocablo se deriva para unos, de la palabra "ad ministrare", que da la idea de servir a; para otros, esta formada de las raíces ad manus, trahere, que significa literalmente traer a la mano, poner a disposición de.

En consecuencia desde este punto de vista administración nos da idea de servicio, de realizar algo en relación algún fin. En su uso común y corriente administrar significa cuidar, proteger, fomentar, atender proporcionar o conservar algo.

Sin embargo, esta acepción alude a una actividad o a una organización orientada a un fin sin más especificaciones acerca de la actividad o del fin propuesto, y como quiera que este sea puede ser de diversa índole, la discriminación del mismo producirá el siguiente resultado: si el fin gestionado es de carácter privado, nos hallaremos a

una actividad administrativa privada, mientras que la administración pública supondrá la promoción de un fin de interés público. Sin embargo es preciso subrayar que, en nuestro caso, ésta tiene el carácter de Pública, y este segundo concepto precisa ser aclarado.

La Administración Pública en Sentido Objetivo.

Una vez expuesto lo anterior, la Administración Pública, en este orden de ideas debe entenderse en sentido objetivo o material como la actividad que realizan los órganos del Estado, para la satisfacción de los intereses colectivos, actividad que se exterioriza mediante la práctica de procedimientos establecidos ya sea del poder Legislativo, al expedir las leyes, por el poder Ejecutivo que se encarga de vigilar su cumplimiento, o por el poder Judicial que la aplica.

En consecuencia desde el punto de vista material u objetivo la Administración Pública es la actividad realizada, de acuerdo con su marco de competencias, por los tres poderes que integra el Estado.

Administración Pública en Sentido Subjetivo.

En cambio, desde el punto de vista formal o subjetivo Administración Pública es la actividad formada por un conjunto de procedimientos y normas que reglan el funcionamiento del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, esta estructura estatal esta dominada por el Poder Ejecutivo, desde una perspectiva "objetiva", que la contemple como actividad, es ejercida también por los demás poderes, aunque sólo en el Ejecutivo alcance un peso determinante de su carácter.

La Administración Pública, de acuerdo con esta conclusión, queda caracterizada como un aparato cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades colectivas. Ahora bien, no se pueden determinar a priori el carácter y los límites de estas necesidades, pues el concepto mismo de necesidad pública está sometido a un proceso de evolución constante.

Cuando predominaba la concepción individualista-liberal del "laissez faire, laissez passer", la Administración tenía como finalidad única el mantenimiento de un orden público en el que pudiera desenvolverse sin trabas la libre iniciativa individual. Actualmente, la tendencia prevaleciente atribuye a la Administración la función de procurar que la sociedad se configure con arreglo a unos criterios de justicia, para lo cual los poderes públicos se ven obligados a intervenir de modo directo modificando condiciones del libre desenvolvimiento de la iniciativa privada y cumpliendo, por sí mismos, gran número de los fines propios de toda sociedad.

Es decir que a pesar que el Derecho Administrativo es un derecho joven, comparado con el Derecho Privado, las instituciones administrativas son muy antiguas y se enlazan con la atención de las necesidades sociales, sin embargo aún se encuentra en proceso de formación. En los últimos cien años el concepto del ámbito propio de la actividad gubernamental se ha transformado radicalmente.

Por lo que, ya no se limita a la defensa, al orden público, a la justicia y a unas cuantas materias generales, más: por el contrario, el Estado moderno proporciona servicios públicos muy complejos y se ocupa de regular buena parte de la actividad diaria de los seres humanos. El estado ha tomado la iniciativa y ha echado sobre sí todo tipo de obligaciones.

La Administración Pública vive constantemente consagrada a la realización de una doble tarea: la que se propone la satisfacción de las necesidades públicas, razón de su existencia, y la que propende a la realización de su vida privada. Es este segundo aspecto, la Administración posee una propiedad privada (montes, aguas, edificios): explota a título particular ciertas empresas (fábricas, espectáculos, recreos), situándose para sus negocios en el mismo plano que los particulares.

Considerada en su primer aspecto, muchas son las veces en que la Administración emplea el mismo procedimiento jurídico, frente a la necesidad de adquirir ciertos terrenos que sus servicios requieren, puede la Administración recurrir al contrato, y si lo que exige es dinero, acudir al préstamo. Y puede luego arrendar los servicios establecidos. A la Administración, como gerente de los intereses colectivos, no se le pueden escatimar cuantos medios haya ideado la técnica jurídica para su satisfacción. El Derecho Civil, de que se sirven los particulares, rige también muchas veces la vida administrativa del estado.

Empero la mayor parte de la obra administrativa no es posible lograrla con la mera ayuda de las Instituciones del Derecho Privado. La inexcusabilidad del funcionamiento constante y regular de ciertos servicios origina la creación de servicios públicos con régimen jurídico especial.

El derecho de superioridad de que la Administración goza para sus empresas brota de inexcusabilidad. Y ésta es también la línea divisoria que separa la Administración privada de la pública. Es un derecho de prerrogativa caracterizado por un conjunto de normas e instituciones que fijan la posición preeminente del Estado frente a los particulares, expresión de la supremacía definitiva del interés público frente al interés particular.

Ahora bien: no suele ser raro definir el derecho administrativo como conjunto de normas que presiden la vida de la Administración, definición amplísima en la que habrían de entrar no sólo las normas de derecho público, sino también las de derecho privado.

Pero esta aceptación amplísima contraría la propia naturaleza de este Derecho, haciendo entrar en su órbita preceptos e instituciones propios del derecho común.

Conviene deshacer este error una cosa es que la administración utilice para sus servicios normas de derecho privado, y otra muy diversa que estas normas pertenezcan al derecho administrativo.

El derecho Administrativo es un derecho público, y derecho público quiere decir que regula relaciones entre soberano y súbdito, en las que los sujetos de la relación ocupan planos distintos, y el Estado, poseído de un derecho de supremacía, ordena y sanciona.

La amplitud de la función administrativa impone necesidad de crear múltiples órganos que se caracterizan por ser esferas especiales de competencia y requerir de personas físicas que ejerciten esa competencia.

El órgano constituye una unidad abstracta de carácter permanente, a pesar de los cambios que haya en los individuos que son titulares de el, los órganos no tienen derechos propios y por tanto carecen de personalidad, concebidos los órganos como unidades entre las que se divide la competencia que le corresponde en materia administrativa, su estudio se relaciona con el de la naturaleza jurídica de la competencia y con la delimitación del origen de ella.

La Administración Centralizada y Descentralizada.

La organización centralizada en México la forma el Presidente de la República, los Secretarios de Estado, los Departamentos Administrativos, la Consejería Jurídica y el Procurador General de la República.

La Consejería Jurídica por disposición de ley, es el órgano encargado de coordinar en materia jurídica a las diversas dependencias y entidades de la Administración Pública estatal, así como la responsable de cuidar la estricta observancia a los principios de Constitucionalidad y legalidad en el hacer Gobierno, dicha función se encuentra prevista en el apartado A, del artículo 102, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por su parte al Procurador General de la República le corresponde como tarea fundamental mantener el Estado de Derecho y las libertades de la sociedad, cuyo anhelo primordial es el respeto a sus derechos fundamentales, la salvaguarda de su integridad y su patrimonio.

La procuraduría General de la República es la institución encargada de la función ministerial pública federal, que se ubica en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal, a la que le compete el despacho de los asuntos que al Ministerio Público de la Federación le atribuyen los artículos 21 y 102, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1o., 2o., 3o., 8o. y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, así como la investigación de los delitos del orden federal y vigilar la observancia de la constitucionalidad y la legalidad en el ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las facultades que por mandato de la ley competen a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas.

El Procurador General de la República está legalmente facultado para celebrar convenios y acuerdos en el ámbito de su competencia con fundamento en los artículos 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2o. fracción X y 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, así como los artículos 3o. y 9o. fracción I de la citada ley en estrecha vinculación con los diversos 33 y 34 de la Ley de Planeación, en atención a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Ministerio Público de la Federación, para el despacho de sus funciones, tiene entre otros órganos auxiliares suplementarios al Ministerio Público del fuero común.

Por su parte el Presidente de la República, tiene en nuestra organización constitucional un doble carácter, de órgano político y de órgano administrativo, su carácter de órgano político deriva de la relación directa e inmediata que guarda con el Estado y otros órganos representativos del mismo Estado.

Cuando el Presidente de la República obra como autoridad administrativa está realizando o siguiendo la voluntad del legislador cuando obra como órgano político, realiza su propia voluntad, la cual resulta la voluntad del Estado.

Como autoridad administrativa constituye el Jefe de la Administración pública federal, que es el lugar más alto de la jerarquía administrativa.

Los siguientes elementos configuran el sistema constitucional mexicano dentro del tipo de gobierno presidencial.

El Presidente de la República es el jefe de Estado y Jefe de Gobierno, tiene el goce y ejercicio de las facultades otorgadas al poder

ejecutivo, de tal manera que el secretario de estado no tiene facultades propias, los secretarios de estado no funcionan en gabinete o consejo de ministros, los secretarios de estado no se encuentran subordinados al congreso, exclusivamente están sujetos a las órdenes del Presidente de la República, los secretarios de estado no son responsables ante el congreso, el congreso no tiene facultad de intervenir en el funcionamiento del poder ejecutivo, el Presidente de la República no tiene facultad de disolver el congreso.

El poder ejecutivo federal lo ostenta un solo individuo, denominado, según el artículo 80 de la Constitución, presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Está integrado por dos elementos: el titular del poder o presidente de la República y el conjunto de órganos que con él colaboran y le están subordinados (secretarías y departamentos). El presidente de la República asume una doble misión: una de orden político y otra administrativa. El carácter político del ejecutivo quiere decir que dispone del poder del Estado y que el ejercicio de dicho poder constituye el Gobierno. El carácter administrativo de su cargo viene dado por el hecho de constituirse como jefe de la Administración pública federal³⁴.

La institución de las secretarías dentro de la organización del Poder Ejecutivo es quizá, la que tenga mayor antigüedad en la vida independiente de México.

Las formas que pueden adaptarse para la organización de la función administrativa son fundamentalmente dos: La centralización y la descentralización.

³⁴ Idem, pp.

a) CENTRALIZACION.- El ejecutivo crea organismos sujetos a él, los organiza, los administra y él es la autoridad. Ejemplo: Secretarías de Estado.

"Existe el régimen de centralización administrativa cuando los órganos se agrupan colocándose unos respecto de otros en una situación de dependencia tal que entre todos ellos existe un vínculo que, partiendo del órgano situado en el mas alto grado de ese orden, los vaya ligando hasta el órgano de ínfima categoría, a través de diversos grados en los que existen ciertas facultades.

Entre los mencionados órganos existe una relación jerárquica; unos son superiores y otros inferiores. El órgano superior tiene consigo las facultades de nombramiento, mando, vigilancia, etc.

En la centralización administrativa mexicana tenemos como órgano supremo al C. Presidente de la República, jefe de la Administración Pública Federal, quien cuenta para el despacho de los negocios respectivos con el número de secretarios de Estado que determine una Ley, la cual fija la distribución de los asuntos que han de estar a cargo de cada secretaría.

Las constituciones de 1824, 1857 y 1917, disponen que para el despacho de los asuntos de orden administrativo de la federación, habrá el número de secretarios que establezca el congreso por una ley.

La Secretarías de Estado y los departamentos administrativos: La ley Orgánica de la Administración Pública Federal del 22 de diciembre de 1976 dispone, en su artículo 26, que: "para el estudio, planeación y despacho de los negocios del orden administrativo, el poder Ejecutivo contará con diversas dependencias.

La Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos tienen igual rango; ninguno de ellos es superior a los demás, según lo determina el artículo 10 de la ley relativa.

