



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"CAMPUS ARAGÓN"

NECESIDAD DE REGULAR EL STATUS JURÍDICO DEL
EMBRIÓN ANTE LA FECUNDACIÓN IN VITRO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
CAROLINA PAJARITO RENDÓN

ASESOR: MTRA. MARIA GUADALUPE DURAN ALVARADO

SAN JUAN DE ARAGÓN, 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.

DEDICATORIAS

A Dios

*Por que tomada de tu mano
y guiada por tu corazón,
me permites seguir aquí y
culminar esta meta.*

A mis Queridos Padres Con amor e infinitad gratitud

*A ti mamá: porque te admiro, no sólo como madre también como
mujer. Te doy gracias por todo lo que aportaste para
llegar a este momento: amor, confianza y muchos
ánimos, asimismo por inspirar en mí el deseo de
superarme, sembrando esos valores y principios que
hoy, conforman mi educación y mi formación profesional.*

*A ti papá: Por compartir conmigo varias noches de desvelo y
aunque no podías ayudarme en mis tareas o a estudiar,
ahí estabas tú a mi lado, por tu presencia constante y tu
amor, MIL gracias. Estoy orgullosa de que seas mi padre.*

Que Dios los bendiga

Al Lic. César García Cayetano

*Por tu apoyo, por tu amor y
sobre todo por aquellas experiencias
que hemos compartido, que no importa
si son buenas o malas, lo importante es
que juntos, es más fácil.*

A mi hijo Luis Ángel:

*Como tu nombre lo dice, eres un ángel que
que has venido a iluminar mi existencia convirtiéndote
en el motivo más importante que me impulsa a seguir
adelante y esforzarme día con día. Te amo*

A mis hermanos:

*Mónica, Alejandra, Sonia y Miguel Ángel
porque son parte de vida, de mi historia y de mi ser
gracias por existir, por estar conmigo, por ser lo que son.
Los quiero*

A mis sobrinos:
Diana, Daniela, Pepe y Jimenita

Con cariño y admiración
A la Mtra. María Guadalupe Duran Alvarado
Por ser una excelente maestra
y por su atenta y generosa disponibilidad
para guiarme en la elaboración de la
presente tesis. MIL GRACIAS

A mis amigos(as):
Ofelia, Vero, Magali, Erick, Israel, Anel,
Samantha, Lorena, Carlos, Berenice y Ricardo
por su amistad y porque con ustedes verdaderamente
disfrute una de las etapas mas bonitas de mi vida académica
de igual forma a Miguel Ávila Mora y a Rosa Hernández
también a Lic. Marcos Ávila Cayetano

A la familia Rendón Orozpe
A mi abuelita con cariño, a mis tíos y tías
especialmente a mis tías Adriana y Guadalupe
por que a pesar de las adversidades
son ejemplo de valentía y de que
"de cuando se quiere se puede".

A la familia García Cayetano
De manera especial a Susana, porque crees en el valor
y en la capacidad de las mujeres para salir adelante,
para tí mi agradecimiento, cariño y admiración.
Asimismo a Anita y a Ma. De Jesús Cayetano Luz
por que su cariño a mi familia y a mí, es correspondido
gracias

Al Lic. Julio César Morales Rojas
Por su apoyo y confianza, gracias

**A la Universidad Nacional
Autónoma de México**
Por permitirme formar parte de la misma
y hacer realidad, tan anhelado sueño.
A la ENEP Aragón
Con cariño
Por albergarme en sus instalaciones
gracias

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1 MARCO CONCEPTUAL

1.1.	Concepto de embrión	1
1.2.	Naturaleza del embrión	2
1.2.1.	La cuestión científica	3
1.2.2.	La cuestión filosófica	8
1.2.3.	La cuestión jurídica	11
1.3.	La reproducción humana asistida	14
1.3.1.	Su clasificación	17
1.4.	La fecundación in vitro	24
1.4.1.	La crioconservación y manipulación genética de los embriones fecundados in vitro	30

CAPITULO 2 MARCO JURÍDICO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN EL DERECHO MEXICANO

2.1.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	36
2.1.1.	El Derecho a la procreación	37
2.2.	Ley General de Salud	48
2.2.1.	La fecundación in vitro como parte de los servicios de planificación familiar	50
2.2.2.	Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.	53
2.3.	El Código Civil para el Distrito Federal	57
2.3.1.	Situación jurídica del embrión fecundado in vitro	66

CAPITULO 3 LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA EN MATERIA DE FIV Y DE LA INVESTIGACIÓN CON EMBRIONES HUMANOS

3.1. En Alemania	70
3.2. En España	73
3.3. En Italia	79
3.4. En Francia	80
3.5. En Inglaterra	83

CAPITULO 4 PERSPECTIVA ETICO-JURIDICA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO

4.1. La protección jurídica al embrión humano.	87
4.2. Obligaciones y responsabilidades de los sujetos que intervienen en la fecundación in vitro.	93
4.3. Análisis de la Norma Oficial Mexicana NOM 005-SSA2- 1993 de los Servicios de Planificación Familiar.	100
4.4. Propuesta para la Creación de la Norma Oficial Mexicana sobre el procedimiento y requisitos para la realización de la fecundación in vitro en los centros de reproducción tanto públicos como privados, como parte de los servicios planificación familiar.	103

CONCLUSIONES	113
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	116
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a las estadísticas, cerca de 2.3 millones de mexicanos sufren de esterilidad o infertilidad, suficiente para considerarlo un problema de salud pública. Actualmente los avances médicos ofrecen diversos tratamientos terapéuticos para aquellos matrimonios que encuentran obstáculos para procrear, pero no siempre tienen éxito, de manera que se hace necesario recurrir a la reproducción asistida, conformada por técnicas que se caracterizan por ser más sofisticadas, más caras, pero sobre todo, más complejas, toda vez que las implicancias éticas, religiosas, científicas y también jurídicas toman diversas proyecciones y consecuencias en la sociedad y de manera especial en la familia.

Las fecundaciones extracorpóreas, son una realidad en diversos países donde se realizan de manera habitual y por supuesto, nuestro país no es ajeno a tales acontecimientos, sin embargo, desde el comienzo de la fecundación in vitro, han existido serios problemas en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, que han tenido que enfrentar médicos, abogados, y las parejas que han encontrado en la reproducción asistida, una solución a sus problemas de esterilidad o infertilidad.

Desde que apareció el primer caso de fecundación in vitro en Inglaterra en 1976, ha recobrado verdadera importancia las diferentes etapas del desarrollo embrionario, que las ciencias biológicas se han encargado de delimitar, ya que es partir de cada fase, que se atribuyen diversas

valoraciones y por lo tanto consecuencias diferentes al embrión humano, lo que provoca que su status jurídico o situación jurídica dependa de las diferentes fases o etapas de evolución en la que se encuentre. En este sentido cabría preguntarse: ¿cuál debe ser su estatuto ético-jurídico?, ¿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?, en el caso de que fuera imposible a la madre gestar al embrión, ¿se justifica su implantación en el útero de otra mujer?, éstas y muchas más interrogantes surgen en torno a estas técnicas y que son el motivo de la realización de la presente investigación

Para dar respuesta a los anteriores cuestionamientos, habremos de desglosar el presente estudio en cuatro capítulos:

En el capítulo primero, a efecto de brindar un panorama general e introductorio, se exponen los conceptos fundamentales que sirvan de base para el desarrollo del presente trabajo como son: embrión, persona y reproducción asistida; asimismo, hablaremos de su clasificación, para finalmente explicar que ha de entenderse por fecundación in vitro.

Posteriormente, en el capítulo segundo se hace un análisis del marco normativo, que fundamente y justifique la fecundación in vitro en el Derecho Mexicano, partiendo del ordenamiento jurídico fundamental, donde nos atrevemos a señalar que se encuentra el fundamento del

derecho a libertad de procrear y subsecuentemente su estudio en las diversas leyes y códigos que la contemplan.

El capítulo tercero, se encuentra perfilado exclusivamente a la importancia del análisis de la fecundación in vitro en el Derecho Comparado. Cuyas aportaciones doctrinarias y legislativas sin duda servirán para dar mayor soporte jurídico a los juristas y legisladores para realizar proyectos de ley que regulen la reproducción humana asistida.

Por último, el capítulo cuarto esta encaminado al análisis de la perspectiva ético-jurídica de estas técnicas, exponiendo los derechos de los concebidos pero no nacidos, así como los derechos y obligaciones de los pacientes, donadores, médicos e instituciones en salud reproductiva que intervienen en éstas practicas.

Asimismo, exponemos una propuesta que consiste en la creación de una Norma Oficial Mexicana en materia de derechos reproductivos, cuyo objetivo es regular de manera específica la fecundación in vitro, sin que esto signifique limitar los avances de la ciencia y mucho menos el deseo de parejas a tener hijos, más bien, esta enfocada a que se prohíba el uso indebido de los embriones fecundados mediante esta técnica.

CAPITULO 1 MARCO CONCEPTUAL

1.1. Concepto de embrión

Es importante señalar, que anteriormente se tenía la idea de que el concepto de embrión, correspondía a las ciencias biológicas, sin embargo, en la actualidad es utilizado por diversas disciplinas especialmente para el Derecho adquiere gran importancia legislar sobre él.

El papel de los embriones humanos en la reproducción humana asistida, es trascendental, toda vez que éstas, permiten la manipulación genética con ellos desde las primeras fases del proceso embrionario, específicamente la técnica de fecundación in vitro (FIV), cuyo procedimiento genera el gran problema de los *embriones sobrantes o supernumerarios*, los cuales, en el mejor de los casos son crioconservados mediante la congelación en espera de ser transferidos al útero de su madre, pero los que no corren con la misma suerte, son sometidos a diversos experimentos o simplemente son destruidos.

Estas técnicas son y seguirán siendo, portadoras de un sinnúmero de interrogantes como: ¿el embrión humano es una cosa, un objeto, un conjunto de células "x" que se mueven en la incertidumbre y, que se encuentran a la entera disposición de la ciencia?, o bien, ¿es un ser

humano en todo sentido y, por tanto una persona digna de respetarse y protegerse? acaso, ¿el Derecho debe otorgarle la calidad de persona y por ende reconocerle su personalidad jurídica?. Estas cuestiones sólo son algunas de las mas significativas para nuestro estudio.

Ahora bien, la palabra “embrión proviene del término *embryo* que se refiere a la fase temprana de desarrollo que sigue a la fecundación de un óvulo. El término embrión se usa para referirse al óvulo fecundado, durante sus siete primeras semanas de existencia y de la octava semana en adelante recibe el nombre de feto”¹

“El término embrión es el más indicado para referirse a la vida humana en su fase inicial, es decir, desde la fecundación hasta el desarrollo de la organogénesis, que lo convierte en feto”²

1.2. Naturaleza del embrión

El concepto de embrión, se encuentra íntimamente ligado a la noción de persona, por lo tanto se estudiará de manera conjunta tal acepción.

“El término persona deriva del latín *personare*; máscara, careta que usaban los actores en el mundo antiguo para cubrir su cara y darle resonancia con su voz; al personaje que representaba.”³

¹ *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, México, Porrúa, 2002, pág. 272

² GARZA GARZA, Raúl, *Bioética*, La toma de decisiones en situaciones difíciles, México, Ed. Trillas, 2000, pág. 35

³ BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO Rosalía, *Derecho Civil, Introducción y Personas*, México, Ed. Harla, 1995. pág. 134

Otros consideran que “el vocablo persona procede de la misma palabra en latín, la cual equivale a la palabra griega *prósopon*, que significa en aquel idioma *hypóstasis* que se traduce también al castellano por subsistencia”.⁴

No obstante, a lo largo de la historia este término ha sufrido una serie de cambios, que finalmente pasó a denominar al hombre mismo, siendo éste el calificativo que en la actualidad se le da.

Hay que tomar en cuenta, que el concepto de persona es de carácter interdisciplinario, tanto que se puede analizar de acuerdo a diferentes áreas y/o ciencias, unas van relacionadas, otras no, sin embargo, en el presente trabajo se estudiarán tres áreas que son: la científica, la filosófica y por supuesto la jurídica.

1.2.1. La cuestión científica

La medicina reproductiva avanza a pasos agigantados y es, desde hace ya algún tiempo, capaz de conseguir la generación de un ser humano fuera del cuerpo femenino, en una probeta (in vitro), donde se une el óvulo y el espermatozoide, para luego ser transferidos al útero de una mujer, logrando superar diversas causas de esterilidad o infertilidad, tanto en el hombre como en la mujer, en esta última, principalmente la ausencia o disfunción de las trompas de Falopio, sin embargo, estas enfermedades

⁴ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, México Ed. Panorama, 1985, pág. 16

no se curan, pero sí se logra el objetivo en el aspecto reproductivo la: fecundación.

La fecundación in vitro (FIV), ha permitido a los científicos observar y llevar a cabo en el laboratorio la fecundación de un óvulo por un espermatozoide y, con ello se ha abierto un nuevo campo en la medicina reproductiva (la manipulación genética), que hace posible el diagnóstico y la selección de los óvulos fecundados bajo el microscopio. Pero también ha permitido la manipulación arbitraria e injusta con los embriones sobrantes (los que no son transferidos).

De lo anterior, se desprende la cuestión de establecer que valor o carácter humano, le debe atribuir la ciencia al embrión en sus primeras fases de desarrollo.

En el marco científico se trata de precisar, si desde el momento de la fecundación comienza la vida propiamente humana, o bien, si el cigoto resultado de la unión de los gametos de los padres, es un conglomerado de células humanas en activa división, cuya consideración, no tendría que ser diferente de la de cualquier otro tipo de células y en él, sólo se encuentran las potencialidades que harán que en estadios posteriores, esa vida reciba el carácter de humana.

En un primer plano, la mayoría de los científicos coinciden que desde la fecundación comienza la vida, es decir, el momento en que un óvulo y

un espermatozoide se unen, comienza el punto de partida para una realidad nueva y diferente; *el cigoto*.

En relación a cuando esa vida ya es humana, se puede señalar que el embrión se encuentra en un proceso lento de maduración y desarrollo, asimismo, cuenta con autonomía propia y gracias a “su programa genético que es específicamente humano y no de ratón o de zanahoria, la nueva vida surgida es evidentemente humana”.⁵

Hay quien afirma, que “entre las distintas fases del desarrollo intrauterino del ser humano: cigoto, blastocisto, embrión y feto, no se puede determinar un límite, un umbral o dintel cualitativo, que manifieste un cambio de naturaleza, un pasaje de la animalidad a la humanidad”.⁶

Pero también, hay quienes dudan que esa nueva vida sea propiamente humana, al respecto surgen algunos criterios científicos que tratan de aplazar el carácter de humano al embrión.

Así la **dependencia**, es un criterio que considera, que el embrión es un ser totalmente dependiente de su madre y por tanto no es un ser humano en plenitud, lo único que existe es el derecho de la madre. No obstante, la embriología, la genética y la misma técnica de FIV, resaltan cada vez mas claramente, que el embrión humano es desde el primer instante de su

⁵ GAFO Javier, *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1986, pág. 40

⁶ VILA CORO, Dolores, *Introducción a la Biojurídica*, Madrid, Universidad Complutense, 1995. pág. 32

desarrollo, “*un individuo de la especie humana*”, una unidad biológica autónoma y diferente del conjunto de células y tejidos que componen a la madre.

En este sentido, el embrión constituye un cuerpo humano en sus primeras fases de desarrollo, cuya situación de dependencia, no varía tanto al antes y al después de su nacimiento, la única diferencia es, que ahora el cuidado puede ser ejercido por una tercera persona. En este sentido se ha de admitir que el cigoto es respecto a sus padres un tercero con identidad propia.

Otro criterio es **la barrera de los 14 días**, cabe señalar que el 18 de Julio de 1984, surge el concepto de “preembrión”, cuya invención es atribuido a la bióloga inglesa Jeanne McLaren, que establece que desde el momento de la concepción hasta el día catorce siguiente, es lícito experimentar con embriones y su eventual destrucción, pues considera que la vida en el cigoto es tan incipiente, que no adquiere propiamente el carácter de humana.

No obstante, desde sus inicios se ha considerado que este término es arbitrario, debido a que el plazo antes señalado, sólo fue determinado para que la sociedad pueda vivir con la conciencia tranquila. El objetivo es claro, Vidal Martínez Jaime dice que: “que la ciencia pueda actuar sin

trabas, dentro de los límites, con las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale”⁷

Nuevamente basta recordar, que el embrión es un ser nuevo, resultado de la suma de las dos células sexuales que lo han generado, (el óvulo y el espermatozoide), en él, se encuentra la información genética necesaria, que permite su desarrollo programado, hasta su completa forma final a través de un *proceso continuo, coordinado y gradual*, de manera, que de no mediar alteraciones de cualquier tipo, que interfieran con el proceso a partir del momento que empiece a funcionar el primer gen en dicha célula inicial única, la programación genética conducirá indudablemente a la formación del individuo adulto.

Otra de las objeciones que atrasan al embrión su calidad de ser humano, es el **criterio científico de muerte**, éste parte de la creencia de que al momento de que el cerebro deja de funcionar con carácter irreversible, la vida humana ha dejado de existir. Aplicado a la inversa, es decir, al comienzo de la vida humana, se cree que el cerebro empieza a funcionar hasta el segundo mes de gestación y aunque se han comenzado a formar partes sensitivas, todavía no existe vida humana formal.

Hemos de considerar erróneo éste criterio, pues si bien es cierto que el cigoto carece de cerebro, es porque no ha logrado su total constitución y para ello tendríamos que esperar hasta después de su nacimiento.

⁷ VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana*, Madrid, España, Ed. Civitas, 1998, pág. 162

Un criterio mas, es la **anidación**, que señala, que a partir de que el embrión se implanta en el útero de la madre, comienza la vida humana, que es propiamente, cuando se produce la individualización del nuevo ser y se logra diagnosticar un embarazo, antes no, porque durante los primeros días de su existencia, el embrión deambula por el seno materno hasta que se fija en él, esto sucede entre el séptimo y el decimocuarto día aproximadamente. Sin embargo, la anidación no añade nada intrínseco al proceso de desarrollo de ese ser humano, que no estuviera ya dado con anterioridad “la anidación en el útero no añade ni quita nada a la nueva vida en sí misma; lo que hace es suministrarle las condiciones ambientales óptimas para su desarrollo”.⁸

1.2.2. La cuestión filosófica

El carácter personal del embrión en el ámbito filosófico no es diferente, ya que existen presupuestos ideológicos que niegan el carácter de persona a algunos individuos humanos, fundamentalmente: el dualismo o personismo y el utilitarismo.