Al frente de cada secretaría hay un secretario de Estado auxiliado por los subsecretarios, oficial mayor, directores, subdirectores, jefes y subjefes de departamento, oficina, sección, y mesa y por los demás funcionarios que restablezca el reglamento interior respectivo (artículo 14 LOAPF).

Al frente de cada departamento Administrativo hay un jefe del mismo auxiliado por secretarios generales, oficial mayor, directores, subdirectores, jefes y subjefes de oficina, sección y mesa, conforme lo disponga el reglamento interior respectivo (Artículo 15 LOAPF).

Las Secretarías son las siguientes:

Secretaría de Gobernación (SG):

A esta Secretaría corresponden, entre otras, las funciones siguientes:

Prestar ante el congreso de la Unión las iniciativas de ley del ejecutivo, publicar las leyes y decretos federales, vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente a lo que se refiere a las garantías individuales; aplicar el artículo 33 de la constitución conducir las relaciones del poder ejecutivo con los otros poderes de la Unión, con los gobiernos de los estados y con las autoridades municipales; llevar el registro de los autógrafos de los funcionarios federales y de los gobernadores de los Estados y legalizar las firmas de los mismos; fomentar el desarrollo político, fomentar el desarrollo político e intervenir en las funciones electorales conforme a las leyes; vigilar que las publicaciones impresas y las transmisiones de radio y televisión, así como las películas cinematográficas, se mantengan

dentro de los límites del respeto a la vida privada, a la paz y moral públicas y a la dignidad personal, y no ataquen los derechos de terceros, ni provoque la comisión de algún delito o perturben el orden público; formular y conducir la política demográfica, salvo lo relativo a colonización, asentamientos humanos y turismo; organizar la defensa y prevención social contra la delincuencia; intervenir en la política interior que completa al ejecutivo y no se atribuya expresamente a otra dependencia, etc.

Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE):

Entre las funciones que corren a cargo de esta dependencia se encuentran las siguientes:

Promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la administración pública Federal; y, sin afectar el ejercicio de las atribuciones que cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para la cual intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte, dirigir el servicio exterior en sus aspectos diplomáticos y consular; intervenir en las cuestiones relacionadas con los límites territoriales del país y aguas internacionales; conceder a los extranjeros las licencias o autorizaciones que requieran, conforme a las leyes, para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales y para adquirir bienes inmuebles y hacer inversiones en empresas comerciales e industriales; intervenir en todas las cuestiones relacionadas con nacionalidad y naturalización; legalizar las firmas de los documentos que deban producir efectos en el extranjero, y de los documentos extranjeros que deban producirlos en la república; intervenir, por conducto del procurador general de la república, en la extradición conforme a la ley o tratados, etc.

Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA):

Es la secretaría que organiza, administra y prepara al Ejército y la Fuerza Aérea, el Servicio militar Nacional, las reservas; concede licencias y retiros e interviene en las pensiones de los miembros del Ejército y de la Fuerza Aérea; planea dirige y maneja la movilización del país en caso de guerra, formula y, en su caso, ejecuta los planes y ordenes necesarios para la defensa del país; interviene en la expedición de permisos para la portación de armas de fuego permitidas por la ley, etc.

Secretaría de Marina (SM):

A esta secretaría le toca: Organizar, administrar y preparar la armada, manejando el activo y las reservas de la misma; conceder licencias y retiros e intervenir en las pensiones de los miembros de la armada; ejercer la soberanía en aguas territoriales, así como la vigilancia de las costas del territorio, vías navegables, islas nacionales y la zona económica exclusiva.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP):

Esta secretaria estudia y formula los proyectos de leyes y disposiciones relativas a los impuestos y las leyes de ingresos federales y del Departamento del Distrito Federal; cobra los impuestos, derechos, productos y aprovechamientos federales y del Distrito Federal; dirige los servicios aduanales y de inspección y la policía fiscal de ña Federación; dirige la política monetaria y crediticia ; administra la casa de moneda y ensaye, etc.

Proyecta la planeación nacional del desarrollo, elaborando el plan nacional correspondiente; proyecta y coordina la planeación regional de los Estados y municipios; proyecta y calcula los egresos del Gobierno Federal, tomando en cuenta la disponibilidad de recursos que

tiene la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; formula el programa del gasto público federal; autoriza los programas de inversión pública, etc.

Secretaría de la Función Pública (SFP):

Esta secretaría se encarga de coordinar y organizar el sistema de control y evaluación gubernamental, inspeccionando el gasto público federal, a su vez expide las normas que regulan los instrumentos y procedimientos de control de la Administración Pública Federal, requiriendo de las empresas competentes la expedición de normas complementarias para el ejercicio del control administrativo.

A su vez vigila el control de las normas de control y fiscalización, así como asesorar y apoyar a los órganos de control interno de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. También establece las bases para la realización de las auditorías en dependencias y entidades de la administración y en sustitución o apoyo de sus propios órganos de control.

Dirige, organiza y opera el Sistema de Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal en los términos de la Ley de la materia, dictando las resoluciones conducentes en los casos de duda sobre la interpretación y alcances de sus normas, vigilando el cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades de la Administración Federal, de las disposiciones en materia de planeación, y presupuestación, de ingresos, financiamiento, inversión, deuda, patrimonio, fondos y valores.

Organizar y coordinar el desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, a fin de que los recursos humanos, patrimoniales y los procedimientos técnicos de la misma, sean aprovechados y aplicados con criterios de

eficiencia, buscando en todo momento la eficacia, descentralización, desconcentración y simplificación administrativa. Podrá realizar o encomendar las investigaciones, estudios y análisis necesarios sobre estas materias, y dictar las disposiciones administrativas que sean necesarias al efecto, tanto para las dependencias como para las entidades de la Administración Pública Federal

Realizar, por sí o a solicitud de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de la coordinadora del sector correspondiente, auditorías y evaluaciones a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, con el objeto de promover la eficiencia en su gestión y propiciar el cumplimiento de los objetivos contenidos en sus programas

Inspeccionar y vigilar, directamente o a través de los órganos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de: sistemas de registro y contabilidad, contratación y remuneraciones de personal, contratación de adquisiciones, arrendamientos, servicios, y ejecución de obra pública, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal.

Informar periódicamente al Ejecutivo Federal, sobre el resultado de la evaluación respecto de la gestión de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de aquellas que hayan sido objeto de fiscalización, e informar a las autoridades competentes, cuando proceda del resultado de tales intervenciones y, en su caso, dictar las acciones que deban desarrollarse para corregir las irregularidades detectadas.

Recibir y registrar las declaraciones patrimoniales que deban presentar los servidores públicos de la Administración Pública Federal, y verificar su contenido mediante las investigaciones que fueren pertinentes de acuerdo con las disposiciones aplicables.

Atender las quejas e inconformidades que presenten los particulares con motivo de convenios o contratos que celebren con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, salvo los casos en que otras leyes establezcan procedimientos de impugnación diferentes.

Conocer e investigar las conductas de los servidores públicos, que puedan constituir responsabilidades administrativas; aplicar las sanciones que correspondan en los términos de ley y, en su caso, presentar las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público, prestándose para tal efecto la colaboración que le fuere requerida.

Expedir normas técnicas, autorizar y, en su caso, proyectar, construir, rehabilitar, conservar o administrar, directamente o a través de terceros, los edificios públicos y, en general, los bienes inmuebles de la Federación, a fin de obtener el mayor provecho del uso y goce de los mismos. Para tal efecto, la Secretaría podrá coordinarse con estados y municipios, o bien con los particulares y con otros países.

Regular la adquisición, arrendamiento, enajenación, destino o afectación de los bienes inmuebles de la Administración Pública Federal y, en su caso, representar el interés de la Federación; así como expedir las normas y procedimientos para la formulación de inventarios y para la realización y actualización de los avalúos sobre dichos bienes que realice la propia Secretaría, o bien, terceros debidamente autorizados para ello.

Secretaría de Energía (SE):

Le compete a esta secretaría: Poseer, vigilar, conservar o administrar los bienes de propiedad originaria, los que constituyan recursos naturales no renovables, los de dominio público y los de uso común, así como los de otorgar conceder y permitir su uso, aprovechamiento o explotación; intervenir en la producción industrial cuando afecte en la economía general del país, con exclusiones de la producción que este asignada a las otras dependencias.

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI):

Esta secretaría se ocupa de: Formular y conducir las políticas generales de industrial, comercio exterior, comercio interior, abasto y precios del país; fomentar el comercio exterior del país; fijar los precios oficiales; regular, orientar y estimular las medidas de protección al consumidor.

Secretaría de Agricultura Ganadería y Desarrollo Rural (SAGAR):

Esta se encarga de: Planear, fomentar y asesorar técnicamente la producción agrícola, ganadera, avícola, apícola y forestales todos sus aspectos; definir, aplicar y difundir los métodos y procedimientos técnicos destinados a obtener mejor rendimiento en la agricultura, silvicultura, ganadería, avicultura y apicultura; cuidar De la conservación de los subsuelos, pastizales y bosques; programar y proponer la construcción de pequeñas obras de irrigación; fomentar la reforestación; administrar, controlar y reglamentar el aprovechamiento de las cuencas hidráulicas, vasos, manantiales y aguas de propiedad nacional; intervenir en la conservación de las corrientes, lagos y lagunas; controlar los ríos y demás corrientes y ejecutar las obras de defensa contra inundaciones; intervenir en la dotación de agua a los centros de población e industrias.

Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT):

Corren a su cargo, entre otras, las tareas siguientes: Formular y conducir las políticas y programas para el desarrollo del transporte y las comunicaciones de acuerdo con las necesidades del país; organizar y administrar los servicios de correos, en todos sus aspectos; administrar los servicios federales de comunicaciones eléctricas y electrónicas; otorgar concesiones y permisos y establecer y explorar sistemas y servicios telegráficos, telefónicos y cablegráficos, sistemas de comunicación inalámbrica, estaciones radio experimentales, culturales y de aficionados; el otorgamiento de concesiones y permisos para establecer y operar líneas aéreas comerciales en la república, así como otorgar permisos y negociar convenios para la operación de líneas aéreas internacionales; construir las vías férreas de carácter federal, etc.

Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL):

A ésta dependencia le corresponde: Formular, conducir y evaluar la política general de desarrollo social, y en particular la de asentamientos humanos, desarrollo regional y urbano, vivienda y ecología; coordinar, concertar y ejecutar programas especiales para la atención de los sectores sociales más desprotegidos, en especial de los grupos indígenas: estudiar las circunstancias socioeconómicas de los pueblos indígenas ... crear y apoyar empresas que agrupen a campesinos y grupos populares en áreas urbanas... ; proyectar la distribución de la población...; prever a nivel nacional las necesidades de tierra para el desarrollo urbano y vivienda...; etc.

Secretaría de Educación Pública (SEP):

Esta dependencia tiene encomendadas, en otras, las funciones siguientes: Organizar, vigilar y desarrollar las escuelas oficiales incorporadas o reconocidas la enseñanza preescolar, primaria,

secundaria y normal enseñanza técnica, industrial, comercial, y de artes y oficios, la enseñanza agrícola, la superior y profesional, etc.

Otorgar becas para que los estudiantes de nacionalidad mexicana puedan realizar investigaciones o complementar ciclos de estudios en el extranjero; vigilar, con auxilio de las asociaciones de profesionistas, el correcto ejercicio de las profesiones; organizar, sostener y administrar museos históricos, arqueológicos y artísticos, inacotecas y galerías, etc.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STyPS):

A ésta dependencia quedan encomendadas en el artículo 123°. Y de más de la constitución federal en la ley federal del trabajo y sus reglamentos; procurar el equilibrio entre los factores de la producción, elevar la productividad del trabajo; establecer el servicio nacional de empleo y vigilar su funcionamiento; intervenir en los asuntos relacionados con el seguro social, etc.

Secretaría de la Reforma Agraria (SRA):

Esta Secretaría atiende las funciones siguientes: Aplicar los preceptos agrarios del artículo 27°. Constitucional así como las leyes agrarias y sus reglamentos; conceder ampliar, en términos de la ley, las dotaciones o restituciones de tierra y aguas a los núcleos de población rural; crear nuevos centros de población agrícola y dotarlos de tierras y aguas y de la zona urbana égida; hacer y tener al corriente el registro Agrario Nacional, así como el catastro de las propiedades egidales, comunales e inafectables, etc.

Secretaría de Turismo (SECTUR):

Le corresponde: Formular y conducir la política de desarrollo de la actividad turística nacional; registrar a los prestadores los servicio

turísticos, autorizar los precios y tarifas de los servicios turísticos y vigilar su correcta aplicación; promover zonas de desarrollo turístico nacional ver que la prestación de los servicios turísticos se proporcione conforme a las disposiciones legales aplicables en los términos autorizados o en la forma que se haya contratado, etc.

Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca (SEMARNAP):

A esta secretaría corresponde el despacho de los siguientes asuntos: Formular y conducir la política pesquera del país; conservar y fomentar el desarrollo de la flora y la fauna marítima fluviales y lacustres, así como planear, fomentar y asesorar la explotación y producción pesquera en todos sus aspectos; otorgar contratos, concesiones y permisos para la explotación de la flora y la fauna acuática, etcétera.

Secretaría de Economía (SE):

Entre sus funciones se encuentra el formular y conducir las políticas generales de industria, comercio exterior, interior, abasto y precios del país; con excepción de los precios de bienes y servicios de la Administración Pública Federal.

Regular, promover y vigilar la comercialización, distribución y consumo de los bienes y servicios, estableciendo la política de industrialización, distribución y consumo de los productos agrícolas, ganaderos, forestales, minerales y pesqueros, en coordinación con las dependencias competentes.

Fomentar, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores, el comercio exterior del país.

Estudiar, proyectar y determinar los aranceles y fijar los precios oficiales, escuchando la opinión de la Secretaría de Hacienda y

Crédito Público; estudiar y determinar las restricciones para los artículos de importación y exportación, y participar con la mencionada Secretaría en la fijación de los criterios generales para el establecimiento de los estímulos al comercio exterior;

Estudiar y determinar mediante reglas generales, conforme a los montos globales establecidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los estímulos fiscales necesarios para el fomento industrial, el comercio interior y exterior y el abasto, incluyendo los subsidios sobre impuestos de importación, y administrar su aplicación, así como vigilar y evaluar sus resultados;

Establecer la política de precios, y con el auxilio y participación de las autoridades locales, vigilar su estricto cumplimiento, particularmente en lo que se refiere a artículos de consumo y uso popular, y establecer las tarifas para la prestación de aquellos servicios de interés público que considere necesarios, con la exclusión de los precios y tarifas de los bienes y servicios de la Administración Pública Federal; y definir el uso preferente que deba darse a determinadas mercancías.

Regular, orientar y estimular las medidas de protección al consumidor.

Participar con las Secretarías de Desarrollo Social, de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente y Recursos Naturales, en la distribución y comercialización de productos y el abastecimiento de los consumos básicos de la población.

Fomentar la organización y constitución de toda clase de sociedades cooperativas, cuyo objeto sea la producción industrial, la distribución o el consumo.

Coordinar y ejecutar la política nacional para crear y apoyar empresas que asocien a grupos de escasos recursos en áreas urbanas a través de las acciones de planeación, programación, concertación, coordinación, evaluación; de aplicación, recuperación y revolvencia de recursos para ser destinados a los mismos fines; así como de asistencia técnica y de otros medios que se requieran para ese propósito, previa calificación, con la intervención de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal correspondientes y de los gobiernos estatales y municipales, y con la participación de los sectores social y privado.

Coordinar y dirigir con la colaboración de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, el Sistema Nacional para el Abasto, con el fin de asegurar la adecuada distribución y comercialización de productos y el abastecimiento de los consumos básicos de la población.

Normar y registrar la propiedad industrial y mercantil; así como regular y orientar la inversión extranjera y la transferencia de tecnología.

Establecer y vigilar las normas de calidad, pesas y medidas necesarias para la actividad comercial; así como las normas y especificaciones industriales.

Regular y vigilar, de conformidad con las disposiciones aplicables, la prestación del servicio registral mercantil a nivel federal, así como promover y apoyar el adecuado funcionamiento de los registros públicos locales.

Fomentar el desarrollo del pequeño comercio rural y urbano, así como promover el desarrollo de lonjas, centros y sistemas comerciales de carácter regional o nacional en coordinación con la

Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación.

Impulsar, en coordinación con las dependencias centrales o entidades del sector paraestatal que tengan relación con las actividades específicas de que se trate, la producción de aquellos bienes y servicios que se consideren fundamentales para la regulación de los precios.

Organizar y patrocinar exposiciones, ferias y congresos de carácter industrial y comercial, de igual forma la distribución y consumo a fin de evitar el acaparamiento y que las intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen el encarecimiento de los productos y servicios.

Regular la producción industrial con exclusión de la que esté asignada a otras dependencias.

Asesorar a la iniciativa privada en el establecimiento de nuevas industrias en el de las empresas que se dediquen a la exportación de manufacturas nacionales.

Fomentar, regular y promover el desarrollo de la industria de transformación e intervenir en el suministro de energía eléctrica a usuarios y en la distribución de gas, la producción económica del artesano, de las artes populares y de las industrias familiares.

Promover, orientar, fomentar y estimular la industria nacional, el desarrollo de la industria pequeña, mediana y regular la organización de productores industriales, y en su caso, organizar la investigación técnico- industrial;

Registrar los precios de mercancías, arrendamientos de bienes muebles y contratación de servicios, que regirán para el sector público; dictaminar los contratos o pedidos respectivos; autorizar las

compras del sector público en el país de bienes de procedencia extranjera, así como, conjuntamente con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, autorizar las bases de las convocatorias para realizar concursos internacionales, y

Formular y conducir la política nacional en materia minera, el aprovechamiento de los recursos minerales, llevar el catastro minero, y regular la explotación de salinas ubicadas en terrenos de propiedad nacional y en las formadas directamente por las aguas del mar.

Otorgar contratos, concesiones, asignaciones, permisos, autorizaciones y asignaciones en materia minera, en los términos de la legislación correspondiente.

Secretaría de Seguridad Pública (SSP):

La secretaría se encarga de proponer la política criminal en el ámbito federal, que comprenda las normas, instrumentos y acciones para prevenir de manera eficaz la comisión de delitos, así como de Proponer al Ejecutivo Federal las medidas que garanticen la congruencia de la política criminal entre las dependencias de la administración pública federal.

Este a su vez preside el Consejo Nacional de Seguridad Pública y representa al Poder Ejecutivo Federal en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, también entre sus funciones se encuentran el de proponer al Consejo Nacional de Seguridad Pública, políticas, acciones y estrategias de coordinación en materias de prevención del delito y política criminal para todo el territorio nacional.

Atender de manera expedita las denuncias y quejas ciudadanas con relación al ejercicio de sus atribuciones es otra de sus facultades, además de organizar, dirigir, administrar y supervisar la Policía Federal Preventiva, así como garantizar el desempeño honesto

de su personal y aplicar su régimen disciplinario, Salvaguardar la integridad y el patrimonio de las personas, prevenir la comisión de delitos del orden federal, así como preservar la libertad, el orden y la paz públicos, Organizar, dirigir y administrar un servicio para la atención a las víctimas del delito y celebrar acuerdos de colaboración con otras instituciones del sector público y privado para el mejor cumplimiento de esta atribución Celebrar convenios de colaboración, en el ámbito de su competencia, en el marco del Sistema Nacional de Seguridad Pública, cuando así lo soliciten otras autoridades federales, estatales, municipales o del Distrito Federal competentes, en la protección de la integridad física de las personas y en la preservación de sus bienes, en situaciones de peligro cuando se vean amenazadas por disturbios u otras situaciones que impliquen violencia o riesgo inminente, Ejecutar las penas por delitos del orden federal y administrar el sistema federal penitenciario, Administrar el sistema federal para el tratamiento de menores infractores, en términos de la política especial correspondiente y con estricto apego a los derechos humanos.

Secretaría de la Consejería Jurídica (SCJ):

Dar apoyo técnico jurídico al Presidente de la República en todos aquellos asuntos que éste le encomiende, someter a consideración y, en su caso, firma del Presidente de la República todos los proyectos de iniciativas de leyes y decretos que se presenten al Congreso de la Unión o a una de sus Cámaras, así como a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, y darle opinión sobre dichos proyectos.

Dar opinión al Presidente de la República sobre los proyectos de tratados a celebrar con otros países y organismos internacionales, así como revisar los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos, nombramientos, resoluciones presidenciales y

demás instrumentos de carácter jurídico, a efecto de someterlos a consideración y, en su caso, firma del Presidente de la República.

Prestar asesoría jurídica cuando el Presidente de la República así lo acuerde, en asuntos en que intervengan varias dependencias de la Administración Pública Federal, así como en los previstos en el artículo 29 constitucional.

Coordinar los programas de normatividad jurídica de la Administración Pública Federal que apruebe el Presidente de la República y procurar la congruencia de los criterios jurídicos de las dependencias y entidades.

Presidir la Comisión de Estudios Jurídicos del Gobierno Federal, integrada por los responsables de las unidades de asuntos jurídicos de cada dependencia de la Administración Pública Federal, la que tendrá por objeto la coordinación en materia jurídica de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

El Consejero Jurídico podrá opinar previamente sobre el nombramiento y, en su caso, solicitar la remoción de los titulares de las unidades encargadas del apoyo jurídico de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Representar al Presidente de la República, cuando éste así lo acuerde, en las acciones y controversias a que se refiere el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los demás juicios en que el titular del Ejecutivo Federal intervenga con cualquier carácter. La representación a que se refiere esta fracción comprende el desahogo de todo tipo de pruebas.

Secretaría de la Salud (SSA):

Son de la competencia de esta Secretaría las siguientes funciones: Establecer y conducir la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general; crear y administrar establecimientos de salubridad, resistencia pública y de terapia social en cualquier lugar del territorio; vigilar el cumplimiento de la ley general de salud; estudiar, adaptar y proponer en vigor las medidas necesarias para luchar contra las enfermedades transmisibles, contra las plagas sociales que afecten la salud, contra el alcoholismo y las toxicomanías y otros vicios sociales, y contra la medicina, etc.

Podemos concluir que cada una de estas secretarías tiene bien definidas las atribuciones otorgadas, a fin de ayudar al ejecutivo a cumplir con su tarea.

En cuanto al estudio realizado en este rubro nos percatamos de la necesidad de que el Poder Ejecutivo, se apoye en un grupo de dependencias denominadas Secretarías de la Administración Pública, las cuales son de mayor interés para el país al ser las encargadas de administrar los recursos tendientes a procurar el bien común.

Dichas secretarías son creadas para que el ejecutivo a través de ellas cumpla con su trabajo creándolas y eliminándolas de la Ley Federal de la Administración Pública, según la ayuda y los medios que sean necesarios para satisfacer al gobernado en cuanto a sus necesidades económicas, de salud, seguridad, etc.

Como podemos observar estas Secretarías tienen funciones y atribuciones diversas las cuales le son otorgadas con el fin de dar un correcto despacho de los negocios del orden administrativo.

Hay que dejar claro que la ley da a todas y cada una de estas secretarías igual rango, estando al frente de cada una de ellas un

Secretario de estado designado por el Ejecutivo, el cual tiene la obligación de hacer cumplir cada una de esas funciones y atribuciones que le han sido asignadas a su Secretaría.