La primer corriente ideológica, contrapone vida biológica y vida personal y, atribuye condición de persona, tan sólo a aquel ser humano que sea capaz de realizar actualmente determinadas funciones. Así pues, se considera persona a aquel ser humano, que posee un conjunto de características actuales y funcionales y que puede llevar a cabo un conjunto de operaciones.

⁸ VILA CORO, Dolores, *Op Cit.*, pág. 35

Es mas, no sólo en el aspecto ontológico debe estudiarse a la persona, “en la filosofía se define no solamente por sus especiales características ontológicas, sino también y principalmente por su transportación al mundo de los valores éticos, como ser sobre el cual pesa un deber ser, una misión moral que cumplir por sí mismo, por su propia cuenta y con su propia responsabilidad”.⁹

Lo anterior nos demuestra, que indudablemente el comportamiento determinado de un ser humano es trascendental, pero sólo se refiere a eso, a una conducta observable o a un objetivo en concreto de los seres humanos dentro de la comunidad humana, sin embargo, no resuelve la cuestión de cuando comienza a existir un ser humano.

De igual manera, el utilitarismo atribuye la titularidad de derechos, sólo a los que tiene capacidad sensorial, específicamente sensibilidad al dolor, por lo que resulta lícito la experimentación con embriones humanos, mientras que en éstos no se produzca sufrimiento. (catorce días después de la fecundación). Además, esta corriente se basa en el principio “del mayor bien del mayor número”, es decir, de los experimentos con embriones se puede favorecer a una gran cantidad de enfermos a encontrar cura.

Con tan sólo aislar las células totipotenciales de los blastocistos y obtener material para la construcción de todo tipo de tejido orgánico. Después se multiplican estas células antes de especializarse, para poder asignarle

⁹ BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO Rosalía, *Op. Cit.*, pág. 134

funciones concretas, como crear insulina para diabéticos, células del corazón, riñón, páncreas, tejidos cerebrales para reemplazar el tejido muerto en el Alzheimer y el Parkinson. Y con ello la posibilidad futura de que éstos se patenten y se obtenga un gran lucro con esta actividad.

En contra de lo que enuncian el dualismo y el utilitarismo, la mayoría de los filósofos seguidores de Aristóteles, sostienen que la esencia humana está presente desde la concepción, ya que sólo la presencia de una causa específicamente humana puede explicar los efectos humanos del crecimiento ordenado y hacia el fin que es el desarrollo a un niño, a un adulto, etc. “No puede hablarse de existencias diversas y sucesivas de un mismo embrión vivo o ser humano, la unidad que existe desde la fecundación es una continuidad biológica pero también espiritual”.¹⁰

Para finalizar este punto, hay que destacar que la bioética no necesita tener la certeza absoluta de que el embrión sea una persona humana desde la fecundación, certeza que algunos podrían negar y de hecho la niegan. La sola duda acerca de la identidad personal, del fruto de la concepción, es suficiente para estar moralmente obligado, a asumir el comportamiento más seguro, que evite por tanto cualquier riesgo o peligro para la persona humana.

¹⁰ GARZA GARZA, Raúl, Op. Cit., pág. 128

1.2.3. La cuestión jurídica

Las técnicas de reproducción humana asistida han repercutido de manera directa en el ámbito jurídico y consiguientemente han generado un cúmulo de situaciones, que en muchos de los casos rebasan las disposiciones jurídicas planteadas hasta el momento, sin soslayar que la calidad de persona o de sujeto de derechos en el embrión es una de ellas y sobre la cual no se ha logrado llegar a un consenso.

La ingeniería genética humana plantea las siguientes hipótesis:

- “ a. El embrión es una persona, una cuasi persona, una persona anticipada, etc., doctrinas que, podemos llamar globalmente de la personalidad del embrión;

- b. El embrión sin tener la calidad de persona es, con todo sujeto de derechos, Esta posición parte del concepto genérico de “sujeto de derechos” y, dentro de dicha clase comprende a las personas propiamente tales y a entes no personales, como sería el caso del embrión;

- c. El embrión no es persona ni sujeto de derechos; el embrión es un objeto, pero no un objeto cualquiera sino un objeto de respeto, su naturaleza jurídica puede compararse, por ejemplo con la del cadáver, que sin ser sujeto de derechos

es, con todo, un objeto respectivo al cual van dirigidos ciertos derechos;

- d. El embrión es un objeto, un objeto simple, susceptible de dominio y, en consecuencia, posible de las acciones y operaciones que, validamente, puede ejercitar el titular del derecho de dominio sobre su respectivo objeto;”¹¹

Estas son algunas de las hipótesis que se plantean los estudiosos del Derecho de Familia.

Para llegar a un consenso se ha de analizar las disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 22 que a su letra dice:

“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”

Tal parece que este precepto, otorga personalidad jurídica al embrión. Así lo aprecia Chávez Asencio, al señalar “que el artículo 22 del Código citado, agrega: *“pero desde el momento en que un individuo es*

¹¹ BARRAGÁN C. VELIA, Patricia, *La Reproducción Humana Asistida*, marco jurídico, Durango, Revista JUS, Instituto de Investigaciones Jurídicas /UJED, Núm. 3, 1991, pág. 3

concebido, ...” Esa conjunción “pero” indica que se amplía el concepto de la personalidad jurídica al concebido.¹²

Incluso, manifiesta que el artículo en comento, “sólo hace referencia al momento *en que un individuo es concebido*, no señala el lugar de la concepción, lo que permite afirmar que para nuestra legislación el concebido *in vitro* ya tiene personalidad jurídica y consecuentemente, entra bajo la protección de la ley”.¹³

Para Hurtado Oliver, “el embrión concebido *in vitro* debe considerársele concebido y nacido para efectos legales desde el momento de su concepción, donde su condición de persona es incontrovertible”.¹⁴

Coincidimos con los anteriores autores, al considerar que el embrión cuenta y debe contar con la obligada y justa protección de las leyes mexicanas.

El respeto y el derecho a ser protegido, también se encuentra dispuesto en la Convención sobre los derechos del niño que establece:

“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.¹⁵

¹² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho*, relaciones jurídicas paterno filiales, 4ª México, Ed. Porrúa, 2001 pág.78

¹³ *Ibidem* pág. 80

¹⁴ HURTADO OLIVER, Xavier, *El Derecho a la Vida ¿y a la Muerte?*, 2ª, México, Ed. Porrúa, 2000, pág. 51

Respecto a esta Convención María Isabel Benavente dice que: “aplicable en los términos de su vigencia, niño es toda persona concebida fuera o dentro del son materno a partir del momento en que se produce la fusión cromosómica de los gametos maternos y paternos ... y es a partir de allí que comienza la tutela de los derechos establecidos por aquella”¹⁶

Del mismo modo la Declaración Universal de los Derechos Humanos del en su artículo 2 enuncia que: “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”, también el artículo 6 dispone que: “*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. En el segundo capítulo se profundizará más sobre la teoría de la personalidad y la protección especial a los embriones, dentro del derecho mexicano.

1.3. La reproducción humana asistida

Han sido diversas denominaciones aportadas a lo largo de su práctica que los estudiosos del tema han aportado.

¹⁵ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y que entro en vigor el 2 de septiembre de 1990

¹⁶ WEINBERG, Inés M., *Convención Sobre los Derechos del Niño y el Comienzo de la Vida Humana*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 93

En el marco normativo mexicano no existe un término único y mucho menos preciso, toda vez que la Ley General de Salud habla de reproducción humana, su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud emplea el término fertilización asistida, por su parte el Código Civil para el Distrito Federal habla de reproducción asistida, etc.

Pero también se ha denominado a estas técnicas: “procreación médicamente asistida, procreación humana artificial, formas de filiación artificial, fertilización asistida, fecundación asistida, entre otras.” Chávez Asencio señala que “tanto inseminación artificial como fecundación artificial son correctos pero que al hablar de ambas sería más preciso hablar de concepción pues es lo que se pretende”.¹⁷

Así entonces, Pérez Duarte señala que por “reproducción asistida se designan todas aquellas manipulaciones médicas encaminadas a favorecer la fecundación cuando ésta no se puede o no se desea realizar mediante cópula”.¹⁸

Una consideración similar hizo Velia Patricia Barragán, al definir la reproducción asistida “como el conjunto de técnicas que tienen por objeto crear vida humana por medios diversos al acoplamiento sexual”¹⁹

Bustos Pueche, las define como “el conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificial, fuera del cauce natural

¹⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. Cit.*, pág. 23

¹⁸ PÉREZ DUARTE, N. Alicia, *Derecho de Familia*, México, UNAM, 1990, pág. 182

¹⁹ BARRAGÁN C. VELIA, Patricia, *Op. Cit.* pág. 3

que consiste en la fecundación del óvulo en el seno de la mujer con subsiguiente desarrollo interrumpido en su propio organismo”²⁰.

Gómez de la Torre Maricruz, menciona que “estas técnicas permiten fecundar a seres humanos por medios distintos del coito y modificar estructuras genéticas. Afectan, por tanto, cuestiones fundamentales del ser humano, con implicancias éticas y jurídicas”²¹.

En nuestra opinión el término correcto es reproducción humana asistida, resaltando conveniente precisar el alcance de esta denominación.

El término reproducción, proviene del verbo reproducir, “acción o efecto de reproducir o reproducirse. Reproducirse en los seres vivos es engendrar y reproducir otros seres de sus mismos caracteres biológicos”²²

También se puede entender, como “el proceso mediante el cual ciertos cuerpos organizados producen otros seres de características semejantes”²³

Por lo que respecta al término asistir, éste tiene diversas acepciones como son; “socorrer, ayudar, favorecer, auxiliar”²⁴.

²⁰ BUSTOS PUECHE, J. Enrique, *El Derecho Civil Ante el Reto de la Nueva Genética*, Madrid Dykinson, 1996, pág. 21

²¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación In Vitro y la Filiación*, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1993, pág. 11

²² *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, España, ed. 22ª, T.I, 2001, pág. 135

²³ PIÑEIRO GONZÁLEZ, Román, PÉREZ DE LA GARZA, Evangelina, *Diccionario de Ciencias de la Salud*, México, Ed. Interamericana, 1995, pág. 384

²⁴ *Diccionario de la Lengua Española, Op. Cit.* pág. 386

Consiguientemente, la asistencia implica en la reproducción humana, que un tercero intervenga para ayudar, socorrer o auxiliar a otros en el proceso de reproducción.

En cuanto a la palabra “humana”, ésta procede del término humanidad que se refiere a “la naturaleza o el género humano”.²⁵ Y que es preciso incorporar a la denominación, ya que estamos hablando de seres humanos, y no de animales o plantas que también son sometidos a procesos de reproducción artificial.

Luego entonces, es más correcto utilizar el término de reproducción humana asistida, (RHA) pues con esta expresión, se hace referencia a la reproducción de nuevos individuos de la especie humana, prescindiendo o sustituyendo alguna de las fases del proceso natural de fecundación, mediante técnicas diseñadas por el hombre y, aplicadas por expertos profesionales para ayudar a procrear a parejas que presentan problemas de esterilidad o infertilidad.

1.3.1. Clasificación de la reproducción humana asistida.

Se ha apuntado que la reproducción humana asistida es el conjunto de técnicas a las que recurren las parejas, cuando por métodos naturales es imposible la fecundación, éstas van, desde las mas sencillas como la inseminación artificial, hasta las más complejas como la fecundación in vitro.

²⁵ ídem

Al respecto Chávez Asencio hace una clasificación que nos parece interesante, al señalar lo siguiente:

- “ a) En cuanto al lugar en donde se lleva a cabo la fecundación, puede ser interna o in vitro.

- b) En relación al estado civil de la mujer, podrá ser en matrimonio o fuera de matrimonio. La primera, a su vez, puede dividirse según se efectúe con elementos del matrimonio, es decir, con el óvulo de la esposa y espermatozoides del marido (inseminación homóloga); o con elementos extraños al matrimonio; bien sea con elemento masculino extraño, con elemento femenino extraño, o con ambos elementos extraños pero implantados en la esposa (diversos supuestos de inseminación heteróloga).

- c) En el caso de que fallezca un cónyuge, presentándose diversas técnicas de reproducción humana asistida.”

En la práctica se lleva a cabo en dos formas: la corpórea y la extracorpórea, ambas se pueden realizar con gametos de la pareja que se somete al proceso de procreación, es decir de esposos o concubinos o bien con gametos de terceros extraños a la pareja llamados donadores.

REPRODUCCIÓN
HUMANA
ASISTIDA

- 1) Técnicas de fecundación *in situ* o intracorpórea
 - a) inseminación artificial (IA)
 - i) homóloga
 - ii) heteróloga
 - b) transferencia intratubárica de gametos (GIFT)
- 2) Técnica de fecundación *in vitro* o extracorpórea
 - a) fecundación in vitro (FIV)
 - b) clonación

* Tanto la Maternidad Subrogada como la inseminación Post mortem sin ser propiamente técnicas, surgen como modalidades de la IA y de la FIV.

Existen otras técnicas como son: la inseminación intrauterina directa (DIUI), inseminación intraperitoneal (IPI), la transferencia intraperitoneal de esperma y ovocitos (POST), la transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT), la transferencia intratubárica en estado de pronúcleos (PROST), entre otras, pero no son más que modalidades tanto de la inseminación artificial como de la fecundación in vitro, pues lo que varía es el lugar donde se realiza dentro del cuerpo femenino.

Es necesario precisar de manera sintetizada en que consisten las técnicas de reproducción humana asistida, al menos las principales.

Dentro de las técnicas de reproducción humana asistida corpórea o también conocida como fecundación intrauterina, encontramos la ***inseminación artificial***, cabe aclarar que las palabras “inseminación y fecundación” suelen confundirse, a lo que cabría señalar que no son lo mismo, pues la primera se refiere al proceso que será la causa que desembocará en la segunda, es decir, se insemina para fecundar.

Las primeras prácticas de reproducción asistida se llevaron a cabo mediante ésta técnica, teniendo sus primeros antecedentes en plantas, posteriormente en animales y actualmente se realiza con gran éxito en los seres humanos.

La inseminación artificial, “consiste en el depósito de espermatozoides en la vagina o en el útero de la mujer, por medios artificiales, para que se produzca la fertilización, el desarrollo embrionario fetal y el alumbramiento en forma natural”.²⁶

Soto Lamadrid, define la inseminación artificial como “la introducción del semen en el interior del canal genital femenino por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual”.²⁷

La introducción del semen se realiza de forma mecánica y no mediante el acto conyugal natural, siendo necesaria la obtención previa del semen.

²⁶ idem

²⁷ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, pág. 19

Ahora bien, la inseminación artificial se presenta en dos formas que a saber son: la inseminación artificial homóloga y la inseminación artificial heteróloga; la primera de ellas también es conocida como **Inseminación Artificial del Cónyuge o Compañero** (IAC), donde ambos gametos corresponden a la pareja que funcionará como padres y la segunda es, la **Inseminación Artificial de Dador o Donante** (IAD) que se realiza con elementos extraños a la pareja.

En la práctica es muy común usar el término heterólogo, no obstante, es considerado incorrecto, ya que “éste se refiere al semen de otra especie”,²⁸ por lo tanto, es correcto señalar que todas las inseminaciones son homólogas, por ser el semen perteneciente a la misma especie. No obstante, heterólogo es el termino que tradicionalmente se usa y se seguirá usando.

Otra técnica de reproducción humana asistida intracorpórea, es la **transferencia intratubárica de gametos**, conocida por sus siglas (GIFT), fue descrita y propuesta por el doctor Richard Ash en 1984, esta técnica consiste en transferir gametos masculinos y femeninos a la trompas de Falopio por medio de un catéter, el cual contiene al menos unos cien mil espermatozoides por ovocito, en una burbuja de aire para separar los gametos y dos o tres ovocitos para asegurar que al menos, uno esté maduro para la fecundación (para ello se requiere que al menos una de las trompas esté en condiciones adecuadas).

²⁸ GAFO, Javier, *Op. Cit.*, pág. 16

“Esta técnica ha sido introducida como una alternativa probable a la FIV, siendo en algunos caso más eficaz para inducir un embarazo y como la fecundación es “natural”, pudieran respetarse algunas instancias de orden ético relativas a la procreación humana”²⁹, una de las ventajas de esta técnica es que no se generan embriones sobrantes y su consiguiente manipulación, por lo tanto no se recurre a la crioconservación, además de ser mas natural que la FIV es más barata, empero, la desventaja es que no puede hacerse el diagnostico prenatal y reconocer anomalías en el embrión.

Por otra parte, dentro de las técnicas de Reproducción Humana Asistida extracorpóreas encontramos la **fecundación in vitro** y la **clonación**, sin embargo, la FIV constituye el punto central del presente trabajo, por lo tanto, se analizara en un apartado especial.

Por lo que hace a la clonación también denominada reproducción clonal, *cloning*, por injerto, por calca, por copia, etc. Su procedimiento consiste en extirpar el núcleo de un óvulo fecundado y se le injerta el núcleo de una célula somática, teniendo de esa manera una dotación cromosómica y por ende genética completa y distinta por completo a la original (puede ser masculina o femenina). “Si se logra que el cigoto se active y dé como resultado un nuevo ser, tendríamos la reproducción clonal. El producto de una clonación, no es hijo(a) de la persona dueña del código genético

²⁹ GARZA GARZA, Raúl, *Op. Cit.*, pág. 213

por clonar, sino que por ser una copia , equivale a un gemelo(a) idéntico genéticamente.”³⁰

En cuanto a la maternidad subrogada, es considerada por muchos una técnica más de RHA, para otros, sólo se trata de una modalidad mas, que encuentra su origen en la fecundación in vitro y en la inseminación artificial, en el caso de la FIV heteróloga, se presenta cuando el embrión de una pareja (padres biológicos) concebido in vitro es implantado en el útero de una mujer ajena a ellos, la cual llevará acabo la gestación y una vez que de a luz, se obliga a entregar el niño a sus padres biológicos. Y tratándose de la Inseminación Artificial Heteróloga, la mujer ajena a la pareja acepta ser inseminada con el semen del esposo o concubino, obligándose a entregar el niño al nacimiento de éste.