En lo que respecta a la Secretaría de Salud, es importante señalar que es el órgano centralizado, encargado de hacer cumplir la Ley general de Salud a través de su Observancia y control de las funciones de los Centros d Salud, médicos y demás personas y organismos que intervienen en ella.

Como autoridad sanitaria esta secretaria esta encargada de hacer cumplir al pie de la letra todas y cada una de las disposiciones contenidas en la Ley General de Salud, según el artículo 7 de dicha ley, por ende al ser notorio dicha secretaria debe estar al tanto de la necesidad del gobernado por tener garantías de seguridad al recurrir a esta Técnica de Reproducción Asistida.

b) DESCENTRALIZACION.- Otra forma de Organización administrativa es la descentralización, que consiste en transferir, a diferentes corporaciones, parte de la autoridad que antes ejercía el Estado.

En la descentralización administrativa hay transferencia de una parte de poder central del estado a determinados órganos locales, a los que se otorga cierta autonomía o independencia para mejorar su organización y para que realicen sus fines propios.

La ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 45 señala que son Organismos Descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.

Cuando el ejecutivo hace uso de otras empresas para cumplir sus fines, pero estas no están bajo el mando de él, son autónomas en su organización, aunque dependiente en el aspecto Económico.

La descentralización administrativa puede adoptar una de estas formas: por región, por servicio y por colaboración.

3.2.- LEY GENERAL DE SALUD

Ley reglamentaria del párrafo tercero del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual fue adicionado por decreto publicado en fecha 3 de febrero de 1983, consagrándose así como Garantía Social el Derecho a la protección de la Salud.

La Ley General de la Salud fue publicada el 7 de febrero de 1984 en el Diario Oficial de la Federación, iniciando su vigencia el 1º de julio de ese mismo año, estableciendo y definiendo las bases y modalidades, para el acceso a los servicios de salud, así como la distribución de competencias entre la federación y las entidades Federativas en materia de salubridad general.

Al ser una ley que emana del Congreso de la Unión, es considerada una ley suprema como lo establece el artículo 133 Constitucional, por ende todas sus disposiciones son de aplicación federal.

La legislación sanitaria, establece el momento mismo en que se inicia la vida humana, siendo este en el momento en que el óvulo es fecundado. Señala las medidas y protecciones que deben

tomarse, durante su desarrollo a partir del neogénesis del hombre, y hasta los cuidados y atenciones que se deben tener con su cadáver, como señalan los artículos 314, 318, 319, 330 fracción II, 350 Bis 6, 350 Bis 7, 462, 466 y demás relativos de la Ley General de Salud, y en sus Reglamentos, especialmente el relativo a Materia de Investigación para la Salud, en sus artículos 40, 43, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 53, 55 y demás relativos. Inclusive, esta legislación protege y regula el manejo de las células germinales y tejido humanos, a partir del embrionario, (desde la fertilización del óvulo, hasta el fin de la duodécima semana de embarazo) prohibiéndose su manipulación, por lo que, con mayor razón, se protege la vida humana desde la fecundación.

Del estudio de esta legislación se concluye, que reconoce expresamente la existencia del ser humano, persona o individuo, desde el momento mismo de la fertilización del óvulo de la mujer, momento mismo en el que se inicia la concepción, ya prohíbe la manipulación de células germinales y tejidos humanos, así como a partir del tejido embrionario, por lo que con mayor razón, protege la vida humana desde la concepción, ya que se trata de la misma persona, de acuerdo a su "código genético", en diferentes etapas de su vida, así el código genético, del óvulo de mujer recién fertilizado, es el mismo del cadáver que es enterrado.

En cuanto a la regulación de la Inseminación artificial en esta ley, tenemos que si bien no maneja un concepto que la defina a ciencia cierta si contempla en su Capítulo VI, dedicado a los delitos, en el artículo 466 de la presente ley que a la letra dice: " Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a

ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge".

Como podemos observar, sanciona al médico que realice la inseminación artificial sin consentimiento de la mujer sometida a este proceso, o que lo realice en una mujer que no goce de sus dos capacidades (estamos hablando de la capacidad de goce y ejercicio), castigando en un aproximado de uno a ocho años de prisión al médico, o cualquier otro que lo practique; así entre comillas la mujer se encuentra protegida ante las diferentes posibilidades que se puedan dar en el presente caso en concreto, pero que tan viable es exigir una sanción si a la mujer no se le realiza el procedimiento adecuado, por que ¿cuál es el procedimiento?, incluso que es la inseminación artificial, y peor aun que tan viable es seguir un proceso en contra de un médico o cualquier otra persona que practique esta técnica, si ninguna ley señala el concepto de esta Técnica de Reproducción Asistida.

Considero, sin embargo necesario se realicen las debidas reformas toda vez, que si bien es cierto que los médicos, contemplan un concepto o idea de la inseminación misma, las autoridades jurisdiccionales no, en consecuencia esto demerita el deseo del legislador de proteger al gobernado ante un posible abuso del médico o persona capacitada para aplicar esta técnica de reproducción asistida.

La ley general de salud establece en su artículo primero el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Por consiguiente al ser una ley de carácter federal creada con la mera intención de tener un derecho a la protección de la salud, estableciendo las bases y modalidades para el acceso a los diferentes servicios médicos, vigilados y resguardados por la federación, considero necesario se realice una reforma a dicha ley para la creación de un concepto jurídico, así como de las diferentes modalidades y características que la contemplan.

Considero que dicha reforma debe realizarse, creando un capítulo especial en donde se contemplen un concepto de la inseminación artificial, los tipos de inseminación artificial existentes y de mayor aplicación en México, así como las partes que intervienen en la inseminación artificial, claro todo esto visto desde un punto de vista jurídico.

3.3.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD.

Antes de entrar en el estudio del presente ordenamiento de carácter administrativo, es necesario dar el concepto de Reglamento, a fin de poder entender más la esfera jurídica que se pretende aplicar.

El Reglamento es toda norma dictada por la administración, y por lo tanto, con rango inferior al de la ley. En los regímenes democráticos, se puede afirmar que en el reglamento tienen una fuerza escasa los principios del Estado de derecho, pues si la ley emana del poder legislativo del Estado, el reglamento lo debemos al poder ejecutivo. Si la ley ha de ser votada y aprobada en el Parlamento, y refleja la voluntad popular en la medida en que allí se encuentran representados los ciudadanos, el reglamento no se aprueba en el ámbito parlamentario, sino en el Consejo de Ministros, en un

departamento concreto, o en cualquier otro ente de los que componen el complejo administrativo del Estado. No sólo es reglamento el decreto, sino también la orden ministerial, la ordenanza municipal y otros documentos análogos.

Las constituciones modernas, como la nuestra reconocen a la administración la autoridad de dictar reglamentos. Esta potestad reglamentaria se aplica de forma incorrecta si el reglamento vulnera la ley (norma de rango superior) o si el reglamento entra a regular materias reservadas a la ley: si en una constitución se dice que los impuestos deben ser aprobados por ley, no puede el gobierno decidir la creación de un nuevo impuesto. Lo contrario sería como una intromisión en el poder legislativo por parte del ejecutivo y el reglamento resultante sería nulo por completo.³⁵

Ahora bien una vez entendido el concepto del reglamento, con fundamento en el artículo 89 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicho reglamento, fue creado con el único fin de que la investigación para la salud, es un factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general, atendiendo aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación.

En cuanto al desarrollo de la investigación para la salud, el presente reglamento establece criterios técnicos par regular la aplicación de los procedimientos relativos a la correcta utilización de los recursos destinados a ella, sin restringir la libertad de los

³⁵ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. ob, cit, pp.

investigadores en lo que se refiere a la investigación en seres humanos y de la que utilice materiales o procedimientos que conlleven un riesgo.

El presente reglamento en la investigación en seres humanos es preciso se sujete a los principios científicos, éticos y a las normas de seguridad generalmente en humanos, sujetándose a un control para obtener una mayor eficacia y evitar así riesgos a la salud de las personas, en la investigación de recursos profilácticos, de diagnósticos, terapéuticos, y de rehabilitación.

El presente reglamento establece en su artículo primero el objetivo de proveer en la esfera administrativa, el cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo referente a la investigación para la salud en los sectores público, social y privado.

En lo referente a la Inseminación Artificial el reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, en su capítulo IV, titulado: "De la Investigación en Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, durante el Trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos; de la Utilización de Embriones, Obitos y Fetos y de la Fertilización Asistida.", del artículo cuadragésimo se desprende en su fracción XI, establece que para los efectos de este reglamento, se entiende por Fertilización Asistida: aquella en la que la Inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

Respecto a este artículo me permito señalar que dicho reglamento es erróneo en la concepción del concepto de la Inseminación Artificial, toda vez que no establece una percepción exacta de dicha técnica de Inseminación Artificial, dando sin embargo, en vez de una significación, los tipos de Inseminación Asistida existentes.

Tal vez el lector piense que la fracción XI, del artículo cuarenta de este reglamento debe ser modificada y no la ley General en Salud, sin embargo considero necesario esclarecer que dicha reforma, no sería del todo viable en el presente ordenamiento administrativo, en razón a que tomando en consideración la clasificación de las normas jurídicas, en México, no es viable dicha reforma.

Según el artículo 133 de la ley fundamental de México, la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se ajustarán a lo dispuesto por la Constitución, las leyes y los tratados, a pesar de la normas en contrario que puedan existir en las constituciones o las leyes de los estados³⁶.

La jerarquía del orden jurídico en el Derecho mexicano es la siguiente:

1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
2.- Tratados Internacionales, Convenios y Leyes Federales.
3.- Leyes Ordinarias.
4.- El Decreto.
5.- El Reglamento.
6.- Normas Jurídicas Individualizadas

Para un mejor entendimiento en el ordenamiento jurídico mexicano existen otras normas de rango inferior respecto a la

³⁶ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © ob. cit. pp.

Constitución, sobre las que deben tenerse en cuenta los extremos que siguen.

Los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, son de cumplimiento obligatorio en todo el país.

Las leyes federales son creadas por el Congreso de la Unión, es decir, por el poder legislativo federal al objeto de que sean aplicadas en todo el territorio nacional.

La ley orgánica, regla jurídica que no reglamenta ó deriva de ningún artículo de la Constitución general, tiene a pesar de ello que seguir el espíritu de la misma en todas y cada una de sus disposiciones. Como ejemplo podemos citar el Código Civil o el Código de Comercio.

El decreto, como acto del poder ejecutivo referido al modo de aplicación de las leyes en relación a los fines de la Administración Pública, es de igual forma la disposición de un órgano legislativo que no tiene el carácter general atribuido a las leyes.

El reglamento, en cuanto es una disposición de carácter legislativo, expedida por el ejecutivo, debe aplicarse a todas las personas cuya situación quede bajo su campo de acción. El objeto de los reglamentos es facilitar el mejor cumplimiento de la ley, por lo que no pueden significarse en contra del contenido de la propia ley.

Las normas jurídicas individualizadas son aquellas que se refieren a situaciones jurídicas concretas o particulares. Para algunos autores no se trata de normas jurídicas en realidad, sino de actos jurídicos regidos por normas jurídicas. Se consideran normas jurídicas

individualizadas, los contratos, los testamentos, las sentencias y las resoluciones administrativas.³⁷

Podemos concluir la necesidad de reformar una ley de carácter federal, a fin de incluir las diferentes técnicas de reproducción asistida, y no un reglamento que jerárquicamente, no tiene la misma aplicación y obligación contraída por el gobernado, que se interna en el supuesto en comento.

Regresando al análisis del contenido del artículo 40 en su fracción XI, podemos concluir, que el ejecutivo en su afán por regular a las diferentes Técnicas de Reproducción Asistida, cae en un error al querer definir a la Inseminación Artificial de esa forma, sin profundizar en un estudio de la misma Técnica Reproductiva, en donde incluso intenta dar un concepto, a fin de regularla sin pensar que la Ley General de Salud, solo contempla en el artículo 466 referente a los delitos una sanción a dicha Fertilización Asistida, sin dar un previo concepto del tema.

3.4.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.

Norma administrativa dictada por Miguel de la Madrid, con fundamento en el artículo 73 fracción XVI, en donde al ser necesaria la creación del presente reglamento a fin de establecer las bases y modalidades del control sanitario sobre la disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos como una de las materias de Salubridad General.

³⁷ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © ob. cit, pp.

Al existir avances científicos que han logrado que los trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos representen un medio terapéutico, para conservar la vida de las personas.

La Ley General de Salud, establece en su Título décimo cuarto, las bases legales conforme a las cuales deberá realizarse el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, estableciendo en el artículo 314, los conceptos de células germinales, donante, embrión y receptor entre otros.

Artículo 314 Para efectos de este título se entiende por:

I. Células germinales. Células reproductoras masculinas y femeninas, capaces de dar origen a un embrión.

VII. Donante. Al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes.

VIII. Embrión. Al producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana gestacional.

XII. Receptor. A la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos.

Respecto a la norma administrativa en comento, en sus disposiciones generales señala en su artículo primero el objeto de proveer, en la esfera administrativa, el cumplimiento de la ley reglamentaria, en cuanto al numeral, enunciado anteriormente, siendo

su aplicación en toda la República, compitiendo a la Secretaría de Salud su aplicación.

En lo que respecta a dicho numeral de la ley reglamentaria de dicho ordenamiento, en su artículo 6º señala, respecto a la Inseminación Artificial, para los efectos de este reglamento, se entiende por:

X.- Disposición de órganos, tejidos y cadáveres y productos: el conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de dolencia o de investigación;

XI.- Embrión: El producto de la concepción hasta la decimotercera semana de gestación:

XV.- Producto: Todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de proceso fisiológico normales considerándose como productos la placenta lo anexos de la piel;

XX.- Receptor: la persona a quien se trasplantará o se le haya trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre mediante procedimientos terapéuticos;

Como podemos observar existen ciertas similitudes, entre ambas ordenamientos, variando un poco en su contenido o el nombre que se le da al donador y receptor sin embargo, cabe aclarar que la Ley General de Salud, establece el concepto de células germinales, mientras, que el presente reglamento, omite dar un concepto al respecto.

En lo respecta a los requisitos que debe cubrir, el donador este reglamento establece:

Artículo 16.- Tratándose de trasplantes, el disponente originario del que se tomen órganos o tejidos deberá

I.- Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta;

II.- Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico;

III.- Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas;

IV.- Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano, en su caso, así como las probabilidades de éxito para el receptor, y

V.- Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante un notario.

Es importante señalar que dicho ordenamiento deja de contemplar a las células germinales, dentro de la presente autorización, siendo esto importante toda vez, que si la Ley reglamentaria las contempla, el presente reglamento omite señalar al respecto.

Por lo que respecta ha el documento en el que se dispone la voluntad del donador y del receptor, el presente reglamento, señala lo siguiente:

Artículo 24.- El documento en el que el disponente originario exprese su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, deberá contener:

I.- Nombre completo del disponente originario;

II.- Domicilio;

III.- Edad;

IV.- Sexo;

V.- Estado Civil;

VI.- Ocupación;

VII.- Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubino, si tuviere;

VIII.- Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos;

IX.- El señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito, consiente en la disposición del órgano o tejido de que se trate, expresándose si esta disposición se entenderá hecha entre vivos o para después de su muerte;

X.- Identificación clara y precisa del órgano o tejido objeto del trasplante;

XI.- El nombre del receptor del órgano o tejido, cuando se trate de trasplante entre vivos, o las condiciones que permitan identificar al receptor si la disposición fuera para después de su muerte;

XII.- El señalamiento de haber recibido información a su satisfacción sobre las consecuencias de la extirpación del órgano o tejido;

XIII.- Nombre, firma y domicilio de los testigos cuando se trate de documento privado;

XIV.- Lugar y fecha en que se emite, y

XV.- Firma o huella digital del disponente

Artículo 25.- El receptor de un órgano o tejido deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Tener un padecimiento que pueda tratarse de manera eficaz por medio del trasplante;

II.- No presentar otras enfermedades que predeciblemente interfieran en el éxito del trasplante;

III.- Tener un estado de salud físico y mental capaz de tolerar el trasplante y su evolución;

IV.- Haber expresado su voluntad por escrito, una vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y de las probabilidades de éxito, y

V.- Ser compatible con el disponente originario del que se vaya a tomar el órgano o tejido.

Los médicos responsables del trasplante, procurarán que el receptor no tenga la edad de sesenta años al momento del trasplante.

Artículo 26.- El escrito donde se exprese la voluntad a que se refiere la fracción IV del artículo anterior, deberá contener:

I.- Nombre completo del receptor;

II.- Domicilio;

III.- Edad;

IV.- Sexo;

V.- Estado Civil

VI.- Ocupación;

VII.- Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere;

VIII.- Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos;

IX.- El señalamiento preciso de que por su propia voluntad consiente en la realización del trasplante, y que fue enterado suficientemente del objeto y clase de la intervención y de las probabilidades de éxito terapéutico

X.- Firma o huella digital del receptor;

XI.- Lugar y fecha en que se emite, y

XII.- Nombre, firma y domicilio de los testigos si se trata de documento privado.

Como podemos observar de la simple lectura de los artículos, podemos concluir al respecto que el presente reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, y cadáveres de seres humanos, carece de un ordenamiento capaz de establecer los alcances de la donación de células germinales, así como de los derechos, tanto del receptor como del donador. Dejando así a la

Inseminación Artificial fuera del presente reglamento, y por ende sin una disposición que proteja o exija cumplimiento a las partes que intervienen en el presente procedimiento artificial de inseminación para la procreación de seres humanos.

Por lo que respecta a la creación y establecimiento de bancos de órganos y tejidos, la presente ley administrativa señala que estos bancos podrán ser de:

Artículo 30.- Los bancos de órganos y tejidos podrán ser de:

I.- Córneas y escleróticas;

II.- Hígados;

III.- Hipófisis;

IV.- Huesos y cartílagos;

V.- Médulas óseas;

VI.- Páncreas;

VII.- Paratiroides;

VIII.- Piel y faneras;

IX.- Riñones;

X.- Sangre y sus derivados;

XI.- Timpanos;

XII.- Vasos sanguíneos, y

XIII.- Los demás que autorice la Secretaría.

Los bancos podrán ser de una o varias clases de órganos o tejidos a que se refieren las fracciones anteriores, debiéndose expresar en la documentación correspondiente el tipo de banco de que se trate.

Podemos concluir el presente estudio del reglamento de la siguiente manera, la presente ley de orden puramente administrativo, establece la regulación de un control por los órganos y tejidos, así como cadáveres de seres humanos, sin embargo omite regular a las células germinales, dado que el presente ordenamiento solo establece, transplantes de tejidos y órganos, sin contemplar a la donación de dichas células germinales que permitirán la existencia legal de una Técnica de Reproducción Asistida.

CAPITULO 4

LA NECESIDAD DE REGULAR A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

DENTRO DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Respecto al presente punto a resolver, debo decir que importantes comentarios han surgido, dada la necesidad de regular en México a la Inseminación Artificial, tema de interés principalmente para los estudiosos de la medicina y el derecho; los cuales han hecho manifiesta la estrecha relación existente entre la ética y el derecho, debido quizá a que el obrar humano constituye el objeto propio regido por las normas, las que representan reglas imperativas que expresan un deber, tutelado por el 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, que la rodean y que manifiestan la clara necesidad de que esta técnica sea regulada en México y el resto del mundo.

Es importante y oportuno el 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.

El objetivo general es identificar los elementos necesarios para integrar una propuesta normativa acorde con los requerimientos éticos y científicos de la reproducción asistida. Uno de ellos es la

repercusión del derecho vigente en nuestro país en los aspectos clínicos de este procedimiento, realizando un estudio de los diferentes criterios jurídicos existentes en el resto del mundo, el llamado derecho comparado, enfocado a la normatividad existente respecto a la Inseminación Artificial.

Desde 1978 hasta nuestros días han sido numerosos los nacimientos por el método de la fecundación in vitro y traslado de embrión, asimismo las clínicas especializadas se han multiplicado en el mundo. Nuestro país no ha escapado a esta situación y las fecundaciones extracorpóreas son ya una realidad, como resultado de la necesidad de dar tratamiento a los problemas de la reproducción humana.

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

México no ha escapado a las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, la biología y genética, planteando interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la Ley, tal es el caso de la Inseminación Artificial. Es por ello que los abogados conjuntamente con los profesionales de la salud deben promover una transformación de los conceptos básicos del derecho que atañen principalmente al derecho de familia, al sucesorio, al de los contratos, al de los bienes y muy particularmente al de la salud, puesto que la Reproducción Asistida engloba necesidades que en un futuro, afecta la esfera jurídica del que acude o proviene de ella.

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

Desde el ámbito del derecho a la salud, apreciamos que la Ley General de Salud determina dentro de los objetivos de la planificación familiar el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana; por su parte, la regulación específica respecto de los procedimientos de fertilización asistida atañen a la normatividad aplicable a la disposición de órganos y tejidos.

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

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

Así, tenemos que la Inseminación Artificial puede ser de dos tipos homóloga o heteróloga, dichos conceptos que si bien fueron creados por lo médicos para diferenciar una de otra, así como para clasificar sus diferentes aplicaciones, jurídicamente hablando no existe ningún concepto que sustente, todo lo anterior, dejando a la ciencia prácticamente desprotegida o peor aun impune ante sus posibles irregularidades.

Observamos entonces que la Inseminación artificial de tipo homólogo, es decir, aquélla que se efectúa con el espermatozoides del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue la reglas generales aplicables para los trasplantes en la Ley General de Salud, asimismo la legislación civil tomará en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto de matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural.

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

La falta de normatividad respecto a la Inseminación Artificial, nos lleva a la necesidad de considerar las consecuencias jurídicas respecto a su aplicación como lo es la filiación, la llamada maternidad subrogada, los derechos de un donador en este aspecto y los derechos mismos del producto de esta Técnica de Reproducción

Asistida, por ser una materia que en nuestro país se encuentra fuera de la esfera jurídica al no existir un solo concepto de la misma.

Por otro lado, el hijo concebido a través de Inseminación Artificial, si proviene del tipo homólogo, no tiene consecuencia legal alguna, sin embargo si esta es heteróloga y es practicada en una mujer soltera, viuda o divorciada, será ante la legislación civil, un hijo fuera del matrimonio que tendrá todos los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden. La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil como suyo y de padre desconocido; el hijo adquirirá derecho a los apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre él la patria potestad y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios.

Pero, en este caso ¿podrá el donador de semen reclamar paternidad respecto del producto?