En este caso cabe aclarar, que el término subrogación es mal empleado ya que, en el caso de FIV existe realmente subrogación en cuanto que no es la misma persona la madre biológica y la madre gestadora, y en el segundo caso hay maternidad compartida, toda vez que existe una identificación entre la madre biológica y la gestadora, de manera que es impropio el término subrogada.

De ahí que Hurtado Oliver Xavier, en su libro, El derecho a la vida ¿y a la muerte? señala que: “existen dos clases de subrogación: *total*, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos, y

³⁰ idem

parcial cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.

Pero también clasifica la subrogación “en comercial y altruista, sea que la mujer contratada reciba una compensación económica o ninguna por la gestación”.³¹

Esta práctica considerada desde el punto de vista ético, encuentra oposición en diversos países tanto de Europa como América, por juzgar que es violatoria de la dignidad de la pareja, de la fidelidad conyugal y sobre todo, del derecho del niño a ser concebido, gestado, a nacer y ser educado por su padres, además del lazo afectivo que se rompe entre la madre gestante y el gestado, asimismo, porque la maternidad subrogada trae consigo el problema de comercializar con el cuerpo humano. De hecho en los Estados Unidos existen agencias de madres sustitutas.

1.4. La fecundación in vitro

Como ya hemos apuntado la fecundación es la unión del óvulo con el espermatozoide, siendo natural si se lleva a cabo en el seno materno, dando como origen al huevo, cigoto, célula o embrión para su posterior anidación en el seno materno, sin embargo, puede ser que se presenten anomalías en la mujer tales como: ausencia o daño irreparable en las trompas de Falopio, lesión en el cuello del útero, esterilidad por causa

³¹ HURTADO OLIVER, Xavier, *Op. Cit.*, pág. 55

desconocida, entre otras, lo que conllevaría a que, la fecundación se lleve a cabo en una placa de cultivo, es decir, en un laboratorio.

Dentro de la literatura médica y jurídica no se encuentra aún definición alguna de la fecundación in vitro, pues al referirse a ella, sólo se describe en que consiste y su procedimiento.

“La FIV es un procedimiento terapéutico complejo dentro de la endocrinología reproductiva e infertilidad que requiere metodologías clínicas, quirúrgicas y de laboratorio mucho más sofisticadas y complejas que otros procedimientos terapéuticos”³²

En efecto esta técnica “consiste en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice intra corpore”.³³

Precisamente por el lugar donde se efectúa la fecundación, es que se le ha denominado **in vitro**, o literalmente en cristal- *tube* en dicción inglesa, es decir, en laboratorio a través de las modernas técnicas microquímicas.

El procedimiento para que se lleve a cabo la fecundación in vitro se compone de las siguientes fases:

³² KABLY AMBE, Alberto, *Avances en Reproducción Humana*, México, Instituto Nacional de Perinatología, reunión anual, memorial del curso, 1988, págs. 111-112

³³ SOTO LAMADRID, Miguel A., *Op. Cit.*, pág. 33

- 1) Primeramente, se realiza un estudio preliminar de la pareja que se va a someter a esta práctica, con la finalidad de conocer el grado de esterilidad, y poder hacer una clasificación. Asimismo su capacidad de ellos (pareja) para ser quienes proporcionen las células germinales que se requieran para la fecundación o bien, si existe la necesidad de utilizar gametos donados.

- 2) La segunda fase consiste, en la estimulación o inducción de ovulación, que “se lleva a cabo mediante productos hormonales, adaptadas a cada paciente, por ello es habitual tender a obtener superovulaciones con el fin de poder recolectar varios ovocitos en cada ciclo de tratamiento”,³⁴ se requiere para ello una exacta cronometración para que los óvulos estén maduros, cuando la ovulación es inminente, la paciente es llevada al quirófano para puncionar los folículos del ovario (sea por laparoscopia o ecografía) y así obtener los óvulos. “La precisión cronológica es vital, porque, si se actúa demasiado pronto, los óvulos obtenidos serán inmaduros y, por tanto, no aptos para la FIV. Si es tarde, los óvulos habrán desaparecido de la cavidad abdominal y su obtención será prácticamente imposible”.³⁵ Pero también hay que señalar que este tipo de tecnologías no están exentas de riesgos, como son: “el síndrome de hiperestimulación ovárica que puede resultar peligroso y grave para la vida de la mujer, al recibir un tratamiento desmedido de hormonas, o en la punción ovárica mal

³⁴ GAFO, Javier, *Op. Cit.*, pág. 28

³⁵ GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *Op. Cit.*, pág. 22

realizada o infecciones en la pelvis pueden comprometer la salud”³⁶

- 3) Una vez extraído el óvulo se le ubica con el fluido de cultivo en la incubadora, y así de 5/12 horas está apto para la fecundación
- 4) El siguiente paso, es obtener semen fresco del marido o de un donador obtenidos a través de la masturbación del mismo o de los bancos de semen, para que en el momento oportuno se realice la fecundación.
- 5) Cuando se obtienen ambas células germinales se procede a realizar la fecundación in vitro; se crea en el laboratorio el ambiente adecuado para su incubación (placa de cultivo) y se fusionen los óvulos con los espermatozoides dentro de la incubadora, hasta que uno de ellos penetra en el núcleo del óvulo.
- 6) Los óvulos fecundados (embriones), se mantienen inmersos en un cultivo en el interior de una incubadora para que comience la división celular durante 12 y 24 horas, transcurrido el tiempo de la división celular, los embriones son valorados con la finalidad de seleccionar a los que han alcanzado un mejor desarrollo y detectar embriones que presentan anomalías o defectos y de esta manera excluirlos de una posible transferencia.

³⁶ REVISTA VERTIGO. Año III, Núm. 155, 7 de marzo de 2004

- 7) Por último la transferencia es un acto sencillo que consiste en aspirar él o los embriones dentro de un catéter fino y flexible, que se conecta a una jeringa especial, posteriormente se depositan suavemente en la cavidad del útero.

La transferencia de embriones es considerada por algunos como una segunda etapa de la FIV, de ahí que también se utilicen las siglas FIVTE, sin embargo, no todos los estudiosos del tema están de acuerdo, pues consideran que la transferencia de embriones (TE), es una técnica más de reproducción humana asistida.

La FIV puede ser homóloga o heteróloga, es decir, con gametos utilizados para la fecundación pertenecientes a los cónyuges o concubinos o bien utilizando gametos donados por extraños ajenos a la pareja.

Con bastante frecuencia ha sido objeto de análisis tanto éticos, religiosos, médicos y jurídicos, que muestran la divergencia entre los diferentes estudiosos del tema en comento, y no es para menos, pues si bien es cierto esta técnica ayuda a resolver problemas de esterilidad y es oportuna para detectar enfermedades en los embriones, por otro lado surgen problemas éticos y jurídicos respecto de éstos, que van desde la forma de concebirlos, hasta la excesiva producción de embriones que no son transferidos al seno materno, cuyo destino es ser criopreservados, convertirse en objetos de experimentación y manipulación genética o definitivamente ser destruidos.

Como se puede apreciar la FIV a comparación de la IA requiere de un laboratorio de avanzada tecnología y de un equipo médico experto en biomedicina, así como de un personal altamente capacitado y es mas costoso que la IA.

Los antecedentes más significativos de la fecundación in vitro son los siguientes:

El británico Gregory Goodwin Pincus notable zoólogo, obtuvo hacia fines de la década de 1930 un promisorio resultado: logró que el óvulo no fecundado de una coneja se activara de manera artificial y el primer parto de un conejo vivo sin padre. Pincus llegó a ser el “padre de la pildora”, al obtener el primer compuesto anticonceptivo por vía oral, la FDA, lanzada al mercado de consumo de los Estados Unidos en 1963.

Y es a partir de los años cuarenta cuando las investigaciones en reproducción toman otra vertiente y se comienza a experimentar con seres humanos. “Se computan las de científicos como Rock y Menkin (1944) quienes dan la posibilidad de fecundar in vitro, sin embargo, solo eran ideas pues todavía no se contaba con todo el conocimiento básico para su realización. En 1959, Chang consiguió la primera fertilización *in vitro* en mamíferos: conejos.”³⁷

Lo que causo un verdadero revuelo, es el experimento que el italiano Daniele Petrucci realizo a principios de la década de los sesenta, al

³⁷ Ibidem, pág. 18

lograr el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en el tubo de ensayo.

El trabajo del investigador italiano fue mal visto y condenado por diversos sectores de la sociedad especialmente por la iglesia Católica, a cuya solicitud, el biólogo interrumpió ésta investigación. Es meritorio reconocer que, se debe a Petrucci un notable avance en el estudio del desarrollo embrional desde la fecundación. Su filmación permitió observar la segmentación inicial de las células embrionarias, blastómeros hasta formarse el embrioblasto, núcleo a partir del cual evoluciona el cuerpo embrionario.

Es hasta fines de los años setenta, cuando los científicos Edwards y Steptoe logran en 1978 el primer nacimiento por fecundación in vitro de una niña, Louise Brown, quien nació el 25 de julio en el Oldham General Hospital de Lancashire, en Inglaterra.

En el año de 1979 nace en Glasgow, Escocia, Elaister Montgomery, el primer varón concebido fuera de la matriz de su madre.

1.4.1. La crioconservación y la manipulación genética de los embriones fecundados in vitro.

Actualmente en las clínicas dedicadas a la reproducción, existe miles de embriones humanos que aguardan congelados en espera de un veredicto, empero, no son mas que el resultado de haberlos ido almacenando

ininterrumpidamente durante años, todos éstos fueron obtenidos in vitro en el contexto de tratamientos de RHA y no llegaron a destinarse al objetivo para el que supuestamente fueron creados.

Lo que implica que estos sean congelados hasta que se estima adecuada la transferencia uterina, mediante la descongelación; dichos embriones se conservan a una temperatura de 196° bajo cero en los recipientes o tanques correspondientes.

Sin embargo, tan sólo una minoría son transferidos, “De cada pareja se producen como media unos seis embriones en cada proceso de obtención de ovocitos, pero en algunos casos se puede obtener hasta 20 embriones. Después de la transferencia de tres o cuatros embriones al útero el destino de los embriones puede ser triple”³⁸

Cuando se comenzó hacer uso de la técnica de FIV, no se visualizó el gran problema que traería la generación de embriones *sobrantes* o *supernumerarios* y sus consecuencias jurídicas.

Los especialistas en FIV, sostienen que es necesario producir este exceso de embriones para garantizar una eficiencia mínima aceptable; pero si resulta, que es inevitable producir este excedente de embriones, entonces también, es inevitable plantear seriamente la licitud ética de ésta técnica, ya de por sí cuestionable, sin lugar a dudas el hecho de que su práctica

³⁸ MARCÓ, Javier, y TARASCO, Martha, *Diez temas de Reproducción Asistida*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2001. pág. 57

actual implique la necesaria e inevitable condena a muerte de seres humanos, por muy incipiente que sea su estadio de desarrollo la convierte en inaceptable.

Diferente sería, si la FIV pudiera realizarse de modo que sólo se generaran los embriones que vayan a ser transferidos al momento, con posibilidades de éxito razonables, su cuestionabilidad ética sería muy diferente. De hecho en Alemania es obligatorio producir tan sólo en número de embriones que vaya a ser implantado (con éxito o sin él).

El destino de los embriones sobrantes o supernumerarios se reduce a solo tres opciones.

- a) la crioconservación;
- b) la experimentación o manipulación genética;
- c) la destrucción.

a) *la crioconservación*, es un posible destino de los embriones sobrantes, cuya finalidad es utilizarlos en una posterior implantación a sus padres o bien donarlos a otras parejas. Esta técnica o procedimiento “consiste en recurrir a embriones de 4 a 8 células que tras ser introducidos en el medio crioprotector, se somete a una reducción de temperatura progresiva a razón de 2°C por minuto, hasta alcanzar -6° C, En este punto se mantiene

durante veinte a treinta minutos y a partir del mismo puede optarse por el procedimiento de congelación rápida o lenta”³⁹

La crioconservación aunque se realice para mantener con vida al embrión, constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, por cuanto les expone a gravísimos riesgos de muerte o de daño a su integridad física, “ya que al ser descongelados un alto porcentaje mueren o tienen que ser desechados por estar dañados”⁴⁰ además les priva al menos temporalmente de la gestación materna y les pone en situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones.

Por otra parte, el tiempo para mantener crioconcoservados a los embriones, varia de acuerdo a la legislación de cada país donde se practica la FIV.

Por ejemplo, España concede un término de dos años para la crioconservación e Inglaterra cinco años.

De lo anterior resulta interesante plantearnos una pregunta importante, ¿qué se debe hacer con los embriones humanos congelados, que han llegado al término legal establecido para su crioconservación?

Primeramente tomar una medida razonable, dejar de generarlos, al menos para garantizar que no se siga poniendo en éste trance a mas embriones,

³⁹ GAFO, Javier, *Op. Cit.*, pág. 36

⁴⁰ MARCO Javier y TARASCO Martha, *Op. Cit.*, pág. 57

claro que esta medida no resuelve el problema de los que ya se encuentran congelados y que su destino es inminente: la experimentación o la destrucción de los mismos. Situación que va a ser difícil, pues no sólo estamos hablando de los embriones resultado de las técnicas de RHA, se suma a ello, la grave situación de crear embriones con el fin específico de experimentación.

b) *La experimentación o manipulación genética.* Existen determinados grupos que se encuentran interesados en lograr el permiso legal de experimentar con embriones humanos, partiendo ello, de una realidad preocupante y delicada. Para estos grupos los embriones congelados en las clínicas de RHA, no tiene más que un posible destino: “la destrucción”, dado que, no es posible implantarlos en el útero de una mujer y por ende llegar a nacer. Se plantean dos formas de eliminar estos embriones sobrantes, primero destruirlos y tirarlos a la basura o bien, transformarlos en un conjunto de células en beneficio de la investigación biomédica y aprovechar así, su teórico potencial terapéutico, es decir, eliminarlos sin más ni más o dignificar su sacrificio, transformándolos en un medicamento capaz de curar personas enfermas o mejorar su deteriorada calidad de vida.

En esta medida nos hacen saber, que enfermedades como la diabetes el Alzheimer, el mal de Parkinson, lesiones medulares y otras dolencias son potencialmente curables con las células madres.

Sin embargo, se ha de considerar como una imprudencia científica, afirmar que las células madre de origen embrionario son las únicas con capacidad para curar ciertas enfermedades; pues todos los estudios realizados hasta el momento se encuentran en fases muy incipientes y no sabemos su auténtico alcance, ni sus efectos adversos, además de considerarlo también como una falta de honradez científica el ignorar que las células madre pueden obtenerse también de tejidos de personas adultas y del cordón umbilical. Que no es el caso del presente estudio explicar las diversas fuentes de células madre.

c) *La destrucción.* Como su nombre lo indica, simple y sencillamente se ordena su pérdida.

CAPITULO 2

MARCO JURÍDICO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN EL DERECHO MEXICANO

Conforme avanza el tiempo, el uso de la reproducción humana asistida es más frecuente, éstas técnicas intervienen de manera directa en la sociedad, afectando no sólo nuestros actos, también a la moral y revela la gran importancia que adquiere la biotecnología en el Derecho y sobre todo la necesaria relación de equilibrio y armonía entre ambas.

Hay que enfatizar que tanto las ciencias biológicas como la tecnología, han puesto a disposición del investigador las estructuras biológicas del ser humano desde sus primeras fases de desarrollo. Situación que antepone la necesidad de un marco jurídico, que proporcione a los científicos, los elementos esenciales para lograr su progreso, empero, también le imponga determinados límites fundados en criterios razonables, con la finalidad de no pasar por alto los derechos fundamentales de los hombres. (derecho a la vida, a la dignidad humana, etc.).

2.1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Nuestra constitución, en la parte correspondiente a las “garantías individuales” reconoce y admite los derechos del hombre o derechos humanos y que el Estado, esta obligado no a otorgar sino a respetar y a

garantizar por medio de las leyes secundarias y por parte de las autoridades en general, en sus distintos ámbitos y actuaciones.

Con respecto al tema en cuestión, será de suma importancia el análisis del artículo 4º constitucional.

2.1.1. Derecho a la procreación

Determinar si existe el derecho a la libre procreación es una cuestión que genera un sin fin de opiniones antagónicas; por un lado, los que están a favor de un derecho a la procreación y por otro, los que consideran que no hay tal derecho.

En este punto, se analizarán los elementos que permitan establecer, la existencia de un derecho a la procreación. Y en el caso de que así sea, determinar si este derecho, tiene carácter absoluto o debe obedecer algún límite. Por otra parte se establecerá si las técnicas de reproducción humana asistida efectivamente surgen con un fin terapéutico o, como una alternativa más de reproducirse.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 4º, consagra varios derechos referentes a la familia, entre los cuales se encuentran el de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, protección a la familia y la libre procreación todas ellas incorporadas por reforma del 31 de diciembre de 1974, paternidad responsable del 18 de marzo de 1980 y el derecho a la salud del 3 de febrero de 1983.

El citado artículo párrafo segundo establece lo siguiente:

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

Por lo tanto, se establece como “un derecho muy íntimo de la pareja, determinar el número de hijos a procrear y la periodicidad entre estos, indicándoles constitucionalmente que lo hagan en forma responsable e informada”.⁴¹

Cabe señalar, que este precepto fue insertado con motivo de las deliberaciones de la Conferencia Mundial de Población de 1974, celebrada en Bucarest, cuyo objetivo principal, fue establecer una política demográfica humanista, a la que el gobierno mexicano se sumó, implementado programas de planificación familiar.

En ámbito internacional, existen documentos que al respecto exponen su opinión, éstos son las declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos, en cuyo texto no se establece explícitamente un derecho a la procreación, así por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 16, párrafo primero señala que: *“los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar un familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al*

⁴¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2ª. México, Ed. Porrúa, 2001, pág. 421

matrimonio,...” Igualmente El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 23, apartado segundo *“reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a **fundar una familia** si tiene edad para ello”*. También la Carta de Los Derechos de la Familia de la Iglesia Católica en el artículo 3 señala que *“los esposos tienen el derecho inalienable de **fundar una familia** y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos procrear, teniendo en plena consideración los deberes para consigo mismos, para con los hijos ya nacidos, la familia y la sociedad...”*

De éstos documentos internacionales resaltan tres cuestiones importantes, primera, reconocen que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el desarrollo y bienestar de todos sus miembros, segunda, conforme al texto mismo de éstos, se puede colegir que es la conformada por un hombre y una mujer y la tercera cuestión es el derecho de éstos (esposos) a fundar una familia, y a tener su propia descendencia.