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

Son múltiples los cuestionamientos que la ciencia jurídica debe afrontar en torno a las técnicas de reproducción asistida, algunas de ellas son: ¿Debe justificarse la inseminación homóloga con semen del marido luego de su fallecimiento, es decir, la llamada inseminación post mortem? ¿Debe quedar abierta la posibilidad de inseminación para las mujeres no casadas (solteras, viudas, divorciadas o concubinas) como una muestra de respeto al derecho de toda mujer a procrear? ¿Debe mantenerse el anonimato del donante o tiene derecho el hijo de conocer su filiación genética? ¿Es legítima alguna remuneración económica para el donante? ¿Debería renunciar éste a la patria

potestad en favor de un tercero anónimo? Por lo que respecta a la fecundación in vitro desde el punto de vista del embrión logrado. ¿Cuál debe ser su estatuto ético-antropológico? ¿es una cosa? ¿es una persona? ¿puede ser objeto de donación, compraventa o adopción? ¿se justifica su congelamiento? ¿puede ser manipulado para efectos de investigación y experimentación? Pero además, si le fuera imposible a la madre gestar al embrión ¿se justifica éticamente, su implantación en el útero de otra mujer, la llamada maternidad sustituta? ¿qué criterio se debe seguir para determinar la maternidad? ¿el genético? ¿el legal? ¿el afectivo? A las consideraciones éticas se le suman las normas jurídicas, cuyo espíritu es el de proteger adecuadamente los derechos de todos los actores implicados, de las personas que solicita el método, de los hijos nacidos a través del mismo, y de los terceros que pueden o no intervenir, donantes y madres sustitutas. La nueva realidad es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas de derecho civil que ya resultan incompletas o simplemente ineficaces, dado a los múltiples avances científicos, es por ello que es recomendable la creación de un Capítulo especial en donde la Ley General de Salud, regule o establezca las bases y los principios jurídicos que darán pauta para resolver todas y cada una de las interrogantes planteadas anteriormente.

Tal vez para el lector resulte trivial la presente propuesta, sin embargo es necesario, toda vez que al no existir un lineamiento jurídico se dejan varios puntos sin resolver. Tal vez se pregunten por que estas reformas se deben realizar en materia administrativa, y debo decir que partiendo del ordenamiento cuarto de nuestra carta magna como lo hemos analizado anteriormente se desprende la consigna constitucional, de proporcionar protección de la salud, además de la libertad de los mexicanos para decidir el número de hijos que deseen tener, a partir de esto la Ley General de Salud, creada para dar respuesta a las necesidades de las personas, y que a su vez es de

aplicación federal y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Esta ley en sus artículos 5 y 7 establecen que el sistema nacional de salud está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local y que esta Coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud, por ende se sobre entiende que con la modificación de esta ley se removerían, las necesidades médicas y de salud de los ciudadanos, por ende al reformar la ley, agregando un capítulo especial que contenga un concepto legal de inseminación artificial y la regulación de los diferentes tipos de inseminación que existen, establecer y regular las partes que intervienen en la inseminación artificial, así como los supuestos jurídicos en que se realizara la misma, permitiendo todo esto que las otras ramas del derecho puedan avanzar sobre este tema.

Actualmente con base en la legislación vigente y ante la posibilidad de la fecundación post mortem se plantea la situación de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal pero jurídicamente extra matrimonial si su nacimiento tuviera lugar después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo, plazo que señala el Código Civil (artículo 324, fracción II) para presumir que se trata de hijo de los cónyuges.

Además, los hijos que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia podrían ser considerados incapaces de adquirir por testamento, por lo que el hijo póstumo concebido bajo este esquema quedaría excluido.

Podemos estar convencidos de que las respuestas a nivel moral son el punto de partida para la construcción o actualización de toda legislación. Se podrá estar de acuerdo o no con los criterios pero lo que es claro es que, ante realidades nuevas como es el caso, no existe proyecto de ley o legislación que no suponga una toma de posición ético-antropológica que sirva de base para su elaboración.

Como una primera respuesta a la falta de normatividad, es necesario plantear un proyecto de norma que defina y regule más específicamente a la Inseminación Artificial, y que mejor que la Ley General de Salud, a través de un capítulo especial, que contenga los conceptos básicos de esta Técnica de Reproducción Asistida.

Si bien es cierto, dicha ley se reformó y creó una norma para la disposición de células germinales humanas en la fertilización asistida, pero no estableció el concepto de dicha técnica de reproducción, y que si bien el objeto de la norma consiste en la creación de normas que contengan definiciones de algunos conceptos básicos indispensables para su aplicación, dentro de los cuales se incorpore el concepto, de igual forma es necesario establecer las bases sobre las partes que intervienen en las presentes técnicas de reproducción asistida.

Independientemente de este proceso, desde el punto de vista administrativo, tal vez en un futuro y en base a ello, es necesario definir el conjunto de reglas científicas y tecnológicas a las que deberán sujetar sus funciones los establecimientos que presten servicios de fertilización asistida; así como determinar su organización y desarrollo, no contiene los conceptos básicos que contengan definiciones claras y precisas que permitan un servicio eficaz en dichos establecimientos.

Actualmente varias propuestas han surgido para la creación de leyes que regulen el tema, otros proponen reformas e incluso la creación de un Centro Nacional de Fertilización Asistida que funja como centro nacional de referencia de problemas sobre reproducción asistida y como coordinador del Registro Nacional de Disponentes, Receptores y Resultados en la materia, teniendo entre sus funciones supervisar para el efecto aplicación y procedimientos de fertilización asistida; sancionar los protocolos de investigación, así como formar recursos humanos y fomentar la investigación en biología de la reproducción.

Una vez reformada la ley general de salud, se tendría que proceder a crear normas para establecer disposiciones relacionadas con las reglas que deben cubrirse para obtener autorización para disponer de células germinales y productos de la fertilización en establecimientos también autorizados; reglas sobre la infraestructura idónea para las unidades hospitalarias en que se realicen los procedimientos; las pruebas de laboratorio que deban practicarse en forma obligatoria; así como los requisitos para la integración de las comisiones de investigación, ética y bioseguridad.

Dentro de mi propuesta, establezco la creación de un capítulo especial en donde no solo se establezca un concepto de inseminación artificial, sino también la existencia de los dos tipos de fertilización asistida, la homóloga, que como mencioné líneas atrás sucede cuando la fertilización se realiza con células germinales de la pareja que recibirá el tratamiento, y la heteróloga, cuando la fertilización se realiza con células germinales no provenientes a la pareja.

Se propone que para realizar fertilización asistida deberán reunirse entre otros requisitos, que haya solicitud por escrito de una

pareja heterosexual que requiera el tratamiento y esté unida en vínculo matrimonial, o que se mantenga estable y que haya convivido por lo menos durante los cinco años anteriores a dicha solicitud como si fueran cónyuges, siempre que ambos hayan permanecido y permanezcan libres de matrimonio, es decir, se cumplan las reglas para el concubinato; que se haya comprobado que existe esterilidad en algunos de los miembros de la pareja solicitante del servicio; y que exista indicación médica.

La propuesta que hago no resuelve todavía la problemática que en materia de técnicas de reproducción se encuentra latente, es por ello que con la finalidad de diseñar el instrumento jurídico idóneo que permita hacer frente a los adelantos científicos, es necesaria la pronta regulación del tema.

4.-LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY GENERAL DE SALUD RESPECTO A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

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

Las técnicas de reproducción asistida hoy, han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no sólo es factible

utilizarlas como alternativa de la esterilidad. La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda benéficos para el individuo y la humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una diáspora de aplicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, ético, biomédico y jurídico principalmente.

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

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

Se trata de asuntos de enorme responsabilidad, que no pueden recaer ni dejarse a la libre decisión de los científicos, y que mejor que el estado a través de un control le fije al científico límites para evitar que este realice actos o avances en contra del ser humano.

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

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

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

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

Ante este problema, se ofrece como alternativa la posibilidad que se ha presentado en otros países, de acudir a un tercero para que, sin aportar su material genético, sirva de depositario para desarrollar la gestación del anhelado producto. De este modo, el deseo de procrear y cumplir el sueño de ser padres y así preservar la especie, contribuye a materializar fines que incumben a toda la Nación, claro todo esto solo es posible con la ayuda de esos terceros, los cuales deben de seguir un control sanitario y genético, que permitirá, que todo sea perfecto, no se trata de utilizar a otra persona para lograr la gestación de un producto, como equivocadamente sostiene los detractores de esta posición, sino de colaborar para la realización de un fin social común.

Otro problema relativo radica en la gestación sola de la mujer, que aunque permitida en otros países, es prohibida en la ley por dos razones fundamentales: primera, porque en nuestro sistema jurídico se sostiene que el desarrollo de las personas debe llevarse a cabo en un ámbito armónico familiar, porque en él descansa en gran parte la estabilidad social, económica y cultural de nuestro país, y en segundo, porque nuestro país, congruente con los principios que rigen su sistema jurídico, ha asumido compromisos internacionales en los que garantiza a los menores gozar de un núcleo familiar, sin embargo no hay que olvidar que la actual ideología en México, podría permitir, esta posibilidad de acudir a una inseminación artificial siendo una mujer soltera.

Mi propuesta no pretende abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de estas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que ésta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles. La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas, es por ello que con la reforma de la Ley general de salud, se tendría un gran avance científico y jurídico, que permitiría a su vez, que las diferentes ramas del derecho puedan corregir esos vacíos, con respecto a las diversas hipótesis de la aplicación de la inseminación artificial.

4.1.- CONCEPTO LEGAL DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA REGULACIÓN DE LOS DIFERENTES TIPOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Debo decir que con base al estudio realizado y con fundamento en los diversos conceptos que actualmente existen sobre la inseminación artificial, sin olvidar sus diversos sinónimos, los cuales alrededor del mundo tratan de explicarla, sería tal vez atrevido de mi parte crear o establecer un concepto que la rijan jurídicamente en nuestro país, sin embargo sería absurdo dejar de hacerlo ya que de esto se trata la presente investigación por lo que tomando en consideración todo lo realizado podríamos concluir que la Inseminación artificial (IA) es un método o artificio distinto de los usados naturalmente para lograr introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer; Claro que dicho concepto no abarca todas las necesidades del sujeto que se someta a esta Técnica de Reproducción Asistida.

Podemos establecer que el objeto inmediato de la inseminación artificial es el lograr la fertilización entre el espermatozoide y el óvulo, claro a través de la intervención del hombre manipulando a ambos para lograr la concepción y así nazca un nuevo ser humano. Hay que dejar claro que dicha inseminación solo es artificial en cuanto a la manipulación de los espermatozoides y el óvulo, sin embargo la fecundación y gestación son consecuencia natural de la artificialidad de la inseminación, realizada y que hace la diferencia entre la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro, puesto que la segunda, introduce en el órgano reproductor femenino el óvulo ya fecundado por el espermatozoide, esperando así solo el desarrollo del posible producto.

Establecer la técnica a utilizar para realizar la inseminación artificial sería muy complicado en función a los diversos recursos a los que recurren los científicos para lograrla, puesto que se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal,

sino de manera artificial para lograr la fecundación en el cuerpo de la mujer.

Tomando en consideración lo anterior y a fin de obtener ese concepto que englobe las necesidades del gobernado y del médico que la realiza podemos concluir que el mejor concepto es el siguiente:

La Inseminación Artificial es la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y gestación de forma natural.

El anterior concepto se observa como el más completo al contener todos y cada uno de los elementos que se han mencionado al principio de esta investigación, dado a que dicho concepto proviene de cada uno de los puntos de vista de los autores y científicos, que me han servido de guías en el presente estudio, y donde los cuales han resaltado los elementos y características mas importantes de esta técnica de reproducción asistida.

Es preciso que dicho concepto contenga la unión artificial del óvulo y del espermatozoide dentro del organismo femenino y no antes, puesto que estaríamos en presencia de otra Técnica de Reproducción Asistida, causando así un error dentro del mismo concepto, al dejarlo ambiguo y sin identidad.

A su vez es preciso dejar clara la necesidad de que sean solo el hombre y la mujer en pareja a través de sus gametos, capaces de acceder a este procedimiento, no por moralista, si no por que es absurdo intentar incluir o excluir las diferentes parejas sexuales que existen en nuestro país, ya que el derecho en México solo contempla la unión entre un hombre y una mujer, para preservación de la especie. Tal

vez, mas adelante la sociedad requiera la regulación de las diferentes parejas homosexuales, y si es así nuestro concepto no sería obsoleto, dados los avances y aceptación humana a las diferentes tendencias sexuales.

Hay que precisar que las Técnicas de Reproducción Asistida son dos, la Inseminación Artificial y la Fecundación extracorpórea y que a su vez tienen diferentes modalidades o aplicaciones; la Inseminación Artificial puede ser aplicada de forma homóloga, heteróloga o mixta, mientras que la Fecundación In Vitro cuenta con la modalidad de la Transferencia de embriones (TE), la transferencia Intratubárica de embriones (TIE), y la transferencia Intratubárica de gametos (TIG), claro sin olvidar las diversas inyecciones.

Por lo que al dejar previamente claras las opciones que tienen estas técnicas de Reproducción asistida de ser realizadas, entraríamos posteriormente al estudio de la forma en la que se efectuaría la fecundación con respecto a la procedencia tanto de los óvulos como de los espermias.

Aclarado lo anterior y en base al estudio realizado, respecto de los tipos de inseminación artificial existentes, como todos sabemos son tres las opciones del paciente al acceder a la inseminación artificial, y estas son:

- La homóloga o Interconyugal
- La heteróloga o Supraconyugal
- La mixta

Podemos definir a la Inseminación Artificial Homóloga o Interconyugal como:

La intervención médica mediante la cual se introduce el semen del marido u pareja, con su consentimiento, en el organismo

femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y gestación de forma natural.

Este concepto es creado a través del concepto base de la Inseminación Artificial, al cual sin cambiar su esencia, le he agregado la especificación de la modalidad conocida como homóloga o interconyugal, estableciendo la necesidad del consentimiento de la pareja o marido para que se lleve a cabo evitando conflictos en la pareja misma y dando así al nuevo ser humano la posibilidad de tener una familia, como la preservación de la especie, en un medio normal.

También es importante dejar clara la previa aceptación de la pareja o del marido para realizar una inseminación artificial de tipo homóloga o supraconyugal, puesto que como todos sabemos el donante en este sentido si adquiere obligaciones tanto con el producto como con la madre, por lo que es necesario que admita a través de un documento, en donde acepta que sus espermias formen parte de esta inseminación artificial y como consecuencia de ello adquiera obligaciones y derechos sobre el nuevo ser humano.

El presente concepto se encuentra coordinado con lo establecido en el artículo 466 de la Ley General de Salud, que regula los delitos en esta esfera científica y jurídica, incluso lo contenido en el Código Civil en su artículo 267 fracción XX, el cual señala causales de divorcio, siendo la falta de consentimiento del marido una de esas causales.

Existe la posibilidad de que la mujer se someta a esta Técnica de Reproducción Asistida sin que el marido o su pareja este de acuerdo, en este orden de ideas el presente concepto puede ayudar a resolver dicho conflicto, puesto que si la Inseminación se realizó con el semen de un sujeto ajeno al matrimonio, no existen obligaciones y derechos a exigirle a la pareja de esta mujer, claro salvo que el así lo

deseo; por lo que respecta a la posibilidad de que la mujer ocupe el semen del marido y se realice la inseminación artificial sin consentimiento de éste, podríamos, encuadrar esta conducta en un delito sanitario, e incluso en una causal de divorcio, tal y como lo señalan los artículos anteriores.

Por su parte podemos definir a la Inseminación Artificial Heteróloga o Supraconyugal como:

Se conocerá como Inseminación Artificial Heteróloga o Supraconyugal a la intervención médica mediante la cual se introduce el semen de un donador, en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y gestación de forma natural.

Este tipo de inseminación permite que mujeres solteras o que no se encuentren unidas a una pareja accedan a la posibilidad de ser madres, es por ello que esta modalidad debe ser incluida en el presente estudio. Como se puede percatar el lector, esta definición contiene la estructura del concepto base con la diferencia de la introducción del donador, parte esencial de esta practica artificial de inseminación.

Es importante aclarar al lector que si bien es cierto la inseminación artificial como concepto general y su modalidad de heteróloga son a grandes rasgos y apreciando solo la lectura lo mismo, sin embargo no es así, y es necesario que desde este momento se realice la aclaración correspondiente a fin de evitar problemas posteriores.

La inseminación artificial es una Técnica de Reproducción Asistida, en la que el hombre se encarga de inducir de una forma artificial, la fecundación del óvulo dentro del órgano sexual femenino.

Por su parte la Inseminación Artificial Heteróloga o Supraconyugal es una variante de la inseminación misma, puesto que esta puede ser de diversas formas, en donde está aplicación se caracteriza por el desconocimiento del donador de semen o de óvulos, que permitirá la realización de la fecundación.

Una vez aclarado lo anterior y señalada la posibilidad de la posible confusión, es pertinente dejar claro que en los casos de donación de óvulos, es preciso que estos sean fecundados en el vientre de la madre natural o madre sustituta, puesto que de no ser así estaríamos ante la presencia de una Fecundación In vitro.

Por ultimo podemos establecer que se entenderá como Inseminación Artificial Mixta a:

La intervención médica mediante la cual se introduce el semen del donador mezclado con el de un tercero, en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y gestación de forma natural.

Esta modalidad se presenta en muy raras ocasiones sin embargo si se da al caso de que sea aplicada, es por ello que es necesario crear un concepto que la regule, este procedimiento es ideado con el fin de hacer mas factible la fecundación del óvulo, sin embargo hay que dejar claro que las diversas mezclas del esperma o de sus componentes dejan en duda la filiación y paternidad del recién nacido.

Es raro que en México se realice este tipo de Inseminación, sin embargo no es del todo imposible, puesto que los avances científicos, han dado a los pacientes de estas técnicas la posibilidad de ser padres a través del cambio de ciertos elementos del semen original a fin de permitirle a la pareja ser padres. En ocasiones el semen del

marido o pareja estable carece de los elementos necesarios, para realizar de forma natural la inseminación, pero si por el contrario tuviera la fuerza, o información de otros espermatozoides, tal vez haría mas factible la posibilidad de hacer posible la fecundación, es hay en donde el médico o personal capacitado realiza una serie de estudios y de acciones, tendientes a mezclar los componentes y propiedades de unos y otros espermatozoides, para hacer que le porcentaje de fecundación sea superior al obtenido con el semen puro del donante.

Tal vez para otros resulte muy redundante establecer diversos conceptos de la Inseminación Artificial y sus modalidades, sin embargo es preciso hacerlo a fin de evitar vacíos en la ley, por la falta de su regulación.

Una vez establecidos los conceptos de la Inseminación Artificial y de sus modalidades, podemos concluir el primer punto de nuestra investigación, señalando que el concepto creado es el mas idóneo dada la inclusión de los diversos sujetos que intervienen en esta Técnica de Reproducción Asistida.

4.2.- REGULACIÓN DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Se afirma en base al estudio hecho con anterioridad que son tres los elementos que intervienen en la inseminación Artificial, y de los cuales es necesario establecer una regulación jurídica, para que su correcta intervención, jurídicamente hablando.

Las tres partes o sujetos de la inseminación artificial que intervienen son:

- a) La mujer**
- b) El donador**

c) Personal Capacitado y Centros Sanitarios

Todos cada uno de ellos tienen una función determinada dentro de este procedimiento, la falta de alguno de ellos, traería como consecuencia, la imposibilidad de su aplicación correctamente hablando, puesto que sería casi imposible realizarla sin que exista la disponibilidad de una mujer, que permita la introducción vía artificial del semen, en su aparato reproductor; ante la falta de donador estaríamos ante la presencia de la falta de los espermatozoides, que permita la fecundación del óvulo y por último sin el médico o personal capacitado sería casi imposible tener éxito en esta técnica, puesto que sus conocimientos acompañados del centro sanitario con aparatos especializados, harían exitosa esta aplicación artificial de fecundación.

La Mujer

Es necesario como ya hemos dicho la existencia de una mujer, la cual permite con previo consentimiento y después de la realización de diversos estudios, la posibilidad de que su óvulo sea fecundado de una forma artificial a través del espermatozoides del donador.

En primer lugar tenemos a la mujer, la cual podrá intervenir en este procedimiento solo si reúne los siguientes requisitos:

Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que:

I.- Haya presentado su consentimiento de manera libre, consciente, y expresa por escrito.

II.- Tener por lo menos dieciocho años de edad, plena capacidad de obrar.

III.- El consentimiento del marido o concubino también por escrito, si es que lo hubiere; y

IV.- La mujer receptora de las técnicas podrá pedir que éstas se suspendan en cualquier momento de su realización, hasta antes de la fecundación, siempre que no se ponga en riesgo la salud de la madre.

Como se puede observar la forma en la que pretendo regular la intervención de la mujer, contempla la capacidad de goce y de ejercicio, que debe tener para dar su consentimiento el cuál estará plasmado en un documento que contenga por escrito su aceptación para que le realicen la Inseminación artificial.

Establece a su vez la necesidad de la autorización de su pareja para que esta pueda realizarse artificialmente una inseminación, si es que la tiene, ya que la misma ley contempla como delito que la mujer se realice esta Técnica Artificial de Inseminación sin el consentimiento de su marido.

Por último protejo a la mujer en la fracción cuarta al establecer, la libertad que le otorgó para solicitar se detenga dicho procedimiento artificial de Inseminación, en caso de peligro para la futura madre, no sugiero la detención del procedimiento después de la fecundación ya que entraríamos en un estudio diverso y complicado, puesto que podríamos estar ante la presencia de una variante del aborto, circunstancia que no a sido abordada en el presente estudio.

El Donador

El donador como otro de los sujetos que intervienen en la Inseminación Artificial, debe ser regulado, ya que es uno de los sujetos

más importantes para que se pueda realizar la inseminación misma. Este donador puede ser el esposo, la pareja estable, o definitivamente alguien totalmente ajeno a ella, sin embargo y previos requisitos contemplados en el Reglamento de donación de órganos y transplantes, debe dejar en el Centro sanitario especializado el semen, que será estudiado y tal vez incorporado o manipulado, para ser objeto de la fertilización del óvulo.

Hay que precisar que no se establece el concepto de donador toda vez que la ley General de Salud establece dicho concepto en el artículo 314, fracción VII, del Capítulo Primero, del Título decimocuarto, en donde establece como donador o donante al que tácita o expresamente, conciente la disposición de su cuerpo o de sus componentes, para su utilización en transplantes. Esta figura también se encuentra reglamentada en un ordenamiento legal administrativo que hace más explícitos los derechos y las obligaciones del mismo.

Como sabemos el donador en la Inseminación Artificial, pueden ser la mujer, el marido, o pareja estable, así como un tercero ajeno la mujer, el cual otorgara sus gametos. Dicho donador debe cumplir con ciertos requisitos para que garantice su intervención en esta técnica jurídicamente hablando.

Para ser donador en la Inseminación artificial se requiere:

I. Que el donador sea mayor de edad y con capacidad plena de decisión, haciendo su donación de forma voluntaria;

II. Que al donador se le practique estudio psicofísico estandarizado favorable para determinar que su disposición no afectará este procedimiento artificial de fecundación;

III. Que se garantice al donador de gametos y embriones ser mantenidos en el anonimato.

IV. Que el donador de óvulos y esperma, desconozcan la identidad de la receptora; y

V. Que la disposición se haga solamente a laboratorios o centros de investigación autorizados por la Secretaría.

Es importante se garanticen a los donadores sus derechos y obligaciones desde el principio, sin embargo es necesario establecer que dicha donación se plantea de forma gratuita, y aunque en muchos lugares se hace de forma onerosa, tomando la naturaleza de la palabra donación, esta debe ser de forma gratuita. Dado que al plantear un costo por la donación de semen y espermas, estaríamos cayendo en contradicciones respecto a la gratuidad de donación de órganos, ya que si no es un órgano propiamente, si es una célula germinal, que proviene del ser humano.