Dentro de la doctrina encontramos autores como el profesor Javier Gafo, que respecto a los documentos internacionales hace las siguientes afirmaciones, primero señala que no existe ninguna referencia explícita al derecho a la procreación; únicamente se formula el “derecho de fundar una familia”, en el que entra implícitamente, pero no de modo obligatorio e imprescindible, la función procreativa.⁴² Considera que la procreación, es una realidad que debe ser encauzada dentro de unas condiciones que la

⁴² GAFO, Javier, *Op. Cit.*, pág. 54

humanizan, y que consecuentemente, la convierten en bien humano. De este modo expresa que más que un derecho a la procreación, “existe un *derecho a las condiciones humanas de la procreación*, es decir un derecho a las condiciones que hagan posible que en su caso, el ejercicio de la procreación constituya un proceso humanizado y humanizador”.⁴³ Incluso Vidal Marciano se atreve a señalar que conforme a estas condiciones y en determinadas circunstancias “el derecho a tener un hijo se transforma en un deber de no tenerlo”⁴⁴

Incluso para que las técnicas de RHA puedan ser empleadas, deben existir las condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del hijo, y por ello, no se debe practicar cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria, o cuando existe el riesgo de que el hijo, sufra una enfermedad que implique su muerte precoz o bien origine una incapacidad grave.

Señala como limite a este derecho, el valor del hijo que se busca, ya que éste, no es un bien útil que sirve para satisfacer necesidades, es sí muy nobles, de los individuos o de la pareja. El hijo es un valor en sí y como tal ha de ser amado y buscado.

Otro autor que niega el derecho a la procreación es Hortal Alonso en el estudio titulado “Aspectos éticos de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* humanas”, considera que “dentro de la categoría de

⁴³ idem

⁴⁴ citado por MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni editores. Argentina, 2002, pág. 375

derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear); lo que sí cabe dentro de la categoría de derecho humano *es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa* (derecho de fundar una familia)”.⁴⁵

Su criterio se basa, en que el derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto, que pueda exigir su cumplimiento al margen de cualquier consideración social, o sin tomar en consideración el bien de otros, o de la sociedad; entre estos bienes merece especial consideración la protección del niño que va a nacer, así como de la familia

Gómez de la Torre Maricruz llega a la conclusión, “que más que el derecho a la procreación, lo que existe es un *derecho al libre ejercicio de la sexualidad* y en este ejercicio concreto cabe o no la posibilidad de procrear.”⁴⁶

En posición contraria, se encuentran quienes objetan que sí existe un derecho a la procreación, los defensores de esta posición, basan sus argumentos: primero, en que la procreación es una garantía individual implícita en el derecho a la privacidad, y su impedimento es una violación constitucional.

El derecho al libre ejercicio de la sexualidad se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida privada que, a su vez, deriva del derecho

⁴⁵ citado por GÓMEZ DE LA TORRE Maricruz, *Op. Cit.*, pág. 42

⁴⁶ *idem*

fundamental que tiene todo ser humano al libre desarrollo de su personalidad, por lo que el interés por tener hijos se encontraría tutelado por el ordenamiento jurídico. “Esté derecho a procrear no esta ligado con la familia, sino con la persona.”⁴⁷

Opinión que comparte Guzmán Ávalos, al mencionar que se trata de una garantía individual, es decir, otorgada a la persona humana, al individuo, al ser humano; a la mujer o al hombre, no a una pareja o institución como la familia, pues la Constitución cuando quiere referirse especialmente al grupo o pareja lo hace de manera expresa denominándola “familia”, como lo manifiesta el mismo artículo 4, párrafo quinto constitucional, donde consigna “*toda familia, tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa*” o bien el artículo 16 del mismo ordenamiento “*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio...*”⁴⁸

Estas disposiciones, en concomitancia con el artículo primero constitucional, cuyo contenido consagra el derecho de igualdad entre los hombres y prohíbe la discriminación de cualquier índole, todas las personas individualmente hablando, pueden tener hijos, no importa si están casados o en concubinato, si son solteros (as), ni su preferencia sexual, todos ellos podrían aspirar a ser padres, situación que hoy en día, es posible gracias a las técnicas de reproducción humana asistida.

⁴⁷ Ibidem, pág. 37

⁴⁸ GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas*, Un nuevo modo de filiación, México, Biblioteca de la Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz, 2001, pág. 140

Si bien es cierto que la constitución contiene éstos términos por separado, hay que tomar en consideración que todo derecho subjetivo tiene límites, refiriéndonos precisamente a los derechos de los demás, como por ejemplo el derecho del niño que va a nacer. En este sentido, el *deseo* de aspirar a la maternidad o paternidad no pueden ser fuente de derecho, por lo que la ley correspondiente se encargara de establecer los requisitos que deben de cumplir los aspirantes a estas técnicas.

Pero también, los que están a favor del derecho a la procreación defienden su criterio, invocando el derecho a la salud que se consagra, en multicitado artículo constitucional, párrafo tercero que establece:

“todo individuo dentro de nuestro territorio nacional tiene derecho a la salud, el cual puede hacer valer ante las autoridades sanitarias correspondientes de acuerdo a las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud que están contenidos en la ley sanitaria mexicana”

Recordemos que La Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4º constitucional es la encargada de tal encomienda, esta ley establecerá todo lo concerniente al derecho a la salud. Mas adelante analizaremos las disposiciones en materia de reproducción humana asistida contenidas en esta ley.

La Constitución de la Organización Mundial de Salud constituida en 1948, y que México ratificó su adhesión, establece que la salud se debe

entender como “*Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

Aplicado a la salud reproductiva, este concepto abarca todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.

El derecho a la salud “se estima como un remedio a la infertilidad de la pareja que requiere de una solución terapéutica, cuando otros medios de tratamiento de la infertilidad no han tenido éxito o no ofrecen ninguna posibilidad de éxito o no resultan apropiados para el caso concreto.”⁴⁹

En cumplimiento a lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado debe garantizar a la población, servicios igualitarios de salud, pues “una sociedad enferma es una sociedad improductiva y sin mayores aspiraciones de desarrollo”.⁵⁰

En nuestro país, alrededor de 2.3 millones de personas padecen de infertilidad,⁵¹ lo cual se convierte en un problema de salud pública.

Concluimos, que todos los seres humanos tenemos un ciclo biológico, del cual la reproducción forma parte, por ello todos tenemos derecho a reproducirnos, a procrear a nuestros hijos, pero no hay que perder de vista que la procreación es una función natural en cualquier ser vivo y no

⁴⁹ GUZMÁN AVALOS, Anibal, *Op. Cit.*, pág. 130

⁵⁰ SOBERON ACEVEDO, Guillermo, *Derecho Constitucional a la Protección de la Salud*, México, Ed. Porrúa, 1983, pág. 25

⁵¹ REVISTA VERTIGO, *Op. Cit.*, pág. 60

se puede tener ingerencia en la misma, es decir no se puede disponer quien sí y quien no puede tener hijos.

El derecho a la procreación no se menciona de manera expresa en nuestra constitución, no obstante, consideramos que más bien, lo que garantiza la Constitución Política es el *derecho a la planificación familiar*, este criterio parte de dos puntos: primero, la procreación es una función natural de todo ser vivo y no se puede tener ingerencia en la misma, segundo, que remontándonos al momento histórico de la reforma del artículo 4 de la constitución, ésta surge por la necesidad de un mayor control sobre el problema de la demografía, pues el legislador tenía como objetivo, plasmar *el derecho a decidir si se quiere o no ejercer la función procreativa*, es decir, determinar libremente sin ningún tipo de intromisión tener o no hijos, así como el número de ellos y el momento idóneo para tenerlos. Pero en tal caso estaríamos hablando de “planeación familiar”.

De esta manera, el gobierno implementaba una estrategia demográfica por medio de programas de planificación familiar, en los cuales no se impuso límite al número de hijos, simplemente se emitieron determinadas recomendaciones (de manera responsable e informada), para no caer en la situación de algunos países donde si se impone el número de hijos. Tal es el caso de China, donde se implemento la política de un hijo por pareja, desde hace años.⁵²

⁵² La política china de un solo hijo por pareja, <http://www.ivi.es/lv.html>

Esto encuentra sustento en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer que:

*“el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua **con la posibilidad** de procrear hijos de manera libre responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”.*

También el artículo 162 párrafo segundo del mismo ordenamiento, de acuerdo con la reforma del 25 de mayo del 2000 expresa :

*“Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, **así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para logra su propia descendencia.** Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.*

Lo que implica no sólo hacer uso de los métodos anticonceptivos para la ~~la~~ contracepción, sino también utilizar las técnicas de RHA para lograr la concepción y con ello una planeación familiar.

Por ello se crea un capítulo en la Ley General de Salud titulado **“servicios de planificación familiar”** en éste, se encuentran las disposiciones relacionadas con la reproducción humana, de manera que **los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para**

el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos con pleno respeto a su dignidad.

En este sentido el *derecho a la planificación familiar* consiste, en la libertad de ejercer o no la función procreativa, a planear, organizar, constituir de manera libre responsable e informada sobre su descendencia y al hablar de responsabilidad queda establecido que no se vulneraran los derechos de los integrantes de la familia, es decir ejercerán una paternidad responsable en atención al artículo cuarto, párrafo sexto que establece:

“Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.

Hemos hecho mención de que la Constitución Mexicana garantiza la libertad de la persona a decidir sobre el número de hijos que desee tener, así como el tiempo de espaciamiento entre uno y otro, recomendándole que sea de manera informada y responsable. Sin embargo no hace referencia alguna sobre la forma o medios de ejercer este derecho, por lo que algunos doctrinarios deducen que la procreación puede ser de manera natural o por medio de la procreación artificial, para el caso de aquellas parejas que no consiguen concebir de manera natural y que a través de los medios, que la ciencia médica ha conquistado, que nos benefician puedan alcanzar tal objetivo.

Para finalizar este punto, hay que señalar que la reproducción humana asistida surge primeramente con fines de investigación, posteriormente conlleva una aplicación terapéutica, por lo tanto las parejas que sufren algún tipo de esterilidad pueden recurrir a ella, de tal forma que se descarta la reproducción humana asistida como medio alternativo de reproducción. Así lo enuncia el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

“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 del investigador”.

2.2. La Ley General de Salud

En este punto trataremos de precisar e identificar el marco normativo que reafirme la legitimidad y legalidad de las técnicas de reproducción humana asistida.

La Ley General de Salud del 7 de febrero de 1987, es la ley reglamentaria del artículo 4 constitucional párrafo tercero, la cual tiene la encomienda por disposición legal, de regular todo lo concerniente al derecho a la protección de la salud. Además su aplicación es en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Esta ley esta integrada por 472 artículos, de los cuales ninguno establece expresamente las técnicas de reproducción humana asistida, sólo en algunos artículos de manera insubstancial, se puede colegir la investigación y utilización de estas técnicas.

Entre las finalidades del derecho a la protección de la salud se encuentran: el bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente la necesidades de la población, así como el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Por lo tanto el acceso al servicio de RHA, deberá ser ofrecido de manera oportuna y eficaz, a todas aquellas parejas que sufren de esterilidad, con el objetivo de buscar su bienestar físico y mental, además de brindarles la esperanza de poder tener su propia descendencia a través de estas técnicas.

El artículo 3° de la Ley General de Salud considera como materia de salud, entre otras:

“ I La organización, Control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud a los que se refiere el artículo 34, fracciones I, III y IV, de esta Ley;...

V. La planificación familiar;...

VII. *La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud;...*

IX. *La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos;...*

XXVI. *El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos."*

Ahora bien, la manera de alcanzar los objetivos y satisfacer la necesidades es a través de los servicios de salud que de acuerdo con el artículo 23 de esta ley, *"son todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad"*.

2.2.1 La fecundación in vitro como parte de los servicios de planificación familiar

El artículo 27 establece que la *planificación familiar* es parte de los servicios básicos de salud

Por ello la Ley General de Salud establece el capítulo VI relativo a la planificación familiar.

El artículo 67 enuncia que *"la planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación*

educativa para los adolescentes y jóvenes. Asimismo, para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz completa a la pareja.

Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.

Quienes practiquen esterilización sin la voluntad del paciente o ejerzan presión para que éste la admita serán sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley, independientemente de la responsabilidad penal en la que incurran”.

Una observación sobre este artículo, es que si consideramos que la RHA forma parte de los servicios brindados para la libertad de procreación, debería ser modificado este artículo en su segundo y tercer párrafo debiendo quedar de la siguiente manera:

Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad. Incluyendo si es necesario las técnicas de Reproducción Humana Asistida permitidas por la presente ley.

Quienes practiquen esterilización o cualquier técnica de Reproducción Humana Asistida, sin la voluntad del paciente o ejerzan presión para que éste la admita serán sancionados conforme a las disposiciones de esta ley, independientemente de la responsabilidad penal en la que incurran.

En el caso en concreto, consideramos prudente que la fecundación in vitro forme parte de los servicios de planificación familiar.

Por otra parte, el artículo 68, fracción cuarta de la misma ley establece como parte de los servicios de planificación familiar: “*El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana*”.

Las investigaciones para la salud tienen como finalidad, desarrollar acciones que contribuyan al conocimiento de procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos, el origen de las enfermedades, así como su tratamiento y prevención y el control de los problemas de salud para mejorar la calidad de los servicios de salud prioritarios para la población mexicana. Las disposiciones en materia de investigación, se encuentran reguladas en el título quinto.

Tanto la Secretaría de Educación Pública como la Secretaría de Salud y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología serán los encargados de impulsar y orientar la investigación.

Asimismo, toda institución dedicada a la investigación deberá cumplir, con los requisitos que exige la ley, así como, contar con una comisión de investigación; una de ética para el caso de investigaciones con seres humanos y una comisión de bioseguridad encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética, de tal forma que cualquier investigación realizada con seres humanos deberá ser de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 100 de esta ley, y los artículos 13 y 14 del Reglamento de Investigación para la Salud.

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

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, es el ordenamiento de carácter administrativo, encargado de dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en la ley. Es de aplicación general y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Este reglamento surge por la necesidad de realizar acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general, situación que sería imposible sin las investigaciones en materia de salud.

Sin embargo, como se ha señalado, estas investigaciones deberán ser aplicadas en atención a aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de los sujetos sometidos a dichas investigaciones.

Primeramente, el artículo 5 del reglamento establece las competencias tanto de la secretaría como de los gobiernos de las entidades federativas y del Distrito Federal, Así en su apartado A, fracción I, dispone que le corresponde a la Secretaría; *“emitir las normas técnicas a que se sujetaran en todo el territorio nacional, la realización de investigaciones para la salud y verificar su cumplimiento”*....

Y en el apartado B, fracción IV, establece que es responsabilidad del las autoridades locales: *...“vigilar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y normas técnicas que se refieran a investigación”*;...

De ahí que las disposiciones sobre investigación en materia de reproducción humana se encuentran en el artículo 40, sin embargo no termino de comprender porque las disposiciones mas completas sobre fertilización asistida se encuentran en este reglamento, ya que si bien es cierto como ya se ha mencionado, la ciencia avanza y cualquier investigación con éxito que beneficie la aplicación de estas técnicas, será un avance importante en materia de salud, pero también es cierto, que día a día la práctica de las técnicas de RHA ya establecidas con todo y sus procedimientos, son tan comunes en las instituciones de salud del sector público como del sector privado, especialmente en éste último, que resulta inapropiado estar contenidas en este reglamento. Considero necesario la creación de una norma oficial mexicana en materia de planificación familiar, que regule el uso de estas, de tal forma que no solo su aplicación sea en el ámbito científico, también como tratamientos terapéuticos que requieren estar regulados.

Pero volviendo al análisis del citado reglamento, se establece primeramente los conceptos generales que se aplican al mismo y que tienen que ver con nuestro tema, como son:

“ ...

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;...

IX. Fertilización Asistida Es aquella en que la inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro;...”

Como podemos apreciar son conceptos muy superfluos, en especial este último, pues más que un concepto, es una clasificación muy pobre de la RHA. Ya en el capítulo primero de este trabajo se ha explicado que se entiende por reproducción humana asistida y cuales son las técnicas que comprende, así como su procedimiento.

Para llevar a cabo investigaciones de fertilización asistida, se requiere entre otros requisitos, obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, previo haber recibido una clara y completa información, que sea comprensible cuando menos, con la justificación de la investigación, riesgos y beneficios que ésta implica, así

como los procedimientos que se habrán de utilizar, los riesgos posibles para el embrión, feto, o recién nacido en su caso y el derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento, entre otras.

Por otra parte el artículo 56 de este reglamento, acertadamente establece un límite una clara aplicación, que consiste en que la fertilización asistida como lo llama el reglamento, será admisible para aquellas parejas que presentan algún problema de esterilidad que no se pueda resolver de otra manera, independientemente del punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun cuando esta no concuerde con la de los investigadores.

Las demás disposiciones contenidas en este capítulo, se refieren a la protección de la mujer embarazada sujeta a investigaciones, las cuales se realizarán siempre que no pongan en riesgo la vida e integridad de la madre y, que no ponga en peligro al embrión o feto, los cuales solo podrán ser sujetos de investigación cuando las técnicas y medios utilizados proporcionen máxima seguridad para ellos y la embarazada.

La situación es clara para los embriones concebidos en el seno materno, ¿pero acaso se deberían aplicar estas disposiciones a los embriones fecundados in vitro?

Como podemos observar son muy vanas las disposiciones en materia de reproducción humana asistida tanto en la Ley General de Salud y su reglamento en materia de investigación.

2.3. Código Civil para el Distrito Federal

La importancia que adquieren los avances en biomedicina, se proyectan de manera directa en el mundo jurídico, generando situaciones no siempre previstas en la ley y que no puede dejar de solucionar, una de las cuestiones mas relevantes y que ha causado gran revuelo, es la condición jurídica del embrión humano o como se le conoce dentro de la doctrina *nasciturus*, “vocablo de origen latino, que deriva a su vez del latín <*nascere*>, el que va a nacer; esto es el engendrado, no nacido aún”⁵³.

No se ha logrado llegar a un consenso entre los juristas y menos entre los legisladores, en como se debe legislar en cuanto a ello. No obstante, de la consideración que se le de al embrión humano o al *nasciturus*, ya sea como persona, como un ser vivo de la especie humana en sus primeras etapas de desarrollo o, simplemente como un conjunto de células de naturaleza incierta, dependerá la condición jurídica de éste y los términos en que se deba regular y determinar la frontera entre lo permitido y lo prohibido.

Porque podrán existir ciertas discrepancias al respecto, pero indudablemente no se puede negar que el embrión humano requiere cierto grado de amparo, toda vez, que la vida humana debe ser protegida desde su concepción, mas aún, ante una ciencia que cada día avanza mas y sin tener un límite en su actuar se pone en peligro ya no a los

⁵³ LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., *Procreación Humana Artificial*. Un desafío bioético, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995, pág. 190

concebidos en el seno materno, sino a los concebidos in vitro, pues resulta muy tentativo para muchos científicos, tener en sus manos el control de la vida humana, “la tentación eugenésica es tan evidente que resulta demasiado intensa para no caer en ella”,⁵⁴ Asimismo la posibilidad de crear incubadoras artificiales que lleven a cabo todo el proceso de gestación hasta el nacimiento del feto, resulta muy atractiva para muchos científicos que no se van a detener hasta lograr sus objetivos, inclusive si es necesario rebasar límites lo harán, dejando a un lado la dignidad humana.

Bien lo señala Bustos Pueche que “la ciencia no es el valor supremo del hombre ni de la vida y que se encuentra subordinada y limitada por la dignidad de la persona.”⁵⁵

En el Derecho mexicano el embrión humano encuentra protección en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo, hay que determinar cual es el alcance de esta protección, si solo es para los concebidos en el seno materno o también se hace extensiva a los embriones concebidos in vitro.

Atento a lo dispuesto por el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, “*las personas físicas adquieren capacidad jurídica al nacer y la pierden al momento de su muerte; sin embargo en el momento en que un*

⁵⁴ BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Op. Cit.*, pág. 25

⁵⁵ *Ibidem* pág. 29

individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”.

A este respecto, el Código Civil es claro en cuanto al momento en que las personas adquieren capacidad jurídica, también es cierto que en la forma como se encuentra redactado, parece que el término capacidad jurídica es sinónimo de personalidad jurídica, siendo éstas diferentes.

Para el análisis del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal es necesario precisar tres términos importantes: persona, personalidad jurídica y capacidad jurídica, que a pesar de ser expresiones muy tradicionales no se usan con claridad convincente, quizás se deba a que no saben si están ante realidades antológicas o jurídicas.

La palabra persona es un término equivoco, de tal forma que cada área o ciencia puede tener su propia definición, encaminada a su propia finalidad y principios.

Este término es tan amplio, que tiene muchos usos y sentidos que pueden confundir fácilmente. “En Roma al decir “persona “ se definía al hombre, al ser humano. Pero también a la máscara que utilizaban los cómicos al representar a los distintos personajes”.⁵⁶

⁵⁶ VILA CORO, Dolores, *Op. Cit.*, pág.108

La palabra persona ha sufrido una serie de cambios y connotaciones a lo largo de la historia, que ha terminado por designar simplemente al individuo del género humano. Hombre o mujer.⁵⁷

Desde el punto de vista jurídico, “persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones, con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y las segundas como entes”⁵⁸

Al respecto Bustos Pueche señala que el Derecho no tiene nada que decir al concepto de persona que es metajurídico: filosófico, teológico, sociológico, pero en ningún caso jurídico. “El Derecho se encuentra con la realidad persona, de existencia previa y anterior al Derecho, como se encuentra con todas las realidades ontológicas que regula, pero que no crea o inventa.”⁵⁹

La persona es lo que es y eso vale para todos los campos del saber, que saldrían ganando si aceptaran esa realidad metafísica sin pretender amañarla, a sus propios efectos o conveniencias.⁶⁰

En este sentido, Domínguez García Villalobos opina que “el Derecho nace para servirle a las personas, aquél debe respetar las características naturales de éstas, pues toda persona goza de una dignidad propia y

⁵⁷ *Diccionario Porrúa de la Lengua Española, Op. Cit.*, pág. 568

⁵⁸ DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo, *Transplantes de Órganos, Aspectos Jurídicos*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1996, pág. 127

⁵⁹ BUSTOS PUCHE, José Enrique, *Op. Cit.* pág. 40

⁶⁰ *idem*

natural superior al Derecho y éste no puede desconocerla ni despreciarla.”⁶¹

Tanto concepto de persona como el de personalidad, van de la mano, están ligados íntimamente, empero no se ha de confundir ya que la personalidad “es una cualidad que reconoce el Derecho y que consiste en **la entronización formal y solemne de la persona en el mundo de lo jurídico**”.⁶²

La personalidad es la manifestación, una posibilidad abstracta para ser reconocida como sujeto de derechos y obligaciones en las relaciones jurídicas que tienen todos los seres humanos y en ocasiones algunas agrupaciones en el ámbito de lo jurídico.

Es mas, la personalidad es un concepto jurídico fundamental que implica una cualidad idéntica en todo sujeto jurídico sin que los haya con más o menos personalidad. Es decir, la personalidad es abstracta y general.

En cambio la capacidad jurídica “es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, para ser sujeto, activo o pasivo de relaciones jurídicas”⁶³ además de ser concreta.

La capacidad jurídica es el atributo más importante de las personas. La podemos dividir en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La

⁶¹ DOMÍNGUEZ GARCIA, VILLALOBOS, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, pág. 14

⁶² BUSTOS PUECHE, *Op. Cit.* pág. 40

⁶³ *Ibidem*, pág.43

primera es la aptitud del sujeto para ser titular de derecho y obligaciones, y la segunda es la posibilidad jurídica del sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio sus actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejecutar personalmente los actos procesales conducentes ante los tribunales.⁶⁴

Una vez que se ha mencionado que ha de entenderse por los tres conceptos anteriores, nos remitiremos a la doctrina, para ver cual es la interpretación que los doctrinarios hacen del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal.

En la doctrina encontramos una variedad de opiniones y puntos de vista diversos, así como teorías que tratan de explicar la personalidad jurídica del no nacido. La mas común es la **teoría tradicional del *nasciturus* o teoría que anticipa la personalidad jurídica al embrión humano**, la cual señala que el derecho recurre a un ficción de tener por nacido al concebido para todos los efectos que le favorezcan, es decir anticipan su personalidad pero sin olvidar que solo es una ficción, una circunstancia que el derecho inventa, su antecedente lo encontramos en el Derecho Romano.

Pacheco Escobedo al respecto señala, que se trata de una ficción su nacimiento anticipado, pero no es una ficción la existencia del concebido.

⁶⁴ DOMÍNGUEZ GARCIA, VILLALOBOS, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, pág. 16

Y continua, “el tenerle por nacido antes del alumbramiento, muestra el deseo del legislador de darle la mayor protección posible”.⁶⁵

Sin embargo, este autor explica que mas bien se trata de una **condición suspensiva**, pues desde la concepción existe la persona humana, pero al establecer relaciones jurídicas definitivas del orden civil en relación con ella, queda sujeto al hecho futuro de realización incierta, consistente en su nacimiento vivo y viable. Asimismo explica que el establecimiento de la relación jurídica ya existe y, solo se esta esperando el acontecimiento al que ya hemos hecho referencia para darlos en definitiva por nacidos o no.

También Alberto G. Spota hace mención, que ya en la vida intrauterina del concebido surge la capacidad de ser titular de derechos: pues antes del nacimiento los concebidos en el seno materno éstos pueden adquirir algunos derechos. “Esos derechos son actuales, no en potencia, incluso cuando sometidos a una condición resolutoria, las personas por nacer los adquieren como si ya hubieren nacido, y sólo se resuelven si no nacen con vida, en cuyo supuesto, serán considerados como si no hubieran existido: más que de expectativas de Derecho se trata de derechos existentes pero condicionales. Para ello no se requiere recurrir a la ficción de que en su beneficio se le considera nacido”.⁶⁶

⁶⁵ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Op. Cit.*, pág. 32

⁶⁶ citado por BAQUEIRO Y BUENROSTRO Rosalía, *Op. Cit.*, pág. 151

Para otros, no se trata de una condición suspensiva, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable.

Domínguez García Villalobos señala, que el sujeto tiene personalidad jurídica plena desde su concepción, sujeta ciertamente a una **condición resolutoria negativa** consistente en que se nazca no vivo o no viable. El ser humano es persona desde el momento de su concepción y seguirá siéndolo si nace vivo y viable, pues no se realiza la condición indicada, pero si no nace vivo o no nace viable su personalidad se destruye con efectos retroactivos por haberse realizado aquella.

Es una condición resolutoria, ya que de presentarse destruye los efectos de Derecho, y negativa porque se trata de un hecho negativo, el que no nazca vivo o que si nace vivo no sea viable.

Por su parte Gutiérrez y González en su libro Derecho Sucesorio hace mención que: “la capacidad para heredar la tiene toda persona física, aun la “no persona” ser concebido, es ya en principio, capaz de tener posibilidades de heredar”⁶⁷, siempre y cuando este concebida al momento de la muerte del autor de la herencia y que cumpla con los requisitos señalados en el artículo 337 del mismo código. Posteriormente señala “que desde el momento de la concepción el nuevo ser que se empieza a gestar de esa unión, se le considera sujeto de derecho, con capacidad de

⁶⁷ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio*, México, Ed. Porrúa, 1995, pág. 123

goce, y entre ellos el de heredar pero de ninguna manera es en sí un ser humano”.⁶⁸

Coincido con este autor, en que el concebido es sujeto de derecho con la capacidad mínima de goce, sin embargo, no logro entender bien su razonamiento o bien, éste autor no lograr definir bien que es persona, resulta incongruente que es sujeto de derecho con la mínima capacidad de goce y no ser una persona o un ser humano. Ya antes explique que persona es sinónimo de ser humano y éste empieza desde su concepción.

Para Chávez Asencio la personalidad se inicia con la concepción, su opinión se basa en que el código citado señala que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; sin embargo el mismo precepto agrega: pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código, esa conjunción “pero” indica que se amplía el concepto de la personalidad jurídica al concebido. Situación que toma forma al remitirnos a los artículos 1313 fc. I y el 1314 de la ley citada.

El primero artículo, señala que la falta de personalidad es un impedimento y quien lo padece no tiene capacidad para heredar; el siguiente artículo dispone que son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia;

⁶⁸ idem

Por su parte el artículo 337 de la misma ley, enuncia los requisitos que se han de tomar en cuenta para determinar si realmente nació o no un ser humano.

Por último, haciendo una analogía al artículo 29 del Código Civil español, Bustos Pueche y Federico de Castro, sostienen que “la cuestión no se sitúa en la persona del nasciturus sino en los bienes o derechos orientados a éste. Cada uno de los derechos o masas patrimoniales afectados por el posible nacimiento es colocado en una situación de **pendencia**. Se trata de casos especiales y de indeterminación transitoria del sujeto que colocan el derecho en situación interina, sometida a especial regulación”⁶⁹.

Tomando en consideración los aspectos biológicos y éticos, podemos apuntar que el embrión humano es una persona que se encuentra en sus primeras etapas de su desarrollo, por lo tanto es sujeto de derechos y de acuerdo al artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, posee personalidad jurídica anticipada, sujeta a una condición resolutoria negativa, además a nuestro parecer utiliza el termino individuo como sinónimo de persona.

2.3.1. La situación jurídica del embrión fecundado in vitro

Ya hemos estudiado la situación o el estado jurídico del embrión en la

⁶⁹ BUESTOS PUECHE, J. Enrique, *Op. Cit.*, pág. 55

legislación civil, empero hay que determinar la situación del embrión fecundado in vitro.

Resulta incongruente otorgarle protección al concebido en el seno materno y no al concebido in vitro. Ya que ambos son seres humanos, nada más que en diferentes circunstancias de lugar.

Lo que nos permite colegir, que el embrión alojado en tubos de ensayo alcanza la misma protección que los embriones concebidos in vivo, toda vez que el Código Civil para el Distrito Federal no hace mención en cuanto al lugar de la concepción, “el artículo 22 del Código solo hace referencia al momento en que un individuo es concebido no señala el lugar de la concepción lo que permite afirmar que para nuestra legislación el concebido in vitro ya tiene personalidad jurídica, y, consecuentemente, entra bajo la protección de la ley, que comprende los aspectos civiles y penales”.⁷⁰

Para finalizar este capítulo, es menester señalar que en México urge una regulación específica sobre reproducción humana asistida, toda vez, que a pesar de que en el territorio nacional existen aproximadamente 15 centros que ofrecen estos servicios y que cuentan con la infraestructura y el cuerpo médico adecuado para su realización, 2.3 millones de mexicanos y mexicanas enfrentan algún grado de esterilidad o infertilidad, pero tan solo el 16% de ésta población que habita en la ciudad de México podría tener acceso a la fecundación in vitro; el 24%,

⁷⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. Cit.*, pág.80

difícilmente podrá absorber su costo y la mayoría, es decir, el 60% no podrá tener acceso a este tratamiento.

La Secretaría de Salud, mediante la Norma Oficial Mexicana 003 SSA/2-1993, emite los permisos a las clínicas especializadas en RHA, “sin embargo, no hay comisiones que verifiquen el actuar de los médicos, tan solo se cuenta con la certificación por parte de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. La certificación “es un documento que brinda confianza de que se trata de una clínica avalada.”⁷¹

En cuanto a la crioconservación tampoco hay disposiciones legales, que regulen estas acciones “en México no se tiene una cifra exacta de los embriones que se encuentran congelados, pero de que rebasan los miles es real, y en cuanto a su destino, lo peor que puede pasar es que los padres se desatiendan de ellos.”⁷²

⁷¹ REVISTA VERTIGO, *Op. Cit.*, pág. 60

⁷² Ponencia presentada por el Dr. Carlos Navarro Martínez, en la mesa redonda *Genero y Ética en la Fertilización Asistida* el 7 de junio de 2004, en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM.

CAPÍTULO TERCERO

LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA EN MATERIA DE FIV Y DE LA INVESTIGACIÓN CON EMBRIONES HUMANOS

Este capítulo está encaminado al estudio comparativo de legislaciones de otros países, donde la FIV se practica de manera habitual en los centros de salud públicos y privados. Dando como resultado la creación de leyes específicas de diferente tipología, es decir, regulaciones de carácter penal, administrativo, o simplemente recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos, así como de comités o consejos nacionales éticos de composición multidisciplinar.

Dada la complejidad de esta materia y sus implicaciones médicas, bioéticas y jurídicas, el sistema de control más acertado, no debe excluir un tipo u otro de regulación, sino que todos son necesarios y se complementan, pero respetando *la dignidad del ser humano*.

El propósito del análisis comparativo es encontrar un elemento en común, que nos facilite el camino en materia legislativa, pero sobre todo, que impulse a los juristas a encontrar propuestas mejor preparadas y que aporten claridad a nuestro derecho, por supuesto que adaptándola a nuestros propios usos y costumbres.

En el continente europeo se encuentran la mayoría de los países que cuentan con una ley especial en RHA, tal es el caso de Alemania,

Inglaterra, España, Francia y mas recientemente Italia, cuyas reglamentaciones se incorporan al contenido del presente estudio.

Para el análisis comparativo de las legislaciones específicas vigentes, se seleccionaron los siguientes puntos considerados como relevantes:

1. Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida;
2. Su ámbito de aplicación;
3. La criopreservación y donación de embriones;
4. La investigación y experimentación con embriones sobrantes, mismos que comprenden las siguientes acciones:
 - 4.1. Creación de embriones in vitro destinados a la experimentación;
 - 4.2. Uso de embriones humanos para producir células madre;
5. La Clonación terapéutica y reproductiva;
6. El comienzo de la personalidad;
7. Manipulación genética;

3.1. En Alemania

Este país cuenta con la ley 745-90, relativa a la *protección del embrión*, fue expedida el 13 de diciembre de 1990 y entro en vigencia el 1 de enero de 1991, es de carácter penal a diferencia de otras legislaciones, donde el criterio que se sigue es en materia civil.

Para empezar, esta ley no dispone expresamente cuales son las técnicas

de RHA que se han de aplicar, empero, se puede colegir que contempla tanto a la Inseminación artificial como a la fecundación in vitro.

En el ámbito de aplicación, “las técnicas se reservan en principio a los matrimonios, “los concubinatos deben obtener un permiso de la autoridad regional que se los permita por excepción”.⁷³ Prohíbe la inseminación post mortem, sancionando con pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa, a quien procediera a fecundar artificialmente un óvulo con espermia de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa y sanciona a quien la realice, pero no a la mujer en la cual se efectuó.

Una de las cuestiones más destacables y meritorias de la “ley de protección al embrión”, es prohibir la constitución de bancos de embriones y hacer obligatoria la transferencia de todos los embriones obtenidos al útero de la madre biológica, que no pueden ser más de tres en un mismo ciclo.⁷⁴ (Art. 1º, incisos 3 y 5). Esta medida obliga a los médicos a no abusar de estas técnicas, sobre todo, los compromete a ir siempre mejorando la calidad del procedimiento, con ello, no se podrán realizar cuantos ciclos quieran, y mucho menos crear los embriones que deseen para sus estudios o investigaciones.

Respecto a la investigación y experimentación embrionaria, la mayoría de las legislaciones que respetan la vida humana desde la fecundación,

⁷³ GUZMÁN AVALOS, Anibal, *Op. Cit.*, pág. 106

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 110

prohíben de forma coherente la experimentación embrionaria; tal es el caso de esta ley, así lo establece el artículo 1, inciso 2, que prohíbe fecundar un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer a la que pertenece el óvulo.

Asimismo, el art. 2, inciso 1 establece que será sancionado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa, a quien enajenará un embrión humano concebido en forma extracorporal, o extrajera de una mujer un embrión antes del período de anidación en el útero, o lo cediera, adquiriera, o utilizara para un fin distinto al de su preservación. De esta manera, sólo permite el diagnóstico o el análisis de un embrión para su propio beneficio, o en su caso implantarlo en el útero de su respectiva madre. Descartando la creación de embriones exclusivos para la experimentación médica y la obtención de células madre de origen embrionario.

En cuanto a la clonación, queda totalmente prohibida suprimiendo tanto a la clonación terapéutica como a la reproductiva. La tentativa es objeto de sanciones penales.

También, queda prohibida la manipulación genética en embriones humanos, cuando lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario (artículo 5), la selección del sexo (artículo 3), éste último, excepcionalmente se permite con el fin de proteger al niño de una posible enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.

Por último, podemos apreciar que esta ley de carácter penal, contempla pena de prisión no superior a los cinco años y multa aplicables a quienes incumpla con la misma.

3.2. En España

En este país se ha expedido una regulación específica sobre RHA, considerada como una de las más avanzadas en la materia. Es la ley 35/1988 del 22 de noviembre, denominada *Ley sobre técnicas de Reproducción Asistida*, que junto con la ley (42/1988), *de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de células, tejidos u órganos* del mismo año y el Código Penal (aprobado por la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre), conforman el marco normativo de la reproducción humana asistida.

En la exposición de motivos de esta ley, se manifiesta la importancia del ambicioso e innegable progreso de la ciencia médica en la sociedad española, siempre que se respeten los derechos humanos y la dignidad del ser humano.

No obstante, esta ley considera al embrión humano “material biológico”, razón por la cual, es una de aquellas legislaciones que introdujeron el término *preembrión*, para establecer que a partir del día catorce posterior a la concepción, comienza la vida humana, logrando una disgregación en el proceso o desarrollo embrionario, aunque como se ha visto biológicamente no lo este. Luego entonces, para el derecho español el

estatus jurídico del embrión comienza después de los 14 días.

Para Jaime Vidal Martínez, no existe base legal ni jurisprudencial, para aceptar la inclusión en el ordenamiento español del concepto preembrión, pues “más allá de la fiabilidad que merezcan los descubrimientos científicos, todavía no del todo consolidados, acerca del proceso que experimenta el óvulo humano fecundado en los catorce días siguientes a la concepción de un ser humano”⁷⁵

Ahora bien, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida se encuentra constituida por siete capítulos, una disposición transitoria y cuatro finales.

El capítulo primero regula la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV) con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), siempre y cuando estén científica y clínicamente indicadas. También se podrá realizar la inseminación artificial post mortem, la cual debe realizarse en los siguientes seis meses al fallecimiento del marido o compañero, y que éste lo haya consentido previamente en escritura pública.

El ámbito de aplicación, se reducen al matrimonio o pareja heterosexual estable, requiriendo agotar previamente, otros procedimientos terapéuticos que estén clínica y científicamente indicados, aunque

⁷⁵ VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Op. Cit.*, pág. 163

también se utiliza como medio alternativo o sustitutivo de reproducción, toda vez que el artículo 6 autoriza el acceso a mujer soltera no estéril mayor de 18 años, con plena capacidad para obrar, que otorgue su consentimiento de manera libre, expresa y por escrito, en el caso de la mujer casada, ésta deberá contar con el consentimiento de su esposo en los mismos términos anteriores.

Para Vila Coro, tanto la IA como la FIV no tienen efecto terapéutico alguno sobre el incapaz de concebir, en algunos casos se remedia, aunque no se cura la esterilidad. Es decir en “la Inseminación Artificial o fecundación homóloga se subsana una deficiencia de la naturaleza, la obstrucción de trompas en la mujer que impide al óvulo avanzar y encontrarse con el espermatozoide: el médico y no la técnica, actúa terapéuticamente al corregir la zona obstruida de la trompa. Por su parte el varón tienen mayor facilidad de procrear, al aumentar la concentración espermática en el laboratorio, cuando es escasa, pero si se recurre a un tercero, donante de gametos, ni se remedia ni se cura solo se suplanta a un progenitor por otro.”⁷⁶

En el aspecto de la congelación y donación de embriones, la ley española establece en su artículo 11.3 y 11.4 que aquellos embriones que no son transferidos al útero, se crioconservaran en los bancos correspondientes autorizados para ello, por un tiempo máximo de cinco años, pero transcurridos dos años de crioconservación, los preembriones que no provengan de donantes quedaran a disposición de los bancos.

⁷⁶ VILA CORO, Dolores, *Op. Cit.*, pág.275

Hay que señalar que la ley 42/1988 de *Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de células, tejidos y órganos*, es la encargada de regular lo referente al estatuto del embrión humano en el campo de la investigación.

Esta ley autoriza a investigar con embriones no viables, con lo cual el problema principal se centra en el concepto de viabilidad, “la viabilidad se impone como un valor superior al de la propia vida, toda vez que para tener derecho a la vida y que ésta esté protegida jurídicamente, tanto el concebido no nacido, como el recién nacido no sólo deberán estar vivos, tendrán que gozar de buena salud, tener probabilidades de supervivencia según los criterios de viabilidad que establezca el gobierno”⁷⁷

De igual forma permite la donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos, con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, siempre y cuando se cumplan con determinados requisitos, entre ellos; que los donantes sean los progenitores, quienes deberán otorgar su consentimiento libre y por escrito, previa información de las consecuencias, objetivos y fines a que pueda servir la donación, y como se ha mencionado se requiere que los embriones o fetos vivos objeto de la donación se declaren clínicamente no viables o estén muertos, además la donación o utilización deberá ser de carácter altruista.

Luego entonces, cabría cuestionarse ¿un recién nacido considerado no

⁷⁷ Ibidem, pág. 267

viable es susceptible de convertirse en objeto de investigación, utilizando sus células tejidos u órganos para trasplantes o fabricación de productos farmacéuticos o cosméticos, etc.?, también preguntarnos ¿si los embriones sobrantes crioconservados, que han pasado el plazo legal de utilización y que han sido apartados de cualquier proyecto parental deben ser considerados no viables?

Tanto la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y el Observatorio de Bioética y Derecho, así como diversos grupos científicos se han pronunciado a favor de esta opción.

Hemos de considerar injusta tal medida, pues en el primer caso estamos hablando de un recién nacido con vida, que a pesar de ser declarado clínicamente no viable, se deben respetar las disposiciones del artículo 6 de esta ley. Y en el segundo caso, atendiendo el concepto de viabilidad “que puede vivir”⁷⁸, de los embriones sobrantes crioconservados, a lo mejor muchos sufren de anomalías sí, pero también son muchos los que están sanos y se les negaría la oportunidad de vivir.

Además las disposiciones del artículo 6 de la citada ley son claras: “*se autoriza la obtención y utilización de estructuras biológicas procedentes de los embriones o de los fetos muertos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o experimentación, así como su donación a tales efectos, en los términos de esta ley. Antes de proceder a las actuaciones se dejara constancia por los equipos médicos de*

⁷⁸ Diccionario Porrúa de la Lengua Española, *Op. Cit.* pág. 799

que la muerte de los embriones o fetos se ha producido”.

La legislación española permite tres tipos de intervención sobre el embrión humano vivo o in vitro: la intervención con fines de diagnóstico y terapéuticos, no tendrá otra finalidad que valorar su viabilidad, detectar enfermedades hereditarias con el fin de tratarlas si ello es posible y la otra intervención que permite, es en cuanto a la investigación y experimentación de embriones

Respectivamente la investigación y experimentación con preembriones vivos se permite, siempre y cuando se cuente con el consentimiento libre y por escrito de los progenitores, previamente informados, que éstos no se desarrollen mas allá del día catorce y que se lleve a cabo en los centros sanitarios autorizados para ello y por el equipo científico legalmente autorizado.

Sobre la licitud de crear embriones para la investigación médica, la legislación española no se pronuncia al respecto. Y en la utilización de embriones humanos para producir células madre, será necesario la autorización específica por parte de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida. En cuanto a la clonación terapéutica esta prohibida en la ley, además es considerada como delito por el código penal de 1995.

3.3. En Italia

Hasta hace poco, Italia a diferencia de otros países de Europa, tan sólo contaba con proyectos de ley sobre la reproducción humana asistida, sin embargo, no es hasta el 12 de junio de 2003, que el senado italiano aprobó la *Ley Sobre Derechos Reproductivos*. Que surge como una de las leyes más restrictivas en materia de reproducción asistida.

La aprobación de esta ley causó gran polémica, que abrió paso a severas críticas, considerada por algunos como "medieval"⁷⁹ y su imposición pone en peligro a la ley que legaliza el aborto en este país.

No obstante, era necesaria una regulación, que guiará el actuar de los sujetos que intervienen en esta técnicas, especialmente el de los médicos, pues basta recordar que en éste país, reside el doctor Severino Antinori quien ayudó a una mujer de 62 años a tener un hijo con un óvulo donado y con semen de su hermano, con la finalidad de que la fortuna de la familia no pasará a manos de extraños.

Ahora bien, bajo la nueva norma, sólo las parejas estériles pueden recurrir a la reproducción asistida, la pareja debe estar casada o presentar pruebas de una relación "estable", excluyendo a las parejas homosexuales y a la mujer sola, prohíbe la inseminación post mortem así como la utilización de esperma u óvulos procedentes de donantes, asimismo queda prohibida la maternidad por subrogación, así se garantiza el derecho del niño a conocer quiénes son sus padres.

⁷⁹ postura de Giovanna Melandri, exministra de izquierda, Italia aprueba controvertida Ley Sobre Reproducción Asistida.

Estas disposiciones han tenido como objetivo principal, considerar los derechos de todas las partes involucradas en el proceso de reproducción asistida, principalmente el de los embriones incluyendo los del feto, "esta ley dice 'suficiente' a los abusos y reconoce que un embrión es una persona y como tal debe ser protegida desde el punto de vista de la concepción", dijo Elisabetta Alberti Casellati, senadora del partido Forza Italia de Berlusconi.

Los embriones que se obtengan de los procesos de fertilización, no pueden ser congelados o utilizados para propósitos de investigación. Solo en el caso de que la madre sufra alguna complicación médica grave e inesperada, podrán congelar los embriones temporalmente hasta que pueda llevarse a cabo la implantación.

Asimismo prohíbe crear embriones con fines meramente científicos, se establece que los médicos tan sólo podrán crear tres embriones en cada intento de inseminación y todos deberán ser implantados en el útero de la madre.

También prohíbe cualquier modificación al patrimonio genético del embrión, así como cualquier tipo de clonación humana.

3.4. En Francia

La Ley sobre Bioética de julio de 1994, prohíbe totalmente la experimentación basada en embriones humanos, sin embargo, existe una excepción a esta regla; permite la investigación si ésta es útil para el

embrión y no lo lesiona, además de contar con el consentimiento pleno de los progenitores.

Sin embargo, el 20 de junio de 2001, fue presentado al Consejo de Ministros un nuevo proyecto de ley destinado a alterar ésta, el cual fue adoptado después de una primera lectura por la Assemblée Nationale (parlamento francés) en enero de 2002.

Esta nueva legislación permitiría a los progenitores donar sus embriones sobrantes congelados para la investigación, la cual sólo se llevara a cabo si ambos progenitores dan su consentimiento por escrito y si el protocolo de investigación es específicamente aprobado por los ministerios responsables de la investigación y la salud. No obstante, la ley actual prohíbe la creación de embriones para la investigación.

En este país los embriones que sobren de la FIV se almacenan en estado de congelación durante cinco años para una implantación posterior en el útero de la madre o bien ser destruidos. Los progenitores podrán igualmente decidir donarlos a otra pareja o mandarlos destruir. Actualmente en Francia, existen cerca de 100.00 embriones sobrantes y se producen mensualmente 1.000.

Así mismo, retirar células madre de embriones constituye una infracción a la Ley de Bioética de 1994, que prohíbe la investigación de embriones, sin embargo, existe un vacío en la ley ya que no está prohibida la

importación de células de embriones humanos disponibles en el mercado internacional.

También, probablemente legalizará la producción de células madre con fines terapéuticos, pero utilizando apenas embriones sobrantes congelados resultados de FIV y donados por ambos progenitores para la investigación.

Francia prohíbe la producción de embriones por clonación. Asimismo, toda clase de clonación que persiga un fin reproductivo, es decir, toda intervención que tenga por finalidad el nacimiento de un niño o el desarrollo de un embrión humano que no procedan directamente de gametos de un hombre y de una mujer.

La nueva ley prohibirá igualmente esta técnica, a pesar de la recomendación de la Comisión Nacional Consultiva de Ética del 7 de febrero de 2001, esta comisión, votó a favor de la legalización de la clonación terapéutica por 14 votos contra 12. Pero la Comisión Nacional Consultiva de los Derechos Humanos (CNCDH), el Consejo de Estado y el presidente de la República, Jacques Chirac, expresaron su oposición. pues temen que la autorización de la clonación terapéutica provoque la aparición de un mercado comercial de óvulos y propicie la clonación reproductiva.

El proyecto de ley es muy estricto en este punto, considera la clonación reproductiva (clonación con implantación en el útero de una mujer) como

una infracción penal y una práctica eugénica que atenta contra la integridad de la raza humana. Por lo cual serían añadidos algunos artículos a los Códigos Penal y Civil Francés en el sentido de prohibir esta práctica. Los biólogos o equipos médicos que produzcan un embrión clonado e implantado podrán ser condenados a veinte años de prisión.

Finalmente se ha admitido la posibilidad de usar, después de la muerte del padre, un embrión concebido en el marco de un proyecto de paternidad. Los embriones podrán implantarse en el útero de la viuda a condición de que su marido haya dado su acuerdo por escrito. Podrán utilizarse en un plazo de entre 6 y 18 meses después de la muerte del marido. De tal forma la filiación y los derechos de sucesión del niño nacido en este caso se asimilarán a los de un hijo póstumo.

Por último, cabe señalar que en enero del 2004 se concluyó el estudio del proyecto de ley de bioética. Donde se ha previsto la creación de una Agencia de Procreación, Embriología y Genética Humana, que reemplazará a la actual Comisión Nacional de Medicina y Biología de la Reproducción y del Diagnóstico Prenatal.

3.5. En Inglaterra

En el año de 1984 el Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra expidió el Reporte Warnock, antecedente de la *Human Fertilization and Embryology Act* de 1990 y que ha servido de inspiración para otras legislaciones.

La investigación médica con embriones humanos es permitida en Inglaterra, aunque con leyes de licencia rigurosas.

Desde 1990, la Ley de Fecundación Humana y Embriología, permite la investigación con embriones humanos para algunos fines específicos como son, las investigaciones sobre el aborto espontáneo, la infertilidad y las enfermedades genéticas. Sin embargo desde el año 2001 esta ley permite el uso de embriones para la investigación de enfermedades graves y sus respectivos tratamientos, igualmente para la investigación sobre el desarrollo de embriones humanos. Pero sobre todo permite la creación de embriones exclusivamente para investigar los casos antes señalados.

Actualmente, algunos Estados han manifestado su disposición de permitir, e incluso financiar, la creación e investigación con embriones para obtener células madre. A mediados de agosto, Tony Blair anunció su decisión de enviar al Parlamento un proyecto de reforma de la ley sobre fertilización y embriología humana (*Human Fertilization and Embryology Act*, 1990) para permitir la creación de embriones humanos por fecundación *in vitro* o por clonación y obtener de ellos células madre con las que investigar.

Al igual que la ley española esta ley concede estatus jurídico al embrión después de los catorce días posteriores a la fecundación, motivo por el cual todos los embriones utilizados en la investigación tienen que ser destruidos en ese plazo. Esta ley se aplica por igual a todos los

embriones, hayan sido creados para la implantación en una mujer, o creados simplemente para la investigación médica.

Xavier Hurtado Oliver, dice que: “los ingleses no solamente no confieren al embrión ningún derecho desde la concepción hasta el decimocuarto día de sus existencia, sino que admite la procreación exclusivamente con fines de investigación, convirtiendo al Reino Unido en el “paraíso de los investigadores”⁸⁰

Cabe señalar, que tendrá el carácter de ilegal la creación de embriones humanos destinados a la investigación, cuando no se obtenga el consentimiento de los donantes, de manera que al momento de efectuarse la recogida de óvulos o espermatozoides, los donantes tienen que firmar un documento de consentimiento declarando que sus óvulos y espermatozoides pueden ser utilizados en diferentes situaciones, por ejemplo, si ellos mueren o si sobran óvulos.

La clonación con fines de investigación y la clonación terapéutica son legales desde las modificaciones en el 2001 a la Ley de Fecundación Humana y Embriología de 1990. Supuestamente la finalidad de la clonación terapéutica es producir células madre destinadas a la curación de enfermedades graves.

Y en cuanto a la clonación reproductiva, la Ley de Clonación Humana Reproductiva fue promulgada en diciembre de 2001. Esta ley penaliza la

⁸⁰ HURTADO OLIVER, Xavier, *Op. Cit.*, pág. 182

implantación de un embrión humano clonado en el útero de una mujer. Cualquier persona que intente este procedimiento será condenada a una pena de prisión de diez años. No obstante de haberse creado la Comisión Asesora en Genética Humana, la actual prohibición de la clonación humana no parece muy estable ni da garantías de la seguridad jurídica deseable.

En lo que hace a la manipulación genética en embriones humanos Inglaterra la prohíbe en forma expresa cuando lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección del sexo.

Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre maternidad subrogada: Es el 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.

CAPITULO CUARTO

PERSPECTIVA ETICO-JURIDICA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO

4.1. La protección jurídica del embrión humano

Independientemente de la condición o calidad jurídica que se le otorgue a estos “seres”, o de las discrepancias que puedan surgir en el ámbito científico, filosófico y jurídico, no se puede soslayar que los embriones merecen y deben ser protegidos por las leyes.

En el ámbito internacional esa protección jurídica se encuentra regulada en la Convención Sobre los Derechos del Niño, que dispone:

*“ el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento ”*⁸¹

Después de haber analizado la teoría del *nasciturus* en el capítulo tercero, hemos de concluir que el embrión humano es una persona, claro que, en el estadio mas primario del proceso natural de cualquier ser humano y, que la RHA ha venido ha realizar el sueño de muchos parejas en su deseo de ser padres, han dejado claro el riesgo que representa para estos niños como: prematuridad, secuelas neurofisiológicas, anomalías genéticas o trastornos psicológicos, por lo tanto cabría cuestionarse ¿Dónde está el

⁸¹ Convención Sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*

Interés del niño si nace en condiciones frágiles o si debe soportar en vida las secuelas previsibles de prácticas cuyos riesgos no han sido suficientemente evaluados?.

La protección jurídica al embrión humano no debe entenderse sólo es en cuanto a los derechos patrimoniales que algunos suponen que es a lo que se refiere el Código Civil para el D.F., también debe tomarse en consideración; el derecho a la vida, el derecho a la salud e integridad física, asimismo el derecho a la dignidad humana, toda vez que estos derechos son inherentes a cualquier ser humano, no importa la circunstancia en la que se encuentre.

Cierto es que las relaciones jurídico-civiles se actualizan, formalizan y adquieren plena vigencia a partir del nacimiento, la mayoría de ellos se originan desde la concepción. Dice De Castro “el hombre es persona por exigencia de su propia naturaleza, sea cualquiera su status, la teoría que define a la persona por la posibilidad de derecho incurre en un círculo vicioso; a la pregunta ¿quién es persona? contesta: el capaz de derechos y obligaciones? y quien es el capaz de derechos y obligaciones? responde: la persona.”⁸²

El multicitado Código Civil, atribuye al embrión humano personalidad jurídica, de acuerdo a los artículos 22, 1313 y 1314. y por tanto merecedor a determinados derechos así como a su reconocimiento.

⁸² VILA CORO, Dolores, *Op. Cit.*, pág. 147

a) El derecho a la vida

La vida humana es un verdadero don, véase desde el punto de vista religioso o bien como un don de la naturaleza. Por lo tanto “el hecho de la vida constituye el título del derecho a la vida”⁸³ pues indudablemente cualquier ser que nace, nace para vivir, y ese ser no aparece de la nada, antes debió pasar por un momento de gestación que lo preparó para su nacimiento el cual comienza desde la concepción.

La vida humana se encuentra protegida constitucionalmente, ya que esta encierra un valor fundamental, “el derecho a la vida consiste en el derecho a mantenerse en la existencia con las connotaciones que le son propias.”⁸⁴

Este derecho a pesar de ser absoluto, se encuentra limitado por el derecho de otros seres humanos, a quienes también, de igual manera, les corresponde la titularidad de ese derecho.

No olvidemos que las leyes protegen las cosas en tanto y en cuanto pertenecen, benefician o son útiles a las personas, es decir “siempre en función del sujeto de derecho porque la persona es lo único que tiene valor por sí misma ante el Derecho.”⁸⁵

⁸³ Ibidem, pág. 184

⁸⁴ Ibidem, pág. 185

⁸⁵ Ibidem, pág. 198

Parece lógico afirmar, que no puede existir vida sin derecho de ese ser vivo a ella, hablando propiamente del ser humano, cualquier otro derecho resultaría inútil sino se respeta el derecho a la vida. Por ello Pacheco Escobedo expresa que “como el derecho a la vida deriva en forma primaria y directa de la naturaleza humana, debemos afirmar que todo aquel que tenga esa naturaleza tiene derecho a vivir.”⁸⁶ Excluyendo algunos casos especiales como son; la pena de muerte por justicia o bien en privar de la vida a alguien en defensa propia.

Desgraciadamente el derecho a la vida del embrión humano se encuentra amenazado por la absurda contradicción de algunos sistemas jurídicos, pues resulta incongruente que algunos países como Italia tenga una ley que permite el aborto y a su vez apruebe una ley sobre técnicas de RHA caracterizada por ser una ley prohibitiva, que protege la vida de los embriones. Luego entonces, ¿se protege o no la vida del embrión humano?

Claro que mucho influyen las propuestas legislativas, de algunos sectores interesados en modificar las leyes con el objetivo de despenalizar el delito de aborto o bien simplemente autorizarlo

Como ya hemos apuntado, la vida en el seno materno tan solo es una cuestión transitoria, que no le quita su derecho a vivir, semejante a cualquier otra circunstancia en una persona nacida como lo es, una incapacidad física o mental.

⁸⁶ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Op. Cit.*, pág. 78

El derecho a la vida del embrión humano, encuentra su principal oposición en el derecho de la madre a disponer de su propio cuerpo, actualmente también se contempla el derecho a su libre sexualidad, no obstante cabría analizar si realmente son verdaderos derechos subjetivos.

En el ámbito penal, también los embriones son protegidos, sancionando aquella conducta que atente contra su vida; y es mediante el delito de aborto, que se constituye cierta protección, ya que en México el aborto se permite sólo en determinadas circunstancias: en caso de violación, que se encuentre en peligro la vida de la madre, el embrión o feto presenten alteraciones graves de tipo genético o congénito que representen un daño serio físico o mental, en este caso debe contarse con el consentimiento de la madre.

Asimismo, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, protege la vida y la integridad de los embriones humanos, estableciendo que toda investigación con seres humanos deberá cumplir con los principios éticos-médicos que dispone la Ley General de Salud, así como lo dispuesto por los artículos 42 al 56 de éste reglamento

Luego entonces, el embrión humano debe ser contemplado en este supuesto, toda vez que es un ser que pertenece a la especie humana.

Por disposición de éste reglamento, las investigaciones con embriones requieren del consentimiento por escrito tanto de la madre como de su

cónyuge o concubino, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

También, las investigaciones sin beneficio terapéutico en mujeres embarazadas, no deberán representar un riesgo mayor al mínimo para la mujer, el embrión o el feto. Asimismo las investigaciones que impliquen una intervención o procedimiento experimental no relacionado al embarazo pero con beneficio terapéutico para la mujer, (para el caso de algunas enfermedades), no deberá exponer al embrión o al feto a un riesgo mayor al mínimo, excepto cuando el empleo de la intervención o procedimiento se justifique para salvar la vida de la madre.

En general las investigaciones en mujeres embarazadas con beneficio terapéutico, que se relacionen con el embarazo, sólo se permitirán, cuando se tenga por objeto mejorar la salud de la mujer embarazada con un riesgo mínimo para el embrión o feto, así como incrementar la viabilidad del feto con un riesgo mínimo para la embarazada.

El artículo 48 del citado reglamento dispone que los investigadores, no tendrán autoridad para decidir sobre el momento, método o procedimiento empleados para terminar el embarazo, ni participarán en decisiones sobre la viabilidad del feto. Los cuales serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la embarazada.

Para Vila Coro no solo es el derecho a la vida, también existe un derecho a la integridad física de los embriones, además del derecho a su habitad, es decir, derecho al ambiente propicio para su desarrollo.

Philippe Gauer considera que la persona del embrión tiene derecho a la protección que tiene toda persona, es decir, Derecho a la vida, Derecho a la integridad y al respeto de su ser, a la libertad y al amor. “En todo embrión que se menosprecia o se destruye, es al hombre que está en cada uno de nosotros al que se menosprecia o destruye un poco.”⁸⁷

Asimismo Graciela Medina expresa que “al embrión formado en el seno materno o fuera de él debe reconocérsele el derecho a la dignidad y a la salud e integridad; la violación del derecho a la salud ha de generar el consecuente resarcimiento.”⁸⁸

4.2. Obligaciones y responsabilidades de los sujetos que intervienen en la fecundación in vitro

En México al igual que en otros países existen diversos proyectos legislativos en la materia, sin embargo ninguno a sido aprobado, por lo ha generado que la reproducción humana asistida se desenvuelva en un marco de libertad, prácticamente absoluta, tanto de los sujetos que recurren a tales técnicas, como por quienes las llevan a cabo. De manera que frente a la total ausencia de lineamientos normativos, los límites

⁸⁷ KUTHY POTER, José y Otros, *Temas Actuales de Bioética*, Reglamentación sobre el embrión investigación médica, Ed. Porrúa, México, 1999, pág. 225

⁸⁸ MEDINA, Graciela, *Op. Cit.*, pág. 363

quedan circunscriptos a los imperativos de conciencia de los particulares y de los profesionales médicos actuantes.

Recientemente se ha hablado de la reproducción humana asistida desde el punto de vista del género, enfocándolo al sector de las mujeres, valorando el papel que desempeñan éstas en el contexto de los derechos reproductivos.

Este sector feminista se ha empeñado en creer que el derecho a la libertad de procrear es exclusivo de ellas, toda vez que consideran llevar la mayor participación durante éstas técnicas, pues no sólo es la aportación de sus gametos, también es la carga de llevar en su vientre durante nueve meses al embrión resultado de la fecundación, véase desde cualquier supuesto, es decir, puede ser simplemente donadora de óvulos, o madre por sustitución, o al mismo tiempo donadora y madre gestante, etc.

Pero dejando a un lado el aspecto religioso, social y político, que tienen estos movimientos, estamos considerando una cuestión natural y fisiológica de toda mujer. No debemos olvidar que todas tenemos un papel importante en la vida y en la sociedad y lejos de creer que es una carga el tener un hijo es reconfortante y un honor, saber que las mujeres somos portadoras de vida, cuestión diferente es; ejercer nuestra libertad como mujeres a decidir cuando, como y con quien poder realizar ese deseo de ser madres, si es que se desea, pero respetando el derecho de los demás, es decir, el derecho de los embriones, fetos y niños que han de nacer por medio de estas técnicas, toda vez que el embrión alojado en el

seno de su madre con los debidos cuidados no corre mayor riesgo, pero los embriones in vitro que son manipulados desde su fecundación, merecen de especial consideración.

Además no debemos dejar de lado que también hay muchos hombres que aspiran a ser padres y ese deseo es tan grande como el de cualquier mujer, solo que por cuestiones fisiológicas sólo se limitan a la aportación de sus gametos.

Lo verdaderamente importante es que aunque aparezcan nuevas técnicas de RHA no se puede y no se debe conculcar el verdadero sentido de la paternidad y maternidad, pues no sólo es donar o proporcionar gametos para constituir un nuevo individuo de la especie humana y dar satisfacción al deseo de ser padres; implica amor, responsabilidad y compromiso con ellos mismos, y con su propia descendencia.

Graciela Medina en el ensayo titulado “Daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida”, enumera una serie de supuestos de responsabilidad por daños, situación que se encuentra estrechamente vinculada con la tutela de la vida humana desde su origen, aun fuera del seno materno.

Según esta autora, los diversos supuestos de daños generados al nacido, por cualquiera de los que intervienen en el proceso de procreación no natural son: a) la responsabilidad por daños a la salud del concebido, ya sea por la transmisión y causación de enfermedades u otros derivados de

la manipulación y experimentación con embriones humanos; b) la eventual responsabilidad por la impugnación de la paternidad en la inseminación heteróloga; c) los daños derivados del congelamiento de embriones, y d) la responsabilidad en los supuestos de clonación”⁸⁹

Básicamente son tres los sujetos que intervienen en la RHA

a) Los progenitores.- Graciela Medina considera que el único supuesto en que incurren en responsabilidad los progenitores, podría surgir en el supuesto poco probable de que éstos tuvieran conocimiento del riesgo de transmitir una enfermedad genética o infecciosa a sus descendientes y no obstante ello insistieran en la realización de la fecundación con su propio material genético, o bien que supiera de tal riesgo en relación al material aportado por el dador de gametos.

b) Los dadores anónimos.- A pesar de que esta práctica es mas común de lo que se cree, aun existe mucha gente renuente a este tipo de donaciones, y no es para menos, pues los gametos donados de ser sólo unas simples células sexuales, pasan a ser un verdadero tesoro de conocimientos para los investigadores y para los solicitantes de las técnicas de RHA heteróloga una esperanza para lograr su descendencia.

Por ello, toda persona portadora de enfermedades genéticas transmisibles por herencia, no deben donar sus óvulos o en su caso su esperma. Para estos casos se requiere que los dadores reúnan determinados requisitos,

⁸⁹ Ibidem, pág. 365

cabe aclarar que la selección de dadores no es con finalidades eugenésicas o raciales, se trata mas bien de prevenir o evitar en un futuro posibles problemas en la salud del nacido.

De lo antes señalado, se desprende la responsabilidad y obligación de los dadores de gametos en la fecundación artificial heteróloga de dirigirse con la verdad al momento de dar información sobre su estado de salud y su historia clínica que incluye los antecedentes familiares, con el fin de evaluar su potencial riesgo.

Desafortunadamente, en México no se ha regulado tal situación, pues se requiere de mucha honestidad por parte de los dadores, de lo contrario resulta reprochable toda conducta generadora de daño, en la medida que quines aportan el material genético conozcan o deban conocer el riesgo, y oculten dicha información.

El mismo caso presenta la madre sustituta total, es decir, la que aporta su óvulo y lleva a cabo todo el proceso de gestación. Debe ser honesta en cuanto a los conocimientos de posibles riesgos que dañen al futuro hijo.

c) Los médicos especialistas.- En cuanto al actuar de los médicos que intervienen en estas técnicas de acuerdo a una encuesta practicada en los Estados Unidos, se revelo la incapacidad profesional o la negligencia en la que incurren muchos médicos practicantes de la inseminación heteróloga para seleccionar a los donadores de semen, gracias ha esa investigación se supo entonces que en la mayoría de los casos, la

aparición física del donador es el factor tomado en cuenta para la selección, o bien apreciaciones personales y subjetivas hechas por el médico sin respaldo científico alguno; que los conocimientos acerca de las enfermedades transmisibles por herencia eran gravemente superficiales y que los análisis a que se sometía el líquido seminal eran insuficientes o inapropiados para garantizar la salud del procreado y de la madre.⁹⁰

Un ejemplo de estos acontecimientos, es la noticia más reciente sobre una mujer blanca sometida a un procedimiento de fecundación in vitro cuyo resultado fue el nacimiento de gemelos, sin embargo debido a un error de los médicos estos niños son de raza diferente.⁹¹

Los daños a la salud del nuevo ser pueden obedecer, no sólo a un actuar doloso o culposo de los padres, sino que por el contrario, las más de la veces, se verán involucrados los profesionales médicos y centros de salud donde se llevan a cabo los procedimientos de fecundación asistida, incluyendo los dadores de gametos en la inseminación heteróloga.

También se dice que el derecho a la salud está por encima del derecho a la procreación de los padres, es decir el derecho a la salud del hijo por nacer debe operar como un límite a la libertad de procreación. "Sería irrazonable el empleo de técnicas de fertilización asistida con absoluta libertad, sin controles ni prevenciones de modo que prevaleciera un

⁹⁰ HURTADO OLIVER, Xavier, *Op. Cit.*, pág. 180

⁹¹ NOTICIARIO HECHOS de la televisora Azteca, 05 de septiembre del 2004

derecho a procrear sin atender los intereses de la salud del futuro hijo, que no viene a este mundo como consecuencia del ejercicio de la libertad sexual de sus padres sino de un acto médico que se pudo y se debió evitar”⁹²

En los casos de niños que nacen con malformaciones, taras o enfermedades, algunos consideran que no existe la necesidad de resarcir el daño, toda vez que es mejor nacer deficiente que no vivir, por lo tanto el hecho de vivir neutraliza la lesión, sin embargo, ello no implica que no deban repararse los daños que se causan a nuestros descendientes.

En cuanto a los bancos de semen en realidad no hay muchos, en nuestro país existen alrededor de tres centros legalmente establecidos que cuentan con el permiso y que cumplen con todos los requisitos necesarios para su establecimiento, el primero de ellos se fundo en 1998, que es el banco de semen del Centro de Fertilidad Humana, que es uno de los más confiables en el materia. Este centro requiere a los dadores que estos sean jóvenes mayores de edad pero no mas grandes de 35 o 40 años, que se sometan a un examen fisico, donde se establezca su historia clínica sana personal y familiar.

⁹² citado por MEDINA, Graciela, *Op. Cit.*, pág. 371

4.3. Análisis de la Norma Oficial Mexicana, NOM 005-SSA2-1993, de los Servicios de Planificación Familiar.

El 24 de agosto de 1999 la Secretaría de Salud de México expidió la actualización de la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, de los Servicios de Planificación Familiar, la cual es de observancia obligatoria en todas las unidades de salud, para la prestación de los servicios de planificación familiar de los sectores público, social y privado del país.

Esta norma regula todos los servicios de planificación familiar, los cuales consisten en realizar actividades de información, orientación, consejería, selección, prescripción y aplicación de anticonceptivos, así como la identificación y manejo de casos de esterilidad e infertilidad, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y la atención materno infantil.

Estos servicios tienen el propósito de contribuir al logro del estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad durante el proceso de reproducción y el ejercicio de la sexualidad, y en general al bienestar de la población.

La prestación de los servicios de planificación familiar deben ofrecerse sistemáticamente, a toda persona en edad reproductiva que acuda a los servicios de salud, **independientemente de la causa que motive la consulta y demanda de servicios**, los cuales deberán ser gratuitos

cuando sean prestados por instituciones del sector público, brindándose con calidad y de conformidad a lo señalado en esta norma.

Tanto la *promoción y difusión* son actividades claves par poder brindar los servicios de planificación familiar, que deben efectuarse a través de acciones de comunicación en medios masivos, de participación social y comunitaria, técnicas grupales, entrevistas personales y visitas domiciliarias par dar a conocer la importancia de la práctica de la planificación familiar para la salud, así como la existencia de los servicios correspondientes en unidades médicas, centros comunitarios de atención y servicios médicos privados.

Para el ejercicio de este derecho, es necesario la *educación e información* impartida tanto a hombres como a mujeres a nivel grupal o individual sobre temas de sexualidad y reproducción humana, orientación sobre salud reproductiva, con énfasis en los principales factores de riesgo reproductivo en las diferentes etapas de la vida. Asimismo todo lo relacionado con los métodos anticonceptivos disponibles para hombres y mujeres, y por supuesto *información y orientación sobre esterilidad e infertilidad*.

También, como actividad primordial se encuentra la *consejería* que consiste, en un proceso de análisis y comunicación personal entre los prestadores de servicios y los usuarios potenciales y activos, mediante el cual se brinden a los solicitantes de métodos anticonceptivos, elementos para que puedan tomar decisiones voluntarias, conscientes e informadas

acerca de su vida sexual y reproductiva. ***En parejas infértiles o estériles debe acompañarse de referencia oportuna a unidades médicas en caso necesario.***

Por último, esta norma dispone que ***la identificación y manejo de casos de esterilidad e infertilidad***, es una actividad esencial de los servicios de planificación familiar, por lo tanto consideramos prudente que ésta, deba ser el ordenamiento legal idóneo para regular las técnicas de RHA.

Por lo tanto, así como regula y describe los métodos anticonceptivos disponibles, también es razonable que regule y describa los métodos de reproducción humana disponibles en el sector público y privado.

Dado que la planificación familiar no solo consiste en evitar embarazos no deseados, también es loable considerar a la reproducción humana natural y asistida, como un aspecto importante de éstos servicios, pues el propio término lo indica, planear una familia implica la libertad de constituir u organizar una familia decidiendo tener o no hijos, porque el hecho de que un matrimonio no pueda o no desee tener hijos no significa que no sean una familia, la planeación encaminada a la procreación implica el beneficio de contar con métodos anticonceptivos y de técnicas de reproducción asistida.

Cuando de manera natural es imposible a las parejas tener hijos las técnicas de RHA permiten que en algunos casos, se pueda subsanar esa incapacidad

Desafortunadamente, esta norma se queda corta en estos temas, toda vez que pobremente define qué se entiende por *esterilidad e infertilidad*, la primera es la incapacidad que presente un individuo, hombre o mujer o ambos integrantes de la pareja, en edad fértil, para lograr un embarazo por medios naturales, después de un período mínimo de 12 meses de exposición regular al coito, sin usos de métodos anticonceptivos, y por infertilidad la incapacidad de la pareja o del individuo (mujer) para poder llevar a término la gestación con un producto vivo, después de dos años de exposición regular al coito, sin uso de métodos anticonceptivos.

4.4. Propuesta para el proyecto de Norma Oficial Mexicana sobre el procedimiento y requisitos para la realización de la fecundación in vitro, en los centros de reproducción humana, tanto públicos como privados, en el marco de los Derechos Reproductivos y como parte de los servicios de la planificación familiar.

ÍNDICE

Introducción

1. Objetivos y Campos de Aplicación.
2. Referencias.
3. Definiciones
4. Requisitos y Especificaciones
5. Procedimiento
6. Observancia de la norma.

Introducción

En México, al igual que en el resto del mundo el creciente desarrollo de las técnicas de RHA ha significado un enorme reto para la legislación. La nueva realidad científica-médica ha superado todo lo que se hubiera podido prever en las leyes . La ciencia jurídica debe afrontar múltiples interrogantes relativas a las nuevas estructuras familiares, a las diferentes filiaciones que surgen a partir de la donación de gametos y de la contratación de madres sustitutas o subrogadas; a la disposición final de gametos y embriones, y en general, a las nuevas condiciones sociales y familiares que genera la asistencia reproductiva.

Son aproximadamente 2.3 millones de mexicanos y mexicanas que padecen esterilidad o infertilidad y un porcentaje significativo de ellos requiere algún tipo de tratamiento para lograr la procreación.

En el país aproximadamente son 15 los centros de salud que cuentan con la infraestructura tecnológica y con los recursos humanos necesarios para la aplicación de las técnicas de RHA.

Como parte de este servicio se identifica la necesidad de adecuar los marcos normativos que regulan el quehacer nacional, para lograrlo, se actualizó la Ley General sobre Metrología y Normalización, la cual entró en vigor el 1 de julio de 1992 que señala, entre otras, las bases para la elaboración de las Normas Oficiales Mexicanas que sustituyen a partir del 16 de octubre de 1993 a las normas técnicas que hasta entonces

indicaran las características que debieran reunir los servicios y productos que se elaboran y consumen en el país.

Las actividades de salud, y dentro de ellas los servicios de planificación familiar, constituyen una de las materias objetos de la actualización normativa, por su importancia para la vida de la población, su extensa cobertura de uso y la trascendencia que reviste para la calidad de vida de los mexicanos.

Esta Norma Oficial Mexicana sobre el procedimiento y requisitos para la realización de la fecundación in vitro en los centros de reproducción humana asistida, tanto públicos como privados en el marco de los Derechos Reproductivos y como parte de los servicios de planificación familiar, aglutina los puntos de vista, propuestas y resultados de investigaciones que diversos organismos, tanto gubernamentales y no gubernamentales

1. Objetivos y campo de aplicación

- 1.1. Las disposiciones de esta Norma Oficial Mexicana son de orden público e interés social, y tienen por objeto uniformar principios y criterios de operación de los componentes del Sistema Nacional de Salud, respecto de las actividades encaminadas a la salud reproductiva combatiendo así la esterilidad e infertilidad, en virtud de que

constituyen, por su magnitud y trascendencia, un grave problema de salud pública.

1.2. Esta Norma es de observancia obligatoria en todos los establecimientos para la atención médica de los sectores público, social y privado del país.

1.3. La vigilancia de esta Norma corresponde a la Secretaría de Salud y a los gobiernos de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias.

2. Referencias

Para la aplicación correcta de esta Norma es necesario consultar:

La Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1999 de los Servicios de Planificación Familiar.

3. Definiciones

3.1. Para los efectos de esta Norma Oficial Mexicana se entenderá por:

Reproducción Humana Asistida: el conjunto de técnicas que tienen como objetivo la reproducción o procreación asistida, fuera del cause natural.

Inseminación Artificial: Introducción del semen en la vagina o en el útero de la mujer por procedimientos mecánicos, sin que haya aproximación sexual.

Inseminación Artificial Homóloga: La que se realiza utilizando los gametos de la pareja unida en matrimonio o en concubinato.

Inseminación Artificial Heteróloga: La que se realiza con gametos de donantes.

Fecundación in vitro: el procedimiento terapéutico mediante el cual se fecunda un óvulo en el laboratorio

Embrión: el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación.

Feto: el producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de gestación hasta su expulsión o extracción.

Ingeniería genética: Conjuntos de técnicas capaces de intervenir directamente con el material genético y sobre

las estructuras y mecanismos moleculares responsables de transmitir los caracteres hereditarios.

Crioconservación: procedimiento que consiste en conservar a bajas temperaturas un objeto o células en determinado estadio de desarrollo biológico

4. Requisitos y Especificaciones

- 4.1. La aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, estará reservada en principio a las parejas unidas en matrimonio o en concubinato, que presenten algún grado de esterilidad o infertilidad y que previamente hayan agotado otros tratamientos terapéuticos.
- 4.2. Estas técnicas podrán utilizarse en los casos de prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, siempre y cuando brinde garantías suficientes y estén estrictamente indicadas.
- 4.3. Deben realizarse cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la mujer o la posible descendencia.

- 4.4. Se requiere que las mujeres pacientes sean mayores de edad, con buen estado de salud y que sean previa y debidamente informadas sobre el procedimiento de la fecundación in vitro.
- 4.5. Para llevar a cabo una fecundación in vitro se requiere el consentimiento por escrito de la paciente, y de su esposo o concubino.
- 4.6. Se prohíbe la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación humana.
- 4.7. Los médicos especialistas sólo podrán fecundar los óvulos que vayan a transferirse al útero de su madre, sin que puedan exceder de tres embriones por ciclo.
- 4.8. Queda prohibida toda manipulación genética sobre los embriones cuando represente un riesgo para ellos, salvo que sea en beneficio de los mismos. Asimismo queda prohibida la crioconservación de embriones.
- 4.9. Cualquier técnica de RHA deberá ser realizada en los centros de reproducción humana del sector público y privado, que cuenten con la debida autorización, infraestructura y por el cuerpo médico capacitado para ello.

4.10. Las células sexuales podrán ser sometidas a procedimientos de crioconservación, en el caso de los óvulos sólo podrán ser usados para fines de investigación, hasta que no se compruebe la eficacia de éstos para la fecundación.

4.11. Toda clínica de reproducción humana asistida, deberá contar con un laboratorio de gametos con la infraestructura adecuada para brindar a los embriones, óvulos y espermatozoides, las condiciones ambientales con la finalidad de ofrecer mejores garantías de eficacia del procedimiento de fecundación in vitro.

4.12. Asimismo, éstas clínicas, deberán contar por lo menos con un Consejo de Vigilancia, subordinado a los Organismos de Certificación, con la finalidad de garantizar se cumplan las disposiciones de transferencia de embriones y donación de gametos, expuestas en esta Norma, con el objetivo de evitar cualquier tipo de comercialización.

5. Procedimiento

5.1 Las clínicas que brinden éstos servicios deberán realizar un estudio preliminar en la pareja que se someta a estas prácticas, con la finalidad de hacer una

evaluación y conocer el grado de esterilidad y poder hacer una clasificación. Asimismo, su capacidad (pareja) para ser quienes proporcionen las células germinales que se requieran para la fecundación o bien, si existe la necesidad de utilizar gametos donados.

5.2 Toda estimulación o inducción de ovulación, deberá realizarse protegiendo la salud de la paciente, previa información del procedimiento (sea por laparoscopia o ecografía), riesgos y probables efectos secundarios, así como el medicamento empleado para producir la ovulación.

5.3 Una vez extraído el óvulo, los médicos deberán contenerlo en el fluido de cultivo dentro de una incubadora, y esperar el tiempo determinado que indique que está apto para la fecundación

5.4 Las muestras de semen, deberán ser analizadas previamente, si proceden de un donador deberán cumplir con el estudio y aceptación por parte de la pareja para evitar cualquier tipo de problemas con la donación de gametos.

5.5 Cuando se obtengan ambas células sexuales, los médicos procederán a realizar la fecundación in vitro, procurando el ambiente adecuado para la misma

5.6 La transferencia de embriones se realizará procurando el mayor éxito posible, y de acuerdo a las disposiciones de esta Norma.

6. Observancia de la Norma

La verificación y certificación de esta Norma la realizará el personal encargado de la inspección sanitaria, por el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, por el Subcomité de Salud Reproductiva y por los demás organismos de certificación, en todos los centros de reproducción humana asistida públicos y privados que cuenten con la autorización y certificación de que el servicio en ésta materia se brinda de acuerdo a esta norma

CONCLUSIONES

PRIMERA: La dignidad es la esencia de la condición humana, sin ella, ningún derecho humano tendría razón de ser, el valor intrínseco de cada ser humano independientemente de las circunstancias en la que se encuentre, debe ser siempre reconocido y protegido por el derecho. Por lo tanto, los embriones concebidos en el seno materno como in vitro, son merecedores de la protección jurídica respetuosa de su dignidad humana inherente en todo ser humano.

SEGUNDA: El embrión humano es persona, por lo tanto, tiene personalidad jurídica que le abre el campo de protección en el Derecho, no solo en cuanto a los derechos patrimoniales a que hace referencia el Código Civil para el Distrito Federal, además del derecho a la dignidad de su ser, también tiene derecho a la vida, a su integridad física y a un medio adecuado para su desarrollo.

TERCERA: La reproducción como tal, no es un derecho, se trata de una función biológica de cualquier ser vivo, más bien, el derecho que se debe exigir se reconozca y respete es la libertad de ejercer o no esa función, la cual se encuentra amparada en el artículo 4 Constitucional.

CUARTA: Para dar cumplimiento al artículo 4 constitucional y 162 del Código Civil para el Distrito Federal, las técnicas de reproducción humana asistida, deberán brindarse como parte de los servicios de

planificación familiar contemplados en la Ley General de Salud. Y sólo con el propósito para el cual fueron creadas: combatir la esterilidad, cualquier otra utilización que se aparte de estos objetivos, debe ser reprochada moral y penalmente.

QUINTA: Por ello se propone la creación de una norma oficial mexicana que será la encargada de regular los requisitos y procedimientos de la fecundación in vitro, que deberán cumplir las instituciones del sector público y privado que se dediquen a la reproducción humana asistida.

SEXTA: El derecho no debe limitar el progreso científico, sin embargo, esto no implica que sea a costa de sacrificar a otros seres humanos, pues a la ciencia no le corresponde determinar si el embrión o el feto humanos son o no seres con dignidad y derechos inherentes a su ser, ya que la ciencia rigurosa y honrada, exige el radical respeto a la vida humana tal como es, pues finalmente, cualquier progreso debe estar encaminado en beneficio de la humanidad, de lo contrario que caso tendría.

SÉPTIMA: Hasta que la ciencia garantice verdaderos resultados con éxito, el proceso de fecundación in vitro se debe limitar a no producir mas embriones de los que se vayan a transferir, sin que pueda exceder de tres embriones por ciclo que es el número más razonable que aumenta las probabilidades de éxito

OCTAVA: La crioconservación de embriones es una acción ilícita que va en contra de la dignidad humana, toda vez que científicamente está comprobado que en el proceso de descongelación algunos sufren daños o mueren.

NOVENA: Cualquier manipulación científica o terapéutica en los embriones, debe atender los principios éticos referentes a la investigación con seres humanos. Por lo tanto, serán lícitas las intervenciones sobre el embrión humano, siempre que respeten su vida y su integridad y tengan como finalidad mejorar sus condiciones de viabilidad.

DECIMA: La creación de consejos de vigilancia, subordinados a los Organismos de Certificación en materia de Salud Reproductiva se hace necesaria en los Centros de Reproducción Humana Asistida, toda vez que éstos se encargarían del control y vigilancia del procedimiento de transferencia y donación de embriones y en su caso de gametos, con la finalidad de evitar prácticas que impliquen su tráfico con fines de comercialización.

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO Rojas Edgar, y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho Civil, Introducción y personas México, Ed. Harla, 1995

BAZDRESCH Luis, Garantías Constitucionales, curso introductorio, 5ªed., México, Ed. Trillas, 1998

----- Bioética y Derecho, Fundamentos y Problemas Actuales, ITAM, México, Fondo de Cultura Económica, 1999

BUSTOS Pueche, J. Enrique, El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética, Madrid, Ed. Dykinson, 1996

CHÁVEZ Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y las Relaciones Jurídicas Familiares, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1997

CHÁVEZ Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 2001

DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1983

DOLORES Loyarte, ROTONDA, Adriana. E. Procreación Humana Artificial, Un desafío bioético, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995

DOMÍNGUEZ García Villalobos, J. Alfredo, Transplante de órganos, Aspectos Jurídicos, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1996

ELÍAS Azar, Edgar, Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1997

FIX-ZAMUDIO Héctor, y VALENCIA Carmona, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2001

GAFO Javier, Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Biomedicina, Ética y Derecho, Madrid, Pontificias Comillas, 1986

GALINDO Garfias, Ignacio, Estudios de Derecho Civil, 2ª. Porrúa, México, 1994

GALINDO Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Parte General, Persona y Familia, 21ª ed., México, Porrúa, 2002

GARZA Garza, Raúl, Biótica, México, Ed. Trillas, 2000

GÓMEZ DE LA TORRE Vargas, Maricruz, La Fecundación In Vitro y la Filiación, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993

GUZMÁN Ávalos, Aníbal, Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, Un Nuevo Modo de Filiación, México, Biblioteca de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 2001

HURTADO Oliver, Xavier, El Derecho a la vida ¿y a la muerte?, México, Ed. Porrúa, 1999

IGLESIAS Prada, Juan Luis, La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto del genoma humano, Madrid, España, Ed. Civitas, 1995

KUTHY Poter, José y Otros, Temas Actuales de Bioética, Reglamentación sobre el embrión, investigación médica, México, Ed. Porrúa, 1999

LEMA Añón, Carlos, Reproducción, Poder y Derecho, Valladolid, España, Ed. Trotta, 1999

MARCÓ Javier, Tarasco Martha, Diez temas de reproducción asistida, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2001

MEDINA Graciela, Daños en el derecho de Familia, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002

PÉREZ Duarte, Alicia, Derecho de Familia, México, Fondo de Cultura Económica, 1994

QUIROZ Acosta, Lecciones de Derecho Constitucional, México, Ed. Porrúa, 1999

ROGEL Vide, Carlos, Manuales Jurídicos de Bolsillo, Derecho de la Persona, Barcelona, Bosch Editor, 1998

ROJINAS Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, T.I, 19ª ed., México, Ed. Porrúa, 1983

ROMERO Casabona, Carlos Ma., Del Gen al Derecho, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios Sobre Genética y Derecho, 1996

SÁNCHEZ Márquez, Ricardo, Derecho Civil, Parte General, Personas, y Familia, México, Ed. Porrúa, 1998

SOBERÓN Acevedo, ZERTUCHE Muñoz, RUIZ Massieu, Derecho Constitucional a la protección de la salud, México, Ed. Porrúa, 1983

SOTO Lamadrid, Miguel A. Biogenética, Filiación y Delito, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1990

VIDAL Martínez, Jaime, Las Nuevas Formas de Reproducción Humana, Madrid, España, Editorial Civitas, 1988

VILA-CORO, Ma. Dolores, Introducción a la Biojurídica, Madrid Universidad Complutense

WEINBERG, Inés M., Convención Sobre los derechos del Niño y el Comienzo de la Vida Humana, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002

YUNGARO, Arturo R. Derecho de Familia, 3ª ed., Buenos Aires, Ediciones Macchi, 2001

ZANNONI, Eduardo A., Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Proyecciones Jurídicas, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1978

DICCIONARIOS

DE PINA Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, 22ª ed., México, Ed. Porrúa, 1996

PIÑEIRO González, Román, Diccionario de Ciencias de la Salud, México, Ed. Interamericana, 1995

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, España, 22ª, T. I, 2001

Diccionario Porrúa de la Lengua Española, México, Ed. Porrúa, 2002

HEMEROGRAFÍA

Barragán, Velia Patricia, La Reproducción Humana Asistida, Marco Jurídico, Revista IUS del Instituto de Investigaciones Jurídicas/UJED, Durango, Dgo., núm. 3, Diciembre de 1991.

Lorena Ríos, “Urge regular la Reproducción Asistida”, Vértigo, México, Año III, núm. 155, 7 de marzo de 2004.

Infertilidad y Esterilidad, A tú Salud, revista de medicina preventiva, núm.6, agosto 2004.

Galindo Garfias, Ignacio, La Fecundación Artificial en Seres Humanos. Consideraciones Jurídicas, Revista de la Facultad de Derecho de México, T. XL, núm. 169-170-171, Enero-Junio 1990

Gana Winter, Claudia, La maternidad gestacional ¿cabe sustitución?, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, núm. 4, 1998.

LEGISLACIÓN

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** de 1917, Ed. Porrúa, 2004
- **Ley General de Salud** del 7 de febrero de 1984, México, Ed. ISEF, 2003
- **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud**, del 7 de enero de 1987, México, Ed. ISEF, 2003
- **Ley sobre Metrología y Normalización**, del 1 de julio de 1992
- **Norma Oficial Mexicana NOM 005-SSA2-1993, de los Servicios de Planificación Familiar.**
- **Código Civil para el Distrito Federal** del 1 de Octubre de 1932, México, Ed. Sista, 2004

LEYES EXTRANJERAS

Ley 35/88, del 22 de noviembre, Sobre Técnicas de Reproducción Asistida

Ley 42/88, del 28 de diciembre, de Donación y utilización de embriones y fetos Humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Ley Alemana de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13 de diciembre de 1990

Ley de Fecundación Humana y Embriología de 1990 de Inglaterra (Human Fertilization and Embryology Act. 1990)