Una vez determinados los requisitos que debe cumplir el donador, procedemos a establecer las obligaciones del último sujeto que interviene en la Inseminación Artificial.

Profesional Capacitado y Centros Sanitarios.

Estos centros o establecimientos deben de estar, establecidos normativamente por la Ley General de Salud, cumpliendo con los requisitos legales señalados por dicha ley y sus reglamentos.

El personal capacitado y los Centros Sanitarios deberán:

I.- Contar con un médico o personal calificado, quien dirigirá el procedimiento de Inseminación Artificial;

II.- Los centros y servicios deberán contar con el equipamiento y medio precisos, humanos y materiales;

III.- El personal Capacitado y los centros Sanitarios, actuaran bajo la supervisión de un director de centro, departamento o servicio;

IV.- Exigirán los oportunos consentimientos de los donantes, de las receptoras y en su caso de los varones del matrimonio o pareja que se constituyan, anticipadamente y por escrito, para poder realizar dichas técnicas

V.- Los centros hospitalarios donde se desarrollen las técnicas de reproducción asistida, deberán llevar un registro de las historias clínicas individuales, en las que se deberá de precisar el tipo de técnica adoptada para cada caso y los resultados médicos; y

VI.- Además, tales registros deberán ser tratados con las reservas exigibles en lo relativo al estricto secreto de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

Este sujeto o parte que interviene en la inseminación artificial da la pauta de la posibilidad de crear un reglamento que regule, la estructura y funcionamiento de uno o varios centros especializados en la aplicación de la Inseminación Artificial, ahora que si ya existen estos centros, como debe ser el caso, es necesario que estos se encuentren bajo el control de un reglamento que señale las obligaciones, derechos y facultades a los que están sujetos.

4.3.- SUPUESTOS JURÍDICOS EN QUE SE REALIZARA LA INSEMINACIÓN

No pretendo manejar en exceso un número de supuestos jurídicos que contemplen la posibilidad de realizar la Inseminación Artificial, sin embargo debo precisar que al ser creada dicha técnica como el medio al cual recurren las personas para ser padres, es evidente la dificultad de estos para fecundar ya sea por infertilidad, incompatibilidad, padecer enfermedades hereditarias, ser portador del virus del SIDA, tener una enfermedad crónica o degenerativa o simplemente que uno de los miembros de la pareja no lo acepte.

Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:

I.- Cuando se compruebe que alguno o ambos progenitores, luego de rigurosos estudios realizados ante las instituciones de salud, no pueden tener descendencia directa por su deficiencia fisiológica o patológica irremediables;

II.- Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

Para ser precisos estas técnicas deben de realizarse solo en las dos opciones que aquí señalo, dado a que son las mas importantes y engloban todas y cada una de esas posibilidades que darían origen a la Inseminación Artificial.

Haciendo un recuento del tema, sabemos perfectamente, que la inseminación artificial surgió de la necesidad del hombre o de la mujer por ser padres, y de estar imposibilitados de serlo, por diversas

circunstancias patológicas o fisiológicas, como enfermedades graves o hereditarias, o incluso por infertilidad o esterilidad.

Debo precisar la importancia de este último punto ya que es el que da origen a la posibilidad de que se haya creado esta Técnica de Reproducción Asistida.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La mejor forma de introducir a la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, al derecho mexicano, es a través de la rama Administrativa, por dedicarse a la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, quien a través de la Secretaría de Salud, órgano centralizado de la Administración Pública, se encarga de dar cumplimiento a la LEY GENERAL DE SALUD por encontrarse dentro de sus funciones administrativas.

SEGUNDA. Que la LEY GENERAL DE SALUD, reglamentaria del párrafo tercero del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la ley idónea para conocer de la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, por ser una ley de aplicación federal, que se encarga de establecer y definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, así la protección de todos los mexicanos, brindando servicios, que coadyuven al mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos.

TERCERA. En consecuencia se concluye pertinente la reforma de la LEY GENERAL DE SALUD, a través de la creación de un capítulo especial en donde se contemple un concepto de la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, los TIPOS de INSEMINACIÓN ARTIFICIAL existentes, así como las partes que intervienen en la misma.

CUARTA. La creación de ese capítulo especial deberá versar sobre los puntos anotados en la conclusión anterior, los cuales serán abordados y reglamentados de la siguiente manera:

CAPITULO ESPECIAL

ASPECTOS GENERALES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

ARTICULO. La Inseminación Artificial, es la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y gestación de forma natural.

ARTICULO. Será Inseminación Artificial Homóloga o Intraconyugal, la intervención médica mediante la cual se introduce el semen del marido u pareja, con su consentimiento, en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y gestación de forma natural.

ARTICULO. Esta ley entenderá por Inseminación Artificial Heterologa o Supraconyugal, a toda intervención médica mediante la cual se introduce el semen de un donador, en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y gestación de forma natural.

ARTICULO. Se tratara de Inseminación Artificial Mixta, cuando se realice la intervención médica mediante la cuál se introduce el semen del donador mezclado con el de un tercero, en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y gestación de forma natural.

ARTICULO. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:

I.- Cuando se compruebe que alguno o ambos progenitores, luego de rigurosos estudios realizados ante las instituciones

de salud, no pueden tener descendencia directa por su deficiencia fisiológica o patológica irremediables;

II.- Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

ARTICULO. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las Técnicas de Reproducción Asistida reguladas en la presente ley, siempre que:

I.- Haya presentado su consentimiento de manera libre, consciente, y expresa por escrito.

II.- Tener por lo menos dieciocho años de edad, plena capacidad de obrar.

III.- El consentimiento del marido o concubino también por escrito, si es que lo hubiere; y

IV.- La mujer receptora de las técnicas podrá pedir que éstas se suspendan en cualquier momento de su realización, hasta antes de la fecundación, siempre que no se ponga en riesgo la salud de la madre.

ARTICULO. Para ser donador en la Inseminación artificial se requiere:

I. Que el donador sea mayor de edad y con capacidad plena de decisión, haciendo su donación de forma voluntaria;

II. Que al donador se le practique estudio psicofísico estandarizado favorable para determinar que su disposición no afectará este procedimiento artificial de fecundación;

III. Que se garantice al donador de gametos y embriones ser mantenidos en el anonimato.

IV. Que el donador de óvulos y esperma, desconozcan la identidad de la receptora; y

V. Que la disposición se haga solamente a laboratorios o centros de investigación autorizados por la Secretaría.

ARTICULO. Esta Ley señala que para poder realizar las Técnicas de Reproducción Asistida el personal capacitado y los Centros Sanitarios deberán:

I.- Contar con un médico o personal calificado, quien dirigirá el procedimiento de Inseminación Artificial;

II.- Los centros y servicios deberán contar con el equipamiento y medio precisos, humanos y materiales;

III.- El personal Capacitado y los centros Sanitarios, actuaran bajo la supervisión de un director de centro, departamento o servicio;

IV.- Exigirán los oportunos consentimientos de los donantes, de las receptoras y en su caso de los varones del matrimonio o pareja que se constituyan, anticipadamente y por escrito, para poder realizar dichas técnicas

V.- Los centros hospitalarios donde se desarrollen las técnicas de reproducción asistida, deberán llevar un registro de las historias clínicas individuales, en las que se deberá de precisar el tipo de técnica adoptada para cada caso y los resultados médicos; y

VI.- Además, tales registros deberán ser tratados con las reservas exigibles en lo relativo al estricto secreto de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BÁEZ, MARTÍNEZ Roberto, Manual De Derecho Administrativo, Trillas, México, D.F. 1990
- 2.- BURGOA, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, 6ª edición Porrúa, México 1985
- 3.- CARRILLO CASTRO Alejandro, La reforma administrativa en México Instituto de Administración Pública Vol. 3
- 4.- CARRILLO FLORES Antonio, La justicia y la administración pública Porrúa, México 1973
- 5.- CASTILLO VELAZCO José María, Derecho administrativo, México, 1874
- 6.- "Conception in a Watch Glass" , en: The New England Journal Medicine, Numero 217, Inglaterra, 3 de mayo de 1937, p.678.
- 7.- ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid 1971
- 8.- FAYA VIESCA, Jacinto, Administración Pública Federal, Porrúa, México, 1979
- 9.- FRAGA Gabino Jr., Derecho Administrativo, Porrúa, México 1977,
- 10.- FRAGA Gabino, Derecho Administrativo, 41ª edición, Porrúa, México, 2001, 506 pp.
- 11.- "From tadpoles, a theory is born", The Diary USA Today, sección D, Miami, 2 de noviembre de 1993, p. 7.

- 12.- GONGORA, PIMENTEL Genaro, Compendio de Derecho Administrativo Porrúa, México 1994
- 13.- GUILLAMÓN ALVAREZ, José Antonio, El Problema moral de la esterilización, Madrid, Ediciones Palabra, 1988, 175 p.
- 14.- LOYARTE, Dolores, Procreación humana artificial, un desafío bioético Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995, 528 p.
- 15.- LLEDÓ YAGUE, Francisco, Fecundación artificial y derecho, Madrid, Tecnos, 1988, 213 p.
- 16.- MARTINEZ CALCERRADA, Luis. La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988), Central de Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1989, p 33
- 17.- MARTINEZ MORALES, Rafael I, Derecho Administrativo 1º y 2º cursos, ed. Oxford, 2000, 339 pp.
- 18.- MARTÍNEZ MORALES, Rafael, Derecho Administrativo, Harla. México 1994, UNAM.
- 19.- MARTÍNEZ, Rogelio, Nociones de Derecho Administrativo, 5º Edición, Banca y Comercio, México 1978
- 20.- MARTÍNEZ, STELLA Maris, Manipulación genética y derecho penal, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1994, 265 p.
- 21.- MARTÍNEZ, USEROS Enrique, Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, Tea, Madrid, 1962
- 22.- MELENDO, Tomás, Fecundación in vitro y dignidad humana, Barcelona, Ed. Casals, 1987, 143 p.
- 23.- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N, Bioderecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p 73 y 74

24.- MIRANDA, Adolfo Óscar. Apuntes para el quinto curso sobre la teoría de las obligaciones, Primera Parte, Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1976 p 39.

25.- MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro, Librería xxxxxx, (prólogo, de Pablo Beltrán de Heredia xxx), Barcelona, 1988 p 36-37.

26.- NIETO CHANES, La función administrativa y los órganos específicos de la reforma administrativa en México Vol. 7, México 1978

27.- OSPINA F., Guillermo y Eduardo OSPINA A. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, 2a. ed., Editorial Temis, Bogotá, 1983, p150.

28.- RAMOS Rodolfo, Fecundación Asistida y Derecho, editorial Juris 1992, p 27

29.- RAMOS R. De Veciana. La eufelegenesia ante el derecho canónico, ed. Bosch, Barcelona, 1957.

30.- SANCHEZ GONZALEZ Narciso, Primer curso de Derecho Administrativo, Porrúa, México 1998, 506 pp.

31.- SANTOS RUIZ, Ángel. Instrumentación Genética, Ediciones Palabra, Madrid 1887 p. 43.

32.- SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo, Primer y Segundo Cursos. México, Editorial Porrúa, 1999. p 252.

33.- SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, UNAM, México 1972

34.- TENA RAMIREZ Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 8ª edición Porrúa. México 1967

35.- VILLEGAS, BASAVILBASO Benjamín, Derecho Administrativo, Tea. Madrid, España 1958

36.- ZUCKERMAN OVERVOLD, Amy. Surrogate Parenting, Pharos Books, New York. 1988 p 177.

LEGISLACIONES

1.- CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

2.- LEY ORGANICA DE LA ADMISNITRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

3.- LEY GENERAL DE SALUD

4.-REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD

5.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS