



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU REGULACIÓN DENTRO DEL
MARCO JURÍDICO DEL DISTRITO FEDERAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

CASTELÁN LICONA HADA LIZBET

Asesor: LIC. ARTURO GONZÁLEZ JIMÉNEZ.

Noviembre, 2005

M 350313

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la vida, fuerza y entereza necesarios para llegar a este momento.

A mis padres Leo y Lala por el amor, la libertad y confianza que me han tenido siempre.

A mis hermanos Rocío, Hugo, Ana y Mariela por entenderme y ayudarme cuando mas los he necesitado.

A mis sobrinos Celeste, Bruno, Coral, Carlos, Paola, Diana, Victor, Jan por aguantarme y hacerme sentir que soy un ejemplo para ellos.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, por brindarme la oportunidad de estudiar en sus aulas.

A Servicios Jurídicos Interactivos y cada una de las personas que lo integran, por el apoyo e interés mostrado para la realización de este Proyecto, especialmente al Lic. Guillermo Trujano Somarriba.

| | |
|---|----|
| 2.1.2.2. El producto de la fecundación en sus diferentes etapas | 45 |
| 2.1.2.2.1. Status jurídico del producto de la fecundación. | 47 |
| 2.1.2.2.2. La investigación científica en el producto de la fecundación | 55 |
| 2.1.2.2.3. El destino de los productos sobrantes | 59 |
| 2.1.2.3. Los donadores | 61 |
| 2.1.2.3.1. Anonimato de los donadores | 70 |
| 2.1.2.4. Los médicos y clínicas | 72 |
| 2.1.3. Contrato en la reproducción humana asistida | 75 |
| 2.2. Breve semblanza de las técnicas de reproducción humana asistida mas usuales | 79 |
| 2.2.1. Inseminación artificial | 80 |
| 2.2.2. Fecundación in vitro | 85 |
| 2.2.3. Transferencia intratubaria de gametos | 89 |
| 2.2.4. Maternidad subrogada | 91 |
| 2.2.5. Inseminación post mortem | 95 |
| 2.2.6. Clonación | 98 |
| 2.3. La normatividad jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en otros sistemas jurídicos del mundo | 99 |

CAPITULO 3. EFECTOS JURÍDICOS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LAS INSTITUCIONES DE DERECHO DE FAMILIA.

| | |
|---|-----|
| 3.1. La importancia de las instituciones del Derecho de Familia dentro de la sociedad mexicana | 110 |
| 3.2. Efectos de la reproducción humana asistida en la filiación | 113 |
| 3.3. Repercusión en la reproducción humana asistida en las instituciones de Derecho de Familia que se derivan de la filiación | 129 |
| 3.3.1 Parentesco | 130 |
| 3.3.2 Alimentos | 132 |
| 3.3.3 Patria potestad | 132 |
| 3.3.4 Violencia familiar | 134 |
| 3.3.5 Investigación o impugnación de la paternidad o maternidad | 135 |
| 3.3.6 Adopción | 141 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|-----|
| 3.3.7 Patrimonio de familia | - | - | - | - | - | - | 142 |
| 3.4. Relevancia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en el matrimonio y concubinato así como en el divorcio | - | - | - | - | - | - | 143 |
| 3.5. Influencia en cuanto a las sucesiones | - | - | - | - | - | - | 148 |

CAPITULO 4. PROPUESTA PARA REGULAR LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL MARCO JURÍDICO DEL DISTRITO FEDERAL.

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|-----|
| 4.1. La necesidad de creación y los lineamientos elementales que debe contener una Ley de Reproducción Asistida para el Distrito Federal | - | - | - | - | - | - | 153 |
| 4.2. Propuesta de creación y modificación de los artículos que regulen los efectos jurídicos de la Reproducción Humana Asistida en las Instituciones de Derecho de Familia dentro del Código Civil para el Distrito Federal | - | - | - | - | - | - | 162 |

| | | | | | | | |
|---------------------|---|---|---|---|---|---|-----|
| CONCLUSIONES | - | - | - | - | - | - | 166 |
|---------------------|---|---|---|---|---|---|-----|

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La reproducción humana es un tema de particular interés para los individuos y para la sociedad que ellos conforman, pero desgraciadamente no todos los seres humanos tienen la capacidad de reproducirse en condiciones naturales por lo que recurren a la ayuda de la ciencia, a través de las técnicas de reproducción humana asistida que dan la oportunidad de tener un hijo; sin embargo la práctica de las técnicas mencionadas lleva inmersa todo un mundo de cuestiones que no solo afectan a la persona a quien se practican, sino también al hijo por nacer, a la pareja, a la familia y a la sociedad en general, pudiendo llegar a surgir conflictos de intereses, lo que concuerda con la opinión de Miguel Ángel Soto la Madrid e Ignacio Galindo Garfias. Por el planteamiento anterior, la hipótesis consiste en que la reproducción humana asistida es una práctica actual que requiere una regulación jurídica específica y suficiente en el Distrito Federal, en donde la variable independiente es que ciertos ordenamientos jurídicos vigentes en nuestro país contienen disposiciones aisladas sobre la reproducción humana asistida que no son suficientes para su regulación y las variables dependientes son: si la reproducción es un derecho fundamental de todas las personas, cuando se puede recurrir a la reproducción asistida, si se regula completamente la reproducción asistida en el Distrito Federal, los requisitos para someterse a la reproducción asistida, personas que pueden someterse a reproducción asistida, la posición que tiene el producto de la concepción en la reproducción asistida, el papel que desempeña el donante de células germinales, la participación de los médicos y clínicas en la reproducción asistida, las técnicas que se usan en la reproducción asistida, el avance normativo que otras legislaciones poseen, los efectos jurídicos que produce la reproducción asistida en las instituciones del derecho de familia. Para probar la hipótesis planteada se propone un índice dividido en cuatro capítulos: el primero expone lo relativo a la reproducción humana, los problemas que afectan la reproducción, el derecho procreativo, la regulación jurídica que nuestro país posee sobre la reproducción humana tratando de situar el tema dentro del campo jurídico. En el segundo se trata de establecer ciertos aspectos importantes en la reproducción humana asistida, desde los usuarios, embriones, clínicas, las técnicas que existen, hasta las disposiciones más importantes de las legislaciones de otros países. El tercer capítulo trata de especificar la influencia que la práctica de la reproducción humana asistida tiene sobre las instituciones de derecho de familia tales como la filiación, matrimonio y sucesiones. El capítulo cuarto contiene las razones por las que es importante crear una Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal y las disposiciones mínimas que debe tener, así como la propuesta de modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal tendientes a regular la influencia que la reproducción humana asistida tiene sobre las instituciones del derecho de familia.

CAPITULO 1. MARCO TEORICO

El presente capítulo habla sobre la reproducción humana en general, los problemas que la afectan, la reproducción humana asistida y la regulación jurídica que existe en México.

1.1. GENERALIDADES DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA.

La reproducción humana la entendemos como el mecanismo biológico natural mediante el cual una pareja de seres humanos pueden dar la vida a un nuevo ser humano, esta reproducción puede ser de dos tipos: natural consistente en la unión sexual de hombre y mujer a través del acto sexual; o artificial que es la que requiere la intervención de terceras personas haciendo uso de los recursos y medios tecnológicos que la ciencia ha aportado con la única finalidad de lograr la reproducción humana. Hay que considerar que “la sexualidad debe ser entendida como una expresión de la personalidad humana, y por ello de la libertad de la persona, desligada completamente de la función procreativa aunque éste sea su efecto más trascendente”¹.

“El hombre trata de cumplir con una de las fases necesarias de su existencia y perpetuación que es la procreación y que junto con el nacimiento, crecimiento y muerte forman parte del ciclo de vida”², además la sociedad siempre espera que cada nueva pareja que se forma inicie una familia distinta a aquella de la que provienen, tal como lo hace ver Ignacio Galindo Garfias al sostener que “la familia cumple una función de sustento y educación de los miembros del agregado familiar que se resumen en la creación y supervivencia de la especie”³.

Entendemos que el derecho a la reproducción humana tiene más de libertad negativa que positiva, o sea de no tener hijos que de tenerlos así las personas pueden decidir el número de hijos y el espaciamiento entre los nacimientos. En principio toda persona tiene derecho a reproducirse, pero como es sabido “a todo derecho corresponde un deber, que en este caso

¹ Gómez de la Torre Vargas Maricruz, la fecundación in Vitro y la filiación, Editorial jurídica de Chile, Chile, 1996, P. 41.

² Castro Murillo Juan de la Cruz y José Luis Ventura Mejía, La inseminación artificial, aspectos jurídicos; revista mexicana de justicia, Vol. 8, No. 4, México DF., 1990, p 45

³ Galindo Garfias Ignacio, Derecho civil Primer curso, parte general, Personas y familia; Ed. Porrúa, 2002, p.458.

consiste en respetar la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los demás, lo que implica reconocer que los demás son fines en sí mismos, no susceptibles de ser instrumentalizados al servicio de cualquier fin que no se han propuesto, esto también supone el reconocimiento de la libertad inherente a la persona para decidir su proyecto de vida y para desarrollar su personalidad moral⁴, estableciendo desde ahora que la dignidad humana "es la excelencia que la persona posee en razón de su propia naturaleza, pues la propia persona humana es sustancia individual de la naturaleza racional, lo que significa: que la persona constituye una unidad física, psíquica y espiritual; y que el ser racional implica que tiene las facultades para razonar (entendimiento) y de querer libremente amar lo que la razón le presenta como bueno; y es el fundamento de las garantías constitucionales"⁵, esto es importante al resaltar la libertad que todo ser humano tiene para elegir lo que quiere y lo que no quiere hacer en su vida de dónde deriva la importancia, para nuestro tema, de cuidar los atributos de la dignidad de la persona tales como su integridad, intimidad, libertad, derecho a la procreación y compaginarlos con los derechos de los demás individuos. Además "debe tenerse en cuenta primordialmente el interés del niño por nacer"⁶ pues actualmente los espectaculares avances de la ciencia en el campo de lo genético ponen en constante peligro la naturaleza humana de los hombres.

1.1.1. LA REPRODUCCIÓN COMO FINALIDAD DE LOS SERES HUMANOS.

Los seres humanos por naturaleza propia buscan su trascendencia a través del tiempo y encuentran la mejor opción en su descendencia al creer que es la continuidad de su vida, además muchos estudiosos opinan que los hijos son lo que aportan el sabor, lo nuevo, lo diferente en una unión conyugal que en caso contrario se vuelve monótona y a veces insatisfactoria, es por ello que el derecho reconoce a los individuos el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia "creando los derechos subjetivos que son las facultades o bienes que corresponden a su titular por corresponder a su naturaleza humana"⁷.

Los millones de parejas que se forman diariamente unen sus vidas, en la mayoría de los casos, con la intención de procrear esperando

⁴ Vega Gutiérrez. Ana María, Ed al, Derechos reproductivos y técnicas de reproducción humana, Ed. Cívitas, España, 1998, p.40.

⁵ Diccionario jurídico mexicano, Instituto de Investigaciones jurídicas, Ed. Porrúa, 2001, p 199

⁶ Chávez Asencio Manuel, Orientaciones y criterios sobre inseminación artificial, Revista Jurídica, Vol. I, No. 24, México D. F., 1993, p 192.

⁷Vega Gutiérrez Ana María Ob. cit p49

ansiosamente la llegada de un niño, verlo crecer, educarlo y contemplar su infancia, adolescencia, juventud y madurez, pues el ser humano tiene la facultad biológica connatural a la persona de dar vida a un nuevo ser. Pero este derecho a la paternidad trae aparejada una obligación en tanto que se debe brindar al hijo una identidad cierta en todo su significado, como derecho inherente a su dignidad humana misma la responsabilidad que se genera es única por que exige una permanente atención al hijo hasta que alcanza su desarrollo, lo que le permitirá integrarse a la comunidad. Además lleva implícitos los límites para decidir acerca de la vida de un hijo tanto para deseársela a toda costa como para rechazarla de forma absoluta, siendo mas válido social y humanamente que se busque tener un hijo de la forma que sea, que quitarle la vida a un hijo, siendo el punto controvertido si para lograr tener ese hijo es valido recurrir a cualquier avance de la ciencia sin importar las transgresiones o violaciones que se hagan.

El acto de procrear se desarrolla en el ámbito de la pareja con un carácter íntimo, personal e intransferible pero el derecho que tienen los cónyuges o concubinos a consumir la finalidad de cada uno de ellos, que es la perpetuación de la especie, muchas veces se encuentra alterado por la imposibilidad de tener hijos ya por causas patológicas de uno o de otro o en ocasiones de ambos, lo que despierta en ellos un enorme deseo por conseguir una familia con hijos que provengan de su misma línea genética , siendo las técnicas de reproducción humana asistida las únicas posibilidades para tener sus propios hijos.

1.1.2. FACTORES QUE ALTERAN LA REPRODUCCIÓN HUMANA

Desde las épocas antiguas, la infertilidad ha sido un tema lleno de misterios y tabúes que ha inquietado al hombre de todas las civilizaciones, pues la capacidad de procrear se somete a varios factores externos a la voluntad del hombre y en el ser humano la idea de generar una nueva vida no solo es en el aspecto físico sino la idea de forjar un nuevo ser humano.

La imposibilidad de concebir hijos propios se aprecia como una experiencia altamente dolorosa para la pareja y como dice Robert Clarke "constituye una herida profunda, no solo en lo afectivo o personal, sino que incide severamente en el plano social"⁸ dado que la incapacidad para procrear en forma natural mediante el acto sexual constituye un problema psicológico, social y moral para quienes la padecen por que, como ya se dijo tener descendencia propia es una aspiración innata en el ser humano,

⁸ Robert Clarke, citado por Soto la Madrid Miguel Ángel, Bioética, filiación, y delito; Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p 6.

además la sociedad espera que toda pareja que inicia forme una familia distinta de la que proviene, la que no se puede ni pensar sin la existencia de hijos.

La imposibilidad para tener hijos puede provocar en la mujer baja autoestima la que relaciona con su capacidad de procrear y al verse impedida para lograrlo la invaden sentimientos de culpa y remordimiento lo que va mermando su amor y cuidado hacia ella misma, aunado a ello se puede presentar una ansiedad y depresión severa especialmente en el comienzo de cada ciclo sexual pues le significa que otro mes ha pasado sin que se haya realizado su objetivo pudiendo llegar el caso de que la depresión sea permanente y se vuelva una obsesión perjudicial para ella y las personas que le rodean; por su parte el varón que presenta tal situación puede presentar una intensa ansiedad acompañada de cuadros depresivos, impotencia laboral, bloqueo afectivo entre otras cosas. Las reacciones que pueden presentar tanto el varón como la mujer no solo los afectan a ellos sino a sus respectivas parejas, quienes suelen ocultar a la familia el problema que tienen para evitar agredir al miembro que sufre la alteración lo que con el transcurso del tiempo se vuelve una carga pesada que día a día va separando a la pareja.

Diversas son las razones que justifican el incremento de personas estériles tales como: el estrés, el aumento de enfermedades de transmisión sexual, los efectos secundarios de los anticonceptivos, las complicaciones surgidas por abortos provocados, la tendencia a retardar la llegada del primer embarazo, la intromisión de la mujer en la vida laboral, el retraso al iniciar un matrimonio o la vida en pareja especialmente en el sector de la población con niveles económicos e intelectuales altos pues la etapa procreacional se retrasa hasta no tener con claridad un proyecto individual de realización personal, el abuso del tabaco, alcohol y las drogas, entre otras cosas.

Así las cosas, cuando las personas se enfrentan a problemas de procreación buscan apoyo científico para enfrentar la dificultad, agotando todos los medios que conozcan para poder realizar su finalidad.

1.1.2.1. INFERTILIDAD

Tenemos a la infertilidad y esterilidad como los males que aquejan a parejas que ven perturbado su deseo de reproducirse.

“La FERTILIDAD es la capacidad fisiológica del ser humano para reproducirse”⁹ concepto del cual se desprende que al verse limitada tal capacidad por cualquier motivo se habla de una infertilidad, y se puede decir

⁹ Soto la Madrid Miguel Ángel, Bioética, filiación y delito, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p 3.

que la hay cuando no hay concepción después de un año de relaciones sin protección, de donde desprendemos que la infertilidad es el impedimento que tiene cualquiera de los miembros de la pareja para conseguir la unión entre el óvulo y el espermatozoide o concepción.

1.1.2.2. ESTERILIDAD

Entre las diversas definiciones de ESTERILIDAD sobresale la que nos da Dolores Loyarte que dice "es la imposibilidad de tener hijos vivos siendo posible la fecundación y por lo tanto el desarrollo del embrión o feto"¹⁰, Soto la Madrid la define como "infertilidad femenina es la patología propia de la mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal consistente en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos una vez que han sido logrados"¹¹; otra definición nos dice que es "la entidad que constituye un obstáculo que se opone al deseo conciente de dos personas de crear juntos a otro ser humano, implantado en su vínculo afectivo"¹², Maricruz Gómez dice que "es una enfermedad o consecuencia de una enfermedad con componentes físicos, psíquicos e incluso sociales consistiendo en la incapacidad para procrear"¹³, Chávez Asencio expresa que "la esterilidad es algo negativo, una carencia que no queda reducida únicamente en el plano biológico pues tiene repercusiones en la vida de la pareja y la vida social"¹⁴. Entonces podemos decir que la esterilidad es la forma de nombrar médicamente a la incapacidad de una mujer por conseguir después de quedar embarazada, que las gestaciones concluyan con el nacimiento de un hijo viable.

Sin embargo, y a pesar de las diferencias que hay, las personas manejan ambas palabras para referirse a lo mismo empleando el término de esterilidad o infertilidad indistintamente para referirse a la imposibilidad de reproducirse, por lo que concretamente y para evitar confusiones Fernando Flores nos dice que "esterilidad es la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva e infertilidad es la incapacidad para lograr concepciones"¹⁵, posturas a las que nos sumamos completamente para evitar confusiones.

¹⁰ Loyarte Dolores y Adriana E. Rotonda, Procreación humana artificial, un desafío bioético; Ed. Depalma, Argentina, 1999, p 83

¹¹ Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 315.

¹² Savransky Videla p 133, citada por Soto La Madrid, Ob. Cit. p 7.

¹³ Gómez de la Torre Vargas Maricruz, Ob. Cit. p 30

¹⁴ Chávez Asencio Manuel, Orientaciones y criterios sobre la inseminación artificial, Revista jurídica, Vol. I, No. 24, México DF., 1993, p 199

¹⁵ Flores García Fernando, La inseminación artificial y sus efectos en el Derecho civil mexicano con un proyecto de legislación estatal, Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales, segunda época, No. 12, México, 1988, p 42

Una vez entendidos los conceptos de esterilidad e infertilidad y establecida la diferencia entre uno y otro, es momento de entrar a la mención de las causas que dan origen a una o a otra simplemente a manera de reseña y en un intento sencillo de establecer los factores que propician la infertilidad y esterilidad, siendo tres grupos causas femeninas, masculinas y mixtas:

CAUSAS FEMENINAS

Ováricas:

- Ausencia de gónadas
- Anomalías de la ovulación: insuficiencia ovárica primitiva, menopausia precoz, insuficiencia ovárica secundaria por alteraciones del hipotálamo.
- Alteraciones en la fase lutea por estado inapropiado de la mucosa uterina
- Endometriosis
- La tendencia letal del óvulo, o sea cuando sale del ovario pero al llegar a las trompas parece sea o no fecundado

Tubáricas

- La obstrucción
- Trastorno funcional
- Cirugías de esterilización

Uterinas

- Lesiones del endometrio
- Falta de permeabilidad
- Factor mecánico, miomas

Cervicales

- Alteraciones congénitas del útero o de la vagina
- Posiciones anormales
- Serviciáis

Vaginales

- Malformaciones
- Vaginitis

Psíquicas

- Inhibición ovulatoria

Otras

- Obesidad
- Adelgazamiento extremo
- Alteraciones en tiroides o glándulas suprarrenales
- Drogadicción

-Medicamentos

CAUSAS MASCULINAS

Testicular

- Inexistencia de espermas
- Alteración de esperma
- Obstrucción del conducto deferente
- Alteración en las glándulas accesorias
- Infecciones de próstata o glándulas seminales
- Problemas hormonales
- Anomalías en la eyaculación

CAUSAS MIXTAS

Inmunológico, incompatibilidad del sistema sanguíneo de la pareja.

Infertilidad sin causa aparente

Aunado a lo anterior el especialista en infertilidad Dr. Robert Nicholson dice que "desde los 25 años los gametos de ambos sexos comienzan un proceso de envejecimiento progresivo"¹⁶.

En México se ha tenido conocimiento que de cada 10 parejas que se forman por lo menos una se ve impedida para procrear, por ello y con la finalidad de solucionar problemas de esterilidad o infertilidad se ha visto con buenos ojos la aplicación de los métodos de reproducción humana asistida que van desde la fecundación artificial hasta la fecundación in vitro en todas sus modalidades.

1.2. CONCEPTO Y BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN HUMANOS

Ahora nos encontramos ante la difícil tarea de establecer una definición de lo que es la reproducción humana asistida, dada la dificultad que implica al ser un tema que comprende muchos elementos razón por la que pocos juristas se han atrevido a dar una definición concreta.

¹⁶ Nicholson Robert, citado por Loyarte Dolores y Adriana E. Rotonda. Ob. Cit. p 80

Inseminar proviene de dos raíces latinas in dentro y semen semilla, literalmente plantar una semilla y por extensión mediante el cual se genera la vida.

Ernesto Gutiérrez y González define la reproducción humana asistida como "el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital de la hembra -útero- por la introducción del esperma del macho con el empleo de medios mecánicos, esto es sin necesidad de coito"¹⁷, Flavio Galván dice que reproducción humana asistida "es el conjunto de técnicas o métodos y procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos masculinos y femeninos por personal profesional especializado"¹⁸, para Cristóbal Fábregas es "la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas medicobiológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer"¹⁹, y en nuestra legislación el artículo 40 fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud muy escuetamente trata de definirla diciendo que "fertilización asistida es aquella en que la inseminación es artificial homologa o heteróloga e incluye la fertilización in vitro".

Como es notorio nuestro proyecto habla de reproducción humana asistida y no de inseminación artificial o fecundación artificial, pues éstos términos se refieren a procesos concretos que se dan dentro de la reproducción y que suelen causar confusiones respecto de cuando se debe utilizar uno u otro concepto o palabra. Ahora bien, en base a los conceptos dados con anterioridad considero, de una manera muy sencilla que la reproducción humana asistida es el procedimiento al que una persona se somete con la finalidad de procrear un nuevo ser, para lo que se requiere la intervención de terceras personas mediante técnicas específicamente permitidas.

Una vez establecido el concepto de reproducción humana asistida, trataremos de establecer cronológicamente los sucesos más relevantes que se han dado en el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida:

-La primera inseminación artificial se encuentra en la Biblia al establecer el nuevo testamento en el génesis...entonces Sara le dijo a Abraham, escucha

¹⁷ Gutiérrez y González Ernesto, Derecho sucesorio *Inter vivos y mortis causa*, Ed. Porrúa, México 2002, p 308.

¹⁸ Galván Rivera Flavio, La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el derecho civil, *Revista jurídica de postgrado*, año 1, No. 2, Oaxaca, 1995, p 76.

¹⁹ Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, *Biología y filiación*, Ed. Comares, Granada 1999, p 75

ya que Jesús no ha querido que tengamos hijos, ve a mi sirvienta y quizá tengamos hijos a través de ella...

-La Inseminación artificial se inició con vegetales, después con animales y desde el siglo XV se tiene noticias de intentos en humanos.

-Se dice que en 1462, Juana de Portugal esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente y dio a luz a Juana de Beltraneja.

-Parece ser que fue Thouret el primero en lograr la inseminación artificial corpórea conyugal en 1785.

-Fue hasta 1799 que el escocés John Hunter logra la primera inseminación artificial de que se tiene certeza en una mujer.

-En 1834 se dio el nacimiento del primer niño por inseminación artificial.

-En 1868 la revista médica, la Abeja Médica dedicada a la divulgación científica, da cuenta de 10 casos donde la inseminación artificial se practicó con toda felicidad en Francia por el médico Girault.

-En 1884 Pancoast realiza la primera inseminación empleando semen de donante.

-En 1911 Roelheder hace del conocimiento de 65 casos de fecundación artificial con donante de los cuales 31 fueron positivos.

-Hacia 1920 se utilizó en Suecia la Inseminación artificial con donante como tratamiento de la esterilidad.

-En 1940 en Estados Unidos se crearon los llamados bancos de semen, siendo de destacar el envío desde el Pacífico, en la segunda guerra mundial y la guerra de Corea, de semen de los combatientes para inseminar a sus mujeres así como la iniciativa de algunos particulares como el llamado Banco de semen Nóbel.

-En 1942 Seymour y Roener en los Estados Unidos logran saber de 9,489 embarazos logrados por medios artificiales.

-En 1949 el Papa Pío XII se dirige al Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos declarando proscritas e inmorales estas prácticas.

-En 1950 los médicos de cuerpo de sanidad del ejército de Estados Unidos practican en más de 1000 casos la teleinseminación, con semen de soldados acantonados en Corea.

-En 1951 Suecia legisla sobre la materia.

-En 1953 Sherman consiguió los primeros embarazos empleando semen congelado siendo ello un punto determinante en el avance de las nuevas técnicas de procreación.

-En 1957 el Licenciado Julio Cesar Vera Hernández verifica en el Distrito Federal una encuesta con 150 médicos y 21 le manifiestan que practican la inseminación artificial, con 8 más que la aprueban aunque no la practican, el resto la rechaza.

-En México en el año de 1958 la Licenciada Hilda Cortés Obregón publica la traducción de la Ley Sueca en materia de inseminación artificial causando un gran impacto en la sociedad.

-En 1958 el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos envía al Congreso de la Unión un proyecto de ley denominado Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos, en él se hizo una reglamentación pésima de la materia y los miembros del Congreso nunca le dieron trámite.

-En 1968 se establecen Bancos de Semen en diversos países como Francia y Alemania en donde se obtienen semen de diversos donadores guardando en secreto su identidad.

-En 1969 en México el titular del Poder Ejecutivo Federal designa una comisión para que elabore un proyecto de ley que se ocupe en general de implantes calificados de trasplantes.

-En 1969 el Doctor Geor Sillo Sedel da la noticia del nacimiento de un niño procreado con semen congelado en Alemania.

- En 1978 nació el primer niño fruto de la fecundación invitro llamado Louise Brown en Inglaterra.

-En 1979 se reporta el primer caso de subrogación de vientre o maternidad subrogada cuando el 15 de noviembre de 1979 una mujer contratada para embarazarse con semen del esposo de una pareja estéril da a luz y lo entrega a su progenitor natural en Estados Unidos, para que su cónyuge lo adopte.

-En 1981 se celebra en el Consejo de Europa una sesión que trató principalmente de garantizar el respeto de los Derechos Humanos en ésta

materia, fundamentalmente mediante el derecho a un patrimonio genético que tiende a evitar su fácil manipulación.

-En 1982 se determinó la creación de un Órgano Comité de Expertos en Genética para el estudio de los problemas planteados por los avances en ingeniería genética dándose las primeras definiciones de inseminación artificial, fecundación invitro, embrión, manipulación embrionaria y donación de gametos.

-En 1983 se da la congelación de óvulos anunciándose el éxito en la congelación de óvulos femeninos para su preservación y uso posterior evitando así las laparoscopias múltiples.

-En 1984 nace un niño a partir de un embrión congelado por más de un año en Boston.

-En 1984 se utiliza un óvulo fresco y maduro donado por una mujer fértil para fecundarlo in Vitro e implantarlo en una donataria estéril.

-En 1985 Gift y Zift dan a conocer dos nuevas técnicas de fertilización, transferencia directa de gametos a las trompas (GIFT) y de embriones previamente congelados.

-En el Congreso del Instituto Internacional de Estudios de los Derechos del Hombre en 1985 se destacó la existencia de tres sectores básicos: genética humana, manipulación mental y reproducción artificial humana.

-En 1986 en Estados Unidos se somete a juicio el caso de una mujer que le fue alquilada su matriz para que ahí se implantara el óvulo de una mujer fecundado con semen de su esposo para desarrollar el embarazo.

-En 1987 se publicó el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en el cual se consagra, en su capítulo IV del título II, la fertilización asistida donde la regulan pero de manera incompleta.

-En 1987 el Comité de Expertos para el Estudio de Problemas Éticos y Jurídicos determinados por el espectacular desarrollo de las ciencias biomédicas presentó un informe completo sobre las más avanzadas técnicas de reproducción artificial humana.

-Corinne Parpalaix litigó con el apoyo de sus suegros contra un Banco de Semen para ser inseminada con el semen de su marido muerto logrando que el Tribunal Creteil le concediera este derecho por sentencia de 1° de agosto de 1989 aunque la inseminación no tuvo éxito.

-En 1990 se anuncia el éxito en detectar enfermedades genéticas en embriones y la técnica para eliminarlos antes de su implante en el útero para su gestación.

-En 1991 en el Estado libre y soberano de Nuevo León se da a conocer el anteproyecto de Código Civil que para esa Entidad Federativa encomendó el entonces Gobernador Constitucional Licenciado Jorge Treviño Martínez al Licenciado Ernesto Gutiérrez y González.

-En 1997 en Italia, mediante el implante de un óvulo donado y fecundado in vitro, una mujer de 63 años da a luz aún niño sano convirtiéndose en la mujer de más edad en tener un hijo.

-En 1997 15 Países firmaron, en Oviedo, el Convenio Internacional sobre Bioética. El documento cuya elaboración ha llevado 7 años y que pretende convertirse en un icono internacional en la defensa de la bioética, en un movimiento de la investigación que ha alcanzado grado de desarrollo que coloca a la humanidad en posibilidades inquietantes.

-En 1998 en el Hospital de la Universidad de Corea del Sur anunciaron que produjeron un embrión humano clonado añadiendo que reprodujeron el embrión dos veces hasta obtener 4 células y luego detuvieron el experimento pero que esas 4 células serían suficientes para un implante en el útero a la espera de que se forme el feto.

-Desde 1998 a la fecha ha tenido un gran auge el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida e inclusive se ha llegado a la clonación de animales; actualmente en Inglaterra se permite la clonación de embriones humanos con fines terapéuticos; además se tiene conocimiento de experimentos y prácticas eugenésicas donde se selecciona el sexo, color, raza y en general las características físicas del ser que va a nacer, así como una infinidad de circunstancias que degradan la dignidad del ser humano. En nuestro país la clonación está prohibida pues en diciembre de 2004 al crearse el Instituto Nacional de Medicina Genómica dentro de sus funciones se prohíbe trabajar con células madre para su reproducción. Desde el 19 de febrero del mismo año se abrió en nuestro país el primer Banco de Semen del Instituto Valenciano de infertilidad y recientemente el 17 de febrero se dio el nacimiento del primer niño concebido con embrión congelado en nuestro país; sin embargo pese a todas las propuestas de regulación jurídica que se han dado por parte de los partidos políticos como el PAN, PV y PRD , en el Distrito Federal aún no hay una norma que limite la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida quedándose únicamente en propuestas que finalmente no han sido aprobadas; pero en la actualidad no podemos cerrar los ojos ante una realidad que a diario nos muestra que en el Distrito

Federal éste tipo de técnicas se practican indiscriminadamente y no hay un ordenamiento legal que las regule.

1.3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA EN MÉXICO

Desde años atrás y hasta nuestros días han sido numerosos los nacimientos por el método de fecundación artificial, así mismo las clínicas especializadas se han multiplicado en el mundo, y nuestro país, incluyendo el Distrito Federal, no ha escapado a tal situación siendo las fecundaciones una realidad como resultado de la necesidad de resolver los problemas que puedan presentarse en la reproducción humana. Así "ciencia y técnica médica son saludables cuando ayudan a la especie humana en la tarea de la reproducción"²⁰.

Cada ser humano contamos con patrimonio genético que es el resultado de nuestros antepasados y al mismo tiempo que formara parte del patrimonio genético de nuestros descendientes, dicho patrimonio es único de cada individuo pero también existe un patrimonio genético colectivo que corresponde a toda la humanidad, ambos considerados bienes fundamentales que merecen ser tutelados por el derecho de tal manera que el individuo se vea protegido en el disfrute del mismo y a su vez que no se afecte a la colectividad en el uso de ese derecho.

El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza del hombre, que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias las que se traducen en derechos, obligaciones y sanciones que se están renovando continuamente, de tal forma que durante todo el tiempo en que se mantenga tal situación se continuarán produciendo tales consecuencias. Respeto al tema que nos ocupa "la procreación humana está dejando de ser un evento natural y fisiológico para convertirse en un hecho artificial y patológico"²¹, más aún si tomamos en cuenta que la mayoría de los países del mundo no cuenta con una legislación adecuada sobre el tema y desafortunadamente México y el Distrito Federal se encuentra incluido, viéndose en peligro conceptos como la inviolabilidad de la persona humana, la libertad de los particulares y el carácter sagrado de su intimidad lo que se ha perdido para determinados sectores de la sociedad.

²⁰ Chávez Ascencio Manuel, Orientaciones y criterios sobre inseminación artificial, Ob. Cit. p 199

²¹ Vega Gutiérrez Ana María, Ob. Cit. p 28

Se considera que la dignidad humana y los derechos que le son inherentes a los hombres así como el libre desarrollo de su personalidad se deben manifestar no solo en los derechos expresamente reconocidos sino en los ámbitos de restricción en la medida que perjudiquen otros derechos o bienes jurídicamente protegidos.

Expuesto lo anteriormente dicho estamos concientes que “el orden público comprende los principios básicos del ordenamiento de un país en una época determinada”²² o dicho mas completamente “el orden público está integrado por aquellos principios jurídicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada”²³.

Entonces la regulación jurídica sobre el tema de la reproducción en nuestro país es limitada y muy general por lo que “lo viable en esta materia es procurar que el derecho y otras ciencias ofrezcan un marco regulatorio realista y flexible que permita poner límites éticos y fácticos posibles al acto de los investigadores y científicos para que no sean solo ellos los que tengan que acarrear con la tarea de encontrar límites justos a su accionar, sobre todo cuando lo que está en juego es la dignidad misma del hombre”²⁴.

A continuación estableceré la regulación existente sobre la reproducción humana en nuestro país:

1.3.1. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN Y A LA SALUD REPRODUCTIVA

El hombre y la mujer tienen derecho a obtener información veraz acerca de la procreación, tener acceso a métodos seguros, eficaces y aceptables de su elección para la regulación de la fecundidad poblacional y a recibir servicios adecuados de salud que permitan el desarrollo de embarazos y partos sin riesgos o con los menos posibles, así como la ayuda en caso de infertilidad; siendo los dilemas mas importantes planteados por estos derechos los que radican en el reconocimiento de la libertad para realizar los actos humanos necesarios para engendrar y el ejercicio responsable de los mismos.

²² Vidal Martínez Jaime, Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Ed. Comares, Granada, 1998, p 192.

²³ Moro Almaraz María Jesús, Aspectos Civiles de la inseminación artificial y la fecundación in Vitro, Ed. Bosh, España 1998, p 74

²⁴ Córdova Jorge Eduardo y Sánchez Torres Julio, Fecundación humana asistida, Ed. Alveroni, Argentina, 2000, p 10.

“El derecho a la reproducción es una expresión de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación por los poderes públicos. No es un derecho absoluto, sino que tiene como limitante los derechos derivados del ejercicio de la propia libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto de los demás”²⁵.

Existen afirmaciones a favor y en contra de la existencia de un derecho a la reproducción, de las cuales las más trascendentes son:

A favor del derecho a la reproducción se afirma que encuentran su justificante en el derecho a la libre regulación de la vida privada en función del derecho que tiene toda persona al pleno desarrollo de la personalidad por ello el interés de concebir hijos debe ser tutelado por el ordenamiento jurídico. Otro punto tomado en cuenta es que el derecho a procrear es un derecho derivado de varios derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad. Así, se ha determinado que “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobadas por consenso. Éstos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia de conformidad con lo establecido en los documentos de Derechos Humanos. En el ejercicio de ese derecho las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de estos derechos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planeación de la familia”²⁶.

En contraposición nos encontramos las posturas que establecen que no existe reconocido ningún derecho a la reproducción, sosteniéndose que “no existe un derecho a la procreación por parte de la mujer, lo que si existe es un derecho al libre ejercicio de la sexualidad y en este ejercicio cabe o no la posibilidad de procrear. El derecho al libre ejercicio de la sexualidad se encuentra dentro del derecho a la vida privada que a su vez deriva del derecho fundamental que tiene todo ser humano al libre desarrollo de la

²⁵ Brena Sesma Ingrid, El derecho y la salud, UNAM, México 2004, p 17

²⁶ Vega Gutiérrez Ana María, Ob. Cit. p 35

personalidad"²⁷, pues de admitirse los derechos reproductivos implicaría un atentado contra los derechos humanos al aceptarse situaciones como el derecho al aborto, el uso de las técnicas de reproducción asistida sin limitación, Etc.

Otra postura es que no puede haber derechos reproductivos absolutos pues estos encuentran sus límites en los derechos y las necesidades de los hijos nacidos y futuros así como el bien colectivo. Además no se considera un derecho absoluto "que pueda exigirse 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"²⁸.

Hay que tener presente que no existe texto alguno Internacional ni ley nacional que aludan de forma expresa a los derechos reproductivos con esa terminología. Únicamente se expresa el derecho a fundar una familia donde implícitamente aparece la función procreativa dentro de la formulación de un derecho humano, por que la procreación es un derecho de la naturaleza humana entonces no sometido totalmente a la libertad humana, por ello solo se puede hablar de procreación responsable, o sea decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, tal como se desprende del artículo cuarto constitucional. El artículo 16.1 de la Declaración universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 solo establece "los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tiene derecho sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 23 expresa que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado, se agrega en el número 2 que se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tiene edad para ello"; tales disposiciones se repiten en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 10 habla de los derechos de la familia sin aludir expresamente a la procreación, en la Carta Social de Europa el artículo 16 también trata sobre el derecho de familia a una protección social, jurídica y económica pero no contiene una alusión a la procreación; este tema fue tratado en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994, reapareciendo nuevamente con idéntica redacción en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijín en 1995. Así, "se considera el derecho a procrear como un aspecto del derecho a dar vida, que desde éste

²⁷ Góñez de la Torre Vargas Maricruz, Ob. Cit. p 44

²⁸ Ídem, p 42

punto de vista, se hace destacar que los textos internacionales relativos a los derechos del hombre parecen considerar el derecho a dar la vida como indisoluble del derecho a fundar una familia²⁹.

Una vez establecidas las posturas a favor o en contra de la existencia y reconocimiento de los derechos reproductivos pueden tomarse como postura la idea de que si bien en la legislación nacional ni en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos no existe un texto explícito que haga referencia concreta a ellos no puede negarse su existencia, aunque más bien considero que se trata de un derecho a la procreación responsable lo que constituiría el mencionado derecho de procrear pero concedido no en forma absoluta, que se traduce en el derecho de cada persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, tal como lo establece el artículo cuarto constitucional en nuestro país, lo que Chávez Asencio llama "derecho a la procreación responsable". Así mismo es necesario establecer una concordancia armónica entre la dignidad humana y sus derechos inherentes y el desarrollo a la libre personalidad en atención a que "se tiene derecho a la paternidad y a la maternidad, es decir a la procreación responsable, pero no derecho al hijo"³⁰. También tenemos que ver que si el ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad, que consagra que todos los sujetos en igualdad de circunstancias tienen los mismos derechos, entonces junto a los derechos de los padres se encuentran los no menos importantes derechos del hijo, y de hecho en la actualidad el interés del niño es reconocido y declarado en las convenciones internacionales, las legislaciones, jurisprudencias y doctrinas, lo que restringe aun más el derecho a la procreación, ya que su ejercicio obliga a las parejas e individuos a tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros para tomar cualquier decisión que pudiera afectarles.

Lo anterior nos lleva a observar que paralelamente a los actos meramente procreativos se realizan otros como la investigación y experimentación en seres humanos, el tráfico y manipulación de embriones, la compra y distribución de células germinales, entre otras cosas, que pueden atentar contra la seguridad de los pacientes y exponer la salud pública con el contagio de graves enfermedades producidas por el abuso en cuestiones de este tipo.

Además, si tomamos en cuenta la igualdad de géneros tanto el hombre como la mujer tienen derecho a reproducirse, inclusive utilizando cualquier técnica de reproducción humana asistida, así por ejemplo que la

²⁹ Cárcaba Fernández María, Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Ed. Bosh, España 1995, p 134

³⁰ Chávez Asencio Manuel, La familia, relaciones jurídicas paterno filiales, Ed. Porrúa, México, 2001, p 47.

mujer sea madre soltera deliberadamente recurriendo a la práctica de tales técnicas e igualmente que el varón alquile un útero para ser padre soltero, lo que bajo desde mi muy particular punto de vista sería inadmisibles llegando al ejercicio indebido del derecho a reproducirse, distorsionándose el sentido moral y social de las bases familiares en los roles que a cada persona corresponde desempeñar teniendo hijos indiscriminadamente sin importar la situaciones en las que vengan a este mundo y una infinidad de cuestiones mas, inclusive posteriormente podrían presentarse casos que hoy ni siquiera imaginamos que puedan suceder.

Por todo lo expuesto anteriormente considero que si existen los derechos a procrear, pero que estos no son absolutos y deben ser reglamentados para evitar posibles abusos y complicaciones.

Respecto al derecho a la salud tenemos que la Organización Mundial de la Salud dice que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y que no consiste solo en la ausencia de enfermedades o malestares”; por su parte Ingrid Brena Sesma asevera que “la salud comprende el bienestar físico, mental y social así como la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida”³¹.

De hecho el artículo cuarto constitucional en su párrafo cuarto establece que “toda persona tiene derecho a la salud”, lo que lo consagra como garantía individual. Así el derecho a la protección de la salud tiene como finalidades las siguientes:

- El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.
- La prolongación y mejoramiento de la calidad de vida.
- La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan a su desarrollo.
- La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.
- El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.
- El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud.
- La enseñanza e investigación científica y tecnológica para la salud.

³¹ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 104

El derecho a la salud se caracteriza por:

Ser un derecho fundamental, al ser inherente a la dignidad de la persona humana en tanto que es parte inseparable de su ser.

Ser un derecho que se tiene desde el momento de la fecundación hasta la muerte pues mientras haya vida humana hay derecho a la salud y derecho a la vida.

Ser un derecho que implica acciones de conservación y restablecimiento.

Ser un derecho que tiene como objetivo la plenitud de las facultades físicas y mentales del hombre.

La Organización Mundial de la Salud considera que la salud es un derecho humano fundamental y en consecuencia todas las personas deben tener acceso a los recursos sanitarios básicos.

En la procreación siempre hay, por lo menos dos partes y debemos tener presente la salud de cada uno, tanto de los copulantes como del hijo potencialmente concebido, pues la protección de este derecho implica el conocimiento más completo posible de los efectos nocivos de los métodos empleados así como la reversibilidad o no de los daños causados, de manera que solo sean empleados con un consentimiento informado.

Paralelamente al derecho a la salud individual tenemos "el derecho a la salud de la familia que implica la necesidad de comenzar por reconocer la libertad del ser humano de unirse en pareja y de decidir tener o no hijos y si decide tenerlos cuando y cuantos"³². En otro nivel tenemos el derecho de la salud colectiva que considera que "al buscar la salud de la población en general no significa desconocer los derechos a la privacidad de la vida íntima y de la integridad de la persona, acciones en contrario implicarían caer en los excesos de un estado totalitario opresor del individuo"³³.

De lo anterior se desprende que el estado debe tener especial interés en conservar la salud de su población incluyendo el ámbito de la reproducción respecto a los servicios que preste, los que deben:

- Orientar, informar, educar, comunicar y proporcionar servicios de calidad en cuanto a la planificación familiar.
- Brindar atención prenatal, postnatal y de parto.
- Tratamiento y prevención sobre infertilidad y las posibles soluciones.
- Atención médica y de salud mental para personas que padecen problemas de esterilidad o fertilidad.

³² Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 105

³³ ídem, p 50

- Informar educar y orientar sobre la sexualidad humana, la salud sexual, la paternidad responsable y la prevención de embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual.

- Prevención del aborto.

- Información sobre infecciones del sistema reproductivo y el padecimiento de cáncer.

- Remisión a servicios adicionales o especializados en relación a la planificación familiar, infecundidad, embarazo de alto riesgo, complicaciones en el parto, infecciones y cáncer en el sistema reproductor, entre otras.

La medicina reproductiva se encuentra en el campo de la salud pública por lo que el estado debe facilitar las condiciones que garanticen a todas las personas el acceso al servicio de la salud reproductiva, y tiene la obligación de brindar un tratamiento exclusivo a un sujeto particular cuando la situación tenga conexidad directa con el derecho a la vida, por ello la distribución de los recursos para el sector salud debe hacerse siempre teniendo en cuenta que no se está frente a simples prerrogativas otorgadas por el estado sino a derechos fundamentales que son inherentes a las personas por el hecho de serlo; pero nuestro país aun tiene una cuenta pendiente con la salud general de la población por lo que aun no se puede avocar a integrar los problemas de reproducción a la salud pública. También es importante que incorpore una visión ética de la paternidad y maternidad responsable pues el problema se presenta cuando el derecho a la salud reproductiva se sobrepasa y acaba por transformarse en prácticas contra la vida o de experimentación con ella, que lejos de conseguir el bienestar del hombre degrada su dignidad que tanto se ha defendido, es por esto que se hace necesaria una adecuada aplicación y uso del derecho a la salud reproductiva teniendo cuidado de no afectar la dignidad propia de los hombres.

1.3.2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN NATURAL EN MÉXICO

La reproducción natural se da por la unión íntima sexual de hombre y mujer, al aportar cada uno 23 cromosomas contenidas en sus respectivas células reproductoras, haciendo un total de 46 cromosomas concentrados en el nuevo ser que después de 9 meses de gestación en el seno materno dará a luz a un ser con genotipo original, único y distinto de los existentes hasta entonces, salvo los gemelos que comparten el mismo genotipo. Ésta reproducción es el medio natural que los seres humanos han practicado durante millones de años para procrearse, partiendo del supuesto de que todos los seres humanos pueden hacerlo, sin embargo hay que tener

presente que por desgracia no todos tienen esa capacidad, resultando difícil o imposible que puedan tener descendencia.

La Carta Magna de nuestro país, como ordenamiento jurídico supremo, consagra en su artículo cuarto el derecho de toda persona a decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos que desea tener, "esta disposición consigna meras declaraciones cuya operatividad práctica depende de la legislación secundaria que establezca la manera de cumplir las obligaciones a favor de los menores a cargo de los padres y de las instituciones especializadas, así como las sanciones que se pueden imponer por su incumplimiento y por referirse a los derechos de los menores"³⁴; por su parte el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal expresa que "los cónyuges tienen derecho a decidir libre, responsable e informadamente el número y espaciamiento de sus hijos", ambos ordenamientos proclaman la libertad de procreación y a su vez condicionan el acto procreacional al establecer la manera como se debe ejecutar ese derecho, así mismo imponen simultáneamente a los órganos del estado la obligación pasiva de no determinar por ningún acto de autoridad el número de hijos que deseen tener las personas, considerándose "la libertad procreacional como una moderna garantía constitucional vigente en nuestro país"³⁵ consagrada en el referido artículo cuarto constitucional. Pero lo anterior solo se refiere a la libertad y responsabilidad procreacional, sin mencionarse el hecho de que las personas puedan realizar cualquier acto inclusive los medios artificiales para procrear, siendo un punto discutido si las personas tienen o no el derecho a procrear reconocido a nivel constitucional como garantía individual.

La Ley General de Salud en su título tercero, capítulo VI se refiere a los servicios de planificación familiar, el artículo 67 establece los lineamientos generales de la planificación familiar reiterando la libertad procreacional sobre el número y espaciamiento de los hijos; el artículo 68 determina los servicios de planificación familiar que incluyen, de acuerdo a su fracción IV, el apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana. Por su lado el Reglamento de la Ley General de Población en su capítulo segundo, sección segunda trata la planificación familiar reiterando en su artículo 14 lo que consagra el artículo cuarto constitucional sobre la libertad de elección de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de los hijos y en los artículos restantes las formas de realizar la planificación.

³⁴ Burgoa Orihuela Ignacio, *Las garantías individuales*, Ed. Porrúa, México 2004, p 62

³⁵ Juventino V. Castro, *Garantías y amparo*, Ed. Porrúa, México 1992, p 62

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 16 y 25 y sus homólogos del Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y Culturales establece el derecho de las personas a casarse y fundar una familia, derecho que lleva implícitamente el derecho a reproducirse por cualquier medio para lograr tener la mencionada familia, aunque ésta puede integrarse con hijos adoptivos, y al no distinguirse se entiende que pueden practicarse todas las alternativas que lleven a conseguir el fin de fundar una familia.

1.3.3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO

La fertilidad que consiste en la capacidad biológica que tienen los seres humanos para reproducirse no necesariamente significa que toda mujer y todo hombre lo sean, pues por desgracia no todos los seres humanos tienen la capacidad natural para dar vida y es ahí cuando las personas buscan por cualquier medio tener su propia descendencia, combinándose la ciencia y la tecnología para ayudar a salvar los obstáculos que se presenten, dando origen a la reproducción asistida, que se obtiene con la participación de terceras personas y el empleo de técnicas específicas.

En nuestro país no existen estadísticas confiables que permitan conocer el grado de incidencia de la esterilidad en las parejas, pues pocas de ellas son las que acuden a instituciones de asistencia social y pública para tratar su problema, sin embargo se sabe que la esterilidad e infertilidad en México es de mediana consideración por lo que el uso de las técnicas alternativas para procrear en nuestro país, teniéndose la certeza mas no la evidencia de que por lo menos la inseminación artificial homóloga y heteróloga, a reserva de dar a conocer cual es una y cual es otra, son practicas comunes muchas veces realizadas al margen de los reglamentos legales y de las obligadas normas de higiene, siendo practicadas por numerosas clínicas que ofrecen servicios para efectuar todas las técnicas existentes.

Regresando al tema de la existencia o no del derecho a la reproducción y el uso de cualquier técnica reproductiva, en opinión de Galván Rivera "el derecho constitucional mexicano no considera la decisión individual de procrear como anticonstitucional al afirmar que tanto las mujeres casadas como las solteras pueden recurrir válidamente a los métodos de fecundación asistida, toda vez que el párrafo II del artículo IV constitucional establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, sin

limitar esa facultad a determinadas personas"³⁶, de donde se desprende que este autor si considera como garantía individual el derecho de todas las personas a reproducirse sin importar el método que usen. Lo que si es cierto es que para aceptar o negar la existencia de este derecho debe tenerse muy presente que son muchos los derechos involucrados en el tema y que resultarían afectados de una u otra forma, tales como: el derecho a la vida, igualdad de la persona, dignidad del individuo, protección de la familia, promoción de la ciencia e investigación y derecho a la salud, a lo que personalmente me remito a la postura adoptada anteriormente.

En los ordenamientos jurídicos vigentes que rigen el territorio nacional son pocas las disposiciones que tratan la reproducción asistida, entre las que encontramos:

Primeramente la Ley General de Salud que solo trata el tema en forma general y en ocasiones aisladas como es el caso del artículo 67 que da las bases de la planificación como restricción a la procreación, y mas concretamente el artículo 68 al referirse como servicio de planificación familiar el apoyo y fomento a la investigación en materia de infertilidad humana; el artículo 314 referente a la donación, transplantes y pérdida de la vida en su fracción I define lo que son las células germinales, la fracción VI determina quien es disponente, la fracción VII establece a quien se considera donador, la fracción VIII define que es un feto, la fracción IX define que es un embrión, la fracción XII establece quienes son los usuarios; el artículo 315 establece las autorizaciones que requieren los establecimientos que tengan relación con órganos tejidos y células, así como los bancos que contengan éstas; el artículo 317 establece que tales productos no pueden ser sacados de territorio nacional; el artículo 318 dispone que "para el control sanitario de los productos y de la disposición de embrión y de las células germinales se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable y en las demás disposiciones aplicables que al respecto se expidan; los artículos 320 y 321 nos hablan acerca de la donación de células; el artículo 322 párrafo I dice que la forma de las donaciones expresas será por escrito y el párrafo III que la donación hecha por persona mayor de edad con capacidad jurídica no podrá ser revocada por un tercero y el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento; el artículo 323 expresa que se requiere consentimiento expreso para la donación de células progenitoras hematopoyéticas; el artículo 327 prohíbe el comercio de células y establece que "la donación de los mismos se regirá por principios de altruismo, ausencia de animo de lucro y confidencialidad por lo que su uso será exclusivamente a título gratuito"; el artículo 330 párrafo II fracción II dispone que "está prohibido usar para cualquier finalidad los tejidos embrionarios o

³⁶ Flores García Fernando, Efectos jurídicos de la fecundación asistida en nuestra especie humana, Revista de la facultad de derecho mexicano, TXLVIII, No. 217, 218, México D.F., 1998, p 36

fetales producto de abortos inducidos"; el artículo 332 expresa que la selección del donante y del receptor se hará siempre bajo control médico; el artículo 341 establece que la disposición de células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará a cargo de bancos de sangre y servicios de transfusión; el artículo 466 dispone que "al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz realice en ella inseminación artificial, se le aplicará de uno a tres años si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación, y si resulta el embarazo se impondrá prisión de dos a ocho años", y en su párrafo segundo estatuye que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Por su lado el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud contiene ciertas disposiciones mas claras. Así los artículos 13 y 14 en todas sus fracciones hablan sobre la investigación en seres humanos; el Título Segundo, Capítulo IV relativo a la Investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos, de la utilización de embriones óbitos y fetos y de la fertilización asistida, contiene en su artículo 40 fracciones II y III conceptos de embrión y feto respectivamente; la fracción XI da el concepto de fertilización asistida: es aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in Vitro; el artículo 43 exige para la investigación sobre fertilización asistida la carta de consentimiento informado de la mujer y su cónyuge o concubino; el artículo 55 habla de que las investigaciones en embriones, materia fetal y células serán realizadas de acuerdo al Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud; el artículo 56 dispone que "la investigación sobre fertilización asistida solo es admisible cuando se aplique a la solución de problemas de infertilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja aun si este difiere con el del investigador", entre otras disposiciones aislada que hagan referencia de manera implícita a ella.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos en su artículo 6 fracción XI establece que "la disposición de órganos , tejidos y sus productos es el conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación utilización, suministro, y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados productos y cadáveres incluyendo los de embriones y fetos con fines terapéuticos de docencia o de investigación", la fracción XIII del mismo artículo conceptúa lo que es un producto, diciendo que es "todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales", la fracción XX establece que receptor es la persona a quien se le transplantará o se le haya transplantado un órgano o tejido o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimientos terapéuticos, la fracción XXV dispone

que terapéutica es la rama de la medicina que establece los principios aplicables y los medicamentos o medios para el tratamiento de enfermedades; el artículo 11 dice que disponente originario es quien dispone de su propio cuerpo o de los productos del mismo; el artículo 12 establece la revocabilidad del consentimiento; el artículo 56 manifiesta que para los efectos de este reglamento serán considerados como productos del cuerpo humano las excretas, y las células germinales, tales células no pueden ser materia prima para la industria y la disposición de las mismas se hará conforme a las reglas que para el efecto establezca la Secretaría de Salud

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 162 párrafo II que “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 lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”; el artículo 267 fracción XX establece como causal de divorcio “el empleo de métodos de fecundación asistida realizada sin el consentimiento de su cónyuge”; el artículo 293 párrafo II al establecer “también se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores”; el artículo 326 párrafo II al establecer “tampoco podrá impugnarse la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida si hubo consentimiento expreso en tales métodos”; siendo todas las disposiciones que hablan respecto al tema .

De las anteriores disposiciones nos damos cuenta que se limitan a hablar de fecundación asistida sin que ninguna mencione las técnicas que están permitidas, de donde se desprende que se pueden utilizar todas las técnicas existentes, salvo la clonación,

La mayoría de los Códigos Civiles de los estados de la república sigue la misma línea del Código Civil del Distrito Federal con pequeñas variantes y solo los estados de Tabasco y Coahuila son quienes la regulan más ampliamente.

El Código Civil del estado de Tabasco legitima y legaliza la inseminación artificial en sus dos modalidades, la fecundación in Vitro y cualquier otro método de reproducción asistida, limitándolos a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer sin tener impedimentos para contraer matrimonio; se establece la obligación de otorgar el consentimiento por ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y se determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin consentimiento de su

pareja, reconoce la desvinculación de las padres biológicos y los legales, diferencia la madre biológica de la substituta considerando a la contratante como la madre legal, entre otras disposiciones.

Coahuila en su Código Civil establece la asistencia médica para la procreación, se restringe el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a quienes estén unidos en matrimonio o concubinato y no hayan podido concebir o engendrar, se permite expresamente la inseminación heteróloga, define la fecundación homóloga y heteróloga; a los usuarios se les debe informar concientemente por parte de la Secretaría de Salud del estado sobre las disposiciones legales de procreación asistida, la descripción de las técnicas, las disposiciones sobre adopción y las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de asistencia médica; solo se permite la fecundación de ovocitos para ser implantados, se prohíbe todo diagnóstico preimplantatorio, se debe otorgar el consentimiento en escritura pública ante notario y justificar el uso del tratamiento con la opinión de tres médicos, no puede impugnar la paternidad quien prestó el consentimiento para la fecundación salvo que el embarazo no sea consecuencia del tratamiento y vicios del consentimiento, el consentimiento se revocará de pleno derecho a la muerte del emisor, en caso de divorcio o nulidad de matrimonio no podrá inseminarse a la mujer pero si se fecundó un ovocito en el laboratorio éste deberá implantarse forzosamente, se establece la inexistencia del contrato de maternidad subrogada, en caso de inseminación heteróloga se permite investigar la verdadera relación genética pero no se considera ningún lazo de filiación, se considera madre a quien se implantó el huevo y no a quien aportó el material genético.

Para Ingrid Brena "la naturaleza jurídica de la inseminación artificial es un acto jurídico, pues para poder llevarla acabo es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá. Tiene una finalidad inmediata que es lograr una fertilización la cual presupone si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata el nacimiento de un hijo"³⁷; por ello es fundamental tener presente que "los asuntos de reproducción humana asistida deben resolverse no solo en base de los intereses personales del individuo o la pareja, sino principalmente en función del niño y del interés social"³⁸.

No podemos cerrar los ojos al saber certeramente que en México se practican con gran frecuencia en forma privada estas técnicas y recientemente se ha dado la existencia de clínicas modernas que usan los adelantos científicos mas recientes para conseguir su fin, lo que ha salido del control del derecho originando un vacío jurídico por no existir en la actualidad

³⁷ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p3

³⁸ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 51

previsión legal específica al respecto y que en caso de llevarse a la práctica un asunto como estos al no existir ninguna norma legal que prohíba, se permite, pues lo que no está prohibido está permitido. Existiendo de hecho, en todo México anuncios de clínicas especializadas en infertilidad y esterilidad que proporcionan todos los servicios sobre reproducción humana asistida y que operan abiertamente sin restricciones.

Este tipo de técnicas crea problemas en el campo del Derecho Civil, Penal, Administrativo, etc. sin embargo "la actual legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ha dejado a medias el estudio de estos temas y ya no se han ocupado de ellos"³⁹ y pese a que existen varios proyectos de ley aun no se ha llegado a un acuerdo en concreto para consagrar una norma que contemple la problemática que nos ocupa ni a nivel local ni federal, mas aun "siendo obligación de los legisladores mantener las leyes al día y no dedicarse solo a aprobar los pésimos proyectos que elaboran los desasesores que remite el titular del Poder Ejecutivo, debe estar pendiente de los cambios sociales que se van creando, antes de que lleguen a tal magnitud que se genere un escándalo público y se cometan múltiples injusticias"⁴⁰.

Es importante resaltar que la reproducción es una finalidad de la mayoría de los hombres y que cuando se ven impedidos para lograrla recurren a prácticas médicas llamadas técnicas de reproducción humana asistida, sin que hasta el momento el Distrito Federal cuente con una legislación específica y suficiente para su regulación, limitándose a disposiciones vagas en ciertos ordenamientos jurídicos.

Una vez situados en el tema que estamos tratando, a continuación se describirán las técnicas usadas, los efectos que produce la reproducción humana asistida sobre los que intervienen en su aplicación y las disposiciones que existen en el mundo respecto al tema que nos ocupa.

³⁹ Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit. p 283

⁴⁰ Ídem, p 284

CAPITULO 2.

CONSIDERACIONES LEGALES, LAS TÉCNICAS MÁS USUALES Y EL DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN A LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En este capítulo se determina la aplicación de la reproducción asistida, las técnicas usadas, las partes que intervienen y el papel que cada una de ellas desempeña, así como las disposiciones jurídicas que otros países tienen al respecto.

2.1. CONSIDERACIONES LEGALES SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Nos ha tocado vivir en un mundo regido por la tecnología, considerada por nuestra civilización como parámetro de progreso y respecto al tema de la reproducción humana asistida esta ha tenido repercusión tanto en el derecho Civil como Penal, al constituir un hecho jurídico, creando modificando o extinguiendo relaciones jurídicas por lo que se ha hecho necesaria una reflexión sobre el comportamiento procreativo humano que contemple hasta sus últimas consecuencias, la responsabilidad que su libre ejercicio conlleva y es la dignidad de los padres y del hijo las realmente discutidas. Por lo que "estimo que la reproducción humana asistida debemos observarla y estudiarla con toda naturalidad y rigor jurídico, pues es un producto de la necesidad y deseo muy humano de reproducir la especie cumpliendo con una de las etapas de la vida, y por otra parte la culminación de los esfuerzos del quehacer de genetistas y médicos que mediante la ciencia tratan de dar respuesta a esas necesidades y deseos humanos insatisfechos"⁴¹.

2.1.1. APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN HUMANOS

Al referirnos a este punto trataremos de establecer situaciones aisladas en la reproducción que merecen consideraciones especiales.

"La inseminación es el medio o medios de que se dispone para poner en contacto los 2 elementos genéticos que proceden de distintos organismos llamados hombre y mujer. La fecundación es la unión o fusión de dichos

⁴¹ Flores García Fernando, Ob. Cit. p 35

Cuando se recurre a la práctica de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y estas trascienden del campo biológico, la licitud de sus efectos es cuestionada desde el aspecto ético, moral, religioso hasta el jurídico con implicaciones tanto del derecho público como del privado. Por lo que se hace necesaria una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de estas técnicas y la adaptación del Derecho, respecto al material embriológico utilizando, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas, los valores vinculados, los hijos, la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar, la creación de preembriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación, Etc., con la finalidad de preservar el bienestar de la población acentuando los aspectos importantes que afecten la estructura de la célula básica, al ser la población del Distrito Federal afectada dentro del campo de los derechos privados, por lo que algunos autores consideran que el uso de estas técnicas nos sitúa en el umbral de un nuevo Derecho de Familia.

La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida ha permitido conocer e intervenir en los procesos procreativos del hombre, lo que le ha llevado a indagar mas allá de la procreación, llegando al grado de inmiscuirse en lo que conocemos como Ingeniería genética, la que intenta la producción de seres humanos con peligro de transgredir los límites impuestos por la naturaleza y violar los valores fundamentales sobre los que se ha sustentado la sociedad a lo largo del tiempo, por lo anterior es importantísimo establecer lo mas certeramente posible los límites de la aplicación en cuanto a los avances científicos, biológicos y genéticos pues como dice una gran frase "la ciencia sin conciencia conduce a la ruina del hombre".

La cuestión consiste en saber o determinar el límite de la libertad para engendrar utilizando estas técnicas, considerando que "debe de permitirse solo cuando las circunstancias médicas lo justifiquen y en todo caso, debe entenderse que la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida es excepcional contra la infertilidad de la pareja, y no como una medida usual para traer niños al mundo"⁴³. Tal como se desprende del artículo 56 del Reglamento de la Ley General de la Salud en Materia de Investigación para la Salud, al señalar que "la investigación sobre fertilización asistida, solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera"; al respecto Chávez Asencio establece que dichas técnicas "deben ser remedio de la esterilidad y no un sistema de procreación"⁴⁴. Al respecto Dolores Loyarte dice que "las técnicas de reproducción humana asistida deben aplicarse estrictamente en el mismo

⁴³ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 22

⁴⁴ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 50

ámbito y bajo la esfera de la situación en la que nacieron, es decir, como medio para superar la infertilidad y cuando las demás terapias han resultado infructuosas"⁴⁵.

Los anteriores autores consideran el uso de técnicas de reproducción humana asistida solamente como remedio de la infertilidad o esterilidad, pero hay quienes amplían su campo de aplicación al establecer que "la finalidad fundamental de las técnicas de fecundación asistida era la terapéutica, aceptando como objetivo de ellas la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario"⁴⁶. Así Roca Trias se declara partidaria de "limitar el uso de las técnicas a los casos de indicación médica, por existencia de esterilidad irreversible o posibilidad de transmisión de enfermedades hereditarias"⁴⁷. Por su parte María Cárcaba dice que "la Inseminación remedio es una solución a la esterilidad de una pareja cuando el marido o conviviente no puede tener hijos con su mujer o compañera o cuando una enfermedad genética hace presumir que nacerá un niño anormal"⁴⁸.

De donde podemos deducir que existe una inseminación remedio y una inseminación conveniencia, la primera se refiere a que previa opinión médica que indique la imposibilidad de la pareja para procrear por medios naturales, o bien, puede ser tomada como terapia destinada a subsanar los límites naturales que alteran la reproducción, aunque esta postura ha sido cuestionada al considerarse que no puede ser terapia por que no cura. Por su parte, en la segunda se considera como una forma de satisfacer los intereses personales de la persona que busca la reproducción. Posturas de las que considero que en ningún caso "se puede aceptar convertir estas técnicas en una opción alternativa de reproducción, porque se convertiría en una producción de seres humanos en serie con toda la frialdad y deliberación que ello enmarca, y mucho menos deben usarse para satisfacción de veleidad personal"⁴⁹; criterio ratificado por Zannoni al establecer que "debe exigirse que las técnicas de reproducción humana mediante inseminación artificial o fecundación extracorporal, respondan a la finalidad de remediar la infecundidad, cuando ésta no haya podido ser resuelta de otro modo, o sea no son técnicas alternativas de procreación"⁵⁰.

Aunado a lo anterior creo que no es viable considerar siquiera la posibilidad de admitir el uso de las técnicas reproducción humana asistida por conveniencia, pues esto llevaría a prácticas como prescindir del vientre

⁴⁵ Loyarte Dolores y Adriana E. Rotonda, Ob. Cit. p 386

⁴⁶ Gómez de la Torre Vargas Maricruz, Ob. Cit. p 36

⁴⁷ Roca Trias, citado por Gómez de la Torre Vargas Maricruz. Ob. Cit. p 43

⁴⁸ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 97

⁴⁹ Loyarte Dolores y Adriana E. Rotonda, Ob. Cit. p 386

⁵⁰ Zannoni Eduardo A, Derecho de familia, Ed. Astrea, Argentina 1998, p 480

materno para gestar hijos, la recomposición genética de embriones en busca de nuevos genotipos no ensayados por la naturaleza, la reproducción asexual (clonación), prescindir de la unión sexual para procrear y en general a practicar una serie de manipulaciones genéticas que comprenden "el conjunto de métodos aparecidos entre 1970 y 1974 que permiten acceder, gracias a avances tradicionales de la biología molecular, al conocimiento directo de la estructura y de la función del material genético, el ADN cualquiera que sea el grado de complejidad del organismo estudiado"⁵¹. Y en concreto nos llevaría a todo tipo de prácticas distintas a la reproducción que es para lo que fueron creadas.

Pasando a otro punto, "para la práctica de toda técnica de reproducción humana asistida debe tomarse en cuenta ciertos principios como son:

- El respeto a la voluntad de las parejas afectadas.
- Que no se cause daño con las prácticas y sus consecuencias.
- No se contrarién las prescripciones prohibitivas.
- No se contravenga el ordenamiento jurídico.
- Que exista una coherencia entre las normas con la moral y la idiosincrasia comunitaria"⁵².

La aplicación de estas técnicas también tiene sus inconvenientes, de entre los más importantes encontramos:

- Los psicológicos, pues muchos maridos aceptan estas técnicas para complacer a su mujer, pero internamente lo consideran como una infidelidad, pues del mismo modo que la mujer pide una prueba de amor al marido aceptando la reproducción asistida, el marido puede pedir otra prueba que es la de que acepte su esterilidad o viceversa
- Que se daría el niño a la carta, es decir, que se puede elegir las características físicas del menor que pudiera nacer.
- Podría considerarse a los embriones como objetos o cosas y experimentar con ellos sin limitantes.
- Existe el peligro de producir en el futuro incestos involuntarios.
- También traería las siguientes consideraciones: procreación de mujeres menopausias, gestación masculina, ectogénesis, gestación de humano en útero de un animal ó viceversa y en fin ser sujeto de todo tipo de ingeniería genética.
- Creación de seres procedentes de 2 personas del mismo sexo por la partenogénesis o estimulación al desarrollo de un óvulo.
- Creación de seres humanos híbridos de humano con otra especie.

⁵¹ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p.29

⁵² Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p.10

- Concepción de gemelos separados en el tiempo y en el espacio.
- Creación de embriones con fines comerciales.
- Selección racial
- Elección de sexo.
- Practicar la clonación, entre otras.

Actualmente la sociedad parece tener simpatía por el uso de las técnicas, pero por tratarse de un tema tan delicado e íntimo de la pareja, suelen encontrarse conflictos de valores y principios, pues por un lado está el desarrollo y la utilización de técnicas alternativas que ayuden a la reproducción de la pareja humana y por otro el respeto a la vida y a los derechos y libertades fundamentales de la persona; para conseguir un equilibrio entre ambos intereses debe tenerse presente la visión biológica, filosófica, ética, religiosa y jurídica cada una desde su particular punto de vista, sin dejar de tener en cuenta que "el que mas debe ser protegido es el descendiente, al que muchas veces se le desampara y ello es totalmente injusto, ya que no se le pidió opinión para venir a este mundo"⁵³, debiendo garantizársele su atribución exclusiva a un padre y a una madre, quienes deben ser personas capaces de asumir su paternidad y maternidad y proporcionar a su hijo un medio familiar adecuado, lo que incluye no exponerlo a situaciones de incertidumbre en cuanto a su filiación.

Una vez practicada la técnica ya nadie podrá parar el proceso, ni la mujer embarazada, ni su marido o concubino y menos el donador, ni los médicos que hayan intervenido, salvo en aquellos casos en que surja una necesidad médica urgente donde corra peligro la vida de la madre.

Ahora, estamos en posibilidad de establecer que las técnicas de reproducción humana asistida fueron creadas para remediar problemas de fertilidad y luego de que se haya comprobado el fracaso de cualquier otra terapia sin resultado favorable, debiendo seguir aplicándose en las mismas condiciones.

También es necesaria una toma de conciencia de los riesgos de las técnicas y descubrimientos que ellas puedan ocasionar, ya que se invade el mundo de los orígenes y la nacimiento de la vida humana, por lo que los hombres se han allegado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella modificándola, por esto se requiere una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites establecidos con las prioridades y los ritmos que la sociedad le señale y así concientes ciencia y

⁵³ Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit. p 311

sociedad, de que en el estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer.

Otro punto importante es que pueden darse varias hipótesis dependiendo de la procedencia del óvulo, el espermatozoide y la persona quien gestó al producto.

- 1.- Óvulo de esposa y espermatozoide del esposo, en el útero de la cónyuge.
- 2.- Óvulo de la esposa y espermatozoide del esposo, implantado el embrión en el útero de una segunda mujer madre gestante.
- 3.- Óvulo de la segunda mujer y espermatozoide del esposo, implantando el embrión en el útero de una segunda mujer.
- 4.- Óvulo de la segunda mujer y espermatozoide del esposo, colocado en el útero de una tercera mujer.
- 5.- Óvulo de la esposa y semen de un donante, inoculado al útero de la cónyuge.
- 6.- Óvulo de la esposa y semen del donante implantando el embrión en el útero de una segunda mujer.
- 9.- Óvulo de la segunda mujer y semen del donante implantando el embrión en el útero de la esposa.
- 10.- Óvulo de la segunda mujer y semen del donante inoculando al útero de ésta por encargo de la pareja.
- 11.- Óvulo de segunda mujer y semen de donante implantando el embrión en tercera mujer.

De la anterior clasificación podemos distinguir que hoy en día se pueden engendrar descendientes de una mujer unida por matrimonio inseminada con espermatozoide de un tercero, o bien fecundar un óvulo con espermatozoide de su esposo e implantarlo en su matriz o en una alquilada y desarrollar el embarazo, y así como ésta hay muchas posibilidades que pueden practicarse, ante lo cual debe especificarse cuales se permitirán, cuales no y los efectos jurídicos que producirán. Lo que nos demuestra que hay parejas que han logrado superar los obstáculos y la mentalidad arcaica y machista se ha disminuido y con ello las parejas han encontrado la felicidad y el fortalecimiento de sus relaciones al lograr ser padres, aunque sea artificialmente o a través de donadores o sin ser los padres genéticos, ellos sienten como si realmente lo fueran.

2.1.2. LAS PARTES EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Una parte de suma importancia en la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida son todas las personas que tienen una intervención en ellas y el derecho debe atender integralmente el interés de todos aquellos involucrados en las mencionadas técnicas, al regular las relaciones jurídicas entre las parejas, donantes e instituciones médicas, y si se toma como "acto jurídico, este solo se configura con la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen tanto material como jurídicamente y que son la mujer, su esposo, el donador y los profesionales"⁵⁴.

Pero sobre todo debe tomarse en cuenta de forma especial, que "los asuntos sobre reproducción humana asistida deben resolverse no solo con base en los intereses individuales de la pareja, sino principalmente, en función del niño y del interés social al ser problemas ético-sociales"⁵⁵.

A continuación estableceré la forma en que intervienen cada uno de los participantes en las técnicas de reproducción humana asistida:

2.1.2.1. LOS USUARIOS

Al referirnos a los usuarios de las técnicas, se trata de las personas que por cualquier causa no han tenido la dicha de ser padres de forma natural y buscan a toda costa realizar su sueño de ser padres recurriendo al uso de una técnica de reproducción humana asistida, la Ley General de Salud en su artículo 314 fracción XII dice que "receptor es la persona que recibe para su uso terapéutico algún órgano, tejido, células o productos", el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos en su artículo 6 fracción XX establece que "receptor es la persona a quien se le transplantará o se le haya transplantado un órgano o tejido o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimientos terapéuticos", hasta aquí tenemos claro que el usuario es todo aquel en quien se practican las técnicas en cuestión. Pero no todo termina ahí, pues si nos referimos a la situación jurídica de la persona en lo que se refiere al estado civil, si se trata de un matrimonio o concubinato el que recurre a estas prácticas con elementos genéticos de la propia pareja parece no tener problemas, pero el asunto se transforma si la persona que quiere realizar su deseo de ser madre o padre es una persona soltera o sola, quien decide someterse a éstas técnicas sin el apoyo y consentimiento de una pareja, por ello a continuación

⁵⁴ Brenna Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 15

⁵⁵ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 76

trataremos de establecer ambas posturas para estar en posibilidad de tomar una inclinación hacia una o hacia otra.

La práctica de las técnicas de reproducción humana asistida ha tenido como punto cuestionado el que se refiere a la determinación de quienes pueden acceder a las mismas, siendo las opciones:

Matrimonios

Concubinatos

Hombre – sólo o con pareja homosexual.

Mujer – sola o con pareja homosexual.

2.1.2.1.1 PAREJAS UNIDAS EN MATRIMONIO O CONCUBINATO

Primeramente es necesario establecer que como condiciones básicas para tener acceso a las técnicas, los que presten sus consentimientos deben tener cuando menos la mayoría de edad; deben estar completamente seguros de su esterilidad, después de haber probado todos los medios posibles y no lograr concebir.

Respecto al estado civil que tengan considero terminantemente que lo ideal es que sea un matrimonio quien solamente tenga acceso a dichas técnicas por las razones que a continuación se enlistan:

- 1.- La fuente lícita y legítima para fundar una familia es el matrimonio, por que tal institución da más seguridad jurídica a los hijos que cualquier otro estado civil.
- 2.- Se debe considerar que un hijo no es un bien que pueda manipularse para satisfacer los deseos o intereses de su progenitor, sino mas bien es la realización de un fin que casi todo ser humano tiene, consistente en que después de haber forjado una relación de pareja sólida desea tener descendencia.
- 3.- No se considera que exista un ambiente capaz de reemplazar el que existe en un buen matrimonio que es el medio más propicio para concebir y criar un hijo, salvo limitados casos.
- 4.- Es muy fuerte el impacto emocional que conlleva la esterilidad, que es más llevadera en pareja contando con el apoyo del otro cónyuge para poder superar el problema, pues el uso de estas técnicas suelen ser de fuerte tensión psicológica debido a la espera de los resultados y al índice de éxito.

5.- Se considera que el ambiente que se desarrolla dentro del matrimonio con ambos padres, es mucho más adecuado que el que pueda dar uno solo de ellos.

6.- "Por la importancia social que reviste el matrimonio como eje constitutivo de la familia, institución y ámbito de desarrollo del hombre que recibe especial protección en nuestra sociedad"⁵⁶.

7.- El matrimonio supone, aunque actualmente débil, mayor garantía para el hijo por venir para tener tras de sí el respaldo de una familia.

8.- Por la sociedad en que vivimos es mas propicio para su formación personal que un ser humano se desarrolle dentro del seno familiar.

9.-Debido a los ordenamientos jurídicos que rigen en nuestro país, el matrimonio otorga una mayor protección jurídica hacia los hijos que nacen dentro de esta institución.

De las razones anteriores se desprende que el matrimonio es el estado civil propicio para someterse a las técnicas en cuestión. Corroborando lo anterior Chávez Ascencio quien nos da su punto de vista al mencionar que, "la familia requiere una sólida estructura que le dé cohesión y estabilidad, efectos necesarios que se obtienen al generarse por el matrimonio como un compromiso jurídico, público y permanente de vida conyugal. Desde el ángulo del hijo éste tiene el derecho a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado en el matrimonio, como la comunidad natural y estable que propicie su formación humana, con un ambiente de amor y en sí un lugar digno de una procreación verdaderamente responsable"⁵⁷. Otra opinión es que "entre las condiciones deseables puede estar el que el nuevo ser tenga padre y madre e incluso que entre el hombre y la mujer exista el lazo de unión estable que el derecho ha querido como base de la familia y fundamento, por tanto, del desarrollo de la personalidad del hijo"⁵⁸. Al respecto Cristóbal Fabregas dice:"el niño tiene derecho a nacer en una familia compuesta por un padre y una madre, para ser asistido por ambos padres y tener un correcto desarrollo psicofísico"⁵⁹.

Por su lado la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 61 establece que el hijo tiene derecho en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, al respecto el artículo 61 fracción III de la

⁵⁶ Loyarte Dolores y Adriana E. Rotonda, Ob. Cit. p 388

⁵⁷ Chávez Ascencio Manuel, Orientaciones y criterios sobre la inseminación artificial, Revista Jurídica, Vol. 1, No. 24, México DF, 1993, p 196

⁵⁸ Vidal Martínez Jaime, Ob. Cit. p 217

⁵⁹ Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, Ob. Cit. p 106

Ley General de Salud se refiere a que la atención materno infantil tiene como carácter prioritario y comprende las acciones de promulgación de la integración y bienestar familiar.

De los motivos enlistados y las opiniones establecidas anteriormente se desprende con toda claridad que el matrimonio es el estado ideal para traer un hijo al mundo.

Mas problemático resulta la admisión de que estas técnicas se practiquen en concubinatos entendiéndose como tales: "la pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquel"⁶⁰. O como "la unión entre un hombre y una mujer que; sin sujetarse a la celebración de matrimonio de ninguna forma que pretenden establecer una relación de convivencia o la unión duradera exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos"⁶¹; el cual está contemplado en el Código Civil del Distrito Federal y que para surtir efectos como tal requiere que se cumplan las condiciones mencionadas en dicho Código tales como la libertad de impedimentos para contraer matrimonio, que vivan juntos como si fueran marido y mujer por un lapso de dos años o que tengan un hijo en común.

Sobre la admisión del uso de las técnicas de reproducción humana asistida en los concubinos se han producido opiniones encontradas:

A favor se estima que en la actualidad las familias se hacen de formas diferentes al matrimonio y que tales relaciones han resultado ser más duraderas y estables pues tenemos que el matrimonio es cada día menor garantía de durabilidad y estabilidad de las parejas por que se trata de una institución que va en decadencia. Al respecto Gómez Vargas opina que "debe permitirse la utilización de estas técnicas a las parejas estables, pero debe asegurarse la determinación de la filiación de la criatura que nace producto de estas técnicas y el convencimiento de los integrantes de la pareja de querer ejercer la paternidad y maternidad en el hijo que nace como producto"⁶².

En contraposición encontramos que los argumentos mas usuales para oponerse a la práctica de estas técnicas en el concubinato, es que los concubinos no se estiman capacitados para hacerse cargo de la educación

⁶⁰ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 65

⁶¹ Gómez de la Torre Vargas Maricruz, Ob. Cit. p 49

⁶² idem, p 52

del niño y su incorporación a la sociedad pues dicha unión está permanentemente amenazada por la voluntad incontrolada de romper la convivencia por cualquiera de los miembros, ya que el elemento afectivo amoroso juega un papel condicionante en la continuidad de la relación, además no parece un buen comienzo para la paternidad o maternidad negarse al matrimonio que es la institución básica de la familia.

Particularmente estimo que si las personas no quieren someterse a las disposiciones legales y salen de la institución de derecho creada, no deben ser tomadas en cuenta para tener este tipo de derechos, pero hay que considerar que si bien el matrimonio es la situación ideal para que nazca un hijo, tampoco se puede negar que la dinámica experimentada por la sociedad ha producido cambios en las relaciones de pareja, lo que ha provocado un cambio en la mentalidad de las personas, ya no existe en la mayoría de la sociedad, la íntima convicción de que solo el matrimonio es la única unión entre el hombre y la mujer que ética, social y jurídicamente debe ser reconocida y protegida, pues la convivencia en la pareja estable aparece en la realidad social con aspectos similares a la convivencia matrimonial. Y aunque no esté de acuerdo con la regulación del concubinato, si nuestra legislación civil ya lo aceptó y reguló, es viable que los concubinos tengan acceso a estas técnicas siempre que cuenten con los requisitos exigidos.

De cualquier forma considero que la práctica de las técnicas se puede realizar tanto en personas unidas en matrimonio como en concubinatos con plenos efectos legales, dada la trascendencia jurídica que nuestros legisladores le han dado a esta figura al equipararlo, casi en su totalidad, al matrimonio y en consecuencia los derechos y obligaciones derivados de ellos, además ambos se dan por elecciones mutuas con el propósito mediato de sumar dos aportaciones genéticas y casi en todos los casos una ilusión compartida brindándole al ser por nacer mayor seguridad tanto moral, jurídica y familiar, aunque si bien nada garantiza plenamente que en efecto la familia quede unida por siempre existe una gran posibilidad de que así sea y que el procreado se desarrolle en un ambiente familiar con los valores que en la mayoría de las familias se inculcan, haciendo de la persona alguien productivo para la sociedad entera que es otro sector importante que incumbe al derecho.

2.1.2.1.2.LA PERSONA SOLA

Otra de las posibilidades que se pueden dar en el uso de las técnicas, es que puedan hacer uso de ellas la mujer sola o el hombre solo o ambos con su pareja homosexual, esta alternativa ya no se sitúa dentro de la reproducción asistida terapéutica, salvo limitados casos, sino dentro de la reproducción de conveniencia la que no hemos estimado adecuada.

La reproducción de convivencia "es aquella que reclama una mujer que no quiere o no encuentra un padre para su hijo basándose en el principio de no discriminación"⁶³. La mas común de estas practicas es la de aplicar las técnicas en la mujer sola, pues resulta sumamente controvertido, al no ser muy aceptado que una mujer sola rechace el intercambio sexual con el varón y se someta a una de las técnicas en mención para hacer realidad su deseo de tener un hijo y criarlo en solitario o con una pareja homosexual. Pudiendo ser muchas las razones por las que una mujer toma la decisión de tener un hijo sola, entre ellas el lesbianismo, pero que no es la causa número uno pues la razón mas decisiva en la actualidad es la liberación femenina, en donde las mujeres ya no quieren depender de los hombres ni estar a su disposición, pero si quieren hacer realidad su deseo de ser madres recurriendo al uso de estas técnicas, basado en la idea de que la mujer tiene derecho a disponer de su cuerpo.

Paralelamente a la mujer sola nos encontramos con el hombre solo, pues si nos basamos en el ya mencionado principio de igualdad, los hombres tienen el mismo derecho de acudir a estas técnicas que las mujeres, alquilando un vientre para que previa la inseminación de un óvulo con su propio semen se implante en la matriz de una mujer que una vez que nazca el producto lo entregará al hombre para que sea él quien lo crié, e incluso se ha llegado a especular sobre una gestación masculina que se puede realizar "a partir de la transferencia de embriones, ya que el embrión puede desarrollarse fuera de la matriz, supliendo con inyecciones hormonales la producción de hormonas necesarias para el embarazo y aún mas cambiando la dotación genética del pronúcleo masculino o femenino en la célula germinal, puede hacerse nacer hijos genéticos de parejas del mismo sexo, lo que agrava mas la situación"⁶⁴.

Cuando nos referimos a la persona sola hablamos de la mujer u hombre que no vive de forma estable con una pareja, independientemente del estado civil de la misma, pudiendo ser soltera o viuda y mas bien se toma como un concepto, que "no es un concepto jurídico, sino literario y psicosocial. Se entiende por mujer sola, aquella que no tiene pareja estable de sexo masculino o que no convive manteniendo relación sexual con nadie"⁶⁵, lo cual puede aplicarse al hombre pero inversamente. Y aunque suele confundirse con el término de persona soltera, este se refiere al estado civil y la persona sola es la que no convive maritalmente con ninguna persona, no importando su estado civil.

⁶³ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. 97

⁶⁴ Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, Ob. Cit. p 79

⁶⁵ Gómez de la Torre Vargas Maricruz, Ob. Cit. p 54

Como en casi todas las figuras jurídicas nuevas hay argumentos a favor y en contra de este tipo de prácticas siendo los argumentos más trascendentales los siguientes:

A favor de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida en personas solas:

+Si la persona sola puede adoptar un niño, no debe negársele el derecho a tener un hijo propio sometiéndose a estas técnicas.

+Debe prevalecer el derecho a la intimidad y la facultad de elección de todo ser humano en los dominios que afectan a su persona.

+En base al principio de igualdad jurídica, pues el artículo cuarto Constitucional, establece "toda persona" sin distinguir si está sola ó tiene pareja.

+El libre desarrollo de la personalidad al cumplir el ciclo que todos los seres humanos debemos tener.

+El derecho a procrear es un derecho fundamental tan importante como el derecho a la vida y la libertad.

+En base al derecho a disponer del cuerpo, se puede someter a cualquier técnica que le permita tener un hijo.

+En la actualidad no constituye un gran problema que un niño pueda tener un solo padre a su lado.

+En protección al derecho a la intimidad, porque cada persona puede tomar ciertas decisiones esenciales para el mismo, pues consideran que todo ser humano dispone de una facultad de elección y de acción en los dominios que afectan fundamentalmente a su persona.

En contraposición a aceptar el uso de técnicas de reproducción humana asistida en personas solas, tenemos los argumentos que están en contra de dichas prácticas:

1.- El argumento más contundente es aquél que alega el interés del hijo y su derecho a tener padre y madre, el cual está establecido en los artículos 9 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño. Si se practica una técnica de este tipo en persona sola, el hijo nace sin padre o madre y "personalmente estimo deseable que todo niño tenga dos padres y no considero grata la idea

de ser engendrado por una persona desconocida o fallecida⁶⁶, de donde se desprende que la inseminación post mortem se incluye en este apartado.

2.- Otro aspecto es que, si se puede concebir por medios naturales, no se tiene que recurrir a una de estas técnicas, pues al no ser estéril ni infértil no necesita una terapia ni ayuda para superar este mal.

3.- El derecho a procrear no puede ser considerado como un derecho absoluto y entre el derecho de la mujer a ser madre o del hombre a ser padre y el del hijo a nacer dentro de una familia, se privilegia el derecho del niño.

4.- Resulta egoísta defender el libre desarrollo de la personalidad como argumento para justificar el máximo respeto a las decisiones personales, como es la procreación porque cuando menos se tiene la oportunidad de vivir para decidir.

5.- Si se admitiese puede dar lugar a que las lesbianas u homosexuales y sus parejas puedan acceder a la maternidad lo que no se considera conveniente, aunque no se pretende valorar si la pareja homosexual es o no capaz de criar un hijo.

6.- Se rechaza este tipo de prácticas porque se entiende que no va a llegar a constituir una familia y que no hay necesidad de crear huérfanos de padre.

7.- Si bien el derecho no impide a las mujeres tener hijos que no tengan padre gracias a relaciones fugaces, ello no justifica que el Derecho deba autorizar a las Instituciones médicas la libertad de practicar la procreación de estos hijos.

8.- Debe rechazarse estas prácticas en personas solas porque resulta una contradicción que por un lado se permita la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio para establecer la filiación y por otro se propicie el nacimiento de hijos sin padre.

9.- No debe permitirse la reproducción humana asistida en personas solas porque se atenta contra el derecho de igualdad que tienen los hijos de tener la asistencia de un padre.

10.- La madre sola que se hace fecundar con semen de un donador desconocido o el hombre solo que alquila un vientre, priva a su hijo de la paternidad disponiendo así, la madre de la persona y de la vida familiar y social del ser que ha dado a luz.

⁶⁶ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 84

11.-"La fecundación de la mujer soltera o sin pareja, no es aconsejable. El derecho individual, que es un derecho de dos y el incumplimiento puede lesionar derechos del niño que se concibe. Lo mismo se opina respecto de la fecundación de la viuda"⁶⁷.

12.- No debe aceptarse porque se suprimiría el derecho del hijo a una seguridad alimentaria, a establecer vínculos parentales, derechos sucesorios en la línea paterna y en fin todos los beneficios que conlleva tener un padre.

13.- "No debería admitirse la inseminación artificial en personas solteras ni tampoco viudas pues no debe negarse al hijo ninguno de los beneficios de una familia completa, máxime si tenemos en cuenta que la inseminación artificial por donante tiene una razón de ser y un objetivo que es el remedio a las consecuencias de la esterilidad, pero no puede constituir un modo de reproducción alternativa"⁶⁸.

14.-"La inseminación de mujer sola genera un aparente conflicto de intereses o derechos, el de la mujer a procrear y el del hijo a la posibilidad de desarrollarse en un entorno familiar completo, normal y estable que solo proporciona el grupo nuclear originado en el matrimonio o en la unión intersexual permanente"⁶⁹.

15.- Es necesario tener presente que la libertad exige responsabilidad mas aún cuando en su ejercicio están aplicados los derechos fundamentales de otro ser, como es el del futuro hijo.

"No podemos dejar de reconocer que existen muchas madres solteras embarazos involuntariamente o madres viudas, pero estas son tragedias de la vida real, pero no es una buena práctica manufacturar tragedias"⁷⁰.

Es indudable que un niño sin padre o madre puede estar rodeado del ambiente adecuado para su desarrollo físico y emocional, pero son solo ciertos casos y no la generalidad y las normas jurídicas deben tener esta característica, es por ello que en la mayoría de las propuestas de ley presentadas en otros países existe un rechazo generalizado a autorizar el uso de estas técnicas en personas solas.

Un punto que merece una especial atención es el que se refiere al derecho del hijo enfocado desde el punto de vista del adulto, de las personas

⁶⁷ Gisber Calabuig J. A., Técnicas de Reproducción asistida y manipulación genética, Revista mexicana de justicia, Nueva época, No. 10, México 2000 p 205

⁶⁸ Zannoni Eduardo A., Ob. Cit. p 486

⁶⁹ Villalobos Olvera Rogelio, Reproducción asistida en Humanos, Lecturas jurídicas, No. 83, Chihuahua México, 1993, p 105

⁷⁰ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 20

que consideran tener el derecho a reproducirse, lo cual lleva a considerar al menor como un objeto y no como sujeto, es decir, se pueden presentar dificultades al conciliar los derechos de la pareja o persona a tener descendencia y el de los hijos a venir al mundo con las mayores garantías posibles como parte más débil que ha de ser especialmente protegida, pero este ser sólo es un proyecto de vida que puede o no llegar a nacer, por ello "al conciliar el derecho de la mujer a procrear y el del hijo a venir al mundo con las mayores garantías, hay que tener presente que el hijo es un valor en sí mismo y no un bien útil que está al servicio de los deseos o intereses de la madre"⁷¹.

En México toda mujer capaz y mayor de edad puede ejercer su derecho a recurrir a estas técnicas si cuenta con el consentimiento de su cónyuge, por así requerirlo el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud al establecer que "para la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario y que dicho consentimiento solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo", pues si bien en principio el artículo cuarto Constitucional fracción II, establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos sin que limite esa facultad a personas determinadas también considera que ese derecho se ejercerá en función de las leyes que al respecto se expidan, siendo una de ellas el reglamento mencionado. Además el Código Civil en su artículo 162 establece que: "los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges", del que podemos apreciar que solo los cónyuges deberán tener el derecho de usar estas técnicas para tener su propia descendencia y ambos deben estar de acuerdo, por lo que si una persona sola quiere someterse a estas prácticas no debe permitirse porque faltaría al consentimiento del marido o concubino.

Para terminar este apartado, creo que los niños deben nacer preferentemente en el seno de una familia integrada por el padre y la madre ya que considero que es el ambiente más propicio para su desarrollo integral, y pese a que en nuestro país existen muchas madres solteras siento que crear niños sin padre no es aceptable desde ningún punto de vista, aunque también hay que pensar en las mujeres estériles que tienen el deseo de procrear un hijo y por cualquier circunstancia no tienen una pareja estable o no están casadas, siendo mayor el impacto sobre ellas, por ello considero que solo debiera aceptarse el uso de estas técnicas por mujeres solas

⁷¹ Gómez de la Torre Vargas Maricruz, Ob. Cit. p 44

cuando no pueden procrear naturalmente y además cuenten con una estabilidad moral económica para mantener y educar dignamente a su descendencia, lo que reduciría a limitadísimos casos.

2.1.2.2. EL PRODUCTO DE LA FECUNDACIÓN EN SUS DISTINTAS ETAPAS

A continuación entraremos a un tema en el que hasta la fecha los expertos en diversas disciplinas científicas, médicas, filosóficas, Etc., no han sido capaces de llegar a un acuerdo y que se refiere el comienzo de la vida humana, por ende los juristas tampoco están en posición de especular sobre el tema, pero es necesario establecer disposiciones legalmente válidas al respecto.

Hay autores como Soto la Madrid o Loyarte que consideran que existe un nuevo ser desde la fusión del elemento masculino con el femenino pues consideran que apenas el óvulo y el espermatozoide se unen, inmediatamente se inicia un nuevo sistema con dos características:

- 1.- El nuevo ser es un sistema combinado, una nueva unidad ya determinada para una forma específica si se dan las condiciones necesarias para su desarrollo.
- 2.- La nueva unidad cuenta con un centro biológico o genoma, o sea ya tiene los complejos moleculares visiblemente reconocidos a nivel citogenético en los cromosomas que tienen la información esencial para su gradual realización y autonomía, distinta a la de sus progenitores.

Para empezar podemos decir que "la fecundación o concepción sucede cuando se produce la fusión por penetración del gameto masculino en el óvulo, sea dentro del seno materno o fuera de él, originando el huevo o cigoto"⁷². En la inseminación artificial la fecundación ocurre en el seno materno y no tiene mayores problemas, pero en la fecundación in vitro, "no se puede poner en duda que la vida, como síntesis de la fecundación se produce a partir de la formación del embrión, esto ocurre en el laboratorio, fuera del seno materno"⁷³ lo que produce mayores problemas.

De lo anterior se desprende que el comienzo de la vida se da a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide donde quiera que se realice dicha unión, pues la concepción se da para crear una entidad biológica nueva, distinta al óvulo y al espermatozoide que son los que la producen, entidad

⁷² Córdoba Jorge Eduardo, Ob. Cit. p 13

⁷³ Zannoni Eduardo A. Ob. Cit. p 488

que ya cuenta con todo el material genético propio del ser humano, por ello debe hablarse ya de una nueva vida humana prevista de un código genético individual, único e irrepetible que no parará hasta la muerte del individuo. Al respecto considero que “el ser humano no puede ser reducido a un complejo de tejidos, órganos y funciones ni puede ser valorado con la misma medida que el cuerpo de los animales, ya que es parte constitutiva de una persona que a través de ese complejo se expresa y se manifiesta la persona como ser humano en su completa integridad”⁷⁴.

De acuerdo al artículo 40 de Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud el periodo de gestación o embarazo es el que comprende desde la fecundación del óvulo hasta la expulsión o extracción del feto, en donde el producto de la concepción recorre varios estadios como: cigoto, embrión, feto para luego nacer, crecer, reproducirse y morir.

“El cigoto es la célula formada por la fusión de dos gametos, óvulo y espermatozoide que contiene la información genética que constituye el programa de desarrollo del huevo”⁷⁵. El preembrión es el resultado de la fecundación y hasta el día 14, comienza a anidarse en el útero de la mujer, considerándose que “el preembrión carece de individualidad porque sostienen los biólogos que para que un ser pueda calificarse de individuo, además de su naturaleza humana ha de reunir 2 características: unidad y unicidad o irrepetibilidad”⁷⁶. Careciendo de esta última pues al parecer entre los 14 días siguientes a la fecundación se da la individualización, después el cigoto comienza a dividirse y una vez concluida esta etapa se sabe si es solo un ser o son dos o mas.

Embrión es el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la duodécima semana de gestación (artículo 4 del Reglamento Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud fracción III, artículo 314 de la Ley General de Salud fracción III y el artículo 6 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres en Seres Humanos fracción XIII).

Considerando además que “el embrión no es otra cosa que un ser humano en etapas tempranas de su desarrollo con derecho a que se respete su vida, su integridad física y su dignidad (Congregación para la doctrina de la fe instrucción sobre el respecto a la vida humana naciente y la dignidad de

⁷⁴ Galindo Garfias Ignacio, La fecundación asistida en seres humanos, consideraciones jurídicas, Revista de la facultad de derecho de México, México DF, 1990, P156

⁷⁵ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 147

⁷⁶ Ídem, p 152

la procreación p 12)"⁷⁷. Corroborado por el maestro Galindo Garfias al establecer que "el embrión es el ser concebido, es un ser humano distinto e individualizado en proceso de formación que ha adquirido vida, aunque incipiente, por el hecho de la concepción y ello introduce en el tratamiento jurídico y moral del problema, un elemento de trascendental importancia que hasta antes de que se produjera la concepción no aparecería"⁷⁸.

Además en esta etapa, de la fecundación al final de la decimosegunda semana de gestación, se incrementa la organogénesis o formación de órganos humanos y ha aparecido la corteza cerebral, donde aparece una información hereditaria completa de un código genético.

El FETO es: "el producto de la concepción desde el principio de decimotercera semana de gestación hasta su expulsión o extracción" (artículo 40 fracción IV Reglamento Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, artículo 314 fracción IX Ley General de Salud, artículo 6 fracción XIV Reglamento Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario).

La importancia de determinar el momento en que ocurre o se tiene la idea de que surge una nueva vida y las etapas de ella, radica en establecer el status jurídico que deberá atribuírsele a los concebidos, fetos, embriones y en especial a los embriones fecundados in vitro y no implantados en el seno materno.

2.1.2.2.1. STATUS JURÍDICO DEL PRODUCTO DE LA FECUNDACIÓN

Una vez que se ha establecido el momento en que se da el comienzo de la vida humana, viene un problema de particular importancia y es el que se refiere al status jurídico del embrión, o sea a partir de cuando un embrión tiene personalidad y protección jurídica, esto en función de que en las técnicas de reproducción humana asistida se fecundan óvulos que se congelan quedando a merced de los investigadores para practicar con ellos cualquier tipo de experimento, siendo muy discutido su derecho a la vida y el respeto que ella merece.

En resumen tenemos 3 posturas de reconocimiento de personalidad del embrión:

1.- El embrión tiene calidad de persona y es con todo sujeto de derechos.

⁷⁷ Hurtado Oliver Javier, *El derecho a la vida y ¿ la muerte?*, Ed. Porrúa, México, 1999, p 47

⁷⁸ Galindo Garfias Ignacio, *La fecundación asistida en seres humanos, consideraciones jurídicas*, Revista de la facultad de derecho de México, México DF, 1990, P 155

2.- 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 con la de un cadáver.

3.- El embrión es un objeto, un objeto simple, susceptible de dominio y en consecuencia posible blanco de las acciones y operaciones que válidamente puede ejercitar el titular del derecho de dominio sobre su objeto.

De la que se adopte dependerá la esfera de derechos del nasciturus y si es posible o no manipularlo, congelarlo, intervenirlo, investigarlo y aún matarlo, destruirlo o cometer aberraciones con el, es decir habrá de determinarse si existe derecho legítimo a disponer de él y hasta que grado pueden realizarse tales manipulaciones.

En principio es de hacerse notar que los embriones no pueden ser considerados como bienes ni como cosas pues si los órganos y las células germinales no son considerados cosas menos un embrión, dado que en nuestra legislación "los bienes son los objetos corporales o incorporeales susceptibles de tener un valor, es todo aquello que puede ser objeto de apropiación que está en el mercado y que tiene un valor pecuniario (artículo 747 Código Civil)", es por ello que los embriones al ser de naturaleza humana y seres vivos que no pueden ser objeto de ninguna de las operaciones mencionadas con anterioridad, desechando la idea de tratarlos como cosas.

También, es necesario entender el concepto moderno de persona no como un concepto jurídico cerrado, sino moral identificado con ser humano independientemente de sus condiciones concretas de existencia biológica, social y política, pero también concretar en que momento debe surtir efectos jurídicos.

Dentro de la doctrina encontramos varias corrientes para reconocer personalidad jurídica a los embriones, tales teorías son:

La teoría de la concepción:

Son muchos los autores que consideran que debe reconocerse personalidad jurídica a los embriones desde el momento mismo de la concepción, dentro de los cuales tenemos que Dolores Loyarte dice, "el nasciturus es sujeto de derecho desde su concepción"⁷⁹.

⁷⁹ Loyarte Dolores y Adriana E. Rotonda, Ob. Cit. p 384

Joaquín Mendoza opina que “una vez que la célula del hombre y la mujer se unen, de su diversidad genética surge una nueva unidad de vida con lo que se activa un nuevo proyecto individualizante no una expectativa de vida, sino una vida real y verdadera con existencia propia distinta a los progenitores”⁸⁰.

Zannoni dice: “la vida comienza en el momento de la fecundación que hace surgir una realidad nueva y distinta con potencialidad propia y autonomía genética ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético”⁸¹, notando que se refiere a seres concebidos e implantados en el seno materno pero que aun no nacen. Además “el estado actual de las ciencias biomédicas permite esclarecer que el producto de la concepción es un ente singularizado con vida independiente desde el momento de la concepción y merece legalmente ser reputado persona física”⁸².

Por su parte Jaime Vidal sostiene que “se debe entender que desde que está concebido el ser se trata de alguien y no de algo, de un ser de la especie humana que se gesta para nacer y al que lógicamente la ley debe proteger para que nazca”⁸³.

Y Córdoba dice: “la persona comienza desde la concepción dentro o fuera del seno materno. Desde la concepción surge el derecho personalísimo a la vida, en el embrión hay una persona por lo que resulta antijurídica toda manipulación humana lesiva”⁸⁴.

Chávez estima que “la concepción ocurre mediante la fecundación del óvulo por un espermatozoide y desde ese momento queda determinada la individualidad genética del nuevo ser y el desarrollo embrionario posterior no altera esa individualidad, ya determinada desde su origen”⁸⁵.

Por su parte la iglesia católica romana considera al embrión como un todo, un ente potencial cuya existencia como persona le es innata desde el momento de la concepción, pues desde ese momento tiene todos los elementos para serlo, siendo las etapas solo momentos de desarrollo, de tal manera que el daño o destrucción se hace a una persona potencial y no a un conjunto de células.

⁸⁰ Mendoza Esquivel Joaquín, El estatuto Humano del embrión y su repercusión en el derecho, México 1999, p 51

⁸¹ Zannoni Eduardo A., Ob. Cit. p 488

⁸² Mendoza Esquivel Eduardo, Ob. Cit. p 51

⁸³ Vidal Martínez Jaime, Ob. Cit. p 88

⁸⁴ Córdoba Jorge Eduardo, Ob. Cit. p 33

⁸⁵ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 79

Al respecto algunos textos internacionales han defendido a toda costa la vida del embrión, lo que se les ha dificultado porque en la mayoría de ellos se protege a los seres ya nacidos, así en la Declaración de Derechos Humanos se recogen 30 artículos de los cuales 24 comienzan con la expresión "toda persona" y en el resto se habla de todo ser humano, todo individuo, los hombres y las mujeres, Etc. Por ejemplo el artículo 3 establece "todo individuo tiene derecho a la vida..." pero no se precisa a quien debe considerarse individuo si a los concebidos o a los ya nacidos. La Convención de los Derechos del Niño en su preámbulo menciona que el niño en razón de su falta de madurez física e intelectual tiene necesidad de protección jurídica, tanto antes como después del nacimiento, sin esclarecer desde que momento. El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en su artículo 6 dice que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, pero tampoco nos dice quien es esa persona. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, señala "el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley". La Convención Americana de Derechos del Hombre en su artículo 4 señala el derecho al respeto a la vida debe ser protegido por la ley en general a partir de la concepción.

En conclusión, esta teoría nos indica que el individuo inicia su existencia jurídica en el momento de la fecundación o concepción, la que ocurre cuando el espermatozoide traspasa la pared del óvulo iniciando la vida de un nuevo ser, en ese preciso momento ni mas ni menos, no siendo simplemente la fusión de dos células sino el cumplimiento de la condición para la existencia de la persona física.

La teoría del nacimiento:

Es aquella teoría que, en general considera que el feto tiene vida independiente a la de su madre hasta su nacimiento, porque hasta ese momento carece de independencia al necesitar la vida de la madre para sobrevivir y sin la cual ni siquiera podría pensarse que pudiera venir a este mundo, siendo hasta el nacimiento con vida cuando surge la personalidad con las derivaciones biológicas y jurídicas que ello conlleva. Al respecto Nicolás Coviello en su libro *Doctrina General del Derecho* traducido por Felipe J. Tena Ramírez dice: "la personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno pues ése es el momento en que puede ser objeto de protección jurídica"⁸⁶.

⁸⁶ Nicolás Coviello, citado por Rojina Villegas Rafael, *Compendio de derecho civil*, Ed. Porrúa, México, 2001, p 161

Teoría de la implantación:

Para esta teoría concepción significa "quedar preñada a la hembra"; ello lleva a indagar acerca del termino "preñez" que es el embarazo de la mujer el que solo es comprobable una vez que el óvulo fecundado se implante en el recinto uterino⁸⁷, de donde se desprende que para que se de la existencia de un nuevo ser, ello debe evidenciarse con el embarazo de la mujer que lo va a tener.

María Cárcaba es una de las escritoras que dice que "el embrión en tanto no se implante, y tal como se deduce de la legislación internacional y las nuevas orientaciones médicas, no es ni sujeto de derechos ni objeto de tráfico jurídico, sino un ente cuya naturaleza hace que deba contemplarse de forma especial"⁸⁸. De acuerdo a esta teoría, se sostiene que durante las dos primeras semanas después de la concepción y previas al proceso de anidación, existe un número de abortos espontáneos que se sitúan entre el 30 y 50% y que muchas veces pasan desapercibidos, además de que los embriones creados en el laboratorio y trasferidos sólo anidan del 20 al 22%, es por ello que el derecho a la vida del embrión no se garantiza en cuanto no se implante en el ambiente humano uterino pues sin ésta condición no tiene expectativas de desarrollo, por lo que debe negárseles la condición de seres humanos y personas permitiendo investigar en ellos al resultar útil para la humanidad; aunado a lo anterior se considera que hasta antes del día 14, que es cuando se completa el periodo de anidación en el útero de la mujer, no es posible hablar de individualidad en el embrión, ya que éste todavía es susceptible de segmentarse o desdoblarse pudiendo ser gemelos, lo que no se sabrá sino hasta esa fecha; y que una vez anidado ya puede hablarse de la persona como una sola y exclusiva unidad, por que a partir de ahí surge una relación entre el ser por nacer y su madre, por ello en las técnicas de reproducción humana asistida."se debe entender que el hijo es concebido en el momento de la transferencia del embrión a la madre, es la forma más natural para determinar el momento de la concepción y permite continuar fijando el tiempo de desarrollo embrionario imprescindible para que un ser pueda llegar a tener vida"⁸⁹, pues no se sabe con certeza si los embriones creados algún día serán implantados, ni cuando, ni como; y no se puede reconocer personalidad a un ser que no se sabe si va a nacer y ocupar un lugar en la sociedad.

⁸⁷ Real Academia de la lengua española, citado por Massaglia de Bacigalupo María Valcria. Nuevas formas de procreación y derecho penal, Ed. Ad Hoc, Argentina, 2001, p 91

⁸⁸ María Cárcaba, citada por Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, Ob. Cit. p 80

⁸⁹ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 139

La teoría del sistema nervioso:

La cual considera que la verdadera instancia que diferencia y permite reconocer la existencia de un nuevo ser dotado de personalidad indisponible es la que se da cuando se inicia el proceso de formación del sistema nervioso central, y los órganos a partir del día 15 desde la concepción completándose el desarrollo cerebral a los 8 semanas; siendo que la legislación francesa toma este último estadio para reconocer la aparición de la persona.

Santo Tomás de Aquino, uno de los pilares de la filosofía religiosa Cristiana definió a la "persona como un individuo substantia reationalis natural (sustancia individual de naturaleza racional), así la persona debe reunir dos requisitos: individualidad y racionalidad, sin ellos nadie es persona. El individuo es único, indivisible y el embrión no lo es sino trascurridos 14 días de su existencia, antes de ese tiempo puede dividirse en dos o mas células que a su vez producirán otros tantos embriones, por ello antes de ese tiempo es llamado preembrión. En cuanto a la racionalidad es la existencia del cerebro lo que la hace posible y ese órgano inicia su aparición varias semanas después de la concepción con la corteza cerebral, de donde se concluye que antes de ello no hay racionalidad posible. En conclusión si el embrión carece de individualidad y racionalidad no puede ser persona. Esta tesis fue muy aceptada en su tiempo y tan creíble que era casi imposible objetarla, pero ya tiene muchos años comprobándose que varias de sus premisas son erróneas, siendo lo mas rescatable el hecho científico de que antes del día 14 de concepción, el embrión no ha desarrollado el sistema nervioso central que lo capacita para recibir sensaciones.

Y finalmente tenemos a la teoría ecléctica la que sostiene que el origen de la capacidad se da en el nacimiento, pero deben reconocerse derechos al concebido los que solo se podrán ejercer cuando se cumpla con la condición del nacimiento.

Una vez establecidas las corrientes doctrinarias, es necesario adoptar la mas afín a nuestras ideas, siendo la primer teoría al tomar la concepción para dar personalidad jurídica al embrión, aunque no completamente, por que además de las razones expuestas por dicha corriente debemos tomar en cuenta el derecho a la vida que es "el derecho a la propia existencia, fisco-biológica del ser humano, es decir el derecho de que cada uno de los seres humanos es titular, por lo que no importa la capacidad o la viabilidad de ese individuo para ser poseedor del derecho"⁹⁰. Además derivado del concepto

⁹⁰ Dobering Gago Mariana, Status Jurídico del preembrión en la reproducción asistida, Revista Jurídica, No. 28, México DF, 1998, p258

de dignidad entendido como el fundamento de todos los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y tomando en cuenta que si los menores de edad son reconocidos como sujetos indefensos a los que se les debe proteger a través del ordenamiento jurídico entonces mas indefensos son los seres que aún no nacen, por ello también debe protegérseles; sin embargo hice hincapié en que no en todos los casos, por que considero que no todos los embriones fecundados reúnen los elementos necesarios para implantarse en el seno materno, pues debido a su delicada estructura y al manejo que de ellos hacen los científicos, muchas veces se altera su organismo de tal forma que los incapacita para ser seres humanos con posibilidades de nacimiento, en cuyo caso y previa consideración médica, considero que esos embriones que no son susceptibles de implantación sean con los que se experimente siempre en beneficio de la salud humana; aunque como medida prioritaria considero que no deben fecundarse mas embriones de los que se vayan a implantar, pero teniendo en cuenta que por cualquier motivo haya embriones sobrantes se debe establecer si son o no viables de anidación en el útero.

Desde el derecho romano ha regido el principio de que al concebido se le tiene por nacido, principio recogido por nuestra legislación, la que le da personalidad jurídica al concebido pues el artículo 22 del Código Civil señala "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que el individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código" en el que la conjunción pero indica que se amplían los efectos de la personalidad jurídica del concebido. Este artículo aunado a la fracción I del artículo 1313 y el 1314 del mismo ordenamiento legal, que se refiere a la capacidad de los concebidos para heredar en unión con el artículo 337 del código mencionado que precisa "para los efectos legales, solo se tendrá por nacido al que desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo ante el juez del registro civil" lo que no quiere decir que no son personas sino que su capacidad está restringida o limitada hasta que se produzca el nacimiento; el artículo 1638 con la disposición de que se tomen las medidas correspondientes si hay un concebido para ser abierta la herencia; el artículo 1391 le da la posibilidad de ser legatario, el artículo 2357 le da la posibilidad de ser donatario, disposiciones que nos confirman la personalidad del embrión al tomársele en cuenta para ello. Pero nunca se hace mención respecto a que si el concebido debe estar ya implantado en el seno materno en vías de desarrollo para tener estos derechos, pues anteriormente no se sabía la posibilidad de estar concebido fuera de la matriz.

Al respecto al maestro Galindo Garfias nos dice: "el embrión humano tiene personalidad antes de nacer para ciertas consecuencias de derecho y

estas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir legados y donaciones⁹¹ sin mencionar si está implantado en el útero o no.

Así "la ley ordena que se tenga por nacido al concebido para todo aquello que le sea favorable, o sea que la ley simula que el parto ya sucedió cuando aún no ha acontecido, estamos ante una ficción jurídica"⁹². Para dar efectividad al establecimiento de esta fictio iuris, el Código Civil suspende unas veces la marcha de las relaciones jurídicas en que estará interesado el concebido, deteniéndolas hasta que se produzca el nacimiento y concede, en otras, los efectos jurídicos correspondientes al mismo concebido en nombre del cual se considera que actúa el que lo representa, aunque entendemos que se trata de concebidos e implantados en el seno materno pero no se establece específicamente.

Sin embargo el artículo 14 Constitucional establece el derecho a la vida, al señalar que nadie podrá ser privado de la vida, debiendo cuestionarse si este apartado abarca el embrión y mas aún el embrión no implantado, entonces considero que la capacidad debe otorgarse hasta su implantación, dado que antes de ello no se sabe si realmente se implantará o no, ni en que momento o época aunque entrará bajo la protección del derecho desde la concepción.

En concordancia con el artículo 22 del Código Civil antes mencionado, es necesario establecer que actualmente al embrión congelado o no implantado debe considerársele nacido para los efectos legales desde el momento de su concepción de donde su condición de persona es incontrovertible, "en los casos no previstos por la ley que puedan surgir respecto al concebido, debe estimarse que los efectos favorables al concebido tienen validez inmediata, aunque queden sujetos a una posible resolución en el caso de que este no nazca con las condiciones requeridas"⁹³. Bastando ser humano, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y por lo tanto una personalidad.

Además, se afirma que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición negativa, que no nazca viable en términos del artículo 337 del Código Civil, quedando explicado que fue persona desde el momento de la concepción extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo si no cumple con los requisitos exigidos en el artículo mencionado, en cuyo caso la personalidad no habrá surtido ningún efecto jurídico.

⁹¹ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 159

⁹² Rojina Villegas Eduardo, Ob. Cit. p 162

⁹³ Rojina Villegas Eduardo, Ob. Cit. p162

2.1.2.2.2. LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL PRODUCTO DE LA FECUNDACIÓN

La fecundación in vitro, ha dado a los científicos la oportunidad de congelar los embriones vivos en crioconservación, por supuesto fuera del seno materno, llegando al punto de decidir que hacer con los embriones que no son implantados con fines reproductivos, agravándose el problema cuando éstos son destinados a la investigación científica que puede ser terapéutica al curar a los embriones para luego implantarlos o no terapéutica consistente en destinarlos a la investigación básica o experimental o a la Ingeniería genética en el mejor de los casos, benéfica para la humanidad, pero dado el material con que se trabaja se implican cuestiones médicas, jurídicas, éticas y sociales en torno a la destrucción de embriones.

Como en todo tema controvertido, se han dado las posturas a favor y en contra de la investigación en embriones, donde englobamos a todo ser concebido, pues mientras los científicos tratan de demostrar que el embrión humano no es persona y por lo tanto no es ilícito tomarlos como materia de investigación, otros sectores estiman que sí son personas y como tales tienen derecho a que se respete su integridad y su vida.

A favor de la investigación existen “personas que pueden pensar que permitir la investigación sobre un embrión es una crueldad, a pensar que crueldad es no contribuir o peor aún, obstaculizar la investigación científica tendiente a acabar con el padecimiento que experimentan en la actualidad, enfermos mentales, enanos, rengos, ciegos, diabéticos, todos los que probablemente en el futuro gracias a los avances de la ciencia se puedan convertir en seres normales, sin defectos orgánicos o funcionales”⁹⁴, “admitir la investigación en embriones antes de los 14 días, permite establecer que en un mundo en el que se estima que existen tres mil enfermedades de raíz u origen hereditario y que hasta el momento no se han podido erradicar”⁹⁵.

Además de las razones expuestas, otros argumentos son:

-Deben permitirse las investigaciones en embriones con fines diagnósticos y terapéuticos cuando tengan por finalidad el bienestar del ser por nacer y no tengan fines de selección racial.

-Debe permitirse la investigación genética en embriones porque puede orientarse hacia el mejor conocimiento de la evolución orgánica del embrión

⁹⁴ Massaglia de Bacigalupo María Valeria, Ob. Cit. p 68

⁹⁵ Ídem, p 68

antes y después de su implantación en el útero, desarrollando técnicas para detectar y corregir afecciones congénitas o hereditarias.

-“Debe admitirse la investigación con fines diferentes a los diagnósticos y terapéuticos tratándose de preembriones vivos y dándose ciertas circunstancias, como son el que se trate de embriones no viables y que se demuestre científicamente que la investigación no puede realizarse en el modelo animal”⁹⁶.

-Mary J. Séller, catedrática de la Facultad de Leyes de la Universidad de Ámsterdam, defiende la posición de quienes niegan a los embriones la condición de personas, en el siguiente trabajo resumimos a lo indispensable sobre el tema, publicado en la revista *Bioethics* correspondiente al volumen 7, número 2/3 de 1993. Dice la investigadora: “no hay duda que hay una definitiva necesidad por la investigación en embriones humanos, una de las razones es buscar formas de mejorar el porcentaje de éxitos de la fecundación in vitro para el tratamiento de la infertilidad. A pesar de algunos pequeños avances, la fecundación in vitro con transferencia de embriones sigue siendo una ineficiente forma de tratamiento que en otras esferas de la medicina sería seguramente inaceptable.

-Debe permitirse el diagnóstico preimplantacional que se da en la fecundación in vitro, el cual consiste en analizar genéticamente el embrión por medio de una microbiopsia, lo que permite seleccionar los embriones libres de defectos genéticos, malformados o con genes de patologías no hereditarias, con el descarte de los que no tienen posibilidades de sobrevivir.

La postura contraria nos refiere entre sus razones:

+Que así como se sanciona y es ilícito cualquier experimentación con personas sobre nuevos procedimientos médicos, sin la autorización necesaria, por esa misma razón y bajo el mismo argumento deben prohibirse las experimentaciones en embriones.

+Si se permite la investigación en embriones puede llegarse hasta la experimentación realizando prácticas eugenésicas o experimentales que por pura curiosidad o deseo del ser humano de controlar el origen de la vida, puedan transgredir principios básicos del ser humano.

+No debe darse un destino diferente a los embriones que no sea el de ser implantado en el útero femenino para su gestación y desarrollo hasta el nacimiento, pues cualquier otro destino constituiría un atentado contra su derecho a la vida, la que merece respeto y protección, pues este constituye

⁹⁶ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 161

el primero y fundamental derecho humano, y es inaceptable usarlo, como lo sería usar un niño o adulto como materia de investigación que pudiera causarle daño o la muerte.

+Atendiendo a las consideraciones anteriores el catolicismo rechaza todo tipo de manipulación experimental o explotación del embrión humano, así como la creación de embriones creados *In vitro* o *in vivo* para fines experimentales o comerciales por ser contraria a la dignidad humana declarando que es inmoral producir embriones humanos y destinarlos a ser destruidos.

+Al respecto algunos doctrinarios afirman que “debe considerarse ilícito y penalmente debe ser sancionada toda experimentación con embriones humanos, bien sea que responda a fines eugenésicos o de otra índole que alteren o modifiquen los componentes genéticos originales que los forman”⁹⁷.

Por los principios ontológicos para afirmar que cualquier intervención que se tenga en el embrión que pudiera dañarlo o privarlo de su existencia, es ilícito e inmoral. Y se oponen “a la destrucción voluntaria de los embriones humanos creados *in vitro*, con el fin único de investigar, porque esos embriones no trasferidos al cuerpo de la madre quedan expuestos a la voluntad del investigador, quien decide sobre la vida de otros seres humanos indefensos”⁹⁸.

La aplicación de la investigación en embriones puede tener por objeto:

- Saber por saber.
- En medicina para tratamiento de embriones enfermos, prevención de enfermedades hereditarias mediante la ingeniería sobre gametos, la obtención de tejidos fetales para ser implantados en personas enfermas, etc.
- En farmacología para la observación de la reacción de embriones y fetos a diversos fármacos.
- En cosmetología para obtener materia prima para la fabricación de cosméticos.
- En la industria bélica, para la observación de la reacción de embriones y fetos a las armas químicas biológicas, etc.
- La alteración genética o la producción de clones, quimeras, hombres neutros o hermafroditas verdaderos hombres – animales y un sin fin de cosas aberrantes.

Por otro lado no considero viable tomar una postura drástica respecto a la investigación de los embriones sino que es necesario tratar de conciliar

⁹⁷ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 82

⁹⁸ Castro Murillo Juan de la Cruz, Ob. Cit. p 67

ambas posturas y sacar una conclusión lo más congruente posible, como lo sería en principio solo fecundar óvulos para ser destinados a su implantación en el seno materno y en caso de que por causas ajenas haya excedentes no viables o muertos, investigar en ellos o si se detectan anomalías genéticas, investigar en ellos única y exclusivamente con fines terapéuticos; el problema aquí radicaría en que los investigadores dejen morir a los embriones para investigar o simplemente los destruyan, confiando únicamente en el sentido ético de los profesionistas encargados que muchas veces deja mucho que desear, lo que si hay que tener presente es que “el embrión debe ser considerado para los efectos de investigación como una persona en el sentido ético y legal”⁹⁹. Aunque hay que diferenciar la investigación de la experimentación por que se trata de cosas completamente distintas.

Por su parte nuestra legislación no puede negar la posibilidad de llevar a cabo investigaciones en el campo de la genética que han cobrado un gran auge por su innovación sobre la especie humana, y de hecho tanto la Ley General de Salud como su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud la contempla; así el capítulo IV del reglamento mencionado nos da las reglas aplicables en cuanto a la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos, de la utilización de embriones, óbitos, fetos y fertilización asistida, concretamente el artículo 52 dice que: “los fetos serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y las embarazadas”, pero no se hace mención a que tipo de investigaciones y el artículo 55 dice que: “las investigaciones sobre fetos y embriones se les aplicará las disposiciones contenidas en el título 14 de la Ley General de Salud y en este reglamento respecto a la donación, transplantes y pérdida de la vida; el título segundo habla de los aspectos éticos de la investigación en seres humanos; el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud establece en su artículo 13 que en toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio deberá prevalecer el criterio del respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y su dignidad; el artículo 14 da las bases sobre las que se debe desarrollar toda investigación en humanos; el artículo 43 establece los aspectos que deben observarse en la investigación en humanos y el artículo 55 dice que las investigaciones con embriones, materia fetal macerada, y células serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el Título décimo cuarto de la ley y este reglamento; además el título V de la Ley General de Salud establece la investigación para la salud que contiene las acciones a realizar y las bases que se deben seguir, pero siempre se habla de seres humanos sin especificar desde que etapa de desarrollo.

⁹⁹ Hurtado Oliver Javier, Ob. Cit. p 46

Actualmente debemos seguir tales disposiciones, pues al no diferenciarse desde que momento se considera ser humano todas las disposiciones aplicables a ellos deben aplicarse a los embriones en cualquier momento de su desarrollo, siguiendo el principio jurídico que reza "donde la ley no distingue no se tiene por que distinguir; además como ya establecimos, en nuestro derecho un embrión sea cual sea su estado, tiene personalidad jurídica y no es posible experimentar con ellos. Pero tampoco debemos dejar de considerar que no puede impedirse el avance de la ciencia, siempre que sea con embriones muertos o no viables y bajo un estricto control del personal que realice tales prácticas siempre en beneficio de la humanidad, cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley y por la Secretaría de Salud. Aunque la dificultad se presentará en cuanto a que nuestro país generalmente carece de ética para establecer cuando un embrión es o no viable pudiendo dejar morir a los embriones cuando realmente se podían implantar, por lo que se debe cuidar que no se deje morir a los embriones para experimentar con ellos.

También el artículo 330 párrafo II fracción II de la Ley General de Salud al disponer que está prohibido el uso para cualquier finalidad de tejidos embrionarios o fetales, producto de abortos inducidos nos da clara muestra de que tampoco se pueden provocar abortos para experimentar con los componentes embrionarios, lo que a simple interpretación causa mal estar al solo concebirse la idea.

Para evitar complicaciones de este tipo es que corroboro mi postura de no fecundar mas óvulos de los que se vayan a implantar en el seno materno con fines procreativos.

2.1.2.2.3. EL DESTINO DE LOS PRODUCTOS SOBREVIVIENTES

Debemos partir del sustento que en las técnicas que requieren la extracción del óvulo y su fecundación con el esperma en el laboratorio para su posterior implantación, la persona se somete a la estimulación hormonal ovárica para producir la mayor cantidad de óvulos posible puesto que se ha comprobado que la posibilidad de éxito es bajísima si solo se fecunda uno de ellos, fecundándose cierto número de embriones implantando 3 de ellos en cada ocasión, por lo que si se fecundan mas de los que se necesita transferir y la mujer en cierto tiempo no requiere el implante ¿qué pasará con estos embriones?.

Hay que tener muy presente que lo más común que ocurra con los embriones, que por cualquier causa lleguen a sobrar es que se crióconserven por cierto tiempo, lo que mas a futuro traería una sobrepoblación de embriones humanos.

Para dar solución al problema las alternativas que se han sugerido son:

- 1.-Crioconservación para su utilización en un tratamiento posterior en la misma pareja.
- 2.-Donarlos a pareja estéril.
- 3.-Darlos para experimentación e investigación
- 4.-Destruirlos.

El primero de los supuestos, la crioconservación supone la congelación de embriones antes de los 14 primeros días de gestación, durante meses o años; esta técnica data de 1984, entre sus ventajas se encuentran permitir conservar el embrión en un grado de desarrollo determinado para ser implantado en otro momento y da la posibilidad de hacer varios intentos en caso de que la primera o segunda implantación no resulte con éxito. "En cuanto al plazo indicado considero que no debería prolongarse en forma indefinida encontrando prudente fijarle en cinco años"¹⁰⁰, el problema vendría al pasar dicho tiempo, porque debería tomarse una decisión de su destino, además dicha crioconservación da lugar a la creación de bancos de embriones en los que se depositan los embriones que son descartados para su implante o los que se reservan para su utilización posterior pudiendo llegar el momento de una sobre población de embriones.

La segunda opción, que es donarlos o cederlos a una pareja estéril que no tenga la oportunidad de tener descendencia propia para que sean implantados en la mujer o bien en una madre subrogada.

El tercer punto es darlos para investigación o experimentación, que consiste en destinarlos para fines nobles de investigación en beneficio de la humanidad, lo que conllevaría riesgos como confiar plenamente en la ética de las investigadores ya que la investigación sobre el origen de la vida humana, es un tema de extraordinaria gravedad, y mas aún si consideramos al ser concebido como persona que tiene derechos, corriéndose mas peligro si se llegara a experimentar con ellos.

El cuarto es la destrucción de los embriones por muerte, descongelándolos fuera de la bombona a temperatura ambiente por unos momentos hasta que el fin de su vida llegue, a lo que el artículo 350 bis de la Ley General de Salud dice que solo podrá darse destino final a un feto, previa expedición del certificado de muerte fetal en el entendimiento que, de acuerdo al artículo 314 fracción V de la misma ley se considera destino final a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e

¹⁰⁰ Massaglia de Bacigalupo Maria Valeria, Ob. Cit. p 72

inactivación de embriones y fetos en condiciones sanitarias permitidas por esta ley, punto en el que si tomamos en cuenta que se concede personalidad a los concebidos si se descongelan se dejarían morir deliberadamente pudiendo acaso constituir el delito de homicidio, el problema radica en que esta práctica se hace en forma oculta y ni siquiera se sabría si se dejaron morir los embriones por descongelamiento o murieron solos.

En lo personal considero que la mejor solución es que "se deben fecundar únicamente los óvulos que se vayan a implantar en la mujer"¹⁰¹, y dejar los óvulos y espermias extraídos crioconservados para su posterior fecundación pues "es mejor desechar un gameto que un óvulo ya fecundado"¹⁰². Así se irán fecundando los óvulos conforme se vayan necesitando para implantarlos debiendo congelarse solo durante el tiempo que se practique la intervención siendo un plazo no mayor de 5 días, esto como medida preventiva para evitar la fecundación de óvulos indiscriminadamente y saturando los bancos de embriones; ahora cuando ya se tengan los embriones y se quiera decidir que hacer con ellos creo que en principio las alternativas mas viables son la crioconservación por un tiempo determinado para el uso de la pareja de la que provengan y una vez pasado dicho tiempo o por voluntad de la pareja su donación a otra pareja estéril, "pues se estaría salvaguardando la potencial vida humana de ese ser y aunque tal situación no resuelve el problema al 100% ya que no todos pueden encontrar destinatario"¹⁰³, creo que es la solución menos problemática; después vendría la investigación la que, como ya dijimos, si debe permitirse pero en embriones no vivos o que no cumplan los requisitos necesarios para su implantación y siempre que sea para beneficio de la humanidad, vigilando el desempeño de los investigadores estrictamente por una comisión y pudiendo hacerlo siempre con permiso de la Secretaria de Salud, para disminuir el riesgo de experimentos aberrantes, o que se deje morir a los embriones para investigar con ellos, o que ellos los consideren no viables y realmente si lo sean.

2.1.2.3. LOS DONADORES

Cuando una pareja es infértil o uno de los miembros lo es, se necesita la colaboración de una tercera persona que aporte el gameto necesario para la fecundación, esa tercera persona es el donante, identificado por la Ley General de Salud en su artículo 314 fracción VII considerando como tal "al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en transplantes". En este caso puede darse

¹⁰¹ Dobering Gago Mariana, Ob. Cit p 261

¹⁰² Ídem p 256

¹⁰³ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 159

la donación de líquido seminal, óvulos que son partes o componentes del cuerpo humano.

Partiremos de establecer ciertos conceptos necesarios:

“Gameto es la célula básica germinal, masculino espermatozoide o femenina óvulo”. Espermatozoide: es la célula reproductiva masculina cuya única función es alcanzar la fertilización. Óvulo: es la célula sexual femenina originado en el ovario”¹⁰⁴.

Por su parte la Ley General de Salud establece que las células germinales “son las células reproductoras masculina y femenina capaces de dar origen a un embrión”, además el Reglamento Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos Tejidos y Cadáveres Humanos dispone que serán considerados como productos del cuerpo humano las células germinales en su artículo 56. En las células germinales llamadas gametos, se hayan contenidas las fuerzas genéticas del individuo de la especie humana, destacando que contienen un código genético particular llamado genoma, las que suponen la transmisión de genes al embrión humano, que se forma con la fusión de dichas células.

Cuando las células germinales se usan para obtener una inseminación homóloga el acto dispositivo esta determinado por un acuerdo entre los esposos o concubinos tendientes a obtener la concepción del hijo, en la heteróloga el donador acepta que su célula sea objeto de implantación, pero no necesariamente acepta la paternidad del hijo que nazca. Debido a dichas donaciones se han creado bancos de gametos como necesarios para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida con donante al establecer el artículo 341 de la Ley General de Salud que “la disposición de células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará a cargo de bancos de sangre”, de donde se desprende que si están permitidos los bancos de esperma y que de hecho en nuestro país desde febrero de 2004 ya hay uno.

Es necesario mencionar que los gametos no son cosas pues “cosa, de acuerdo con el sentido común tiene un significado distinto y mas amplio que el jurídico, cosa es todo cuanto existe en la naturaleza, exceptuando al ser humano, es todo lo material o inmaterial tenga o no valor económico”¹⁰⁵. El Código Civil para el distrito Federal establece que bien “es todo aquello que puede ser objeto de apropiación que esta en el mercado y que tiene un valor pecuniario” (artículo 747) y como es bien sabido el cuerpo humano se ha estimado tradicionalmente res extra-comercio (fuera del comercio) lo que

¹⁰⁴ Córdoba Jorge Eduardo, Ob. Cit. p 13

¹⁰⁵ Chávez Asencio Manuel, Obligaciones y criterios sobre inseminación artificial, Ob. Cit. p 200

tiene relevancia porque la relación jurídica que puede existir entre una persona y una cosa vendría siendo un derecho real, donde los titulares de la célula germinal pueden hacer uso de ella con cualquier fin y ser sujetos de transacciones comerciales, por lo que debemos estimar que una acción es ceder o donar altruistamente unos gametos y otra es comercializar con ellos, además “el material genético contenido en las células germinales son materia que están fuera del comercio de los hombres, por lo que de los convenios firmados no puede surgir obligación de cumplimiento forzoso”¹⁰⁶, debiéndose considerar que las células germinales “no pueden ser objeto de cualquier relación jurídica sino solo de aquellas que no comprometan la moral y las buenas costumbres por lo que no tienen valor comercial, aunque sí jurídico y científico”¹⁰⁷. Por su lado Chávez Ascencio determina que “debe darse un trato distinto a los gametos o células germinales, reproductoras masculinas o femeninas capaces de dar origen a un embrión, que no pueden compararse con las partes del cuerpo por que llevan en sí el germen de la vida y los elementos genéticos que configuran un nuevo ser humano. No son propiamente órganos del cuerpo humano pero tampoco son, los gametos seres humanos, son células”¹⁰⁸.

Como es por demás conocido, en la actualidad es muy posible donar espermatozoides logrando fecundaciones exitosas, aunque con la donación de óvulos todavía surgen complicaciones ante las dificultades para la congelación de ovocitos, lo que no ocurre con los espermias, pues al descongelarlos pierden su capacidad germinativa siendo inútiles para su implantación; esta conservación es para los casos de mujeres infértiles por carencia de gametos permitiendo engendrar el huevo que se implante en ella. Sin embargo en nuestro país recientemente, en febrero de 2005, nació el primer niño producto de un óvulo congelado.

“Existen varias clases de donaciones distinguiéndose varias clases de donantes:

1.- Relacional: se trata de una mujer que está estrechamente unida por los lazos de parentesco o amistad a otra mujer que no produce óvulos.

2.- Pasional, ésta no conoce a ninguna receptora y su único móvil es el altruismo desinteresado hacia una persona que no conoce.

3.-Adicional se trata de una paciente en el transcurso de un tratamiento y fecundación in vitro acepta donar alguno de sus óvulos suplementarios”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Vidal Martínez Jaime, Ob. Cit. p 129

¹⁰⁷ Córdoba Jorge Eduardo, Ob. Cit. p 28

¹⁰⁸ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 52

¹⁰⁹ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 142

Respecto de la aceptación o no de la donación de células germinales se ha establecido una enorme controversia entre quienes no la aceptan y quienes si la aceptan.

Los primeros dicen que el hombre no tiene un auténtico derecho subjetivo sobre su cuerpo, pero reconocen que si bien el hombre no puede disponer de él ni alterar su salud, no puede imponérsele coactivamente su conservación. Además de lo anterior se lesiona “el principio de dignidad de la especie humana pues exige también que el patrimonio genético de una persona derive de la que se reconoce como directo ascendente pues el poder de reproducción del hombre tiene un carácter personalísimo e inalienable”¹¹⁰. “El hombre no tiene un auténtico derecho subjetivo sobre su cuerpo carece de poder dispositivo sobre los bienes de la personalidad porque están fuera del comercio de los hombres, también en la disponibilidad de sus miembros y órganos, se refieren fundamentalmente a la exigencia de protección e indemnización en su caso”¹¹¹. “El hombre tiene derecho a la vida y consecuentemente a la integridad física con el deber de conservar ambas, siéndole vedados los actos que las dañen grave e irreparablemente o que contravengan el orden social, al tiempo que se le conceden suficientes facultades para defenderse contra los ataques exteriores”¹¹².

Es necesario considerar, como ya establecimos antes, que ni las células germinales y menos los embriones se les puede considerar como partes del cuerpo y por ello ser sujetos a simples donaciones de órganos, pero en nuestra actual legislación existen disposiciones que bien podríamos aplicar a la donación de gametos.

Por su lado el artículo 314 de la Ley General de Salud en su fracción VI dice: disponente es aquel que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte”, la fracción VII define al donador o donante “al que tácita o expresamente consiente en la disposición de su cuerpo o componentes de él”, de donde se desprende al establecer cualquiera de sus componentes que incluye las células reproductoras.

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos en su artículo 6 fracción XI nos establece que la disposición de productos consiste en el conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres incluyendo los

¹¹⁰ Moro Almaraz María Jesús, Ob. Cit. p 82

¹¹¹ Ídem p 64

¹¹² Ídem p 66

de embriones y fetos con fines terapéuticos, de docencia o de investigación y la fracción X considera disponente a "quien autorice de acuerdo a la ley y a este reglamento la disposición de productos", en concordancia con el artículo 56 del mismo reglamento que establece que "para efectos de este reglamento serán productos además de los mencionados en el artículo 6 fracción XVIII las células germinales", de donde desprendemos que tal concepto de producto puede aplicarse a las células germinales y por ende las disposiciones de este reglamento pueden aplicarse a la disposición de células germinales con los requisitos que se mencionan, así el artículo 11 del reglamento mencionado dice que es disponente originario la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo; el artículo 314 fracción VII considera donador o donante "al que tácita o expresamente conciente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes", y la fracción XIV dice que trasplante es la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra o de un individuo a otro y que se integran al organismo.

Los autores que aceptan la donación sostienen que: "ninguna disminución se causa a la integridad física por la cesión de semen y se han flexibilizado las normas morales y las costumbres"¹¹³, criterio aunado al principio general de que todo individuo es libre para hacer lo que la ley no prohíba, por su parte Cárcaba opina "jurídicamente no veo porque la donación de semen atenta contra la dignidad si se destina a una inseminación artificial heteróloga y no a una homóloga"¹¹⁴.

Personalmente estimo que aunque se produjera un atentado contra la integridad física no significa un obstáculo insalvable pues si se ha permitido la donación de órganos vitales, probablemente porque se destina a salvar una vida y constitucionalmente el derecho a la vida ha sido considerado superior al derecho a la integridad, además debería prohibirse la donación si causara una disminución permanente de la integridad física que le cause daños irreparables a la persona y en caso de células germinales no creo que ocurra, por si lo anterior fuera poco contundentemente la Ley General de Salud en su artículo 320 establece que "toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo total o parcialmente para los fines y con los requisitos previstos en el título 14 de esta ley".

La donación de gametos es por lo general un hecho gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado, "ha de haber un consentimiento informado, libre y consciente que puede ser retirado hasta el mismo momento de la inseminación"¹¹⁵. La relación se da entre el donante y

¹¹³ Tortorik, citado por Moro Almaraz María Jesús, Ob. Cit. p 84

¹¹⁴ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 103

¹¹⁵ Gisbet Calabuig J. A., Ob. Cit. p 204

el centro o clínica responsable, siendo un acto personalísimo en cuanto al consentimiento de quien autorice la extracción de semen u óvulos, a este acto se le llama de donación de células germinales y es totalmente diferente al contrato que celebran los usuarios que se someten a una técnica de reproducción asistida, aunque es muy cuestionado si realmente se puede hablar de un contrato de donación pues el artículo 2332 Código Civil “donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes” del que se desprende que solo puede ser objeto de dicho contrato los bienes y no los componentes del cuerpo, sin embargo la Ley General de Salud en su título 14 capítulo segundo denominado donación, el artículo 321 establece que la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres “consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilizan en trasplantes”, y el artículo 322 de la misma ley establece que “la donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiere a la disposición total del cuerpo o limitada cuando solo se otorgue respecto de determinados componentes, en la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá hacer mención el donante de las circunstancias de tiempo, lugar y modo y cualquier otra que condicione la donación. La donación expresa cuando sea otorgada por mayores de edad con capacidad jurídica no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento sin responsabilidad”, aunque la Ley General de Salud no se refiere al contrato de donación propiamente dicho, sino a la donación en general sin que necesariamente revista la forma de contrato.

Así Chávez Ascencio nos dice: “estimo que la ciencia jurídica debe hacer un esfuerzo para clasificar estas partes como bienes especiales y no recurrir necesariamente a conceptos tradicionales, pues se trata de realidades nuevas, se pueden clasificar como partes humanas que son bienes no económicos, fuera del comercio, solo susceptibles de transmitir por donación”¹¹⁶. Por lo que nos adherimos a su postura y lo tomaremos como donación sin que sea un contrato formalmente dicho.

El consentimiento del donante debe ser emitido por persona mayor de edad, con plena capacidad de obrar, debe cumplir con un breve estudio de donantes que tendrá carácter general e incluirá datos como que no padezca enfermedades genéticas hereditarias o infecciones transmisibles. El artículo 24 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos establece que el documento en que el disponente originario exprese su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos, lo que en lo

¹¹⁶ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 52

conducente podemos aplicar a la disposición de células germinales, deberá contener: nombre completo, domicilio, edad, sexo, estado civil, ocupación, nombre o domicilio del cónyuge o concubinario, si fuere soltero nombre y domicilio de los padres o familiares cercanos ,el señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito consiente la disposición del células germinales , expresándose que esta disposición será hecha entre vivos, identificación clara y precisa de lo que se va a donar son células germinales, el señalamiento de haber recibido a su entera satisfacción información sobre las consecuencias de la donación, nombre, firma y domicilio de dos testigos cuando se trate de documento privado, lugar y fecha y firma o huella digital del disponente.

Cárcaba nos enlista las condiciones deseables en un donante "lo deseable es que el donante presente la siguientes características: buena salud, inteligencia, personalidad sólida y estable, fecundidad asegurada, personalidad agradable, ausencia de tabúes culturales, firmeza de carácter, buena moralidad, ser feliz en su vida conyugal, que no hubiera provocado abortos en su esposa, sin antecedentes familiares de enfermedades congénitas mentales, no ser conocido de la pareja en particular de la madre, tener nivel de educación superior a la media, ser conocido personalmente por el médico que va a practicar la inseminación, no ser susceptible de sufrir sentimiento de culpabilidad u obsesiones"¹¹⁷.

Y el artículo 333 de la Ley General de Salud nos da los requisitos para ser donante para trasplantes entre vivos que podrían aplicarse a la donación de células y embriones, las que consisten en: ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales, donar un órgano o parte de él que al ser extraído su función puede ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura, recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, haber otorgado su consentimiento en forma expresa; además el artículo 16 del Reglamento para el Control Sanitario, que se aplica expresamente a la donación de células progenitoras, establece como requisitos para trasplantes entre vivos que el disponente tenga mas de 18 años y menos de 60, contar con el dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud incluyendo el aspecto psiquiátrico, haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias, haber expresado su voluntad por escrito libre de coacción física o moral otorgada ante dos testigos o ante notario.

Otra característica de la donación es que deberá ser gratuito totalmente, por el tipo de donación no puede ser lucrativo o comercial, pues si se pagara precio por la entrega ya no estaríamos ante una donación de

¹¹⁷ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 108

gametos y embriones sino es un tráfico comercial de ellos, lo cual esta prohibido de acuerdo al artículo 327 de la Ley General de Salud al disponer que "está prohibido el comercio células. La donación de estas con fines de trasplante se regirá por principios de altruismo y ausencia de ánimo de lucro, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito".

Una vez expresados los consentimientos se formalizara por escrito, tal como lo previene el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, así como la fracción V del Reglamento en Materia de Control Sanitario al establecer que se exprese su voluntad por escrito ante dos testigos idóneos o ante un notario.

El donante debe estar suficientemente informado de los fines y consecuencias del documento que firma de acuerdo al artículo 20 y 21 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en lo que le sea aplicable a la donación de células o embriones.

La donación de gametos debe cumplir con los fines lícitos, con el respeto a la dignidad e intimidad de la persona, a la filiación de los que nazcan, en la manipulación de las células su buena conservación evitando un gran número de embarazos originados por el esperma del mismo donante.

También hay que considerar que "el fin de la donación es el terapéutico entendido éste como dirigido a la reproducción salvando las anomalías o carencias que la impiden por el procedimiento natural, sin que sea legítimo utilizarla para manipulaciones experimentales"¹¹⁸.

Respecto de la revocabilidad del consentimiento en la donación, por su carácter personalísimo, no puede tomarse como irrevocable pues debe ser una decisión actual, al respecto el artículo 322 párrafo tercero de la Ley General de Salud dispone que "la donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad, no podrá ser revocada por terceros pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento sin responsabilidad de su parte"; y el artículo 12 del Reglamento en Materia de Control Sanitario dice que "el disponente originario podrá en cualquier tiempo revocar el consentimiento que haya otorgado para fines de disposición de órganos, tejidos y productos", a lo que hay que añadir que en materia de inseminación la revocación debe hacerse hasta antes de la fecundación.

Respecto al tiempo de conservación de los gametos, es aconsejable el término de 5 años para evitar que acontezcan desordenes genéticos o alteraciones hereditarias.

¹¹⁸ Moro Almaraz María Jesús, Ob. Cit. p 68

Además el artículo 317 de la Ley General de Salud establece que las células no podrán ser sacadas de territorio nacional. Y el artículo 318 dispone que para el control sanitario de los productos, de la disposición del embrión y de las células germinales se esté a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable, y a las demás disposiciones que al efecto se expidan.

Respecto del donador "no se le tendrá como padre del concebido, ni siquiera se le permitirá conocer la identidad del hijo"¹¹⁹. Lo mismo debe ocurrir hacia el concebido, que no tiene ningún derecho de investigar quien fue su progenitor biológico

"El donador de semen, para uso en la reproducción humana asistida es universalmente exonerado de cualquier responsabilidad legal con respecto al destino que el médico y sus pacientes den a sus gametos germinales. Se le equiparará a un donador de sangre que ignora el destino que se dará al fluido donado"¹²⁰. Sin embargo de acuerdo a nuestra legislación si en un juicio se ordenaran las pruebas biológicas permitidas, y se comprobara el lazo genético, se establecería la filiación con todos los efectos jurídicos aunque esa no fuera la finalidad de la donación.

Otro aspecto tomado en cuenta es que debe limitarse el número de fertilizaciones o inseminaciones a realizar con gametos del mismo donante para evitar la posibilidad de incestos inconcientes entre los hijos. También se debe llevar un registro de donadores con datos de identificación donde solo se tengan características físicas y genéticas generales del donante que en determinado caso pudieran ser importantes en el futuro.

Además, tanto el artículo 318 de la Ley General de Salud que estima que "para el control sanitario de los productos y la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley en lo que resulta aplicable y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan", como el artículo 56 párrafo III del Reglamento en Materia de Control Sanitario dice que la disposición de las células germinales se llevará a cabo de conformidad con lo que señalan las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría de Salud, pero las disposiciones contenidas en tales instrumentos no son suficientes para considerar plenamente reglamentado el tema pues hay disposiciones que no le son del todo aplicables ya que al hablar de sujetos o conceptos especiales, deben reglamentarse especialmente de acuerdo a las características específicas que los revisten, por lo que se hace necesaria una adecuada regulación del tema

¹¹⁹ Villalobos Olvera Rogelio, Ob. Cit. p 101

¹²⁰ Hurtado Oliver Javier, Ob. Cit. p 25

2.1.2.3.1. ANONIMATO DE LOS DONADORES

Una vez analizada la figura del donante en las técnicas de reproducción humana asistida con donante, entraremos al estudio del anonimato del donante.

“El sentido exacto del así denominado anonimato del donante exactamente quiere decir que se abra una barrera de desconocimiento y desconexión entre la persona del donante y la de los beneficiados.”¹²¹.

En las técnicas de reproducción humana asistida con donante las personas que cedan sus gametos para dichos fines deberán ser desconocidos por la pareja receptora e igualmente el donante deberá desconocer la identidad de la pareja que reciba los gametos para el tratamiento a su esterilidad esta se da para evitar problemas relacionados con el parentesco, sucesión o filiación y las obligaciones derivados de ellos.

Así en muchos lugares del mundo se atribuye el éxito de las técnicas con donante al anonimato, pues al ser donado el material es manejado por los médicos con cuidado, discreción y confidencialidad asegurando protección tanto a donantes como a donatarios.

Los motivos justificantes del anonimato son:

1.- Facilitar la donación, que sin este elemento sería difícil su existencia y da al donador la certeza de que el acto no le va a traer responsabilidades jurídicas.

2.- El bienestar del hijo, al que si se le revelara que fue producto de una técnica de reproducción humana asistida con donante podría producirle traumas psicológicos importantes e incluso rechazo social.

3.- Evita que se presenten problemas en la familia, pues al revelar la identidad del donador, la esposa podría reflejar sentimientos afectivos hacia quien hizo posible su maternidad y el esposo podría sentirse celoso o frustrado por no haber conseguido concebir un hijo, o viceversa.

4.- Protege a los usuarios que generalmente no desean que sus amistades o hijos, sepan que ha recurrido a las técnicas de reproducción humana asistida con donante y evitan propagar el origen del nacimiento.

¹²¹ González Morán Luis, Procreación humana asistida, aspectos técnicos, éticos y legales, Ed. Pontificia Comillas, Madrid, 1998, p 132

Al respecto el proyecto del Consejo de Europa dice en su párrafo 18 “como medida de buen procedimiento cualquier tercero que done gametos para el tratamiento de esterilidad debe ser desconocido para la pareja antes, durante y después del tratamiento, igualmente el tercero no debe tener conocimiento de la identidad de la pareja asistida”.

Sin embargo se han dado en la doctrina diferentes posturas al respecto:

Sistema abierto: Los que están a favor del derecho que tiene el niño a conocer su origen genético basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues debe darse la opción a los así nacidos a que una vez que cumplan la mayoría de edad conocer la identidad del donante, sin que ello amerite atribuirse una filiación o establecer un vínculo legal entre ellos, además el no saber su procedencia genética le puede traer problemas en el sentido de identidad del menor por el resto de su vida y la sensación de ser diferente a los demás.

Sistema cerrado: Consideran que la identidad del donante debe ser absoluta y no revelarse en ningún caso pues “con el anonimato lo que se pretende es que el donante no pueda reclamar ni ser reclamado como padre y para ello nada mejor que guardar secreto acerca de su identidad”¹²², evitando así el surgimiento de problemas psicológicos que afectarían tanto las relaciones de pareja como las filiales.

Un tercer punto de vista sostiene que solo se permita conocer la identidad del donante en los casos que no exista filiación paterna determinada o esta se haya impugnado.

Otra alternativa es la que aconseja tomar una postura intermedia que permita a los hijos o sus representantes, así como a las receptoras obtener información general sobre el donante, que le permita saber su origen étnico, antecedentes médicos de su progenitor “fundándose en la necesidad de que el hijo conozca sus antecedentes genéticos para prevenir enfermedades transmisibles en sus descendientes o para la curación de aquellas y para evitar uniones incestuosas”¹²³. Permitted únicamente la revelación del anonimato en situaciones extremas que impongan peligro de muerte a la persona así nacida siempre que dicha revelación sea indispensable para salvar la vida.

Hay que tener muy en cuenta que este problema debe resolverse de acuerdo al criterio de los padres pues ellos son los únicos responsables de

¹²² Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 111

¹²³ Villalobos Olvera Rogelio, Ob. Cit. p 10

tomar o no una decisión, consistente en revelarle que es producto de una fecundación asistida con donante y quien es ese donante que le dio la vida.

Así los centros médicos que realicen estas prácticas tienen la obligación de recoger y conservar todos los datos relativos al donante y la pareja los que deben ser secretos y llevarse en clave para evitar cualquier peligro de revelación de información que lleve a dar con su identidad, pudiendo solo tener acceso a datos generales de ellos. Esto también debe hacerse en un Registro Nacional de Donantes.

Es por el anonimato en cuestión que no debe ser posible permitir a los hijos así nacidos, investigar la paternidad o maternidad de sus procreantes pues éstos nunca tuvieron la intención de procrearlos y mucho menos de asumir las consecuencias que ello les generaría, así mismo tampoco se debe permitir que el donante pretenda reconocer a un hijo así nacido por que al donar el semen se obligó a permanecer en el anonimato y sería ir en contra de sus propios actos; sin embargo nuestra legislación al permitir como medio de prueba los derivados de los avances biológicos abre la posibilidad de llevar a cabo éstos actos jurídicos si se comprueba la compatibilidad genética, además no contamos con una regulación amplia sobre la donación de semen, solamente el artículo 327 de la Ley General de Salud establece que la donación de células con fines de trasplante se rige por principios de confidencialidad, el artículo 21 del Reglamento para la Investigación de la Salud al disponer en su fracción VIII “la seguridad de que no se identificará al sujeto y a que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad”. Aunque si hubo desconocimiento de paternidad o maternidad y el donante quisiera asumir su rol paterno podría permitírsele, pero solo en estos casos.

2.1.2.4. LOS MÉDICOS Y CLÍNICAS

“El médico es otra parte en el contrato por ser quien realiza la intervención y debe dar las constancias necesarias para acreditar la imposibilidad de los consortes de procrear por medios naturales un hijo y su compromiso de realizar la operación, cumpliendo las disposiciones legales aplicables en material de salud y de guardar el secreto profesional, tiene la responsabilidad de asegurarse de las condiciones del semen”¹²⁴.

Los profesionales que intervengan en la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, establecen 2 tipos de relaciones.

- 1.- La que une a los donantes con el centro.

¹²⁴ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 59

2.- La que une al centro con los usuarios de la técnica.

En todo caso deberá exigirse que la técnica de reproducción humana asistida que se practique sea hecha por “expertos en gineco-obstetricia o ginecólogos autorizados expresamente para realizar este tipo de operaciones, y solo se permitirá en clínicas debidamente instaladas y autorizadas para esos efectos”¹²⁵. Tal y como lo previene el artículo 335 de la Ley General de Salud al disponer que los profesionales de la salud que intervengan en la extracción de órganos y tejidos deberán contar con el entrenamiento especializado respectivo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables; por su parte el artículo 100 fracción V establece que “solo podrá realizarse por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes en relación a la investigación en seres humanos”, donde podremos incluir la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida en lo que le sean aplicables, y el artículo 315 de la misma ley al disponer los establecimientos de salud que requieren de autorización sanitaria son los dedicados a fracción III los bancos de células”, de donde se desprende que el profesional especializado debe actuar con pericia, pues él es quien debe elegir el gameto o embrión y asegurarse de que se cumplan los requisitos exigidos para llevarse a cabo estas técnicas. Además el profesional médico debe colocarse en una situación de equilibrio en la que se contempla la realidad y las posibilidades en beneficio del hombre y la comunidad, opinando con un criterio que salvaguarde los intereses de la persona y de la comunidad, evitando extremismos en uno u otro sentido.

Por su lado el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en su artículo 14 fracción VI dispone que “la investigación debe hacerse por profesionales de la salud con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de salud que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios que garanticen el bienestar del sujeto”, el artículo 114 dice que “se consideran profesionales de la salud aquellas personas cuyas actividades relacionadas con la medicina requieren de título profesional o certificado de especialización legalmente expedido y registrado por las autoridades educativas competentes”.

Los contratos en los que participa el centro autorizado son plurilaterales y deben reunir los requisitos legales y médicos necesarios, deben ser formales para efectos de comprobación, lo que establecemos

¹²⁵ Galindo Garfias Ignacio, La fecundación asistida en seres humanos, consideraciones jurídicas, Ob. Cit. p 155

desde ahora solo como breve referencia, pues se tratará el tema mas adelante.

El médico participa realizando la intervención más no garantiza resultados en la misma, practicándose la operación de acuerdo con la técnica médica aplicable en el caso, después cesa su responsabilidad clínica pero perdura su obligación al secreto, o sea es un acto que proporciona los medios y condiciones necesarios independientemente de los resultados.

También es obligación del centro médico o del profesional hacerle notar al paciente que su derecho a la reproducción es un privilegio compartido con su pareja, así mismo se le debe informar sobre la magnitud del riesgo de tener un hijo afectado o la posibilidad de que este desarrolle una enfermedad genética, también las consideraciones, éticas, médicas, jurídicas y económicas de la aplicación de las técnicas

Corresponde al médico o clínica elegir el donante mas adecuado a la pareja, al respecto el artículo 332 de la Ley General de Salud dispone que "la selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico en los términos que señale la Secretaria de Salud". El centro debe estar debidamente autorizado para realizar tales prácticas, por la Secretaria de Salud siempre que cumpla con todos los requisitos exigidos para ello.

Por si fuera poco corresponde, a "los centros médicos especializados asumir la responsabilidad última de la suerte de los embriones humanos, y que personas o equipo especializado ha de contribuir a la práctica de estas técnicas"¹²⁶, la responsabilidad sobre la guarda del anonimato la que comparte con los encargados del Registro Nacional de Donantes, si se realizan malas practicas con las técnicas de reproducción humana asistida o los materiales genéticos o si por omitir información o estudios se dañan intereses de donantes o usuarios, o por negligencia se transmitiera a los descendientes enfermedades congénitas hereditarias evitables con la práctica de estudios previos, por no tener instalaciones adecuadas o en buen funcionamiento causando un daño grave, por no llevar una historia clínica actualizada o por omisión del consentimiento por escrito, y en general todo acto u omisión imputable a su actuación; trayendo como posible consecuencia que "pueda derivar la posibilidad de pago de daños y perjuicios por negligencia e imprudencia en el desempeño de sus actuaciones en la operación"¹²⁷ o reparando, en su caso, el daño material o moral.

¹²⁶ Vidal Martínez Jaime, Ob. Cit. p 173

¹²⁷ Castro Murillo Juan de la Cruz, Ob. Cit. p 71

2.1.3. EL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El contrato en la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida puede ser de dos formas:

El llamado "contrato" de donación de gametos o, en casos limitados de embriones, es el hecho por medio del cual una persona cede sus células germinales a un centro autorizado, considerando por la mayoría de los doctrinarios que no es un contrato de donación por que los gametos humanos no pueden ser objeto de contrato alguno, no cumpliéndose con los requisitos exigidos sobre el objeto que pueda ser materia de contrato. Dicho hecho debe ser formal, escrito y lo tomaremos como donación porque así lo establece el capítulo II del título IV de la Ley General de Salud al disponer el artículo 320 que toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo total o parcialmente para los fines y con los requisitos previstos en este título; el artículo 321 nos define que la donación en materia de órganos, tejidos o células consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que en vida o después de su muerte su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes y el artículo 314, que pertenece a este título, dice que se entenderá como: fracción I.- Células germinales a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión, fracción. VIII.- Embrión al producto de la concepción a partir de ésta hasta el término de la duodécima semana de gestación como donador o donante al que tácita o expresamente conciente en la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización de trasplantes, además no hay relación jurídica entre los donantes de gametos y sus receptoras porque se parte del principio del anonimato del cual ya hablamos, y demás consideraciones que ya hemos planteado respecto al tema

El contrato que celebran la mujer y su esposo o concubino con el centro médico autorizado, que llevará a cabo la técnica de reproducción humana, se trataría de un contrato de prestación de servicios donde la obligación es de proporcionar medios al paciente y no resultados, o sea los médicos se comprometerán a poner los medios necesarios para que la fecundación pueda llevarse a cabo pero no garantizan su éxito. Éste contrato de inseminación asistida, es "aquel contrato consensual y formal, en el que el consentimiento debe ser expreso e informado y emitido de forma personal por persona mayor de edad, con plena capacidad de obrar, sin que pueda ser prestado por representante y considerando que tampoco puede ser autorizada judicialmente"¹²⁸. "La participación de los cónyuges en el contrato de inseminación artificial tiene por objeto constituir una relación jurídica que genere deberes, derechos y obligaciones paterno filiales produciendo

¹²⁸ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 98

consecuencias irrevocables"¹²⁹ aunque en nuestro Código Civil todavía no se le da tal validez.

Chávez Ascencio establece que "el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud requiere el consentimiento de la mujer y su cónyuge o concubinario para la practica de la fecundación asistida pero estima que se trata de un verdadero contrato en el que deben intervenir como partes los consortes, el médico y dos testigos"¹³⁰.

Para la celebración de uno u otro acto deben establecerse ciertos requisitos como que los participantes sean mayores de edad con plena capacidad de obrar, que la mujer tenga buena salud psicofísica, que se tenga un historial genético del donante y que se practiquen estudios psicológicos al marido o pareja para saber si está asimilando la magnitud del acto, además de los mencionados en el apartado respectivo.

Respecto de los elementos esenciales y de validez se siguen los principios de la teoría de las obligaciones en cuanto a la capacidad, vicios del consentimiento, objeto y motivos lícitos, la forma escrita, agregando que el consentimiento debe ser informado.

Consentimiento:

a).- Del donante: se exige la declaración de voluntad tanto del emisor del semen como del centro receptor del mismo, aplicándose las disposiciones que ya hemos mencionado.

b).- De la mujer: el consentimiento de la mujer es indispensable para que se puedan llevar a cabo este tipo de prácticas pues es en su cuerpo donde se realizan las intervenciones y se manipulará su organismo, sujetándose su consentimiento a lo que aplicara los artículos del 1503 al 1811 del Código Civil para el Distrito Federal. Al respecto la Ley General de Salud en su artículo 100 fracción I dispone que "se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, una vez enterado de los objetivos y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud", y el artículo 43 del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud precisa que "para realizar la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento de la mujer y el esposo o concubino". Además el artículo 466 de la Ley General de Salud establece como sanción al que sin consentimiento de la mujer, o aun con su consentimiento si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial se le aplicará prisión de uno a 3 años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación y si resulta embarazo se impondrá prisión de 2 a 8 años, además la mujer

¹²⁹ Chávez Ascencio Manuel. Ob. Cit. p 58

¹³⁰ Ibidem

casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

c).- Del cónyuge o concubino: El marido o compañero da su consentimiento para así poder llegar a tener un hijo, este consentimiento tiene un doble objetivo: hacer posible la práctica de la inseminación artificial en la mujer y asumir la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de la misma, siendo éste último el más trascendental. La inexistencia de consentimiento del varón de la pareja casada tendría importancia a efectos matrimoniales pues podría fundamentar la separación conyugal al existir en el artículo 267 Código Civil para el Distrito Federal una causal de divorcio expresa. Por su lado el artículo 43 del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud dispone que "para realizar la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento de la mujer y su cónyuge o concubino el que solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente y manifiesta o por que el concubinario no se haga cargo de la mujer o por riesgo para ella o el embrión". La Ley General de Salud en su artículo 466 párrafo segundo establece como prohibición a la mujer la practica de la inseminación artificial sin consentimiento del esposo.

Además, "la generalidad de la doctrina se declara a favor de la utilización de las nuevas técnicas genéticas, señala la necesidad de obtener el consentimiento del marido de la madre o del compañero, en el caso de una pareja estable, para convertirlo por obra y gracia de dicho consentimiento en padre legal del hijo habido por su mujer o compañera"¹³¹.

En el caso de los concubinos el consentimiento del varón habrá de reunir idénticos requisitos que los exigidos al cónyuge, agregando las disposiciones que acabamos de establecer sobre que se puede dispensar el consentimiento de éste si abandonó a la concubina, en cuyo caso no debe practicarse la inseminación.

Además de lo anterior, no puede determinarse solo el consentimiento sino que éste debe ser informado, pues "ninguna decisión puede considerarse libre si los individuos no conoce las posibilidades y las consecuencias de una elección"¹³².

Así, para considerar el consentimiento verdaderamente informado, nos remitiremos a lo estipulado por los artículos 20, 21 y 22 del Reglamento de la Ley general de Salud en Materia de Investigación en lo que le es aplicable de donde desprendemos que: "se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito mediante el cual autoriza su participación en el acto con

¹³¹ Vidal Martínez Jaime, Ob. Cit. p 150

¹³² Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 106

conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna”, o sea recibir una explicación clara y completa respecto a:

- La justificación y objetivos de la inseminación.
- los procedimientos que vayan a usarse y su propósito.
- Las molestias o los riesgos esperados.
- los beneficios que pueden obtenerse.
- los procedimientos alternativos que pudieran ser usados por el sujeto.
- La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta a los procedimientos relacionados con el tratamiento del sujeto.
- La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento.
- La seguridad de que no se identificará el sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.
- El compromiso de proporcionar información actualizada obtenida durante el estudio.
- La disponibilidad del tratamiento médico y la indemnización que legalmente tendrá derecho por parte de la institución médica de salud, en caso daños causados por la fertilización.
- El escrito en el que conste lo hará el investigador principal será revisado y aprobado por la comisión de ética de la institución de salud, indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que tengan con el sujeto de investigación, será firmado por los testigos y el sujeto de investigación, sino supiere firmar estampará su huella digital, se extenderá por duplicado quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación y/o de su representante legal.

El objeto materia del contrato es la prestación de un servicio, en el caso de los servicios del médico para lograr una fecundación y nunca las células germinales o embriones, pues el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal señala que la cosa objeto del contrato debe estar dentro del comercio y las células germinales y embriones no lo están por así establecerlo el artículo 327 de la Ley General de Salud al establecer la prohibición de comerciar con órganos, tejidos y células, dado que la donación de éstos con fines de trasplante se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y autorización serán estrictamente a título gratuito. Además sería una afrenta a la dignidad de la persona pues ella no es mercancía que tenga interés patrimonial.

Debe exigirse la forma escrita para estos actos. principalmente para el de inseminación artificial con donante, para evitar que alguna de las partes se retracte cuando ya se practicó la inseminación artificial o se rechace la filiación generada, siendo “el objeto de realizar el contrato de reproducción humana asistida para hacer constar la practica de las técnicas, que en un

momento dado pueda servir como base para crear una relación jurídica paterno filial con los correspondientes deberes jurídicos personales y las obligaciones y derechos patrimoniales económicos y la responsabilidad del médico que participa en la operación de inseminación o implantación de óvulo fecundado"¹³³. Además se considera que "en la reproducción asistida debe otorgarse el consentimiento en un acto jurídico expresado de manera formal a través de un notario público para eliminar vicios en la voluntad"¹³⁴, aunque hay que tener presente que con la legislación actual este contrato no tiene mas valor jurídico que el de permitir intervenciones lícitas en la integridad física pues en nuestra legislación no tiene eficacia vinculatoria el consentimiento otorgado, ya que nada impide al marido acreditar la imposibilidad física del acceso carnal con su mujer en los 300 días que precedieron al parto para destruir la presunción de paternidad, prueba que se robustecerá con la inexistencia del vínculo biológico mediante el desahogo de la pericial pertinente, y en caso de conflicto la decisión del juez sería fundamental.

Es por lo anterior que la administración pública debe dictar normas acordes al tema, pues al ser un problema de interés público, los centros médicos que realicen estas prácticas deben garantizar el uso adecuado de sus conocimientos médicos y el instrumental adecuado para la práctica de las técnicas, que actúen con toda pericia y cuidado, tomando todas precauciones para evitar causar daños y así evitar que puedan incurrir en responsabilidades.

2.2. BREVE SEMBLANZA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA MAS USUALES

Las técnicas de reproducción humana asistida son consecuencia de la inquietud que tiene el hombre, por tratar de perfeccionar la naturaleza o peor aún transformarle de acuerdo a sus necesidades, pues estas técnicas logran que el esperma germine al óvulo y las deficiencias en la trompa de Falopio o del útero son resueltas con la contribución de terceras personas, así a estas técnicas se les conoce como fecundación humana, de procreación humana artificial, de fecundación humana asistida o artificial, de concepción artificial, fertilización asistida, entre otras acepciones, pero todas nos llevan a la concepción con la ayuda de medios científicos.

"Dolores Loyarte clasifica la reproducción humana asistida en de baja, mediana y alta complejidad, la primera corresponde a la inseminación

¹³³ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 60

¹³⁴ Castro Murillo Juan de la Cruz, Ob. Cit. p 64

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

artificial, de mediana la inseminación artificial en las trompas y la de alta complejidad es la fecundación in vitro que requiere un laboratorio altamente especializado"¹³⁵.

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en la práctica de estas técnicas, aunque no hay unanimidad en cuanto a su alcance y extensión, o sea, en cuanto a cuales deben permitirse y quienes han de ser sujetos de las mismas; de lo que si estamos completamente seguros es de que solo deben usarse para remediar la esterilidad y cuando haya posibilidades de éxito sin que supongan riesgo previo para la salud de la mujer o la posible descendencia, pero nunca como medios alternativos de procreación, ni para la práctica de la eugenesia y manipulación genética como formas de seleccionar al ser humano, y menos aún para la producción de híbridos hombre animal donde se atenta contra la autenticidad del patrimonio genético humano, tampoco la implantación de embriones en el útero de mujer inconsciente manteniéndola con vida artificial, o la implantación en los hombres, implantación en parejas homosexuales al desnuclearizarse un óvulo y solo un miembro de la pareja aportar el elemento genético, ni para construir nuevas combinaciones de ADN llamadas recombinaciones, permitiendo crear quimeras o genomas artificiales, por ello "tiene que seguir reprobándose toda manipulación inherente a la inseminación arbitraria, que puede dar lugar a abusos para buscar una procreación relegando la relación conyugal".¹³⁶

2.2.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial es la técnica de reproducción humana asistida que consiste en la introducción del esperma en la mujer, sin que se asegure la fecundación.

Primeramente enunciaremos los conceptos que se manejan dentro de la doctrina.

"La inseminación artificial como género es el encuentro del espermatozoide y el óvulo en el genital adecuado de la hembra por la introducción del esperma del macho con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad de coito"¹³⁷.

¹³⁵ Loyarte Dolores y Adriana E. Rotonda, Ob. Cit. p 107

¹³⁶ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 50

¹³⁷ Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit. p 272

Inseminación artificial es "el proceso en el que, previa su extracción el semen es introducido en la vagina, en el cuello del útero, o en el interior del útero para que se logre la concepción"¹³⁸.

"Es la técnica mas común y la que ofrece mayores garantías, es la introducción de los espermatozoides, debidamente preparados, en la matriz de la mujer usando jeringas, lo que no requiere de técnicas especiales, ni produce riesgos importantes para la receptora"¹³⁹.

El diccionario terminológico de ciencias médicas dice que inseminación artificial es la introducción, por medio de instrumentos, del semen en la vagina o la matriz para producir el embarazo, práctica corriente en veterinaria, en tanto que la fecundación es la impregnación del óvulo maduro por el espermatozoide y la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

Gisbert Calabuig entiende a "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"¹⁴⁰.

Inseminación artificial "es cualquier procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante cualquier artificio y en definitiva, puede entenderse por dicha técnica aquel proceso genético que prescinde de la unión sexual fecundadora y natural reemplazándola por otro procedimiento"¹⁴¹.

En la inseminación artificial "se introduce por medios artificiales el semen en el útero de la mujer. Este sistema se denomina también de primer grado ya que la inoculación de los gametos masculinos provoca una fecundación intrauterina dejando el resto del proceso en manos de la naturaleza, sería posible la mezcla de distintos sémenes, dando lugar a la inseminación artificial mixta o combinada para crear en el hombre la ilusión de que el hijo pudiera ser suyo, si bien esta clase se considera como infracción muy grave por la ley"¹⁴².

Jaime Vidal dice que "es un hecho médico, mediante el cual se introduce en el aparato genital femenino el semen previamente

¹³⁸ Zannoni Eduardo A., Ob. Cit. p 469

¹³⁹ Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 30

¹⁴⁰ Gisber Calabuig, citado por Soto La Madrid, Ob. Cit. p 19

¹⁴¹ Martínez Perea J. M. y Masigoge Benegiu, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español, Ed. Dikynson, Madrid, 1999, p 18

¹⁴² Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, Ob. Cit. p 76

recolectado"¹⁴³. "Consiste en la fecundación de una mujer con semen de su marido o conviviente, gracias a una ayuda instrumental"¹⁴⁴.

"Se produce al margen de la cohabitación sexual o sea la unión entre espermatozoide y el óvulo fuera de coito, la Inseminación es el medio y la fecundación es el fin perseguido de ahí la diferencia entre una y otra, se considera artificial por que se utiliza un artificio instrumental pero en ambos casos se da una fecundación natural"¹⁴⁵.

Inseminación artificial "es un método de fecundación asistida que consiste en colocar los gametos masculinos en alguna parte de la vía genital femenina generalmente después de realizar la correspondiente capacitación fecundante de los espermias en el laboratorio"¹⁴⁶.

La inseminación artificial "es el conjunto de técnicas creadas por el hombre, independientemente de la forma natural, destinadas a poner en contacto los elementos ontogenéticos del hombre y la mujer, con el pretendido resultado de una fecundación"¹⁴⁷.

"Fecundación artificial es la introducción del espermia en el interior de los órganos genitales de la mujer, de un modo que no sea una relación sexual"¹⁴⁸.

La inseminación artificial "es la técnica que consiste en colocar el espermia en una capa plástica que se adapta en contacto directo con el cuello uterino en el momento de la ovulación, o bien se inyecta semen previamente preparado, mediante una cánula dentro de la cavidad uterina"¹⁴⁹.

Entenderemos a la inseminación artificial, en base a las características mas comunes de las definiciones anteriores, como la técnica de reproducción humana asistida consistente en la introducción de los espermatozoides preparados en la vagina o matriz de la mujer usando medios mecánicos sin la existencia de la relación sexual, dejando el resto del proceso en manos de la naturaleza sin que se garantice la fecundación.

¹⁴³ Vidal Martínez Jaime, Ob. Cit. p 119

¹⁴⁴ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 63

¹⁴⁵ Ídem p 15

¹⁴⁶ Galván Rivera Flavio, Ob. Cit. p 76

¹⁴⁷ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 2

¹⁴⁸ Flores García Fernando, Efectos Jurídicos de la fecundación asistida en la especie humana, Ob. Cit.

p 31

¹⁴⁹ Massaglia de Basigalupo María Valeria, Ob. Cit. p 53

“La inseminación artificial puede ser homóloga que tiene lugar cuando la mujer es fecundada con semen del marido y la heteróloga en el caso de que el semen proceda de un varón distinto del esposo”¹⁵⁰, aunque sería más correcto hablar de inseminación artificial del cónyuge o concubino o inseminación artificial con donante cuando el semen procede de persona ajena a la pareja”¹⁵¹.

El acudir a la inseminación artificial o introducción del esperma en las vías genitales de la mujer gracias a un medio o instrumento, puede ser el único remedio a la esterilidad de una pareja en diversas hipótesis. A título indicativo señalaremos como más frecuentes las siguientes:

1.- Cuando las relaciones sexuales normales son imposibles:

Por una malformación en la vagina de la mujer.

Por un obstáculo funcional de la vagina femenina (vaginismo).

Por impotencia masculina

Por eyaculación precoz.

2.- Cuando la secreción necesaria para la ascensión de los espermatozoides es insuficiente o de mala calidad (acidez vaginal).

3.- Cuando los espermatozoides en números insuficientes o su vitalidad está disminuida.

En las indicadas hipótesis la esterilidad de la pareja se remedia con la ayuda de esta técnica, pero el material utilizado pertenece a la propia pareja, en concreto el semen procede del marido o compañero extraído y depositado con anterioridad.

En otros supuestos, el único remedio para aliviar la esterilidad de la pareja consiste en acudir a la inseminación artificial con semen de un donante, supuesto en el que el hijo no procede genéticamente más que de un miembro de la pareja. Los casos más significativos son los siguientes:

La inseminación artificial homóloga, es la que menor conflicto presenta pues tanto el padre que aporta el semen como la receptora son los progenitores legales, al ser genéticamente correspondiente a ambos consortes, además el nacido es hijo de matrimonio, su filiación y situación jurídica está prevista en la legislación, existiendo identidad entre la filiación legal y la consanguínea, también se seguirían las reglas generales aplicables para los trasplantes en la Ley General de Salud. En nuestra legislación solo obtendría como consecuencia negativa la causal de divorcio cuando inseminación artificial se practica sin consentimiento del marido.

¹⁵⁰ Martínez Peredo J. M., Ob. Cit. p 18

¹⁵¹ Soto la Madrid Miguel Ángel. Ob. Cit. p 22

La inseminación artificial heteróloga o con donante, es la que mas problemas ha causado, pero constituye una opción válida proporcionando a la pareja la oportunidad de compartir entre sí los problemas de la gestación y el parto dando ilusiones, aunque sea ficticias de lograr la paternidad o maternidad tan anhelada por los seres humanos. En este tipo de reproducción es necesario el consentimiento de ambos cónyuges por tratarse de un elemento genético extraño, además por que implica la asunción de paternidad aunque disocie lo genético de lo obstétrico. Por otro lado, la inseminación artificial heteróloga o con donante requiere de un acto jurídico consistente en que la pareja acepte someterse a estas técnicas usando un elemento genético extraño (ART. 466 Ley General de Salud y 43 Reglamento en materia de investigación para la salud). Un punto en contra de la inseminación artificial heteróloga es que puede producir consecuencias psicológicas negativas acentuar el complejo de inferioridad del compañero, culminar con el rechazo por parte del varón, del hijo de la cónyuge, crear tensiones entre el esposo de la madre y el hijo de ésta, pues este constituye un recuerdo permanente de la infertilidad de aquel y pudiese contagiar tales diferencias a la relación de pareja.

Ventajas de la inseminación artificial:

"Permite superar la esterilidad de la pareja pero no la cura, o sea, que no es una terapia física"¹⁵².

El hijo nacido será descendiente consanguíneo de al menos uno de los cónyuges o concubinos La esterilidad permanece en secreto, evitando grandes traumas a la pareja.

Evita recurrir a la adopción y con ello realizar los trámites burocráticos para llevarla a cabo.

Otro punto importante es que el éxito de la inseminación artificial no es al 100% pues con gran frecuencia hacen falta varias inseminaciones para obtener una fecundación, así la inseminación artificial se realiza en general, por 6 ciclos, lográndose más embarazos exitosos en los 3 primeros ciclos, y las probabilidades de éxito por ciclo es del 8% pero del 50% en un año, lo que viene a ser la tasa de éxito de la fecundación natural, la tasa de malformaciones es del 2% menor a la fecundación natural, lo que resulta lógico dadas las precauciones de las que se rodea el hecho.

Solo debe practicarse por profesionistas especializados con instrumental médico adecuado y se hace en los días adecuados que se establecen con exámenes del cuello y la mucosa cervical, dejando

¹⁵² Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 24

introducido el material genético, el proceso se de naturalmente, dejando que la fecundación se produzca al azar.

El proceso de inseminación artificial se realiza de la siguiente forma: el esperma se obtiene, sea que trate del marido o de un donante, en un recipiente estéril y se deja transcurrir de 15 a 30 minutos para obtener su lucubración, procediendo a tratar de uno a 2 mil, imitando las condiciones naturales se limita el plasma seminal por dilución y centrifugación, se pasa a una selección de espermias, después se le añade un medio de cultivo artificial, después de 30 minutos se selecciona los espermatozoides que han llegado a la superficie pues son los más activos, después se introducen en la vagina o el útero.

En nuestro país este tipo de prácticas se da muy frecuentemente, existiendo un sinnúmero de clínicas que las realizan libremente y sin restricciones.

2.2.2.FECUNDACION IN VITRO

Otra técnica probada para resolver problemas de esterilidad, de las mas usadas y controvertidas es la que se conoce como fecundación *in vitro*, llamada así porqué en lugar de que la unión entre el óvulo y el espermatozoide se produzca, como naturalmente sucede en la trompa de Falopio, ésta se lleva a cabo en el laboratorio. Los primeros resultados obtenidos con esta técnica datan de 1944 en Estados Unidos de América y de 1958 en la Unión Soviética, aunque el primer producto llamado Luise Brown nace en 1978. Tal fecundación también puede ser con elementos genéticos de la pareja o de donantes, e incluso transferirse embriones.

Entre las definiciones que encontramos de fecundación *in vitro* tenemos:

“La fecundación *in vitro* es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el esperma del padre”¹⁵³.

“Fecundación *in vitro* es un término genérico que denomina varios métodos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad. El método mas frecuente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización *in vitro* con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquel procedió. Un segundo método es una variación del primero en cuanto a que el semen fecundante proviene de un tercero o

¹⁵³ Vidal Martínez Jaime, Ob. Cit. p 155

donante. Un tercer método conlleva la utilización de óvulo y semen de donantes”¹⁵⁴.

“La fecundación in vitro es una técnica que consiste en la obtención de gametos de ambos sexos para la fertilización de los ovocitos en el laboratorio y posterior transferencia de embriones en fase de morula o la cavidad uterina”¹⁵⁵.

“Fecundación in vitro es un método de fecundación asistida que consiste en unir los gametos masculino y femenino extra-corpóreamente dentro de un laboratorio mediante el uso de un tubo de ensayo o cualquier objeto idóneo para tal efecto”.¹⁵⁶

“La fecundación in vitro es un proceso médico científico de varias etapas, tendiente a subsanar problemas de esterilidad y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial, lograda la fusión y conseguido el embrión fuera del claustro materno, es luego trasplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural”¹⁵⁷.

“La fecundación in vitro es aquella técnica utilizada en las mujeres consistente en la eliminación de la obturación existente en las trompas de Falopio, para introducir allí el óvulo fecundado previamente en el laboratorio para su posterior reimplantación en el útero”¹⁵⁸.

“En la fecundación in vitro se unen óvulo y espermatozoide fuera de su medio natural, en una probeta y luego se introduce el embrión logrado en el útero de la mujer, dado que la unión de los gametos se hace fuera de la mujer y luego se le implanta el embrión, se denomina de segundo grado, considerándose de tercer grado si se congela el embrión para usarse después”¹⁵⁹.

“La fecundación in Vitro consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el status embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del décimo cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar críoconservado”¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Brenna Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 10

¹⁵⁵ Marino Barbero Santos, Ingeniería genética y reproducción asistida, Ed. Artes gráficas benzal, España 1989, p 83

¹⁵⁶ Galván Rivera Flavio, Ob. Cit. p 78

¹⁵⁷ Córdoba Jorge Eduardo, Ob. Cit. p 26

¹⁵⁸ Martínez Peredo Rodríguez J. M., Ob. Cit. p 19

¹⁵⁹ Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, Ob. Cit. p 76

¹⁶⁰ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 137

“La fecundación in vitro 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 éste fenómeno se realice intracorpore, o dicho de otra forma, la Fecundación In Vitro consiste en obtener embriones humanos en discos de vidrio de un laboratorio, para luego, previa selección destinarlos a la transferencia al útero materno, o a la congelación para una eventual transferencia ulterior”¹⁶¹.

Así el concepto que manejaremos de fecundación in vitro, en base a los elementos mas comunes de las definiciones anteriores, es la técnica de reproducción humana asistida consistente en provocar la unión del gameto femenino y masculino fuera del seno materno, o sea en el laboratorio para su posterior implantación en la cavidad uterina.

En un principio con la fecundación in vitro solo se pretendía puntear las trompas de Falopio cuando eran impermeables al paso de los espermatozoides, posteriormente la técnica se extendió para solucionar otros problemas entre los que podemos señalar:

Causas femeninas.-problemas de factor tuboperitoneal; endometriosis por la alteración del factor tuboperitoneal y también por sí misma, como causa de esterilidad; factor cervical; esterilidad de causa inmunológica.

Y por causas masculinas: oligozoospermia; Astenozoospermia, etc. ello porque se necesitan unos 100.000 espermatozoides por ovocito para conseguir una fecundación, lo que ocurre es que, con frecuencia, el problema del número de espermatozoides se añaden factores patológicos que disminuyen la capacidad fecundante de aquellos.

Y causas mixtas: masculinas y femeninas por esterilidad de origen desconocido.

De lo anterior notamos que la fecundación in vitro puede ser llevada a cabo con células germinales de la propia pareja o con elemento femenino o masculino extraño o con ambos elementos extraños, pero siempre que la mujer pueda recibir en su seno el embrión.

La fecundación in vitro ha sido un parte aguas en toda la historia de la inseminación artificial pues las posibilidades procreativas se amplían haciendo toda una gama de combinaciones. Pudiendo tener 2 tipos de aplicación “uno como recurso terapéutico, y otro como medio alternativo

¹⁶¹ Massaglia de Basigalupo María Valeria, Ob. Cit. p 56

para la procreación, si se considera recurso para superar los impedimentos físicos y fisiológicos de una mujer para procrear, solamente debe permitirse tener acceso a él las mujeres estériles cuando la medicina no ofrezca otros medios para curarla. Si se le considera un medio alternativo para la procreación, tendrían acceso a ella no solamente las mujeres estériles sino también, las que por distintas razones desean evadir la fecundación natural¹⁶².

Ésta técnica “consiste en una operación quirúrgica llamada laparoscopia practicada a una mujer por medio de la cual se le extraen varios óvulos después de haberle provocado la producción de ovocitos por estimulación hormonal, esos óvulos son colocados en un medio nutritivo para luego hacerlos germinar con el esperma en una probeta, después de 2 días y medio empieza una división celular y el óvulo empieza su desarrollo, es necesario regresarlo al útero de una mujer quien ha sido preparada cuidadosamente para recibir el óvulo germinado y recibir un segundo tratamiento hormonal¹⁶³.

En resumen la fecundación in vitro se desarrolla fundamentalmente en tres pasos:

Primero: la obtención del óvulo u óvulos extrayéndolos de la cavidad abdominal (ovocitos próximos a su maduración).

Segundo: la puesta en contacto de los óvulos con espermatozoides y el logro de la fecundación incluyendo las primeras divisiones celulares.

Tercero: la transferencia del embrión de pocas horas, al interior del útero para que allí se realice el proceso de anidación y continúe el desarrollo embrionario.

Otro gran avance que ha permitido la fecundación in vitro ya homóloga o heteróloga, es que se ha comprobado que los espermatozoides resisten bien las bajas temperaturas y mediante una técnica especial puedan ser congelados y posteriormente descongelados para la utilización sin demasiados perjuicios, pero respecto a la congelación de gametos femeninos, aún no se ha tenido un éxito tan grande como el de los espermatozoides, pese a ello en nuestro país ya se produjo un nacimiento con óvulo congelado. El procedimiento de congelación es el siguiente: el semen debe disolverse en una solución especial crioprotectora, posteriormente se licua de 15 a 30 minutos a temperatura ambiente: se observa microscópicamente una muestra para evaluarlo y luego se procede a mezclarlo con una solución crioprotectora y se distribuye en tubos plásticos, luego se les expone a vapores de nitrógeno durante 10 minutos y se les sumerge en nitrógeno

¹⁶² Hurtado Oliver Javier, Ob. Cit. p 52

¹⁶³ Quevedo de Carrera Rosa Edilia, Los efectos de la procreación Humana Artificial a las instituciones de derecho civil, Revista jurídica nueva época, No. 16, Villa Hermosa Tabasco, 1998, p 86

líquido, finalmente son almacenados en bombonas llenas de nitrógeno líquido pudiendo conservarse así hasta 20 años o más.

Con la fecundación in vitro fue posible llevar a cabo la congelación de embriones pudiendo transcurrir un gran lapso de tiempo entre la fecundación y la implantación, de ahí que uno de los grandes problemas que plantea es que su práctica exige la extracción y fecundación de un gran número de embriones, de los cuales se transplantan a la mujer aproximadamente tres, para evitar el riesgo de partos múltiples numerosos, ya que aunque la anidación de todos los embriones implantados es muy difícil no es imposible. Con lo que queremos decir que se fecundan más óvulos de los que se implantan, ocasionando que se establezcan bancos de embriones lo que adquiere mayor relevancia si se considera persona al concebido. Además, debemos aunar que también es muy posible que se puedan crear usando la fecundación in vitro, embriones con fines comerciales o netamente científicos como la investigación o experimentación. Otro problema a considerar es que en el proceso de procreación mediante la fecundación in vitro se produce un gran número de embriones muertos debido a su fragilidad ante su manejo por los médicos.

Respecto de la fecundación in vitro con donante, esta puede provocar la disociación de los elementos genético y biológico en la filiación tanto paterna como materna y agravando el problema da la posibilidad de tener acceso a la maternidad subrogada, en donde la mujer que sufrirá el embarazo y el parto no será la que aportó el elemento genético.

También tenemos que considerar que lo oneroso de la fecundación in vitro ocasiona que pocas parejas tengan acceso a ella pues los expertos han señalado que el costo para someterse a esta práctica oscila entre los 200 y 500 mil pesos siendo inaccesible para la mayoría de las personas.

Sin embargo, pese a todos los problemas enunciados anteriormente, en nuestro país aún no hay una legislación adecuada respecto al tema.

2.2.3. LA TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS

“La transferencia Intratubaria de gametos es la técnica en la que los óvulos recién extraídos y los espermias frescos se depositan en las trompas en el momento de la extracción y se manipulan en el interior de las mismas”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, Ob. Cit. p 77

“La transferencia intratubaria de gametos (TIG), es la técnica ideada por el médico Ricardo Ash que consiste en captar los óvulos de la mujer a través de laparoscopia y al mismo tiempo el esperma del marido, se coloca a ambos gametos en una cánula especial debidamente preparados y los introduce en las trompas de Falopio”¹⁶⁵.

“La transferencia intratubaria de gametos consiste en colocar en cada una de las trompas 2 óvulos también extraídos mediante laparoscopia y espermatozoides para que fecunden a aquellos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción”¹⁶⁶.

“La transferencia intratubaria de gametos consiste en la introducción de óvulo y espermatozoides en la trompa de Falopio para su fertilización, desarrollo y alumbramiento natural, se puede transferir el embrión al útero de otra mujer”¹⁶⁷.

“La transferencia intratubaria de gametos consiste en transferir los gametos dentro de las trompas de la mujer. La forma de obtenerlos es la misma que la descrita para la fecundación in vitro. Los ovocitos una vez identificados son colocados en una cánula junto a los espermatozoides y a través de laparoscopia se devuelven a la trompa, se deja transcurrir de 12 a 14 días para comprobar si hubo implantación”¹⁶⁸.

“La transferencia intratubaria de gametos consiste en la colocación directa de estos en la trompa por vía abdominal mediante laparoscopia y sería un procedimiento que evitaría la manipulación extra corpórea del óvulo y sobre todo del embrión”¹⁶⁹.

La transferencia intratubaria de gametos tiene ciertas ventajas como:

- +La colocación de los gametos en la trompa permitiría que la fecundación ocurriera en el lugar en que habitualmente se produce.
- +Los factores que determinan la implantación del huevo fecundado serían los mismos que en el ciclo natural, llegando aquél a la cavidad uterino cinco o seis días después de la ovulación, mientras que la transferencia de embrión los introduce a los dos días de la Fecundación In Vitro.
- +Sobre todo se evitaría el manipular extracorpóreamente al embrión

¹⁶⁵ Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 30

¹⁶⁶ Zannoni Eduardo A., Ob. Cit. p 471

¹⁶⁷ Barragán C. Vela Patricia, La reproducción humana asistida, marco jurídico, Jus, No. 3, Durango México, 1991, p 2

¹⁶⁸ Massaglia de Bacigalupo Maria Valeria, Ob. Cit. p 59

¹⁶⁹ Marino Barbero Santos, Ob. Cit. p 77

Los inconvenientes residen en que debe realizarse siempre mediante laparoscopia, con los riesgos que genera una anestesia general, siendo así que en la fecundación in vitro actualmente la tendencia mayoritaria es la de sustituir la laparoscopia por funciones guiadas por ecografía menos traumáticas.

El éxito de la técnica en mención, es de entre el 35 y 40% de éxito en los casos, siempre que la mujer presente trompas sanas.

2.2.4. MATERNIDAD SUBROGADA

Una de las técnicas más controvertidas es la llamada maternidad subrogada, maternidad de alquiler, maternidad sustituta, etc., pues hoy en día con los adelantos científicos, el que un niño sea concebido en el vientre materno ya no es imprescindible ni que la mujer que lo procrea genéticamente sea necesariamente la que lo traiga al mundo, así esta técnica es una solución a la infertilidad que no se ha podido resolver por ningún otro medio y más aún, cuando se unen infertilidad y esterilidad se puede recurrir a la donación de óvulo y a la prestación de vientre para concebir y gestar a través de otra, sin embargo es la técnica más complicada que existe en el sentido tanto jurídico como social, ello en razón del número de participantes en el nacimiento.

Los autores la han definido de diferentes formas:

“Las madres portadoras es la técnica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con intención de entregárselo después de su nacimiento”¹⁷⁰.

“Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”¹⁷¹.

“La maternidad subrogada es un contrato por el cual una pareja contrata con una mujer para que a esta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolle hasta su nacimiento de modo que a posteriori, lo entregue a la pareja solicitante”¹⁷².

La licenciada Tamara Kolingui de la Universidad Anáhuac dice que “la Maternidad Subrogada es el contrato en virtud del cual una mujer llamada

¹⁷⁰ Martínez Peredo Rodríguez J. M., Ob. Cit. p 20

¹⁷¹ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 165

¹⁷² Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 74

madre incubadora acepta ser inseminada con el semen del marido cuya esposa es infértil o no tiene capacidad para cargar el bebé durante el periodo de gestión. Ella carga al bebé durante 9 meses y después del nacimiento se tramitará un procedimiento de adopción para entregar al niño a la pareja, cediendo la incubadora los derechos parentales que la ligan a la criatura a causa del nacimiento, rompiendo cualquier lazo que pudiera existir, muchas veces se acuerda una compensación a la madre incubadora¹⁷³.

“La maternidad subrogada o arriendo de útero, son las prácticas destinadas a inseminar a una mujer artificialmente con el esperma del hombre contratante o que se le implante un embrión formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma del esposo de la mujer contratante para procrear y/o sobrellevar dar a luz al niño. Una vez nacido el niño es entregado a la mujer o pareja que encargó la gestación, renunciando la gestante a cualquier derecho maternal o de filiación con ese niño”¹⁷⁴.

“La maternidad subrogada consiste en que una mujer gratuitamente o a cambio de una prestación, permite que en su útero se implante un óvulo de la esposa fecundado con el esperma del esposo de ésta y la aceptante llevará en su vientre durante el lapso del embarazo, a ese producto que no se generó con óvulo de ella, ni con esperma de su compañero”¹⁷⁵.

“Maternidad subrogada es la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y comisión o en cargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como madre propia”¹⁷⁶.

La legislación australiana define tal técnica como el acuerdo mediante el cual una mujer da a luz un niño para otra, con la intención de entregárselo tan pronto nazca o poco después de su nacimiento.

Así la definición mas simple que se tomará para entenderla sin entrar en complicaciones será: la técnica de reproducción humana asistida que mediante una fecundación in vitro del óvulo de una mujer y esperma de su marido, generalmente, se implanta en otra mujer que gratuita u onerosamente lo gaste hasta el nacimiento y después entregarlo a la que dio el óvulo.

“La madre sustituta es la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena; es una mujer fértil, que acuerda mediante contrato ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su

¹⁷³ Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit. p 291

¹⁷⁴ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 11

¹⁷⁵ Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit. p 291

¹⁷⁶ González Morán Luis, Ob. Cit. p 147

esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y además renuncia a sus derechos maternos filiales sobre el hijo de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo"¹⁷⁷.

El enorme problema que nos plantea la maternidad subrogada es en relación a la maternidad, al considerarse por algunos autores que esta técnica puede darse de 2 formas:

PLENA: cuando la mujer gesta y aporta el óvulo para que previa su fecundación con el esperma del esposo o un tercero, geste el producto y lo entregue a la pareja.

PARCIAL: cuando la mujer gesta un embrión fecundado In-vitro formado por el óvulo de la esposa y esperma del esposo.

Por lo anterior pueden darse varios tipos de maternidad:

=Plena: gesta al producto y aporta el óvulo

=Parcial: sólo gesta o sólo aporta el óvulo.

=Educativa o afectiva: Es la maternidad de deseo que puede o no coincidir con la biológica.

=Legal: es la aceptada por las leyes que rigen.

Presentándose problemas al momento de determinar ésta última que es la que legalmente tendrá los derechos y obligaciones que se deriven de ella.

Otro gran problema que se presenta es el que se relaciona con el contrato de maternidad subrogada, al ser un punto enormemente controvertido al establecerse su validez, su práctica y todo lo que con ello contrae, sin tratar de ahondar demasiado en el problema pues constituye otro gran tema de investigación, solo hacemos notar que en nuestro país la escritora mexicana Carmen García Mendieta afirma que el contrato celebrado entre la pareja estéril y la madre subrogada es inexistente para el derecho mexicano. Argumenta ella que el artículo 1794 Código Civil para el Distrito Federal requiere como condición de existencia un objeto que pueda ser materia del contrato lo que es cierto, saltando después al artículo 1825 del mismo ordenamiento, donde se establece que la cosa objeto del contrato debe: 1) existir en la naturaleza, 2) ser determinada o determinable, 3) estar en el comercio, por lo que el contrato debe ser inexistente. Así lo ratifica Galindo Garfias al afirmar que: "los convenios de cualquier naturaleza que sean, sobre préstamo de útero son jurídicamente inexistentes por falta de objeto posible y además su celebración es un acto delictuoso como lo establece el Código Penal del Distrito Federal por que a través de él se atribuye la maternidad de una persona a la mujer que no es la madre

¹⁷⁷ Vidal Martínez Jaime. Ob. Cit. p 180

biológica y porque contribuye a una usurpación del estado civil de otro". (Artículo 277 fracción I Y V)¹⁷⁸.

Sin embargo que el contrato de maternidad subrogada sea inexistente o nulo de pleno derecho, no quiere decir que en nuestro país no se realice, sino que su cumplimiento no puede ser exigido ante los tribunales y menos tratándose de un tema tan importante para la sociedad como es la maternidad.

Existen algunos argumentos a favor de la maternidad subrogada como:

*"Se trata de una solución a la infertilidad, aunque demasiado sofisticada.

*No siempre hay acuerdos leoninos..

*No se conoce la real extensión de la vinculación del hijo con la portadora y esto no ha supuesto obstáculo para la adopción"¹⁷⁹.

En otro sentido, los problemas que puede plantear la maternidad subrogada son:

+Que se tome a la criatura como un objeto sobre el que se pueden hacer negocios, lesionando la dignidad humana.

+Que la mujer gestante desee quedarse con el niño.

+Que ni la gestante ni quien solicitó el proceso quieran quedarse con el niño.

+Que el hijo pueda nacer con enfermedad y nadie lo quiera.

+Que se detecte anomalía en el producto y se solicite el aborto terapéutico negándose una de las partes.

+Que la gestante muera a consecuencia del parto.

+La validez del contrato de maternidad subrogada por su objeto.

+Que se realicen estas prácticas reiteradamente con fines lucrativos, llegando hasta crear asociaciones que se dedican a ello.

+Que se considere la maternidad como la prestación de un servicio llegando al grado de ser un trabajo.

+Que no se cumpla el contrato, en caso de haberlo.

+Que por causas imputables a la gestante, el producto nazca enfermo o malformado.

+Que se implante el óvulo fecundado en una mujer muerta o inconsciente para su gestación.

Y así podemos enumerar un sin fin de problemas que esta práctica nos traería, pero sería demasiado extenso y como lo hemos mencionado, es

¹⁷⁸ Galindo Garfías Ignacio, La fecundación asistida en humanos consideraciones jurídicas, Ob. Cit. p 160

¹⁷⁹ Moro Almaraz María Jesús, Ob. Cit. p 88

tema de una investigación completa, por lo que sólo se trató de dar una mención general al ser una técnica de reproducción asistida.

En nuestro país “la maternidad subrogada ha recibido el rechazo de la doctrina y generalmente la prohibición legislativa en razón de los múltiples problemas de filiación, paternidad y la maternidad que plantea”¹⁸⁰. Pero al no existir un texto legal que regule la subrogación de vientre, ésta puede practicarse libremente, y los conflictos que surjan deben resolverse recurriendo a las consideraciones de los jueces, al respecto Ingrid Brena dice: “que antes de tratar de legislar sobre un tema tan controvertido, se debe reflexionar profundamente y con un determinado consenso social, si los beneficios que se obtienen justifican la práctica de esa subrogación que rompe con los principios biológicos y éticos de la maternidad y que permite que un hijo se convierta en objeto de transacción”¹⁸¹.

En mi opinión la maternidad subrogada en nuestro país debe permitirse solo en casos altruistas entre parientes cercanos para evitar que surjan conflictos legales en torno a la las instituciones de derecho de familia.

2.2.5. INSEMINACIÓN POST MORTEM

Una variante de la inseminación artificial o fecundación in vitro es la inseminación post mortem que se da por la posibilidad de congelar el semen por largo tiempo aún después de la muerte del progenitor, consiste en la práctica de fecundación en la que el dador del esperma es el esposo o pareja de la mujer y la inseminación se realiza después de su muerte.

Esta práctica ha sido fuertemente rechazada por considerarse que:

1.- No es de uso terapéutico, así lo expresa Cárcaba: “al admitir la inseminación post mortem no siendo la mujer estéril no nos encontramos ante una técnica practicada con finalidad terapéutica en sentido estricto, sino que ya estamos en el campo de las procreaciones artificiales de conveniencia en el terreno de la procreación alternativa”¹⁸².

2.- La manipulación con el semen del marido no puede quedar el arbitrio de la viuda ni depender de la decisión de esta última al proceder a la inseminación después de que el marido ha muerto.

¹⁸⁰ Villalobos Olvera Rogelio, Ob. Cit. p 108

¹⁸¹ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 13

¹⁸² Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 83

3.- Hay conflicto de intereses entre el deseo del progenitor y su esposa de sobrevivir en el hijo y el derecho del hijo por nacer, pues se le está condenando a ser huérfano deliberadamente y en mi opinión considero que ambos derechos son importantes, pues si bien, el derecho a procrear está tutelado por la norma jurídica los psicólogos han afirmado que presentan mayor estabilidad emocional los niños que crecen en el seno de una familia con padre y madre que aquellos que sólo tiene madre, lo que influye en su desenvolvimiento ante la sociedad que los rodea.

4.- En la inseminación post mortem no interviene el interés del niño sino de la viuda, al alargar en el niño la vida del padre o por intereses económicos como sería formar parte de la sucesión hereditaria a través del hijo, entrando a la reproducción por conveniencia.

5.- Se considera injusto para el menor el programar su venida al mundo cuando su progenitor ya ha fallecido, privándolo de tener un hogar y un padre y si bien esto ocurre, en caso de los hijos póstumos o de las madres solteras, lo reprochable aquí es que esa situación se elige deliberadamente.

6.- Resulta injusto hacer venir a un hijo que no pertenecerá a una familia y si bien, las leyes no obligan que todo niño deba tener un padre y una madre si se ha consagrado el derecho de toda persona a tener una familia, en la medida de lo posible y salvo casos aislados, al hacerlo venir a este mundo sabiendo que no tendrá el apoyo paterno, aunque si bien no podemos negar que existen muchos niños sin padre en el mundo, ello se debe a situaciones inevitables no buscadas a propósito, y al saber certeramente que ese ser no tendrá padre se le estaría privando de ese derecho premeditadamente.

7.- Fernando Pantaleón Prieto considera que "la inseminación post mortem es ilícita, porque la decisión de que el propio semen sea utilizado para fines reproductores, debe ser actual y al ocurrir la muerte cesa la posibilidad de actualizar el consentimiento"¹⁸³.

Por las razones antes expuestas, una gran cantidad de juristas se han pronunciado por la no aceptación de esta figura de entre los que destacan Galindo Garfias, al especificar "me pronuncio categóricamente por la solución negativa, respecto de la inseminación post mortem"¹⁸⁴. Por su lado Zannoni nos dice: "considero que no debe autorizarse la inseminación cuando el marido está muerto, ni admitirse demandas tendientes a reivindicar la

¹⁸³ Fernando Pantaleón Prieto, citado por Villalobos Olvera Rogelio, Ob. Cit. p 92

¹⁸⁴ Galindo Garfias Ignacio, La fecundación asistida en seres humanos, consideraciones jurídicas, Ob. Cit. p 154

propiedad del semen por parte de la viuda, antes debe disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia que pudiera presentarse"¹⁸⁵.

Pero hay quienes creen que es necesario distinguir que el marido haya prestado o no expresamente su consentimiento para la práctica de dicha técnica y si fuera así, aprobar esta técnica en base al deseo expreso del marido de que su viuda fuese inseminada artificialmente con el semen que él dejó depositado siempre que se lleve a cabo dentro de un plazo prudente, lo que confirma María Valeria Massaglia al estimar "la inseminación post mortem suele darse cuando un marido por temor a morir solicita que congelen su semen expresando su consentimiento por escrito para que sea utilizado mediante inseminación a su mujer en caso de fallecimiento"¹⁸⁶, y de hecho se considera que para que se pueda practicar la inseminación post mortem "debe tomarse en cuenta: que exista consentimiento del marido contenido en documento público o testamento, con referencia a los gametos depositados; se tenga prueba de que un establecimiento concreto llevó a cabo la inseminación con los gametos identificados; que el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y no concorra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio y se produzca la notificación de la misma a quienes se vean afectados en sus derechos por el nacimiento"¹⁸⁷.

A lo que particularmente considero que en ningún caso debe permitirse la práctica de la inseminación post mortem por que debe ser preferente el derecho de un hijo a tener una familia con padre y madre al derecho de una mujer de tener un hijo de su esposo muerto, máxime si la mujer no sufre problemas de esterilidad o infertilidad en donde puede rehacer su vida y tener un hijo de forma natural con una nueva pareja.

Sin embargo, la mayoría de las legislaciones no ha regulado el tema, incluyendo nuestro país por lo que con la regulación actual, si la Inseminación se practica una vez muerto el dador y nace el hijo después de 300 días, no se considerará hijo póstumo, siendo sólo hijo de la mujer aunque biológicamente lo sea de su marido, cuestión que se resolverá hasta que haya una legislación específica al respecto.

En lo personal, estimo que la inseminación post mortem no debe permitirse en el Distrito Federal por ser una técnica alternativa de procreación, también llamada de conveniencia, que se distancia enormemente de los fines naturales para los que se deben emplear estas técnicas consistente en superar la esterilidad o infertilidad y si la mujer

¹⁸⁵ Zannoni Eduardo A., Ob. Cit. p 484

¹⁸⁶ Masaglia de Bacigalupo María Valeria, Ob. Cit. p 72

¹⁸⁷ Moro Almaraz María Jesús, Ob. Cit. p 250 y 251

puede tener hijos normalmente puede conseguirse otra pareja con quien procrearlos.

2.2.6. CLONACIÓN

Las técnicas de reproducción no se han quedado simplemente en las técnicas mencionadas pues hacia el año de 1902 el biólogo austriaco G. Haberland dijo que algún día se produciría la reproducción clónica y hoy en día eso ha llegado a realizarse.

La palabra clonación proviene del vocablo Klon, cuyas acepciones significan familia, estaca, esqueja y hoy se considera que un clónico es un grupo de células u organismos idénticos propagados a partir de una misma célula.

Definiéndose como: "clonación: creación de seres genéticamente idénticos"¹⁸⁸.

"Clonación es el procedimiento para duplicar un organismo utilizando el núcleo de una célula del cuerpo por reproducir (no célula sexual) y un óvulo femenino desnuclearizado, es decir, desprovisto de su núcleo donde residen los cromosomas, para integrar un embrión que al desarrollarse será un individuo idéntico genéticamente al del que provino el núcleo utilizado"¹⁸⁹.

"Clonación: es la creación de seres completamente iguales o idénticos, eliminando la carga genética de uno de los progenitores"¹⁹⁰.

"Clonación o clonificación: es la reproducción asexual que se obtiene: a) De desarrollar un grupo de células y organismos idénticos o un solo miembro de dicho grupo propagados a partir de una misma célula corporal, o b) La fecundación que se obtiene, retirando el núcleo del óvulo no fecundado y se sustituye por el núcleo del óvulo no fecundado y se sustituye por el núcleo de una célula no sexual de un organismo adulto, masculino o femenino desarrollándose este óvulo como si hubiese sido fecundado por un esperma, dando lugar a un ser idéntico al que aportó la célula asexual"¹⁹¹.

Y en general, como hemos visto, la clonación abre una gama enorme de posibilidades científicas, lo que en ciertas ocasiones ha asustado a la humanidad entera, pues teóricamente si se puede llegar a clonar seres

¹⁸⁸ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 29

¹⁸⁹ Hurtado Oliver Javier, Ob. Cit. p 74

¹⁹⁰ Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, Ob. Cit. p 79

¹⁹¹ Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit. p 295

humanos con el mismo genoma y aunque la clonación sólo es física y no espiritual, o sea, pueden transmitirse características del clonado pero no la experiencia acumulada, ya que el cerebro no puede clonarse, así la persona clonada actuará y pensará diferente del clonado, no sería nuevo ni único sino uno ya existente, por lo que se le privaría de la unicidad e individualidad que son características inherentes a los seres humanos.

Sin embargo, pueden darse muchas posibilidades como la clonación de muertos, clonar embriones para experimentar y luego destruirlos o clonar embriones para utilizar sus órganos en trasplantes y en fin, se puede hacer una enorme variedad de casos, es por ello que en la mayoría de los países del mundo y convenciones internacionales se prohíbe la clonación en humanos, salvo en Inglaterra que como ya sabemos, se aprobó la clonación de embriones con fines terapéuticos.

Pero en la mayoría de los países "la clonación de seres humanos está casi maldecido por el temor que engendra para los expertos lo desconocido, pues piensan que con ese procedimiento se podrán, junto con la manipulación del ADN, crear seres que pongan en peligro la existencia de la humanidad"¹⁹².

En nuestro país está prohibida la clonación, por la Ley de Institutos Nacionales de Salud, pues en diciembre del 2004, se reformó el artículo 5º fracción V-bis, creando el instituto Nacional de Medicina Genómica y el artículo 7-bis dice que este instituto fracción I: realizará estudios e investigaciones clínicas epidemiológicas, experimentales de desarrollo tecnológicos y básicos en las áreas de su especialidad, para la comprensión, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades rehabilitación de los afectados, así como promover medidas de salud y en ningún caso, podrán ser sujetos de investigación las células troncales humanas de embriones vivos o aquellas obtenidas por trasplante nuclear.

2.3. LA NORMATIVIDAD JURÍDICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS DEL MUNDO

Es innumerable la cantidad de disposiciones y leyes que sobre la reproducción humana asistida se han dado en los países del mundo y solo para tener idea, haremos una mención somera al respecto:

¹⁹² Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit. p 297

-Desde la firma en Londres en el año 1949 en sus Estatutos, el Consejo de Europa se ha preocupado intensamente por la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así, en la denominada Convención Europea los estados miembros se comprometieron a hacer cumplir los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948.

-La actividad del Consejo de Europa sobre la inseminación artificial humana, la fecundación in vitro, los derechos del niño no nacido, la ingeniería genética, la experimentación e investigación con embriones y fetos humanos, etc., ha sido muy intensa. Vamos a enumerar los más importantes:

-Resolución número 4376, de 6 de octubre de 1979 declaración de los derechos del niño no nacido.

-Recomendación 1.046 (1986), relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, texto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 24 de septiembre de 1986.

-Recomendación 1.240 (1994), relativa a la protección y patentabilidad de los productos de origen humano, texto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el día 14 de abril de 1994.

-Finalmente, siendo un texto más conocido porque ha gozado de mayor publicidad, el Convenio de 19 de noviembre de 1996, para la Protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología, de la Medicina: Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina.

-Los 15 comités mas importantes que representa a Estados Unidos, Australia, Reino Unido, España, Alemania y Francia, entre otros países, después de aceptar en principio la fecundación artificial por unanimidad, se declararon en contra de la venta de embriones y material genético imponiendo la gratuidad como norma, si bien algunos autorizaban que se cubriera al donante los gastos que hubiese debido hacer para someterse a la extracción de los gametos y la indemnización de los perjuicios laborales resultantes.

-En Holanda la reproducción humana asistida se regula en el Código Civil y la Ley de Nacionalidad dice que madre es la mujer que ha dado a luz al niño, ya se dio la creación de bancos de semen.

-En Dinamarca se aprobó en junio de 1987 la denominada Ley Sobre el Establecimiento del Consejo Ético y la Regulación de Algunos Experimentos Biomédicos con dos cuestiones fundamentales: las técnicas de reproducción asistida y la experimentación en embriones.

-En Portugal existe desde 1984 la Ley de Educación Sexual y Planificación Familiar.

-En Suiza la Ley de Sanidad Pública de Cantón Vaud de 1985, autoriza la creación de un banco de espermias.

-En Bundensrat se aprobó en 1990 la Ley de Tecnología Genética y su texto provee la protección y prevención de posibles peligros para la vida y la salud del mundo ante los experimentos genéticos que el desarrollo de la ciencia puede comportar.

-En Costa Rica el Código Civil dice que la inseminación artificial de mujer con semen del marido o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldría a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. El Decreto 24029-5 que aprobó el registro para las técnicas de reproducción asistida, incluye la fecundación in vitro fue declarado inconstitucional.

-La Ley Noruega limita el ámbito de tratamiento con estas técnicas de reproducción asistida a la mujer casada o que conviva con un hombre en una relación estable equiparable al matrimonio.

-Desde el 1º de marzo de 1985 Suecia tiene una legislación sobre inseminación artificial. La inseminación artificial homóloga se considera que es una medida ginecológica para remediar la falta involuntaria de hijos en la pareja y su protección es legal. Se permite tanto en el matrimonio, como a las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio, sin estar casadas. La legislación establece que si el hombre ha aprobado que su mujer se insemine con espermia de un donante, aquél será considerado como padre legal del niño y nunca podrá declinar esa responsabilidad. Al donante, por su parte, no se le podrá imponer nunca alguna responsabilidad con el niño. Este método no se permite en mujeres que viven solas en relación lésbica. Estas normas se basan en la atención al bien del niño pues psiquiatras y psicólogos infantiles señalan que un niño requiere tanto la figura del padre como de la madre. La ley deja a la decisión del médico la responsabilidad y la elección del donante, quien debe hacer todas las averiguaciones necesarias. Esta inseminación solo se permite realizar en hospitales públicos y bajo la supervisión de médico con título y especialización de ginecología y obstetricia. Según la ley en atención al donante, los datos sobre este anotados en el hospital, no podrán ser entregados a los padres del niño, ni a ninguna persona ajena. La inseminación artificial in vitro se permite a las parejas unidas en matrimonio o que cohabiten en condiciones similares a los matrimonios. Solamente podrán usarse el óvulo y el espermia de la pareja solicitante. Se encuentra prohibida la maternidad sustituta. No se acepta la retribución económica. En la Ley 711/84 de 14 de junio de fertilización In Vitro muy breve declara que la introducción en el cuerpo de la mujer de un

óvulo fecundado externadamente solo se permite: 1) si la mujer es casada y lo consiente; 2) si lo consiente el cónyuge o conviviente dando consentimiento escrito; 3) si el óvulo es de la mujer y ha sido fecundado con esperma del marido o conviviente, imponiéndose sanción pecuniaria o reclusión hasta 6 meses. Se publicó la Ley número 114 de 14 de marzo de 1991, relativa a la utilización de determinadas técnicas genéticas en el marco de los exámenes generales de salud, y la Ley número 115 de 14 de marzo de 1991 relativa a las medidas con fines de investigación o de tratamiento en relación con los embriones.

-El proceso que lleva en el Reino Unido a la promulgación de la Ley de 1 de noviembre de 1990 de fertilización humana y embriología, merece un átimo de atención. Ya en el año 1945 el arzobispo de Canterbury había constituido una comisión para el estudio e información relativa a la inseminación artificial con donante, cuyas conclusiones dadas a conocer en el año 1948, condenaron dicha práctica, sugiriendo que debería ser prohibida y calificada como un delito criminal. En el año 1960, el Parlamento nombró una nueva comisión (Feversham Committee) que llegó a análogas conclusiones. En el año 1973 el denominado Peel Committee dio a conocer un informe en el que se aprobaba la inseminación artificial con donante, dando una serie de recomendaciones para su práctica. En el mes de junio de 1982 el Gobierno creó una comisión especial que acometiera el estudio de la fertilización humana y la embriología, esta comisión estaba presidida por la señora WARNOCK y estaba formada por quince miembros, entre los que se incluían médicos, juristas y personas con experiencia en política familiar y protección a la infancia con una gran diversidad de ideologías y criterios. Esta comisión dio a conocer en el mes de julio de 1984 el denominado "informe Warnock". Antes de llegar a la citada Ley de 1990, el proceso legislativo inglés se fue culminando a través de otros hitos: la Ley relativa a acuerdos sobre subrogación de maternidad de 16 de julio de 1985, condenatoria de los contratos de subrogación con finalidad lucrativa. En el año de 1987 se publicó la reforma de la Ley de familia que trata de forma específica, la inseminación artificial: reconoce la legitimidad del hijo que nazca mediante la inseminación artificial con donante, con la condición de que haya existido consentimiento previo de la mujer a la que se inseminó, aunque no contempla el estatuto legal del niño concebido mediante la aplicación de esperma de un hombre o el embrión generado con un esperma fuere utilizado después de su fallecimiento no podrá dicha persona ser considerada como el padre del niño. Sobre la Maternidad Subrogada, Inglaterra tiene una Ley específica llamada "Acta de Acuerdos o Disposiciones de Subrogación de 1985" donde se sanciona plenamente la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdos o contratos de Maternidad Subrogada. También se prohíbe iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación, ofertar o negociar tales acuerdos; sin

embargo la maternidad subrogada gratuita, sin precio no es ilegal en este país. La Ley inglesa determina que los embriones congelados se conserven hasta 5 años y si en ese lapso no dicen los dadores del espermatozoide y el óvulo que se hace con el embrión se deberá de destruir. Los generadores pueden pedir que se conserven por otros 5 años, se entreguen para investigación médica, o se transmitan a una pareja que los adopte. Se plantean problemas legales muy serios.

-Canadá en su Código Civil dedica varios artículos a este tema donde dice que el contrato de maternidad subrogada es nulo absolutamente.

-En Francia debe destacarse el Proyecto de Ley presentado a la Asamblea Nacional el día 18 de mayo de 1984, cuyo principio fundamental es la configuración y reconocimiento de la personalidad jurídica del hijo desde el momento de su concepción. El interés del hijo concebido nunca debe ser desconocido, teniendo derecho a la protección de su patrimonio genético (Artículo 1). El día 29 de julio de 1994 se publicaron en Francia dos leyes importantísimas relacionadas con el tema objeto del presente trabajo: la Ley número 94-653 relativa al respeto del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal. Se publicó el día 1 de julio de 1994, la Ley número 94-548, relativa al tratamiento de datos nominativos que tengan como finalidad la intervención en el ámbito de la salud, y que modifica la Ley número 78-17 de 6 de enero de 1978 relativa a la informática, los ficheros y las libertades. Los bancos de espermias practican la inseminación artificial únicamente a las parejas unidas en matrimonio y solo cuando tenga por objeto remediar la esterilidad de la pareja. Se señala como ámbito de aplicación de estas técnicas el hombre y la mujer que formen la pareja y deben estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de poder acreditar una vida en común de al menos dos años y consentir plenamente la transferencia de embriones o la inseminación. Se desvincula al donante de la filiación de un niño fruto de la donación de su material reproductor. Se practica el implante de solo dos embriones por vez en el útero de la madre, pero no limitan la fecundación de un número determinado de óvulos, para que luego sean todos los embriones transferidos, porque admiten su crioconservación o su destino para otros fines. El Comité Nacional D Ethique ha rechazado la maternidad subrogada recomendando que no se modifique la legislación dando cabida a tal práctica. En 1983 se creó la Asociación Nacional de Inseminación Artificial por sustitución, pero esta práctica está prohibida por los artículos 345, 353 del Código Penal. El contrato suscrito entre la pareja solicitante del niño y la madre portadora carece de validez jurídica. No están permitidas las asociaciones mediante las que se practica toda técnica de maternidad subrogada. Se prevén sanciones penales para la mediación entre una persona o una pareja que desee tener un hijo y una mujer que acepte tener el embarazo de dicho niño, para luego entregárselo, cuando dichos hechos

se hayan cometido de manera habitual o con fines lucrativos, las penas se elevarán al doble.

-En España existe la Ley 42/88 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos. La Ley de protección de Embriones, en la cual se establecen regulaciones especiales para: El abuso de las técnicas de reproducción, la utilización abusiva de embriones humanos, el abuso en la determinación del sexo del embrión, la fertilización arbitraria y trasplante artificial de embriones, la alteración artificial de genes humanos, los clones y la creación artificial de quimeras e híbridos. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, aprobada definitivamente por el Congreso el 31 de octubre de 1988, cuenta con 21 artículos es muy precisa en cuanto a la materia que regula puesto que al determinar el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; estas técnicas se realizan en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísico, que hubieran solicitado y aceptado libre y conscientemente y hayan sido previa y debidamente informadas sobre el procedimiento. El capítulo tercero se trata de los donantes, la donación se establece como contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado (art. 5, No. 1), la donación nunca tendrá el carácter lucrativo o comercial. se custodian los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes; pero los hijos nacidos de donantes tienen derecho por sí o por sus representantes legales, a obtener información general sobre los donantes, que no incluya su identidad, igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos. Como usuarias de las técnicas se señala a toda mujer, casada o no, las casadas requieren consentimiento del marido y se trata de una inseminación heteróloga. En relación a la paternidad y maternidad, expresa la Ley que en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que pueden inferirse el carácter de la procreación. Ni el marido ni la mujer cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. En relación a la posibilidad de fecundación después de muerto el varón, la Ley previene como principio que no podrá determinarse legalmente la filiación y reconocerse efectos y relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de la técnica regulada por esa Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, sin embargo, se agrega a continuación que el marido podrá consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. Es declarado nulo de pleno derecho el contrato de gestación por medio de madre sustituta

(artículo 10), con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Como es posible, no obstante la nulidad que esos contratos se celebren, se determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación en sustitución será determinada por el parto. Los embriones sobrantes de una fecundación in vitro se crioconservan en bancos autorizados por un tiempo máximo de cinco años y una vez transcurridos dos años de crioconservación quedan a disposición de los bancos correspondientes, pero no se indica cual será el destino de estos embriones transcurridos los cinco años.

-En Italia en 1985, se dan propuestas de ley que regulen el tema, se exigía una edad mínima de 18 años y consentimiento escrito, admitía la donación de semen, óvulos y prohibía la maternidad de alquiler, se prohíbe el acuerdo por el que una mujer se compromete, incluso gratuitamente a proporcionar su ovocito para llevar a cabo un embarazo hasta el nacimiento y ceder la criatura a otra pareja obligándose a entregar a ésta al niño nacido. También se prohíbe el acuerdo en virtud del cual una mujer se limita a la gestación y al parto de un embrión fecundado con gametos de otra pareja, obligándose a entregar a ésta el nacido. Se dice que el hijo nacido de inseminación post mortem se considera hijo del marido aunque haya nacido después de los 300 días de su muerte, y podrá practicarse en un plazo máximo de 5 años, si se ha manifestado un expreso consentimiento a la utilización del semen después de su muerte, quizá sea ésta la única propuesta legislativa de las consultadas, no tanto que permita la concepción post-mortem o que atribuya la paternidad del marido, sino que admite un tiempo tan amplio para su realización.

-Australia promulgó en 1983 un reglamento que contiene soluciones en orden a las prácticas derivadas de la biogenética humana, se ha establecido la nulidad del contrato de maternidad subrogada y eleva el quebrantamiento de dicha prohibición a la categoría de delito y la sanciona con penalidad alternativa de multa o privación de libertad. La tipicidad de tal infracción viene determinada por dar, recibir o convenir dar o recibir pago por ayuda a que se realice un contrato de maternidad subrogada o por contratarla, se estableció que en caso de fallecimiento de una pareja que tengan embriones congelados y éstos no hayan dispuesto el destino de los mismos, se procederá a la descongelación.

-En la Alemania se publicó en el año 1976 una Ley sobre Contratos de Adopción, y a finales de abril de 1986 se publicó un anteproyecto de Ley Sobre Protección del Embrión con disposiciones relativas a la producción mediante fecundación in vitro de embriones sobrantes no destinados a ser transferidos a la mujer, desarrollo de embriones in vitro mas allá del décimo cuarto día, experimentación embrionaria, etc. En la discusión constitucional la opinión dominante fue considerar que en el orden jurídico la vida humana

comienza desde la concepción del embrión, ya sea a través de medios naturales o mediante fecundación in vitro. Desde ese momento, la vida y la salud del embrión y el derecho a la protección de su dignidad como persona humana son garantizados por la Constitución. Posteriormente en noviembre de 1989 se incorporó una enmienda a la ya citada Ley sobre contratos de adopción de 1976 con el nombre de "Ley sobre Contratos de Adopción de Niños y sobre la Prohibición de los Contratos de Maternidad por Subrogación". Así se llegó a la Ley de 13 de diciembre de 1990 sobre protección de embriones, con entrada en vigor el día 1º de enero de 1991. La Ley Alemana de 13 de diciembre de 1996, dispone que la aplicación abusiva de las técnicas de reproducción asistida establece que será sancionado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con pena de multa quien: 1.- Transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno; 2.- Emprenda la fecundación artificial o una transferencia de embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente. Se establece que el hombre que ha consentido que su mujer se insemine con espermatozoides de un donante, será considerado como padre legal del niño y nunca podrá declinar esa responsabilidad, al donante no se le podrá imponer nunca alguna responsabilidad por el niño, este método no se permite en mujeres que vivan solas en relación lesbica. Se deja a la decisión del médico la responsabilidad y la elección del donante, quien debe hacer todas las averiguaciones necesarias. Esta inseminación solo se permite realizar en hospitales públicos y bajo la supervisión de médico con título y especialización en ginecología y obstetricia. El donante y sus datos serán anotados en el hospital, no pueden ser entregados a los padres del niño, ni a ninguna persona ajena. La inseminación artificial y la fecundación in vitro, se permite a las parejas unidas en matrimonio o que cohabiten en condiciones similares a los matrimonios. Se prohíbe la maternidad subrogada. Se establece un límite de tres embriones a procrear e implantar por cada ciclo. Existe la Ley sobre la Proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para proporcionar madres sustitutas del 30 de noviembre de 1989, en la cual se regula maternidad sustitutiva y contiene las disposiciones penales respecto a inseminación artificial, así como la regulación para mujeres que se prestan como madres sustitutas. Está permitido llevar a cabo experimentos sólo hasta el día 14 del desarrollo embrionario, pero no con embriones que daten de más tiempo. La Ley Alemana de protección del embrión del 1º de enero de 1991, castiga con pena de privación de libertad de hasta tres años la fecundación artificial de un óvulo para otro fin que no sea el embarazo de la mujer de la que procede el citado óvulo. Esta ley también señala como delito de fecundación de mas de tres óvulos en el mismo ciclo, así como la implantación de mas de tres embriones en un mismo ciclo. Se impone pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa a quien fertilice artificialmente, a sabiendas, un óvulo con el semen de un hombre después de la muerte de este, aunque

hace la salvedad de que en tal supuesto no será sancionada la mujer en persona de la cual se lleve a cabo la fecundación artificial.

-En Estados Unidos de América el derecho a procrear se reconoce como un derecho fundamental, o sea, que en este país existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y a la crianza de los hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada, comprendiendo tanto los medios naturales como los alternativos de la procreación. Sin embargo sobre la técnica que mayor legislación hay en los estados es la de maternidad subrogada llegando al punto de que la mayoría de los Estados la acepten y de hecho existan agencias que se dediquen a tales prácticas, siendo las disposiciones más sobresalientes las siguientes:

En Arkansas si una pareja contrata con una madre subrogada soltera aquellos son los padres legales y no la madre portadora.

En Nevada se prohíbe el pago a la madre portadora.

En Louisiana no son exigibles los contratos de maternidad mediante precio.

Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin pretenden prohibir la maternidad subrogada.

En Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pensilvania prohíben únicamente la que se lleva a cabo de modo comercial o mediante precio.

En Pennsylvania, Michigan y New York se otorgan 20 días para cambiar de opinión y ejercitar acción de custodia.

En Minnesota la madre subrogada tiene derecho a la custodia legal y física de la criatura por un periodo de dos semanas después del parto y puede modificar su consentimiento y si lo hiciera el padre puede ser indemnizado de todos los gastos pudiendo tener derecho de visita.

En algunos estados se exige que en los contratos se establezcan seguros de vida de la madre portadora con beneficiarios a determinar por ella y sobre la vida de los futuros padre, estableciendo normalmente como beneficiario al futuro niño. En otros se requiere el nombramiento de un protector para el supuesto de fallecimiento de los futuros padres. Si fallece el padre la custodia queda a su cónyuge. Ciertos proyectos requieren antes del registro.

En Michigan existen penas de hasta 10,000 dólares y privación de libertad hasta de un año para los que participen en esta clase de contratos.

En Columbia, New York y Wisconsin toleran los contratos gratuitos.

California e Illinois la compensación tiene que ser razonable permitiéndose la reducción judicial si ésta se estima excesiva.

En New Jersey se señalan tasas o límites del precio.

En Carolina del Sur la portadora no percibirá compensación salvo los gastos médicos si aborta antes del quinto mes.

En Maryland se permite suspender una parte del pago hasta que se realice el nacimiento.

En Michigan se establece que no debe haber reducción en el pago si el niño nace muerto o con malformaciones.

En Florida, Illinois, New Jersey y Carolina del Sur, exigen estar casados a los futuros padres.

En Missouri y Carolina del Sur y New Jersey se exige una investigación sobre la vida y entorno familiar para evitar un defecto genético grave en el niño, así como para determinar las circunstancias morales, estabilidad familiar y la disposición y capacidad de los futuros padres para otorgar al niño amor, afecto, estabilidad, educación, cuidados, alimentación, vestido, etc. También se hacen estos exámenes respecto de las portadoras destacando circunstancias psíquicas y médicas.

En Columbia, la madre sustituta y su marido, si lo tiene, deben someterse a un asesoramiento de un profesional acerca de las consecuencias psíquicas de la supresión de los derechos sobre la criatura.

En Illinois se requiere de una certificación médica de que la subrogada y su marido son personas aptas para entregar al niño tras su nacimiento.

En Maryland determina que la portadora debe someterse a una evaluación psíquica y psicológica previa y asesoría posterior al nacimiento de la criatura.

En Michigan y Columbia se exige un asesoramiento respecto de un especialista en psiquiatría, acerca de las responsabilidades y consecuencias que trae un contrato de subrogación. En California la asesoría se da a todas las partes 30 días antes de su celebración.

En ciertos estados exigen la aprobación judicial del convenio o contrato antes de la inseminación artificial para apreciar la libertad y el adecuado asesoramiento de las partes.

Determinados proyectos contienen cláusulas acerca del bienestar de la madre subrogada durante el embarazo y conceden a esta el derecho de tomar decisiones para proteger su salud incluyendo la posibilidad de abortar.

Viendo la posibilidad de abortar en Columbia se establece la necesidad de que el contrato contenga una cláusula que obliga a la gestante a seguir las instrucciones del médico que la atiende durante el embarazo para proteger su salud y la de la criatura.

En Carolina del Sur se permite el aborto por una declaración médica de que tal medida es necesaria para la salud física de la madre.

En Illinois y Missouri si la gestante abortara sin necesidad de declaración médica los futuros padres pueden ser indemnizados de los gastos realizados y pagados a aquella, si el aborto fue accidental o aconsejado por el médico, la gestante tendrá derecho a un porcentaje de gastos médicos y legales para la defensa de sus derechos.

En la mayoría de los proyectos los futuros padres asumen los derechos paternos y responsabilidades frente al niño.

Los anteriores fueron entre otras las disposiciones mas importantes que conozco y solo nos sirven para saber que tan avanzados en materia legislativa están en otros países y demostrar que nuestro sistema jurídico ni

siquiera ha tomado en cuenta la importancia del tema para regularlo jurídicamente.

Para terminar, se insiste en que la reproducción asistida solo debe practicarse en situaciones extremas para librar problemas de esterilidad o infertilidad y siempre que se reúnan los requisitos exigidos para someterse a ellas; así mismo considerar al producto de la fecundación como ser importante que debe estar protegido jurídicamente, además de respetar el anonimato de los donantes y tener presente las obligaciones y derechos de las clínicas y médicos que intervengan en su aplicación. Tampoco hay que dejar de ver los avances jurídicos que otras legislaciones tienen sobre el tema.

Hecho lo anterior es hora de determinar la relevancia que tiene la reproducción humana asistida en las instituciones del derecho de familia en el Distrito Federal.

CAPITULO 3.
EFFECTOS JURIDICOS DE LA REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA EN LAS INSTITUCIONES DE DERECHO
DE FAMILIA

Ahora se precisará la importancia de la reproducción en la sociedad mexicana y la influencia que la reproducción humana asistida tiene sobre las instituciones de derecho de familia reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal.

3.1. LA IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES DEL
DERECHO DE FAMILIA DENTRO DE LA SOCIEDAD
MEXICANA

En nuestra sociedad mexicana la familia constituye la base sobre la que está construida, por lo que los autores la han definido como:

“La familia es el conjunto de personas en sentido amplio parientes, que proceden de un progenitor o tronco común, sus fuentes son el matrimonio, la filiación y en casos excepcionales la adopción”¹⁹³.

“La familia es una agrupación social de personas que se encuentran unidas por lazos de sangre o por lazos que crea la ley, como es el caso de la adopción”¹⁹⁴.

“La familia desde el punto de vista jurídico es el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como otras personas unidas por vínculos de sangre matrimonio o civiles, a los hijos que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones”¹⁹⁵.

“La familia es un grupo de personas unidas por lazos de pareja, ya sea matrimonial o de hecho, y por los lazos consanguíneos derivados de la procreación”¹⁹⁶.

“La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos”¹⁹⁷.

¹⁹³ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 447

¹⁹⁴ Pérez Contreras Maria Montserrat, Derecho de los padres y los hijos, UNAM, México, 2000, p 4

¹⁹⁵ Pérez Contreras Maria Montserrat, Ob. Cit. p 5

¹⁹⁶ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 111

¹⁹⁷ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 454

En la familia se inculcan valores y tradiciones, buenas costumbres y normas de conducta que se transmiten de generación en generación, siendo "la función esencial de la familia proveer a la sociedad de personas perfectamente formadas haciéndolas provistas de todo lo necesario para que ellas mismas asuman los valores de la sociedad y desempeñen el papel que les corresponde a cada una"¹⁹⁸.

Por otro lado al derecho le corresponde armonizar las relaciones sociales de los seres humanos obligando al legislador a considerar los datos sociales para emplearlos como el contenido de la norma jurídica.

Se entiende como "el derecho de la familia al conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familia entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes"¹⁹⁹. O "el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan los aspectos biológicos y sociales que resultan de la unión entre personas de sexos opuestos a través de instituciones como el matrimonio y el concubinato y la resultante procreación en ellos, así como las consecuencias de la adopción y de la filiación"²⁰⁰.

"El derecho de la familia es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin"²⁰¹.

El derecho de familia se ocupa.

- +Del matrimonio y divorcio.
- +Del concubinato.
- +De la filiación y parentesco (con los derechos y obligaciones que se deriven de ellos)
- +De los alimentos.
- +De la representación de los menores e incapacitados (patria potestad y tutela).
- +Del patrimonio de familia.
- +De las sucesiones.

El derecho de familia es de orden público y la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o

¹⁹⁸ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 147

¹⁹⁹ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 454

²⁰⁰ Pérez Contreras María Montserrat, Ob. Cit. p 8

²⁰¹ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 154

modificarla pues solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público cuando tal renuncia no perjudique derecho de terceros.

Por su lado el Código Civil para el Distrito Federal determina la importancia de las relaciones jurídicas familiares al decir en su artículo 138-*quater* que “las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia” y el 138-*quintus* dispone que “las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”.

El interés superior del niño y protección a la familia es preocupación constante en el Código Civil, de tal manera que en caso de conflicto o cuando se pueda afectar al niño o a la familia, priva el interés superior de ellos sobre otros, considerándose que todas las instituciones familiares son de orden público, porque la familia como célula básica de la sociedad es fundamental para el desarrollo del país. Por su parte el Código Civil del Distrito Federal en el capítulo de la familia se refiere a todas las relaciones de pareja, sean conyugales o concubinarias y a las relaciones paterno-maternofiliales, se expresa que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social (138 *ter*); el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal lo reconoce expresamente al señalar que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquella la base de la integración de la sociedad (Artículo 910).

En las instituciones de la familia existe un contenido ético y moral más que jurídico, pues por su naturaleza y sus ámbitos netamente humanos no se rigen exclusivamente por el derecho. Respecto al tema que nos ocupa consideramos que “la familia es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación”²⁰².

De donde se desprende que la procreación es sumamente importante para fundar una familia, y así “la reproducción humana asistida homóloga es legal y médicamente aconsejable para solventar la falta de fertilidad natural de una pareja de casados y que la cónyuge sea sometida a esos métodos de fertilidad para conseguir embarazarse y tener un fruto que les lleve felicidad”²⁰³.

Cuando se usa para salvar obstáculos de esterilidad o infertilidad, la aplicación de las referidas técnicas ha obligado a que se produzca el

²⁰² Galindo Garfías Ignacio, Ob. Cit. p 447

²⁰³ Flores García Fernando, Ob. Cit. p 44

replanteamiento de conceptos tradicionales como paternidad, maternidad y filiación, y así “la labor del doctrinarlo y el legislador ante el sorprendente desarrollo de la medicina moderna en materia de biogenética, debe estar dirigida a preservar la subsistencia de las relaciones familiares y de la familia misma como institución jurídica fundamental para evitar que se vea perturbado por las manipulaciones que alteran el desarrollo natural del proceso de la fecundación, de la gestación y en última instancia de las relaciones familiares de la persona cuyo nacimiento obedece a esa intervención no natural en el proceso de su creación como ser humano”²⁰⁴.

3.2.EFECTOS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA FILIACIÓN

En concepto de algunos doctrinarios la filiación es:

Planio! es la relación que existe entre 2 personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco.

La filiación “es el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”²⁰⁵.

“La filiación es un hecho natural que el derecho acepta, reconoce y regula inspirado en un criterio de protección que se basa en la naturaleza y en el interés social”²⁰⁶.

“La filiación en sentido estricto es la relación jurídica padre-hijo que representa necesariamente el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones que surgen como consecuencia de la procreación y por tanto son exigibles entre padres e hijos”²⁰⁷.

La filiación constituye un estado jurídico que consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el Derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación se continuarán produciendo esas consecuencias”²⁰⁸.

²⁰⁴ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 153

²⁰⁵ Zannoni Eduardo A. Ob. Cit. p 313

²⁰⁶ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 85

²⁰⁷ Pérez Contreras María Montserrat, Ob. Cit. p 26

²⁰⁸ Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. p 278

En concreto para Chávez Ascencio la filiación es "la procedencia de los hijos respecto de los padres significa una relación de origen que permite conocer quienes son los ascendientes de una persona determinada"²⁰⁹. Y a mayor profundidad para este autor "la palabra filiación tiene 2 acepciones una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, es decir entre personas que descienden las unas de las otras y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, y en línea descendente para tomar como punto de relación los hijos, nietos, etc. Concretamente se entiende por filiación una connotación estricta, la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo lo que va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima como en la natural un estado jurídico. En sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre los padres e hijos que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares"²¹⁰.

Definida por el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal como: "filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia".

Definiciones de las que se observa como elementos repetitivos que es una relación jurídica entre el padre o la madre y su hijo, que crea entre ellos toda una gama de derechos y obligaciones recíprocos durante toda su vida. Se entiende que es la procedencia de los hijos respecto de los padres, lo que significa una relación de origen que permite conocer quienes son los ascendientes de una persona determinada. Paternidad y filiación no son sinónimos, pero se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados, desde un lado se contempla como paternidad, que afecta a los padres y madres y desde el otro como filiación que hace referencia a los hijos por lo que es la base de otras instituciones de este importante derecho.

Como podemos deducir el establecimiento de la filiación es muy importante pues de ella se derivan otras instituciones que pueden verse afectadas en caso de conflicto, además es vital por ser la institución jurídica que al establecerse ordena las relaciones familiares no solo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno, de donde surgen otras relaciones familiares. Además una vez establecida según el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal, el

²⁰⁹ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 2

²¹⁰ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 8

hijo tiene derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, a ser alimentado, a percibir la porción hereditaria que le corresponda, entre otros y, a su vez los padres tienen derecho a recibir alimentos y la porción hereditaria correspondiente, entre otras cosas, de donde también se visualiza su importancia

Con el nacimiento se inicia una nueva vida, real y no potencial, por lo que desde ese momento el nuevo ser debe estar ya ligado a un padre y una madre, sin embargo no siempre los progenitores aceptan esa relación o pretende atribuírsele a una persona errónea, por lo que es preciso primeramente establecer concretamente entre que personas debe existir una relación de filiación.

Para facilitar el establecimiento de la filiación, es por lo que el artículo 55 del Código Civil para el Distrito Federal exige como obligación al declarar el nacimiento de un nuevo ser al padre y la madre o cualquiera de ellos dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió el nacimiento, adicionalmente se requiere la asistencia de 2 testigos, hacer anotar el sexo del presentado, nombre, apellido y la impresión digital.

El Código Civil para el Distrito Federal menciona tres formas de establecer la filiación: por presunción expresa contenida en el artículo 324 si el niño nace dentro del matrimonio o posteriormente dentro de los 300 días siguientes a su disolución; por reconocimiento o investigación de la paternidad según el artículo 360.

Es importante para nuestro tema analizar esta figura del derecho de familia por la relevancia que presenta en la relación entre padres e hijos que surja como resultado de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, debido a toda la enorme gama de variantes y problemas que se pueden dar.

Casi siempre la filiación reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, esto es que generalmente el padre de una persona es quien aporta el espermatozoide y madre quien aporta el óvulo y gesta el producto, pero también se da la existencia de casos en que la realidad biológica no corresponde a la jurídica como en la adopción donde se considera padres a personas distintas de los progenitores, por lo que no toda filiación biológica necesariamente es jurídica; pero el bien de los hijos es el principio que regula toda la filiación y nuestra legislación previene que este debe ser el principio rector de todas las instituciones, siendo igual la protección para los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y para aquellos que no tienen relación biológica, como puede ocurrir en algunos supuestos de nuestro tema.

En la actualidad, y como ya hemos mencionado en apartados anteriores, con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida se ha jugado mucho con los elementos de la procreación tales como: los elementos genéticos, biológicos, el consentimiento, el parto, las presunciones de filiación, etc. Por lo que se precisa un planteamiento de la filiación para poder solucionar posibles cuestiones que surjan en relación a ella y la reproducción humana asistida, en virtud de que no puede haber filiación, paternidad y maternidad sin que la defina la ley, así como las líneas que se deben seguir para su determinación, que es donde radica el problema fundamental cuando existen controversias en relación a las técnicas que nos ocupan.

Anteriormente se seguía un esquema sencillo que llevaba a conclusiones simples, la mujer que dio a luz es la madre y el que aportó el espermatozoide es el padre, pero con la innovación de las técnicas de reproducción humana asistida ya no estamos ante esta fórmula sencilla.

En nuestro país existen autores que consideran que la paternidad y maternidad descansan sobre el principio de verdad biológica, o sea que la madre es quien dio a luz, lo que conlleva que también aportó el óvulo y padre el que aporta el espermatozoide; considerando que la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente perfectamente conocido, basado en el principio que reza "el parto sigue al vientre", restando solamente establecer la identidad del hijo; y en relación con el padre por el hecho de ser el marido o por el reconocimiento voluntario.

En contraposición tenemos las opiniones que dicen que para determinar la filiación es necesario recurrir al elemento genético pues la esencia original de la filiación es el vínculo genético a través del que las personas se identifican con sus ascendientes y descendientes, porque sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de dar vida y las coincidencias genéticas son trascendentales en la vida de los seres humanos y "necesariamente la filiación hace referencia a la genética y la ausencia del elemento genético trae la otra filiación que puede ser la adoptiva o por inseminación heteróloga"²¹¹, resultando "innegable que el principio de verdad genética ha tenido un papel de primera importancia en la reforma del derecho a la filiación"²¹². Lo que es confirmado por el maestro Galindo Garfias al sostener que: "la norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación para crear esa particular relación de derecho entre progenitores por una parte y el hijo, por la otra. Del hecho biogenético se desprende un complejo de deberes, obligaciones, derechos y

²¹¹ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 42

²¹² Soto la Madrid Miguel Angel, Ob. Cit. p 53

facultades recíprocas entre las 2 partes de dicha relación; el padre y la madre por un lado y los hijos por otro"²¹³.

Dentro de nuestro sistema jurídico, el artículo 341 del Código Civil para el Distrito Federal establece que son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrece, confirmado por el artículo 382 del mismo ordenamiento, de donde se desprende que para probar la filiación se puede recurrir a la práctica de pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos, que tienen un alto porcentaje de certeza, con la finalidad de determinar si existe o no compatibilidad genética para probar o impugnar la filiación. Numerales de los que se desprende que la ley civil en las disposiciones del Derecho de Familia considera como punto determinante a la compatibilidad genética de una persona con otra para establecer o negar una filiación, toma una postura genetista para determinar la filiación, lo que se corrobora con la tesis:

PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN.

Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1335/97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: José Valdez Villegas. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Julio de 1998 Tesis: II.2o.C.99 C Página: 381 Materia: Civil

²¹³ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 581 y 582

Al respecto creo que dichas pruebas solo deben aplicarse cuando se practiquen en beneficio del menor y nunca indiscriminadamente para destruir filiaciones que dejen al hijo sin un padre o madre legal, el elemento del beneficio al menor comprende aspectos tanto económicos, sociales, psicológicos, morales, etc., beneficio que debe ser primordial para que el juez ordene la práctica de la prueba genética, sobre todo de las combinaciones que se pueden plantear en las técnicas de reproducción humana asistida.

Por la práctica de las técnicas materia de estudio, “en la actualidad padre y progenitor no son sinónimos; el concepto de padre tiene sentido socio, cultural y jurídico del que carece el término progenitor”²¹⁴. Por lo que entenderemos que progenitor es la persona que aporta las células reproductoras capaces de dar vida, que contienen los genes y padre será la persona que tenga a su cargo el cumplimiento y ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la filiación.

Pues “ser padre en nuestra sociedad, es cubrir esa importante tarea de atender a la formación del niño para convertirlo en un ser social, transmitiéndole el código de conducta que habrá de gobernar sus actos futuros, estando ligada a un nexo biológico con el nacido”²¹⁵, pudiéndose caracterizar como un rol complejo, o sea del padre se espera que ejerza ciertas funciones dentro de la familia, es el modelo a observar por el niño, el jefe del hogar, juega un papel importante en la toma de decisiones, es en conclusión el representante de la familia en la comunidad.

Como ya dijimos la paternidad, englobándose a la paternidad y maternidad, se puede dar por presunción o por reconocimiento o investigación de la paternidad, la primera derivada del matrimonio o concubinato y las 2 siguientes por disposición de la ley.

La primera forma de determinar la filiación es por presunciones derivadas del matrimonio, tal como lo dispone primeramente el artículo 63 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer que se presume, salvo prueba en contrario que un hijo nacido en matrimonio es hijo de los cónyuges y luego por el artículo 324 que a la letra dice:

Se presumen hijos de los cónyuges salvo prueba en contrario.

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio,

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo

²¹⁴ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 116

²¹⁵ Cecilia Grossman, citada por Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 12

matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

“Ante la imposibilidad de determinar con certeza cual fue la relación sexual generadora de una concepción, el derecho creó una serie de presunciones, justificadas ante la necesidad de asegurar la filiación del hijo nacido dentro de matrimonio, de atribuirle un estado jurídico además de proteger a la institución matrimonial y la familia. Presunciones que se derivan del principio romano “pater is est quem nuptias demostrant”, comprobándose la filiación con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres”²¹⁶.

La presunción se basa en la fidelidad que debe haber en las relaciones conyugales que dan firmeza al matrimonio y estabilidad a la familia, haciéndose extensiva a los concubenarios por concederse derechos semejantes al matrimonio, aunado a la habitualidad de dichas relaciones ya que del hecho conocido como son las relaciones sexo-genitales entre los miembros de la pareja se deriva la paternidad y maternidad.

Se trata de presunciones *juris tantum* o sea que admiten prueba en contrario, “por lo que no son verdaderas presunciones sino ficciones jurídicas que permiten formar conclusiones en ausencia de los elementos que normalmente deberían constituir un presupuesto, ante la imposibilidad de probar la relación sexual de la cual surgió el embarazo de la mujer y el nacimiento de su hijo, el derecho creó la ficción de que el marido de la mujer es el padre. Esta presunción tiene como finalidad proteger a la familia conyugal.”²¹⁷, por lo que son presunciones que se pueden destruir, solo que en principio favorecen el establecimiento inmediato de la filiación

Las presunciones parten del nacimiento para considerar hijos matrimoniales o de los concubinos a aquellos que hubieren nacido dentro del matrimonio (artículo 324 párrafo I del Código Civil para el Distrito Federal) o del concubinato (artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal); considerando también hijos habidos del matrimonio o del concubinato los nacidos dentro de los 300 días después de disuelto el matrimonio por muerte, divorcio o nulidad (artículo 234 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal), o cese la vida en común en el concubinato (artículo 383 fracción II del ordenamiento citado).

Por las presunciones antes mencionadas si el hijo concebido por reproducción asistida nace dentro del matrimonio o concubinato o en los 300

²¹⁶ Chávez Ascencio Manuel, Orientaciones y Criterios sobre inseminación artificial, Ob. Cit. p 190

²¹⁷ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 94

días siguientes a su disolución se considerara inicialmente hijo de los cónyuges o concubinos, incluyendo los nacidos con elemento genético donado, pudiendo ejercitar las acciones de contradicción de paternidad o maternidad correspondientes si dichas técnicas se practicaron sin consentimiento (artículo 60 Código Civil).

Así en el caso de reproducción humana asistida homóloga no hay tanto problema para determinar la filiación, toda vez que la concepción se hace con elemento genético de ambos miembros de la pareja y de acuerdo a la tendencia de nuestro Código Civil quien aporta las células germinales, que contienen el elemento genético, serán considerados los padres. Entonces, si nos afianzamos a la idea de que sea el varón quien aportó el elemento genético y aunque no haya expresado su consentimiento, si se investiga la paternidad y la prueba de compatibilidad genética resulta positiva será suficiente para determinar la filiación. Lo anterior en atención a que fueron sus espermias los que dieron la nueva vida, y aun a pesar de la ausencia absoluta de voluntad procreacional el vínculo paterno filial quedará igualmente constituido y es que la voluntad en realidad solo tiene relevancia como confesión del nexo biológico, es decir, como prueba calificada lo que no quiere decir que en estos casos solo así se pueda establecer la filiación, tanto que al inscribir el nacimiento de un hijo matrimonial basta que uno de los cónyuges comparezca e invoque el vínculo conyugal para que el otro sea anotado como padre registral por disposición de la ley, aplicando la presunción que favorece a los hijos matrimoniales sin tomar en cuenta la voluntad del cónyuge ausente; y aun cuando se demostrase la falta de consentimiento, si para demostrar la paternidad se propusiese una prueba biológica resultaría que es el progenitor, o sea quien aportó el elemento genético, bastando para establecer la filiación y si bien la sola voluntad de la mujer no debería bastar para que el marido asumiera la paternidad del menor, es peor atentar contra los intereses de la criatura quien al final de cuentas es la víctima mayor.

Aquí nos encontramos ante una contradicción de artículos por que en unos se permite contradecir la paternidad por el marido, cuando no hay consentimiento expreso para que se practique la inseminación artificial homóloga en cuyo caso si es su descendiente genético (artículo 326 y 329 del Código Civil para el Distrito Federal interpretados a contrario sensu) y en otros se permite recurrir a las pruebas que la ciencia ofrece para determinar la filiación (artículos 325 y 341 del Código Civil para el Distrito Federal) y siendo compatibles genéticamente quedará probado el nexo filial, para lo que considero que en casos homólogos o practicados con elementos genéticos de la pareja no se permita investigar la paternidad en ningún caso.

En el caso de la práctica de tales técnicas en forma heteróloga o con donante, si el niño nace dentro del matrimonio o concubinato en principio,

por el hecho de existir el matrimonio o concubinato se define al nacimiento, la filiación al operar la presunción contenida en el artículo 324 donde se presume que los miembros de la pareja son los padres, aunque ello puede contradecirse de acuerdo a lo establecido en la ley civil, respecto de probar la paternidad con la ayuda de los avances científicos en este caso mediante pruebas genéticas, pues al realizarse estas el resultado será una incompatibilidad genética suficiente para destruir la filiación establecida, a menos que haya manifestado su consentimiento expreso para la práctica de estas técnicas. O dicho de otra forma el cúmulo de derechos y obligaciones a que tanto hemos hecho referencia consagrado en la filiación, derivado de establecer tal vínculo respecto de un hijo que genéticamente no es suyo, si nace dentro del matrimonio o concubinato será considerado hijo matrimonial o del concubinato debido a las presunciones existentes, pero si faltó el consentimiento para la práctica de inseminación heteróloga, se puede impugnar la paternidad o maternidad y si se hiciesen pruebas genéticas resultaría que el hijo no es suyo prosperando la acción de desconocimiento, por lo que “si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó ni naturalmente, ni expresando su voluntad procreacional”²¹⁸, aunque es de apreciarse que no se menciona la forma en que se debe expresar el consentimiento. “En la legislación que se dictara sobre este particular, solo debería admitirse la prueba documental suscrita por el marido, en la que éste expresamente declare que otorga su consentimiento para la fecundación de su mujer”²¹⁹ y que conste por escrito otorgándose ante un notario o juez familiar.

Existiendo una nueva discrepancia entre artículos del Código Civil para el Distrito Federal, pues mientras los artículos 326 y 329 establecen que el padre no puede desconocer a un hijo nacido mediante algún método de fecundación asistida si prestó su consentimiento expreso para ello, sin mencionar si es verbal o escrito, y los artículos 325 y 341 que permiten para probar la filiación se pueda recurrir a los avances que la ciencia proporciona, refiriéndose a estudios genéticos que en éste caso saldrán negativos pudiendo contradecir la paternidad y con mayor contundencia si prueba que en el tiempo que se efectuó la concepción por instrucción médica no pudo tener relaciones sexuales con la esposa por que estaba sometida a tratamiento de inseminación. De lo que mi opinión es que se requiera por escrito el consentimiento de ambos cónyuges o concubinos como prueba documental en que conste que ambos aceptan las consecuencias del uso de una técnica con donante, así como los derechos y obligaciones que se tienen con el hijo, dándole pleno valor probatorio a este consentimiento para establecer la filiación y las relaciones familiares.

²¹⁸ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 15

²¹⁹ Galindo Garfias Ignacio, La fecundación asistida en seres humanos, Ob. Cit. p 151

De acuerdo al artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal la filiación también puede establecerse por el reconocimiento de padre, madre o ambos constituyendo otra de las formas de establecer la filiación reiterado por el artículo 60 párrafo segundo al disponer que “cuando no estén casados el reconocimiento se hará recurriendo el padre y la madre personalmente o a través de sus representantes ante el registro civil”. “El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne irrevocable por virtud del cual se asumen por aquél que reconoce y a favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. Por consiguiente son elementos del reconocimiento los siguientes: es un acto jurídico, unilateral o plurilateral, solemne, por virtud del mismo el que reconoce asume la paternidad”²²⁰.

También “se propicia la determinación de la paternidad por el reconocimiento efectuado al prestar el peticionante su consentimiento para la técnica heteróloga”²²¹. O sea si el hijo nace fuera del matrimonio o concubinato, en principio tiene que reconocérsele para que pueda establecerse la filiación y respecto al tema que nos ocupa si una persona dio su consentimiento verbal para la inseminación de su pareja debería obligársele a establecer la filiación debido a que prestó su consentimiento con la finalidad de establecer todo el cúmulo de derechos y obligaciones derivados de la filiación para lo que primero debe determinarse ésta, pero tal situación el Código Civil para el Distrito Federal no lo prevé. Al respecto el artículo 374 del ordenamiento señalado dispone que “el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es suyo” de donde se desprende que el donante de células germinales o embriones no puede reconocer al ser concebido por él, cuando se implantó en la esposa del matrimonio.

La tercera forma de establecer la filiación es por sentencia ejecutoriada que así lo determine, tal como lo previene el artículo 360 del citado ordenamiento legal, que solo puede darse por el inicio de un procedimiento de impugnación o investigación de paternidad que respecto a las técnicas de reproducción asistida veremos mas adelante.

Un punto que merece singular importancia es el que se refiere a la inseminación post mortem donde se plantea una situación de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal pero jurídicamente extra-matrimonial si su nacimiento tuviera lugar después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo o concubino, plazo que señala el Código Civil (artículo 324 fracción II), para presumir que se trata de hijo de los cónyuges o concubinos

²²⁰ Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. p 504

²²¹ Loyarte Dolores, Ob. Cit. p 403

(artículo 333), produciéndose con relación al hijo la calificación de hijo fuera de matrimonio y que es imposible que puede obtener el reconocimiento del padre por que éste ya murió. Otro problema que plantea la inseminación post mortem es que el reconocimiento de un hijo se puede hacer vía testamento, de acuerdo al artículo 369 fracción IV, de donde interpretamos a primera impresión, que la persona casada o no si puede reconocer a sus hijos después de su muerte y al no especificar si se trata de hijos ya nacidos, que estén por nacer o que se conciban mas adelante por reproducción asistida, se entiende que respecto de todos ellos se podría establecer la filiación. De los nacidos no hay problema por que el reconocimiento es un acto jurídico para determinar la filiación, a menos que la impugnen los herederos; de los que están por nacer tampoco hay problema porque si ya están concebidos e implantados en el seno materno se les reconoce como hijos póstumos, respecto de los que se tiene conocimiento de la fecha en que aproximadamente nacerán; pero los que se pueden concebir más adelante por el uso de una técnica de reproducción humana asistida con gametos congelados no se sabe con certeza cuando se implantarán, pudiendo prolongarse tal hecho por mucho tiempo, siendo la cuestión que tan aconsejable es que se pueda demostrar la filiación con los derechos y deberes que ella conlleva de un hijo nacido post mortem y se le traiga al mundo deliberadamente sabiendo que no va a tener un padre por que su progenitor ya está muerto y por otro lado si debe o no privarse de los derechos de hijo a una persona nacida pos mortem por el hecho de haber nacido cuando su padre ya murió, aunque lo haya reconocido en su testamento, dejándolo en completo estado de abandono paterno. Respecto de lo que considero que primero debe prohibirse terminantemente la inseminación post mortem, pero si por cualquier circunstancia se practica y el producto nace fuera de los tiempos establecidos este tenga derecho a que se establezca su filiación con los derechos y deberes que ella conlleva, salvo los patrimoniales, en virtud de que la madre debe cargar con esas obligaciones por haberse inseminado después de la muerte del varón y por la posibilidad de que se practiquen tales técnicas por ambición de la madre o por que no se sabe concretamente cuando se implantará el embrión. Por las anteriores razones considero que el reconocimiento por testamento solo será válido respecto de personas nacidas o seres concebidos e implantados en el seno materno.

Lo anterior se agrava por la disposición contenida en el artículo 367 del ordenamiento legal citado en el que se dice que el reconocimiento hecho por testamento no podrá ser revocado aunque el testamento se revoque, pudiendo incluirse a los hijos concebidos post mortem.

Otro problema importante se da en el caso de la maternidad subrogada ya que para establecer la maternidad existen dos corrientes:

La primera se refiere a considerar madre a la mujer que da a luz tomando en consideración el principio romano parto sigue al vientre o sea que se da con el nacimiento, por consiguiente la prueba de que una mujer dió a luz a determinado hijo, es directa por medio del parto al apreciarse que nació de sus entrañas, de su cuerpo, restando solo establecer la identidad del hijo para determinar la filiación materna, así lo confirma el maestro Rojina Villegas al decir: "la maternidad supone dos elementos, uno el hecho del parto y otro la identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo"²²². Considerando que la maternidad debe atribuirse a la madre gestante, pues es mas importante la gestación que el elemento genético porque la ciencia cree que es mas importante la interacción con el ambiente que los genes.

La segunda corriente es la que asegura que debe considerarse madre a la mujer que aportó el óvulo, pues "la madre es realmente la que presta el óvulo y por tanto, ella es la madre genética o biológica, por que la concepción se produce por la fecundación del óvulo y espermatozoide de la pareja, luego el hijo es consanguíneo de ambos, porque toda su herencia genética la lleva de sus padres"²²³.

Al respecto, en el artículo 360 Código Civil para el Distrito Federal antes de las reformas del año 2000 se consideraba que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resultaba con relación a la madre por el hecho del nacimiento siguiendo los lineamientos de la corriente primera, pero al suprimirse tal disposición y actualmente disponer que la filiación también puede establecerse por el reconocimiento de padre, madre o ambos, desprendemos que literalmente la prueba de filiación materna ya no se da por el hecho del parto, ello aunado a la permisión de investigar la maternidad y usar medios científicos para demostrarla (artículos 385 y 386) lo que nos da una clara idea de que el código ahora se apega a la segunda corriente.

En la maternidad subrogada si el embrión se ha producido en un laboratorio por la unión del gameto masculino y gameto femenino e implantado en el cuerpo de una madre de alquiler, se produce la situación de la existencia de dos madres la biológica y la gestante. Quedando dudoso cual de ellas será la madre jurídica, respecto de la que se establecerá la filiación con los derechos y obligaciones que ella conlleva.

Sobre el tema Belluscio dice "en cuanto a la maternidad subrogada, es la madre jurídica quien aporta el óvulo pues de ella surgió la semilla y la voluntad procreacional"²²⁴. Al igual que Hernández Ibáñez al opinar que

²²² Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. p 460

²²³ Lledo Yague, citado por Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 112

²²⁴ Belluscio, citado por Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 128

“debe ser estimada madre la genética por que es la que ha deseado tener un hijo y la gestante ha renunciado a cualquier derecho sobre la criatura”²²⁵.

Pero hay quienes consideran que es mas preciso determinar la maternidad por la prueba directa de que una mujer dió a luz a un determinado hijo para establecer la filiación, o sea por la gestación y parto debido a la estrecha relación emocional entre la gestante y el hijo. De hecho en el Distrito Federal para registrar un hijo el registro civil pide la identificación personal de la persona que lo lleva a registrar así como la constancia de alumbramiento, de donde deducimos que basta acreditar que la persona que se presenta plenamente identificada dió a luz a un nuevo ser para adjudicársele la maternidad, y aplicado a la maternidad subrogada si la gestante se presenta a registrar al niño la persona que aportó el óvulo no tienen ninguna posibilidad de reclamar su maternidad, salvo que la gestante se lo de en adopción.

Siendo difícil determinar a quien correspondería la maternidad legal en los casos de maternidad subrogada, teniendo muy presente que primeramente deben establecerse los lineamientos básicos sobre los que se deban practicar las técnicas de reproducción asistida menos conflictivas en una ley que regule las técnicas de reproducción humana asistida en el Distrito Federal para tener los parámetros que ayuden a regular un tema tan difícil, pues en las condiciones actuales no se tiene la preparación social ni jurídica para aventurarnos a divagar al respecto. Siendo un digno tema de estudio profundo que por su amplitud no abordaremos a profundidad.

Las normas actuales sobre filiación datan de 1928 cuando sus autores aún ni imaginaban los logros que actualmente ha conseguido la biogenética en las materias de inseminación artificial homóloga o heteróloga, de la fecundación in vitro y de la transferencia de embriones y por ello no se contempló en ese tiempo la influencia que tales practicas ejercerian en la filiación sobre todo en la heteróloga y pese a que se ha reformado constantemente el Código Civil sólo se han tomado sobre el tema, decisiones aisladas que no son suficientes para decir que está regulada la filiación derivada de reproducción asistida en el Distrito Federal, encontrando que la dificultad ética y jurídica de este tema se basa en que las técnicas invaden la esfera íntima de la pareja, la que puede verse alterada con la intromisión de un elemento extraño que rompe la natural unión biogenética de la relación entre padres hijos y no resulta tan fácil establecer legalmente la filiación.

Otro aspecto importante es que siguiendo los lineamientos que hemos establecido, no cabe duda que “el donador va a ser el progenitor, pero no el

²²⁵ Hernández Ibáñez, citado por Martínez Peredo Rodríguez J. A., Ob. Cit. p 147

padre o madre por las cuestiones del anonimato, debiendo desecharse toda posibilidad legal de atribuirle la paternidad y reconocimiento pues su intención en ningún momento fue cumplir las obligaciones derivadas de la filiación, sino ceder un componente de su cuerpo para ayudar a conseguir una fecundación; así es contundente que ninguna relación de filiación debe darse entre el donante y el concebido, y no debe atribuírsele ninguna consecuencia jurídica, así el donante carece de derecho de reclamar su paternidad o maternidad o siquiera conocer la identidad del hijo²²⁶.

Mención especial merece la filiación adoptiva que no tiene nexos biológicos pero que tiene los mismos efectos que la consanguínea por lo anterior hay quienes aseguran que “el legislador debe considerar que es el padre por transmisión legal de la patria potestad que opera al expresar el consentimiento masculino en el contrato, es decir, una paternidad legal institucionalmente establecida”²²⁷, como es la adopción o bien “cuando la gestación de un nuevo ser deriva de la inseminación artificial heteróloga o la fecundación in vitro con semen de donante, resulta que la paternidad se determina por voluntad del esposo de la mujer casada que recurre a estos métodos y del cónyuge de la madre gestante, si es casada también”²²⁸.

El acta de nacimiento constata en realidad la asunción expresa de la maternidad o paternidad o transcribe en su caso la declaración judicial que impone u otorga a una persona el vínculo a que nos referimos.

Recientemente muchos autores han ignorado las corrientes tradicionales biológicas y genetista que siguen sus legislaciones, intentando elevar el valor jurídico de la voluntad en la filiación, tales son los casos de:

Galindo Garfias quien dice que: “la paternidad social corresponde a la filiación adoptiva plena, en aquellos países cuyas legislaciones han acogido esta forma de paternidad”²²⁹.

Chávez Asencio opina que: “debe establecerse, por modificación de la ley, una filiación legal que genere la relación jurídica paterno filial, sin base en la filiación biológica porque el cónyuge no será el padre biológico, pero por disposición de la norma jurídica lo será”²³⁰.

Fábregas sostiene que: “las técnicas de reproducción asistida demuestran que la filiación es cada vez más un concepto social y cultural

²²⁶ Villalobos Olvera Rogelio, Ob. Cit. p10

²²⁷ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 68

²²⁸ Galván Rivera Flavio, Ob. Cit. p 90

²²⁹ Galindo Garfias Ignacio, La fecundación Asistida en seres humanos consideraciones jurídicas, Ob. Cit. p 151

²³⁰ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 10

mas que biológico, añadamos el importantísimo concepto de la posesión de estado, en el que la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo lo decisivo la voluntad de tener al hijo como tal. La filiación sería así mas que una realidad biológica una realidad social, afectiva y cultural, así la doctrina habla de una verdad social, vital o sociológica, distinta de la biológica y basada más que en el dato genético en la voluntad y la responsabilidad"²³¹. Además "la filiación es una relación fundamentalmente jurídica estructurada sobre determinadas situaciones culturales más que biológicas no siendo la filiación, necesariamente, una situación derivada de un hecho biológico. El principio de veracidad no es tan absoluto y los principios también deben ser interpretados de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deban ser aplicados".²³²

Castro Murillo estimó que "para estar en consonancia con las tendencias actuales y ya experimentadas en otras comunidades del mundo, debe previa aceptación expresa de los esposos, considerarse al niño nacido por inseminación artificial hijo con todas las consecuencias legales correlativas".²³³, pues "existe la conseja popular que padre no es el que engendra sino el que mantiene y cría y la obligación se finca precisamente en el esposo como proveedor primario dentro del matrimonio y este es la célula fundamental de la sociedad"²³⁴.

Villalobos Olvera afirma que "la voluntad de la pareja, particularmente la del esposo que consintió la inseminación heteróloga de su mujer constituye la fuente de una nueva filiación al lado de la biológica y la adoptiva"²³⁵.

Según Cecilia Grossman "el hijo nacido de inseminación artificial heteróloga o fecundación in vitro con óvulo de la mujer y semen de un donante, debe ser considerado en una reforma legal como hijo matrimonial, apoyándose la paternidad del marido de la madre en su voluntad de asumir el rol paterno exteriorizado a través de su conformidad para el empleo de éstas técnicas y esta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico como génesis del lazo paterno filial. Pese a que se ha acudido a la sustancia de un tercero, se observa una voluntad conjunta de ambos cónyuges destinada a suplir la imposibilidad biológica de engendrar y dar origen a una nueva vida de donde nace la responsabilidad procreacional al haber querido que la mujer conciba, por lo que el consentimiento del esposo es un acto jurídico familiar"²³⁶.

²³¹ Fábregas Ruiz Cristóbal Francisco, Ob. Cit. p 33

²³² Ídem p 94

²³³ Castro Murillo Juan de la Cruz, Ob. Cit. p 60

²³⁴ Íbidem

²³⁵ Villalobos Olvera Rogelio, Ob. Cit. p 96

²³⁶ Cecilia P. Grossman, citada por Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 65

Soto la Madrid sostiene: “la voluntad debe ser reconocida en el moderno derecho de familia, como una entidad jurídica autónoma, capaz de constituir el vínculo paterno filial aún en ausencia del elemento genético, porque las nuevas técnicas de reproducción asistida solo tienen la voluntad como punto de referencia”²³⁷. Así, “paternidad conciente es la que no se conforma con transmitir, por vía genética aquellas características que nos fueron heredadas también y que son, por lo tanto, ajenas a los rasgos volitivos de nuestra personalidad y que admite como parte el proteger y educar a los hijos”²³⁸.

Cárcaba asevera que: “el elemento más importante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial es la voluntad o decisión de que ese ser nazca”²³⁹.

Gisber considera que: “se debe aceptar el hecho de que el acto formal de la voluntad del padre, es decir, de su consentimiento y predisposición a tener un hijo de la pareja debe prevalecer sobre el origen biológico referido al donante del espermatozoides”²⁴⁰.

De hecho el recién reformado artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal de manera general establece que “también se dará el parentesco por consanguinidad entre el hijo nacido por reproducción asistida y los cónyuges o concubinos **que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores**”; esto último pudiéndose tomar como que se refiere a las personas que se hayan ocupado del nacimiento para que se les atribuyera la paternidad, lo que considero todavía muy limitado y que tiene que ser mas explícito.

De las opiniones anteriormente expuestas concretamos que resulta sumamente importante que el que quiera ser padre o madre por una técnica de reproducción humana asistida se haya interesado por el ser que va a nacer, desde que se toma la decisión de concebirlo, participa en su sostén desde que se encuentra en el vientre, que considere que el nacimiento no fue accidental sino perfectamente planeado y deseado, que esa persona al asumir su rol paterno o materno desea asumir las actitudes y valores, amor, afecto, propios de los padres aunque no haya vinculo genético, dejando en el nacido el ejemplo para que sean personas sanas y provechosas para la humanidad, siendo estas actitudes mas nobles que muchos nacimientos naturales, no deseados. Tal voluntad se perfila en beneficio de los intereses

²³⁷ Soto La Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 74

²³⁸ Ídem, p 11

²³⁹ Cárcaba Fernández María, Ob. Cit. p 117

²⁴⁰ Gisber Calabuig J. A., Ob. Cit. p 205

de los niños tanto jurídicos como afectivos debiendo ser atribuida a los que aceptan asumir efectivamente su función, claro con los requisitos exigidos por la ley civil.

Ahora bien "en la inseminación artificial con sustancia del propio marido, pese a que no haya unión sexual, tenemos la voluntad procreacional y en el caso de la inseminación artificial heteróloga cuando el semen es proporcionado por un extraño también encontramos la voluntad procreacional, por que el marido que consiente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo y por eso, la calidad jurídica de padre"²⁴¹.

Y en cuanto a la maternidad el vínculo filial deber ser determinado teniendo en cuenta quien ha tenido la voluntad de tener el hijo y asumir el rol materno, si quien tuvo la voluntad de procrear fue la mujer que dio a la luz, será esta la madre de la criatura, aun cuando hubiese empleado para la fecundación un óvulo ajeno. Si por el contrario la mujer que quiso tener un hijo fuese la autora del óvulo implantado, será esta la madre del nacido. La mujer que no ha tenido voluntad procreacional no podrá reclamar su maternidad, ni tampoco impugnar el vínculo de quien quiso gestar a la criatura.

Por todo lo expuesto anteriormente es que nuestra legislación civil exige una revisión en cuanto a la materia que nos ocupa con la finalidad de regular más precisamente las circunstancias estudiadas anteriormente. Por el momento en cualquier controversia que se presente debe atenderse siempre al interés superior del menor tal como lo establece el artículo 336 del Código civil para el Distrito Federal.

3.3. REPERCUSIÓN DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LAS INSTITUCIONES DE DERECHO DE FAMILIA QUE SE DERIVAN DE LA FILIACIÓN

Como es sabido el establecimiento de la filiación es la base necesaria para determinar las obligaciones consagradas por otras instituciones de familia tales como:

²⁴¹ Díaz de Guajardo Enrique, Citado por Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 69

3.3.1. PARENTESCO

"Parentesco es el lazo que existe entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con los anteriores, o dicho de otro modo, lazo permanente que existe entre 2 o más personas por razón de tener una misma sangre o de un acto que limita al engendramiento y cuya similitud con este se halla reconocida por la ley"²⁴².

Para el maestro Rojina Villegas: "el parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad del matrimonio o de la adopción para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho"²⁴³.

Galindo Garfías lo define como: "el nexa jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado se denomina parentesco"²⁴⁴.

Por su parte el ordenamiento legal supramencionado solo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil (artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal).

El parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos (artículo 249 Código Civil).

El parentesco civil es el que nace de la adopción (artículo 295 Código Civil)

"El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En el caso de la adopción, se equiparará el parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de este y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo." (Art. 293)

²⁴² Ibarrola Antonio de, Derecho familiar, Ed. Porrúa México, 1997, p 199

²⁴³ Rojina Villegas Rafael, Ob. CiL p 260

²⁴⁴ Galindo Garfías Ignacio, Ob. Cit. p 465

Respecto al artículo que antecede en su párrafo segundo, de acuerdo a su reciente reforma en el año 2004, se da la equiparación o contemplación dentro del parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida, y los cónyuges o concubinos que procuren el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores, de donde podemos distinguir varios elementos referentes a nuestro tema.

Primeramente habla del hijo nacido mediante reproducción asistida, sin distinguir la técnica usada o sea que puede ser inseminación artificial heteróloga, pues la homóloga de hecho da el lazo consanguíneo, fecundación in vitro con donante, maternidad subrogada, etc. Tal como también lo contemplan los artículos 326, 329 y 267 fracción XX, de donde interpretamos que se puede usar cualquier técnica.

En segundo lugar dispone que los niños así nacidos serán parientes consanguíneos de los cónyuges o concubinos, o sea que solo puede darse el parentesco en cuestión si el niño nace dentro del matrimonio o concubinato.

En tercera posición se le da el carácter de progenitores a los que procuren el nacimiento, y si en principio aceptan la inseminación y después no procuran el nacimiento ¿ya no existirá parentesco?, al parecer tiene que ser mas preciso, además como ya se dijimos no es lo mismo progenitores que padres por lo que debería ser para atribuirse el carácter de padre, madre o ambos, aunque es importante tener ya un avance.

“La categoría de pariente es esencial en el derecho familiar, por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan tanto en el parentesco consanguíneo, en la adopción o parentesco civil y en el afinidad”²⁴⁵.

Respecto de la reproducción humana asistida afectan, como ya se dijo, a las relaciones de parentesco y a la estructura familiar, no tanto en la inseminación artificial homóloga, pues genética y/o voluntariamente por el hecho de la unión de células progenitoras de la pareja quedaria establecido el parentesco, sin embargo en la reproducción asistida heteróloga en donde no hay vinculo de ninguna especie entre el marido o concubino de la receptora y el hijo que va a nacer ¿también se debe dar dicho parentesco?, o ¿se dará este parentesco entre el donante y el hijo?, reiterando que el multicitado p II del artículo 293 Código Civil no da total solución a estos problemas, sin dejar de resaltar que este artículo da mas protección a los hijos así nacidos una vez que se ha establecido la filiación, en el sentido de

²⁴⁵ Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. p 233

entroncar al nuevo ser con una familia establecida aunque su código genético no corresponda.

A la sociedad interesa que se determine el estado de las personas y sus relaciones de parentesco para establecer los nexos jurídicos y derivar los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos considerados parientes en todos sus grados y líneas a fin de establecer, en el momento dado, quien pudiera tener derechos u obligaciones en relación a un pariente.

3.3.2. ALIMENTOS

Determinar la filiación y consecuentemente el parentesco de los nacidos por reproducción humana asistida es fundamental en materia de alimentos para determinar a que personas se refiere el capítulo de alimentos tales como: quien tiene la obligación de darlos y a su vez el derecho de recibirlos (artículo 301 Código Civil para el Distrito Federal) para saber a quien se le considerará padres y tengan la obligación de dar los alimentos, así como quienes serán los descendientes por ambas líneas más próximos en grado que tengan tal obligación a falta o por imposibilidad de los padres (artículo 303), cuales descendientes más próximos en grado tienen la obligación de dar alimentos a los padres (artículo 304), a quienes se les considerará hermanos de padre y madre o solo de uno de ellos que deban cumplir la obligación a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes (artículo 305), quienes son los parientes dentro del cuarto grado que deban cumplir la obligación, para saber quien tiene derecho de pedir el aseguramiento de los alimentos en términos del artículo 315 Código Civil, entre otras disposiciones.

3.3.3. PATRIA POTESTAD

“La patria potestad es una institución establecida por el derecho con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos del matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos, su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación”²⁴⁶, de donde nos percatamos que se deriva de la filiación, o sea que una vez que esta se establezca sabremos quien ejercerá la patria potestad.

²⁴⁶ Galindo Garfías Ignacio, Ob. Cit. p 689

La patria potestad como deber y derecho se ejerce siempre que exista la relación jurídica entre padres e hijos, se ejerce por ambos padres en el matrimonio o por quienes lo reconozcan o respecto de quienes se establezca por sentencia la filiación. “La patria potestad es una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados que nace de la filiación”²⁴⁷.

Conforme al artículo 412 Código Civil para el Distrito Federal los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. La fijación de la filiación y el parentesco de los hijos nacidos por reproducción asistida son básicas para determinar cuales ascendientes deben ejercer la patria potestad, primeramente los padres o uno de ellos cuando el otro ya no esté, a falta de ellos los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez familiar. También se deriva el ejercicio de la guarda y custodia de menores en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, quedando bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos y el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, si está reconocido por ambas líneas, si no el que lo reconoció tendrá todos los derechos y obligaciones de la patria potestad.

También es importante determinar la filiación y parentesco de los hijos nacidos por reproducción asistida para saber si se tiene el derecho de convivencia con el menor, saber cuáles son los parientes con los que no se deba impedir que convivan o con las personas que tengan reconocido judicialmente ese derecho (artículo 417), para saber quien ejercerá la patria potestad cuando faltare alguna de las personas que deba ejercerla (artículo 420), para saber a que personas incumbe la obligación de educar al menor. Respecto de los bienes quienes serán los representantes y administradores de los bienes que pertenezcan a los menores, quien debe representarlos en juicio, a quien corresponderá la mitad del usufructo, quienes no pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles o muebles, quienes deberán rendir cuenta de la administración de los bienes del menor, quien debe entregar los bienes y frutos que le pertenezcan, y en resumen todos los demás derechos y obligaciones que se deriven de la patria potestad.

Chávez Asencio nos indica que “es necesario precisar en el capítulo de la patria potestad o en el de la filiación que en la inseminación artificial heteróloga se transfiere la patria potestad al cónyuge varón que consintió tal forma de procreación y no podrá haber acción alguna para impugnar paternidad”²⁴⁸. A lo que considero que no se necesita saber que se transfiere

²⁴⁷ ídem p 460

²⁴⁸ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 70

la patria potestad sino más bien es determinar concretamente la filiación de los hijos nacidos por reproducción artificial heteróloga y que de ahí se derive el ejercicio de la patria potestad.

Por su parte "la tutela tiene por objeto el cuidado y guarda de las personas y de sus bienes, que sin estar sujetas al ejercicio de la patria potestad tienen algún tipo de incapacidad natural y/o legal, lo que les impide gobernarse por sí mismos"²⁴⁹.

Nuevamente una vez que se establezca la filiación de los menores concebidos por reproducción humana asistida, entre otras cosas se podrá saber que ascendiente ejercerá la patria potestad sobre los hijos menores del incapacitado (artículo 465), que ascendiente tiene derecho de nombrar tutor en su testamento sobre los que ejerce la patria potestad (470), quienes serán los hermanos que deben corresponder la tutela legítima o a falta de ellos los demás colaterales dentro del cuarto grado (artículo 482), a quienes corresponde ser tutor del padre o la madre (artículo 487), a quien se considerará para ser tutores de las personas solteras que no tengan hijos para desempeñar la tutela, a que personas se les considerará abuelos, hermanos y demás colaterales que a falta de tutor testamentario o persona que primero corresponda deban desempeñar la tutela, que padre, madre o abuelo que desempeñe la tutela estarán exceptuados de la obligación de dar garantía para asegurar el manejo de la tutela, entre otras cosas que conciernen a la tutela, pero como ya se ha multiseñalado infiere la reproducción humana asistida en función de determinar la filiación y parentesco del hijo, sobre todo en la Inseminación heteróloga, y de ahí partir para determinar si son parientes o no del ser así nacido aunque no tengan el mismo código genético y determinar los a quien corresponde desempeñar los cargos señalados con anterioridad.

3.3.4. VIOLENCIA FAMILIAR

Respecto a la violencia familiar una vez que se establece la filiación y parentesco de un niño nacido por reproducción humana asistida se estará en posibilidad de estimar si cualquier uso de la fuerza física o moral o bien una omisión grave debe considerarse, además de lo que resulte, violencia familiar cometida por alguno de los miembros del núcleo familiar en contra de otro, o sea saber si al niño así nacido se le considera o no miembro de la familia.

²⁴⁹ Pérez Contreras María Montserrat, Ob. Cit. p 52

3.3.5. INVESTIGACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD

El artículo 60 Código Civil del Distrito Federal, párrafo III determina que “la investigación tanto de la maternidad como de la paternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este código” de donde se desprende que se permite investigar tanto la paternidad como la maternidad.

Como ya hemos dejado establecido, la paternidad y maternidad establecidas por matrimonio o concubinato de acuerdo a las presunciones contempladas en los artículos 324 y 383 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicables respectivamente a cada uno, son directamente atribuidas a los cónyuges o concubinos pero “la paternidad y maternidad es siempre una presunción jurídica *juris tantum*, y surge con certeza relativa dentro del matrimonio o concubinato, al seguir el principio *pater is est quem justac nuptiac demonstrant*, el hijo de la mujer casada es hijo del marido de su madre. La paternidad habida fuera de matrimonio es incierta por principio y solo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad”²⁵⁰.

Sin embargo, la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida ha puesto en crisis la eficacia de los supuestos legales en que se permite investigar o impugnar la paternidad o maternidad. En principio los concebidos en matrimonio o concubinato de acuerdo a las presunciones respectivas, aunque se utilicen prácticas de reproducción asistida serán considerados como hijos de matrimonio o de concubinato aun cuando se produzca donación de gametos, aplicándose el derecho común para establecer la filiación permaneciendo así mientras no sea impugnado.

Al ser una presunción *juris tantum*, o sea que admite prueba en contrario, el estado familiar de hijo de matrimonio puede quedar destruido por la impugnación del marido mediante el ejercicio de la acción de contradicción de paternidad o el ejercicio de la acción de desconocimiento de la misma y por la mujer por medio de la impugnación de la maternidad, ya que en nuestra legislación los artículos 60 p III y 336, 337, 382, 388 facultan a la mujer a impugnar la maternidad y los artículos 60, 325, 326, 329, 330, 332, 333, 335, 336, 382, 388 de la impugnación de la paternidad del hombre.

Si aparece la impugnación de la paternidad o maternidad en la reproducción humana asistida homóloga, al deducirse la acción si se

²⁵⁰ Montero Duhalt Sara, Derecho de familia, Ed Porrúa, México, 1997, p 267

propone la práctica de pruebas científicas resultando compatible el historial genético, ello bastaría para que no prosperara la acción de contradicción, quedando de todas formas establecida la filiación. Por lo que no debe permitirse en ningún caso impugnar la paternidad o maternidad por inseminación homóloga pues finalmente el así nacido contendrá los elementos genéticos de los progenitores bastando para establecer la filiación, independientemente de que se haya prestado o no el consentimiento, pues si bien el ordenamiento civil citado permite la impugnación de la paternidad si no se consintió expresamente la práctica de tales técnicas al iniciarse una investigación de paternidad y ofrecerse una prueba científica quedaría probado el nexa genético existiendo, como se expuso en el tema de la filiación homóloga, una contradicción de disposiciones.

En la inseminación heteróloga si se ejerce la acción de contradicción de paternidad-maternidad al probar la imposibilidad física de haber sido el quien engendró al hijo o si se propone la práctica de un método científico (artículo 325 Código Civil) lógicamente no será compatible bastando para que prosperase la acción, pero el artículo 326 p III determina "la imposibilidad de impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida si hubo consentimiento expreso en el mismo" lo que es reiterado por Chávez Asencio al sostener: "se señala que habiendo el consentimiento del marido, este no puede actuar en contra y debe darse firmeza a la filiación que sería una deslealtad si después pretende no cumplir su responsabilidad, pero éste principio no debe contrariar las leyes de orden público ni las buenas costumbres"²⁵¹, o sea, si consintió la inseminación heteróloga o implante en la mujer de un embrión producido con el espermatozoide de un tercero o formado con material genético ajeno a la pareja, en virtud de la doctrina de los propios actos, consistente en que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una conducta anterior suya deliberada jurídicamente relevante y plenamente eficaz y que fue determinante en la decisión de la mujer de someterse a la inseminación o el implante de embrión, además porque no debe invocarse la torpeza propia para privar de eficacia un acto libremente consentido. Pero si faltó el consentimiento para la práctica de inseminación heteróloga, puede impugnarse la paternidad o maternidad y si se hiciesen pruebas genéticas resultaría que el hijo no es suyo prosperando la acción de desconocimiento, por lo que "si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó ni naturalmente, ni expresando su voluntad procreacional"²⁵².

²⁵¹ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 66

²⁵² Brena Scsma Ingrid, Ob. Cit. p 15

vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó ni naturalmente, ni expresando su voluntad procreacional”²⁵².

Otro elemento que maneja el artículo en cuestión es que el consentimiento debe ser expreso sin mencionar si es escrito o puede ser verbal, en este último enfrentándonos al problema de probarlo cuando se requiera, afortunadamente en la mayoría de las clínicas que se practican estas técnicas se requiere la existencia de un llamado contrato de inseminación artificial en el que se hace constar por escrito el consentimiento de cónyuges o concubinos para que se realice la práctica, además por requerimiento de la Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Si no se prestó el consentimiento para la práctica de la reproducción asistida heteróloga podrá impugnarse la paternidad-maternidad en las mismas situaciones y circunstancias en que se puede realizar de acuerdo al Código Civil del Distrito Federal, y si se obtiene resultado favorable se destruyen las presunciones resultando un hijo habido fuera del matrimonio entre un miembro de la pareja y un tercero.

Pero si se practica una técnica de reproducción humana asistida con donante al hacerse las pruebas mencionadas resultará que no es el padre de la criatura, pudiéndose impugnar el reconocimiento privando al nuevo ser de todo derecho, aun cuando lo haya reconocido por testamento o haya consentido la práctica de una técnica de reproducción humana asistida para concebirlo y aceptar el rol paterno.

Respecto de la investigación de paternidad o maternidad en la inseminación heteróloga, cuando ya está establecida la filiación legal, es de preguntarse si ¿es pertinente conocer la verdadera identidad del progenitor o el que aportó el elemento genético?, respecto de lo que en lo personal me inclino en contra de ello, excepto si se evitaran o solucionaran enfermedades hereditarias o genéticas que requieran para su investigación o cura la ayuda del verdadero progenitor, tal como lo vimos en el anonimato de los donantes.

Sin embargo nuestro Código Civil del Distrito Federal, permite a los hijos reclamar su filiación bajo ciertas circunstancias que hay que tomar en cuenta. Si el hijo nace dentro del matrimonio no existe disposición expresa que le autorice reclamar contra su filiación aunque sepa que fue concebido con un elemento genético donado, y aunque el Código Civil no lo establezca por sentido común solo se puede tener una sola filiación paterna y una materna por lo que si ya cuenta con una filiación no puede investigar otra distinta, pero interpretando el artículo 376 el hijo reconocido puede reclamar

²⁵² Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 15

contra el reconocimiento cuando llegue a su mayor edad y si fue concebido con donación de gameto puede demostrar que genéticamente el padre o la madre no lo son pudiendo prosperar dicha acción y verse deslindado de la filiación establecida para posteriormente iniciar una acción de investigación de la paternidad o maternidad contra quien aportó la célula progenitora, lo que en principio considero no debería permitirse pues al ya estar establecido que persona debe cumplir los derechos y obligaciones filiales no es necesario que se investigue quien le dio la vida, además de que se atentaría contra el anonimato del donante, visto anteriormente. En muchos casos propiciando estas acciones, las ambiciones personales y no los fines que persigue la filiación.

También tenemos que es posible la investigación de paternidad o maternidad de un hijo nacido post mortem ya que los artículos 347 y 388 del Código Civil permiten investigar la paternidad; el último de los mencionados establece que "las acciones de investigación de paternidad o maternidad solo pueden intentarse en vida de los padres y si los padres hubieran fallecido durante la menor edad de los hijos tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad" la cuestión aquí es si será posible investigar su paternidad un ser que no se ha concebido en el momento en que su progenitor muere o siendo concebido no se ha implantado para su desarrollo, y peor aún si se posterga la implantación por largo periodo de tiempo.

En caso de que investigara la paternidad los artículos 325, 341 y demás relativos del Código Civil permiten demostrar la paternidad por cualquier medio de prueba incluyendo las proporcionadas por los avances científicos, y entonces el hijo nacido post mortem, o su representante pueden demandar la filiación, probándola mediante exámenes biológicos en cuyo caso si propone pruebas científicas con muestras de sus posibles parientes consanguíneos el resultado será positivo y se determinará la filiación, adquiriendo así el carácter de hijo con todos los derechos que ello conlleva salvo los hereditarios, como lo veremos mas adelante.

Radizando el problema en conseguir la muestra sanguínea respecto de la que se harán los estudios genéticos, ya que el artículo 382 del Código Civil señala que en caso de que se proponga una prueba que requiera la ayuda de los avances de la ciencia y el presunto progenitor se niegue a otorgar la muestra, se presumirá que es el padre o la madre; pero en este caso el padre ya está muerto no pudiéndose obtener las muestras sanguíneas de él y no existiendo ninguna disposición que obligue a sus consanguíneos a proporcionar dichas muestras dejando sin materia la prueba planteada sin que se hayan aportado pruebas suficientes para determinar la filiación, dejando al hijo así nacido sin establecer su filiación paterna.

Aunque hay que ser realistas y situarnos en la idea que si es difícil realizar las pruebas genéticas cuando los padres viven, si ellos mueren sería prácticamente imposible. Además existe la dificultad en el costo de dichas pruebas y en la existencia de una jurisprudencia y varias tesis que dificultan la toma de las muestras sanguíneas, entre las que encontramos:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído debe ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tengan que ver con la litis que se busca dilucidar y, no obstante, puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano.

Contradicción de tesis 81/2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero, ambos del Vigésimo Tercer Circuito. 19 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto. Tesis de jurisprudencia 17/2003. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión de diecinueve de marzo de dos mil tres. Novena Epoca Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVII, Abril de 2003 Tesis: 1a./J. 17/2003 Página: 88 Materia: Civil Jurisprudencia

Dándose una tesis sobre su interpretación:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. CONTRA SU ADMISIÓN PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO POR SER TRASCENDENTE SU DESAHOGO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCES DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 17/2003). De una interpretación integral de la jurisprudencia 1a./J. 17/2003, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA.", y de la ejecutoria de la cual derivó, se desprende que la misma se refiere únicamente a que en el particular se está en presencia de un caso excepcional respecto del cual sí procede el juicio de amparo indirecto por el aspecto de irreparabilidad que pudiera traer consigo el desahogo de la prueba pericial en materia genética, ello, porque si bien con ésta es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer la existencia de un vínculo de parentesco, también pueden obtenerse, contra la voluntad del afectado, otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, ajenas a la litis, razón por la cual debe ser sometida a un análisis constitucional, es decir, la mencionada jurisprudencia se refiere sólo a la procedibilidad del juicio de garantías y no a que la prueba genética sea inconstitucional en sí misma. Por otra parte, no debe pasar inadvertido que dicha ejecutoria (no la jurisprudencia en sí) toca cuestiones que atañen al fondo del asunto, pues señala que la admisión y desahogo de la prueba pericial en materia genética para determinar la huella genética, puede traer consigo la consecuente afectación de derechos sustantivos, sin embargo, es muy clara al precisar que tal afectación sólo podría darse en caso de que se permita cuando se practique en la persona del afectado sin ninguna restricción, ya que podría traducirse en una invasión a su intimidad y a su individualidad, por lo que la valoración constitucional que al efecto haga el Juez de amparo para determinar los alcances y las restricciones que deben imponerse en el desahogo de dicha prueba, ha de hacerse vinculando los extremos que se pretenden probar en el cuestionario sobre el que el perito debe rendir su dictamen, para así valorar si este último se refiere o no a la materia de la prueba. Es decir, en términos de la jurisprudencia 1a./J. 17/2003, procede el juicio de amparo indirecto contra la admisión de la prueba de genética (ADN), por ser trascendente su desahogo y, posteriormente, la constitucionalidad se decidirá atendiendo a los conceptos de violación en relación con los extremos que pretenden acreditarse con la prueba. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 5/2004. 20 de febrero de 2004. Unanimidad de votos.
Ponente: José Luis Sierra López. Secretario: Mauricio Ramírez Ramírez.

Nota: La tesis citada aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVII, abril de 2003, página 88. Novena época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIX, junio de 2004 Tesis XVI.3o. 5 página 1459.

Las anteriores establecen que si bien las pruebas genéticas pueden afectar los derechos subjetivos de los individuos e incluso dan la oportunidad de ampararse contra la admisión y práctica de dichas pruebas, también es cierto que debe precisarse si las pruebas pretenden practicarse solo para establecer los vínculos genéticos entre una persona y otra o para una cuestión distinta, concediéndose la facultad al juzgador para determinar si ampara o no al quejoso sobre la admisión y desahogo de la prueba genética en base a lo que pretenda acreditarse con ella, además el artículo 382 del Código Civil señala que en caso de que se proponga una prueba que requiera la ayuda de los avances de la ciencia y el presunto progenitor se niegue a otorgar la muestra, se presumirá que es el padre o la madre, bastando ello para establecer la filiación.

3.3.6. ADOPCIÓN

“Adopción es aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejante a las que tiene lugar en la filiación legítima”²⁵³.

La adopción cumple una doble finalidad al atribuir una descendencia ficta a quienes no han tenido hijos de su propia carne y establecer la posibilidad de que los menores encuentren, de esta manera el cuidado y la protección que necesitan, pero la adopción no constituye una solución mágica a disposición de la pareja, pues existen disposiciones legales relativas a la edad, la solvencia moral y la capacidad económica, el costo de la asesoría jurídica y lo tedioso de los trámites administrativos y judiciales que complica la posibilidad de adoptar.

En muchos casos el que adopta por esterilidad lo hace desde la resignación encubridora de la ira, la frustración y el dolor, desquitando esos sentimientos tratando mal al menor, lo que puede afectar su desarrollo en la familia, opinión ratificada por Soto La Madrid al establecer “la adopción puede cubrir la soledad de una pareja darle la posibilidad de trascender a través de la socialización personalizada del niño, al tiempo que se protege al indefenso, pero no borrará jamás ese sentimiento de pérdida de amargura y

²⁵³ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 191

frustración, que ha marcado desde siempre a tantos seres humanos, a causa del estigma de la esterilidad”²⁵⁴.

Esta institución se ha visto afectada por la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida en virtud de que estas ofrecen remediar ciertos problemas de esterilidad con muchas posibilidades de éxito, lo que ha ocasionado que las parejas dejen de recurrir a la adopción para solucionar sus problemas de esterilidad. La diferencia entre la adopción y la reproducción asistida es que la primera busca el beneficio del menor y la segunda el beneficio de los padres.

La figura de la adopción podría aplicarse en los casos de reproducción asistida heteróloga donde el niño es hijo biológico de uno de los miembros de la pareja y adoptivo del otro, o sea como supuesto de adopción prenatal, argumento que se justifica diciendo que en la adopción se reconocen con todos los derechos de un hijo a un ser totalmente extraño a los adoptantes, mientras que en la reproducción asistida el hijo concebido tiene cuando menos parentesco con uno de los esposos o concubinos, pues hay que considerar que solo debe traerse al mundo niños por reproducción asistida en el mejor de los proyectos posible, a lo que considero mejor que se tome como ha quedado establecido en la filiación.

3.3.7. PATRIMONIO DE FAMILIA

El patrimonio familiar es una institución de interés público que tiene como objeto afectar a uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar (artículo 723 del Código Civil para el Distrito Federal) pudiendo ser constituido por la madre, el padre, ambos, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo para proteger jurídica y económicamente a su familia (artículo 724 Código Civil) su constitución hace pasar la propiedad de los bienes a los miembros de la familia beneficiaria determinando la copropiedad del patrimonio señalando los nombres y apellidos de los mismos que solicitarse dicha constitución (artículo 725) siendo estas personas las que tienen derecho a disfrutar el patrimonio señalado.

La importancia radica en que previo el establecimiento de la filiación y parentesco del menor concebido por reproducción asistida tenga derecho a ser incluido como copropietario del patrimonio familiar sin considerar que no sea hijo biológico de uno o ambos cónyuges o concubinos y demás derechos consignados en el capítulo de patrimonio familiar en el Código Civil del Distrito Federal.

²⁵⁴ Soto la Madrid Miguel Ángel, Ob. Cit. p 191

3.4. RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL MATRIMONIO Y CONCUBINATO, ASI COMO EN EL DIVORCIO

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, (artículo 146 Código Civil del Distrito Federal).

Así “el derecho matrimonial comprende: el conjunto de relaciones que nacen entre marido y mujer y que norman la vida en común entre los consortes y se ocupa a la vez, de establecer reglas relativas a la administración, disfrute y disposición de los bienes que antes del matrimonio o durante el adquieren los esposos y los que se refieren al patrimonio de familia”²⁵⁵.

Sin desconocer las diversas maneras de constituir la familia, el matrimonio es la forma reconocida jurídicamente por las diversas convenciones internacionales para fundarla pues la familia requiere una sólida estructura que le dé cohesión, estabilidad y todos los elementos necesarios que se obtienen al generarse por el matrimonio o concubinato como un compromiso jurídico y permanente de vida en común. “El matrimonio constituye la base fundamental de todo el derecho de familia”²⁵⁶. Aunque no podemos dejar de considerar que actualmente el concubinato tiene casi la misma conceptualización que el matrimonio.

Presentándose la procreación como un fin primordial del matrimonio y este como un factor de certeza o certidumbre de la filiación y las instituciones que deriven de ella, al respecto el artículo 162 Código Civil para el Distrito Federal nos dice que los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, pero el artículo 146 del ordenamiento legal invocado establece la **posibilidad** de procrear hijos y al considerarlo como posibilidad deducimos que si no se puede realizar la procreación no se estaría incumpliendo con dicho fin, de donde estimo que debe ser una de las finalidades del matrimonio por el grado de importancia e influencia que ejerce en él, aunque no es la principal finalidad.

²⁵⁵ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 466

²⁵⁶ Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. p 285

En el párrafo II del artículo 162 y la parte final del artículo 146 confirman el derecho consagrado en el artículo 4 constitucional respecto de la libertad de los cónyuges para decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de los hijos restringiendo o limitando este derecho a los cónyuges, corroborado por Chávez Asencio al considerar que “procrear un hijo fuera de matrimonio implica una ilicitud tanto desde el punto de vista moral como jurídico pues se contrarían los principio éticos que reservan para el matrimonio la procreación. Aun cuando los hijos fuera de matrimonio tienen las mismas consideraciones e igualdad jurídica que los nacidos dentro del matrimonio no se excluye la ilicitud de los padres al engendrarlos fuera de matrimonio. Con mayor razón debe considerarse ilícita la fecundación artificial fuera de matrimonio y al ser un ilícito deberá establecerse una sanción desde el punto de vista penal para aquellos médicos que se presten a fecundar a una mujer soltera, viuda o divorciada por que la sociedad y el Estado están interesados en que la procreación se haga dentro de matrimonio”²⁵⁷, respecto de lo que considero que tiene la razón en cuanto que solo debería permitirse la fecundación artificial en matrimonios, pero tampoco debemos dejar de reconocer que actualmente existe una figura a la que la sociedad y el derecho en el Código Civil para el Distrito Federal, han equiparado al matrimonio que es el concubinato llegando hasta el punto de que el artículo 291 Ter del Código Civil para el Distrito Federal permite establecer que “regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia en lo que le fueren aplicables”, considerándolo como núcleo familiar de la pareja estable, contemplando el artículo 291 Bis del citado código los requisitos para que el concubinato produzca sus efectos legales, tales como: falta de impedimentos legales para contraer matrimonio, vivir en común en forma constante y permanente por dos años cuando menos o que tengan un hijo en común, de los que se desprende la situación de permanencia en la pareja que se asemeja al matrimonio concediéndoles derechos y obligaciones recíprocas, luego entonces las disposiciones de la procreación le son también aplicables al concubinato. En concreto, solo los matrimonios o concubinatos con plenos efectos jurídicos pueden tener acceso al uso de cualquier método de reproducción asistida en los términos que señale la ley, donde cabe recordar que no existe una ley específica respecto al tema, y que las disposiciones contenidas en otros cuerpos legales son muy fugaces. Por último consagra este derecho a ejercerlo de común acuerdo por los cónyuges pudiendo agregar por los concubinos, interpretándolo se refiere el consentimiento que ellos deben otorgar para la práctica de tales técnicas. (Artículo 162 Código Civil para el Distrito Federal parte final).

²⁵⁷ Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit. p 31

La práctica de las técnicas de reproducción humana asistida influye en la celebración del matrimonio en dos aspectos.

Respecto de los documentos que deben presentarse ante el juez del registro civil para la celebración del matrimonio, antes de las reformas de enero de 2004 el artículo 98 fracción IV del Código Civil establecía que al escrito que presenten los interesados se acompañara un certificado suscrito por médico titulado que asegure bajo protesta de decir verdad que los pretendientes no padecen una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria corroborado por el artículo 390 de la Ley General de Salud el cual expresa que el certificado médico prenupcial será requerido por las autoridades del Registro Civil a quienes pretenden contraer matrimonio, con las excepciones que establezcan las disposiciones generales aplicables. Estas excepciones son que las personas cuya residencia esté más de 20 Km. del lugar en que ejerza la medicina algún médico con título registrado en salubridad, los que habiendo vivido en concubinato desean celebrar un matrimonio cuando uno de los contrayentes se encuentre al borde de la muerte. En esos casos los contrayentes bajo protesta de decir verdad, declaran ante el oficial del Registro Civil si padecen o no alguna enfermedad venérea; sin embargo con las reformas de enero de 2004 en el Código Civil del Distrito Federal, se derogó dicha disposición y en el Código ya no se exigen los certificados mencionados, por lo que cabe cuestionarnos si sería correcta dicha decisión, pues respecto a "la práctica repetitiva e indiscriminada de la inseminación heteróloga pudiera traer consecuencias como la posibilidad de la contracción de nupcias entre parientes genéticos que no conocen su ascendencia genética real y al no hacerse los exámenes menos los sabrían, ignorando también las posibles enfermedades transmisibles a su descendencia, por lo que se aconseja la práctica de exámenes genéticos para saber posibles problemas genéticos de uno o ambos miembros de la pareja"²⁵⁸.

Es interés de la persona titular del patrimonio genético pues influiría al tomar decisiones trascendentales sobre la identidad, capacidades, actividades, vida laboral, económica y personal así como plantearse si contraer o no matrimonio, tener o no descendencia, dado que ella tiene el derecho a someterse o no a un diagnóstico y saber o no su resultado o saber hasta donde quiera sobre su identidad genética lo que se le reconoce como garantía constitucional el derecho a su intimidad, consagrada en el artículo 16 constitucional, expresando que nadie debe ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causal legal del procedimiento, de donde se desprende que a nadie puede exigírsele que se someta a los exámenes genéticos lo que no ocasiona problemas si la persona está sola,

²⁵⁸ Castro Murillo Juan de la Cruz, Ob. Cit. p 46

pero si el sujeto desea contraer matrimonio, frente a este derecho está el del futuro cónyuge y el interés público para preservar la salud de la colectividad, tanto en las presentes como en las futuras generaciones, ahora bien conocer el diagnóstico implica descubrir la predisposición a padecer enfermedades previsible y curables pero también aquél puede anunciar enfermedades terribles. Al respecto considero que la solución de someterse o no al examen genético está en manos de los futuros cónyuges para saber posibles traumas en su salud que impliquen serias afecciones en su descendencia y tomar las decisiones que consideren pertinentes, aunque este es otro gran tema en el que no vamos a ahondar por la importancia y amplitud del mismo y que está contemplado en la tesis y jurisprudencia antes vistas.

El otro aspecto es respecto de los impedimentos para contraer matrimonio, el artículo 97 del Código Civil del Distrito Federal nos dice que las personas que pretendan contraer matrimonio deberán presentar un escrito ante el juez del Registro Civil que deberá contener II.- Que no tiene impedimento legal para casarse, y el artículo 156 contiene los impedimentos para celebrar matrimonio dice en su fracción III: "el parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa", impedimento que se da para prohibir el incesto entre contrayentes, pero solo es limitante para parientes ya establecidos, sin que mencione si el impedimento se extiende a quienes presenten grandes nexos sanguíneos o genéticos por cualquier causa y concretamente por ser producto de una reproducción asistida con elemento donado. La fracción IX del mismo artículo establece como impedimento las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias aunque ambos impedimentos son dispensables, en el caso de la fracción III solo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual hasta el tercer grado, o sea solo hasta tíos y sobrinos, y en el caso de fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista el conocimiento los alcances y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio. En ambos supuestos podría acontecer entre personas nacidas por reproducción asistida heteróloga, radicando el problema en que si no se piden exámenes sanguíneos a los contrayentes para que se pueda celebrar el matrimonio, como se va a saber que existen impedimentos.

Respecto al divorcio, desde el punto de vista jurídico significa "la disolución del vínculo matrimonial y solo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa

dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial"²⁵⁹.

Puede ser voluntario y necesario, el segundo se da cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 del Código Civil. El artículo 267 en su causal XI establece la sevicia, amenazas o injurias graves de un cónyuge para con el otro o para los hijos y hay quienes han considerado el que un miembro de la pareja se practique una técnica de reproducción humana asistida en cualquiera de sus modalidades sin consentimiento de la pareja constituye una injuria u ofensa grave para él al coartarle su libertad de elegir entre tener o no descendencia y en que momento tenerla tal como lo establece los artículos 146 y 162, por tanto puede tomarse como una causa para divorciarse. Pero la causal XX es concreta al contemplar el empleo de métodos de fecundación asistida realizada sin el consentimiento de su cónyuge como suficiente para divorciarse.

Respecto a la mujer es necesario determinar que no se esclarece si se trata del método homólogo o heterólogo, pues respecto al primero solo considero que no hubo engaño por parte de la mujer sino que se le privó al hombre de su derecho a decidir el momento para tener hijos sin que ello cause graves problemas en el matrimonio, salvo que no deseen ser padres. Si considero que "el marido o concubino tiene un interés ya que la fecundación que se ostenta tiene por finalidad procrear un hijo que va a ser integrado a su familia y el evento de su nacimiento y su forma de fecundación habrá una presunción de paternidad, pero una cosa es darle un derecho de externar su voluntad y otra imponerle a la mujer una causal de divorcio, pues en mi concepto es una medida drástica"²⁶⁰.

Pero respecto de la inseminación heteróloga o la implantación en la mujer de un óvulo fecundado con elementos genéticos ajenos al matrimonio, hay relevancia al no haberse obtenido el consentimiento, pues el embarazo y nacimiento traerán consecuencias jurídicas que conciernen 100% al marido o concubino sin ser el quien aportara el material genético y menos por voluntad, ya que al establecerse la filiación este tendrá todos los derechos y obligaciones para con el menor del que no consintió el nacimiento ni procede de su material genético, considerándose "la deslealtad de la esposa, como un acto reprobable al ocultar a aquel la causa de su embarazo y estimo también que si este descubre el fraude, podrá desconocer la paternidad del hijo"²⁶¹, en cuyo caso si justifico tal causal por atentar contra la confianza y unión de la pareja.

²⁵⁹ Galindo Garfías Ignacio, Ob. Cit. p 597

²⁶⁰ Quevedo de Carrera Rosa Edilia, Ob. Cit. p 98

²⁶¹ Galindo Garfías Ignacio, La fecundación asistida en seres humanos, Ob. Cit. p 150

Por lo que concierne al hombre que haga inseminar homologamente a su esposa sin su consentimiento, si puede traer mas consecuencias que en el caso de que el hombre no de el consentimiento, puesto que aquí entra en juego la salud de la mujer que es quien va a portar al feto y sufrir las peripecias del embarazo lo que en realidad no resulta grave, pero como ella es quien se somete a la cirugía puede ser que por embarazarse corra peligro su vida o su integridad física, lo que si sería un acto gravísimo en perjuicio de la mujer, y podría encuadrar en la causal no XVI que es cometer un delito un cónyuge en contra del otro, independientemente de la pena aplicable por los delitos en que pueda incurrir, a lo que si considero aceptable la causal prevista en la f XX, y peor aún tratándose de inseminación artificial heteróloga en que además de correr los riesgos previstos anteriormente tendrá que establecer filiación con un hijo que genéticamente no es de ella y que no quiso su nacimiento, generándose los derechos y obligaciones derivadas de la filiación, lo único que salvaría tal situación sería que por el hecho de gestarlo y parirlo se identificara con el producto asumiendo el rol materno, pero lo cuestionable aquí son las intervenciones a las que se sometió a la mujer para lograr el embarazo sin que ella lo haya consentido atentando así incluso contra su propia vida.

Tanto del lado de la mujer como del hombre la falta de consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción asistida son igualmente negativos en el matrimonio al constituir una falta de respeto y consideración que altera gravemente la comunidad de vida de los cónyuges al sentirse heridos defraudados por el otro haciendo en muchos casos imposible que se siga llevando una convivencia sana, pero es importante considerar que la falta del consentimiento de la mujer es mas riesgosa, pues se trata de una alteración en su salud, además de las consecuencias jurídicas que se generen que son iguales para el hombre, y nadie tiene derecho a interferir en la salud de otra persona ni siquiera el marido, por lo que es acertada tal disposición en virtud de la igualdad de la pareja sin hacer diferencias entre la falta del consentimiento de uno y otro, ello independientemente de las sanciones penales a que se pudieran hacer acreedores y contempladas en otros cuerpos legales. Además tal causal tiene su fundamento en los artículos 146 y 162 del Código Civil para el Distrito Federal que da al acto procreativo un carácter de consensualidad entre cónyuges.

3.5. INFLUENCIA EN CUANTO A LAS SUCESIONES

Establecida la relación jurídica entre padres e hijos, los hijos tienen derecho a recibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley, salvo

que se ejerza la acción de contradicción en términos del artículo 333 del Código Civil para el Distrito Federal.

Respecto a nuestro tema el punto mas trascendente en la materia de sucesiones, es el relativo a la inseminación post mortem que como ya se dijo es la fecundación que se hace cuando uno de los que aporta el gameto ya murió, considerándose si puede o no ser participe de la herencia del difunto pudiendo existir embriones crioconservados que pudieran tener derechos hereditarios.

En el testamento, como lo dispone el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal se puede reconocer a un hijo pero tal disposición no dice, como ya mencionamos en el capítulo de filiación, si se trata de un hijo ya nacido, de uno concebido o de uno que se pueda concebir en el futuro y mientras no se disponga nada al respecto los gametos pueden utilizarse incluso varios años después de la muerte cuando la herencia ya se haya repartido, o bien con motivo de la herencia la viuda puede embarazarse y concebir un hijo para ser participe de la herencia, por lo que como ya he establecido no debe aceptarse tal práctica, dado el enorme el cúmulo de problemas que acarrea respecto de las sucesiones y repartición de herencias. Sin embargo tal prohibición no quiere decir que no se lleve a la práctica y que no nazcan hijos por este método. En principio "se observa que en la inseminación post mortem, si la viuda se somete a una inseminación con esperma del marido fallecido, el hijo será solo de ella"²⁶², si nace después de los 300 días contados a partir de la muerte del marido o concubino, ya que la personalidad concluye con la muerte, y el hijo resultado de una Inseminación practicada después de la muerte del donador no tiene padre, la ley lo considera hijo nacido fuera del matrimonio pues no estaría dentro de los términos de presunción y por lo tanto no tendría derecho al nombre ni a la herencia, y menos a la vinculación parental con la familia del propietario del semen²⁶³.

En la sucesión testamentaria el de cujus dispone de sus bienes mencionando específicamente a que personas corresponderán a su muerte, personas que para poder suceder deben tener como mínimo personalidad jurídica al momento de la sucesión, o sea que estén concebidos, de donde se desprende que los que no estén concebidos al momento de abrirse la sucesión testamentaria no podrán ser herederos y aplicándolo a la inseminación post mortem si se fecunda a la esposa con semen del marido después de su muerte no estará concebido al momento de la muerte y no podrá ser instituido como heredero. Pero si se probase y estableciese legalmente la filiación con el testador, el testamento no será inoficioso por

²⁶² Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 15

²⁶³ Ibidem

que de acuerdo al artículo 1368 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal el testador tiene la obligación de asegurar los alimentos respecto de sus descendientes menores de 18 años respecto de los que tenga la obligación **al momento de su muerte**, o sea que cuando muere el testador no tiene esta obligación con los hijos que pudieran ser concebidos posteriormente.

En la sucesión legítima nos encontraríamos ante una contraposición de derechos, por un lado los del hijo post mortem que al ser hijo tiene derecho a la masa hereditaria y a que se aseguren sus alimentos por ser descendiente y por otro los derechos de los hijos ya existentes que abren la sucesión y reparten los bienes, resultando que después de 1, 2, 3 o mas años aparece otro hijo que reclama derechos hereditarios. Ya que, siguiendo el principio de que, si una persona muere sin testar le deben suceder en sus derechos y bienes que no se extinguen con la muerte aquellos que tengan derecho, entre los que se encuentran sus descendientes y el concebido será su descendiente aunque no esté reconocido o sea extramatrimonial, preguntándonos si será justo privarlo de derechos sucesorios, a lo que Chávez Ascencio nos contesta "si la fecundación se hizo con el consentimiento del marido, habiendo este firmado el contrato, ningún heredero podrá contradecir la paternidad y así solo se podrá objetar la paternidad que se pretende imputar al marido, cuando la fecundación se hubiere hecho sin o contra el consentimiento del cónyuge muerto"²⁶⁴, aunque cabe mencionar que el contrato de reproducción asistida actualmente no tiene la relevancia para establecer la filiación. Siendo imposible investigar la paternidad por que el procreante ya está muerto y si de por si es difícil en un juicio de investigación de la paternidad, establecer el nexo filial estando vivos los progenitores, cuando ellos o uno de ellos ha muerto es prácticamente imposible.

Nuestra legislación es muy clara al establecer sobre la capacidad para heredar, que en principio todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad tienen capacidad para heredar, pero puede perderse por falta de personalidad según el artículo 1313 fracción I al establecer que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado a causa de falta de personalidad el que no esté concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia o los concebidos cuando no sean viables (artículo 1314) o sea, que no esté desprendido enteramente del seno materno o no viva 24 horas o no haya sido presentado vivo ante el juez del registro civil (artículo 337), corroborado por el artículo 1334 que establece que para que el heredero pueda suceder basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, preceptos de los que se desprende que los no concebidos no pueden heredar, o sea que si el autor de la herencia muere y posteriormente

²⁶⁴ Chávez Ascencio Manuel, Ob. Cit. p 70

se fecunda un embrión, para ser implantado en la viuda, ese ser no puede heredar; respecto de los concebidos, incluyendo embriones crioconservados que aún no han sido implantados y no se sabe cuando se vayan a implantar, "nada impide que antes de nacer, siempre que este concebido, pueda ser designado válidamente heredero, legatario o donatario, si llega a adquirir personalidad, después de nacido"²⁶⁵.

Al respecto Rojina Villegas afirma "identificando la capacidad de goce con la personalidad, que este atributo corresponde también al embrión humano, que el grado mínimo de capacidad de goce existe en el ser concebido pero no nacido bajo la condición que nazca vivo, y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas. Esta forma mínima de capacidad permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales"²⁶⁶, de donde deducimos que un embrión crioconservado de acuerdo a la protección legal que el artículo 22 del Código civil para el Distrito Federal otorga al concebido, no nacido es:

- a).- La posibilidad de ser instituido heredero (art. 1314 y 1391 C.C.).
- b).- La posibilidad de ser designado legatario (art. 1391 C.C.).
- c).- La posibilidad de recibir donaciones (art. 2357 C.C. y al 13).

Y esto no es posible por que no se puede postergar el proceso hereditario hasta que se implante y nazca el concebido, lo que ni siquiera se sabe si ocurrirá y cuando.

La institución de heredero o de legatario a favor de los concebidos e implantados en el seno materno, produce el efecto de suspender la división de la herencia hasta que transcurra el término máximo de la preñez, sin que haya tenido lugar el parto dentro de ese plazo, para el efecto de que si no hay alumbramiento en ese término amplísimo que la ley fija, si el producto de la concepción nace muerto o no vive 24 horas, ni es presentado vivo al Registro Civil, se podrá llevar a cabo la partición de bienes a favor de los herederos y legatarios, prescindiendo enteramente de los eventuales derechos que habría adquirido el heredero póstumo que no llego a nacer y por lo tanto la herencia se repartirá entre las demás personas con derecho a heredar. Pero en el caso de los concebidos no implantados no se puede posponer el proceso por que no sabemos si eso se realizará o no, ni cuando y en donde.

La naturaleza cautelar o conservatoria de la protección legal a que se refiere el artículo 22 mencionado parece clara, en el caso de que se cumpla cualquiera de los 2 requisitos que establece el artículo 337 del mismo cuerpo de leyes, por que si el feto vive 24 horas después de nacido o si ha sido

²⁶⁵ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 311

²⁶⁶ Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. p

presentado vivo al registro civil, el ser concebido ha adquirido la personalidad, por lo tanto si llegara a morir después de este lapso se abre su sucesión hereditaria a la cual entraran por derecho propio los herederos de esa persona, porque reconocida su personalidad tiene capacidad para adquirir un patrimonio que al morir se transmite a sus herederos legítimos (artículo 1281 a 1649 de Código Civil para el Distrito Federal). Lo que tampoco se puede hacer respecto de los embriones crioconservados, por las causas expuestas con anterioridad.

O sea lo contenido en el artículo 337 del mencionado código sería una condición para recibir la herencia, consistiendo en que desprendido del seno materno viva 24 horas, o sea presentado al Registro Civil, y el artículo 1334 del código señalado para que el heredero pueda suceder basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia, y el artículo 22 dice que la capacidad se adquiere con el nacimiento y se pierde por la muerte, pero retrotrae los efectos del nacimiento al concebido, de donde se deriva que el concebido implantado o no en el seno materno si es capaz de heredar.

Tema respecto del cual, como ya he mencionado, se debe prohibir la crioconservación de embriones congelados para evitar inseminaciones pos mortem que puedan afectar el derecho hereditario de los herederos ya nacidos o postergar la repartición de los bienes hasta que nazca un embrión congelado del que no se sabe cuando será implantado, o bien, que años mas tarde a la repartición de la herencia aparezca otra persona reclamando derechos sobre la herencia y también para evitar que las personas se inseminen de liberadamente con la finalidad de que el hijo herede.

Concretamente en este punto nos dimos cuenta que el uso de la reproducción humana asistida puede determinar o modificar la filiación de una persona y con ello modificar también las obligaciones y derechos establecidos por otras instituciones del derecho de familia, por si ello fuera poco también puede ser decisiva en el matrimonio, llegando al punto de causar un divorcio.

Una vez que se han analizado los puntos anteriores, ha llegado el momento de emitir una propuesta para regular la reproducción humana asistida en el Distrito Federal.

CAPÍTULO 4.

PROPUESTA PARA REGULAR LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL MARCO JURÍDICO DEL DISTRITO FEDERAL

A continuación se establecen los aspectos relevantes que deben estar regulados en una ley especial sobre la materia y en el Código Civil para el Distrito Federal.

4.1. LA NECESIDAD DE CREACIÓN Y LOS LINEAMIENTOS ELEMENTALES QUE DEBE CONTENER UNA LEY DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA PARA EL DISTRITO FEDERAL

Los adelantos científicos y tecnológicos han abierto para los seres humanos posibilidades y esperanzas que en materia de reproducción antes ni siquiera se imaginaba que existieran y "sus efectos de hecho, implican una modificación en la esfera jurídica de aquellos que intervinieron en la inseminación por ello podemos afirmar que la inseminación artificial es un acto jurídico que debe estar cuidadosamente reglamentado por el derecho"²⁶⁷.

El más afectado por tales circunstancias, es el derecho familiar por que los avances científicos hacen que se replanteen conceptos básicos y fundamentales como los de paternidad y maternidad que son la base de la familia. En la actualidad se considera justificada la ansiedad de tener un hijo y las técnicas de reproducción humana asistida han abierto tales posibilidades, pero su aplicación también puede encerrar peligros de orden moral y psicológico para las personas que se sometan a ellas y sus parejas y en el peor de los casos la manipulación del ser humano por la creación de hombres por manufactura atentando contra la dignidad misma del hombre, olvidándose por completo del sentido natural para el que fueron creadas, o sea para subsanar omisiones naturales dando hijos a quienes son incapaces de concebirlos o procrearlos, e incluso tratar de sustituir el hecho natural de la cópula entre el hombre y la mujer para conseguir la fecundación, por esto es importante reglamentar la práctica de tales métodos para controlar su uso.

Además las técnicas de reproducción humana asistida conllevan problemas legales que para darles solución no resultan operantes las leyes

²⁶⁷ Brena Sesma Ingrid, Ob. Cit. p 4

actuales por haber sido creadas para regular situaciones diferentes, y es lógico, pues en 1928 que se redactó el Código Civil, el legislador no tenía necesidad de emitir normas al respecto pues ni siquiera se imaginaba que llegaríamos a aplicar técnicas de reproducción asistida. Lo cierto es que el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas respecto de los cambios que se han generado, considerando algunos doctrinarios que dicho atraso se debe a que el legislador desconoce las posibilidades de aplicación de la técnicas en cuestión, o bien, conociendo su existencia considera que las técnicas carecen de trascendencia estadística y social por lo que no vale la pena regularlas, o peor aun por lo difícil del tema no se atreve a tomar postura respecto de los fenómenos tan controvertidos y prefiere dejarlos sin regulación, por lo que considero que el jurista debe tener una actitud realista no desconociendo los temas actuales, en los que se incluyen los fenómenos biológicos aplicados a la reproducción de seres humanos, para que no envejezca el Código Civil haciéndose obsoleto.

Debe precisarse que al ser un tema complicado, no es exclusivamente científico ni jurídico, lo anterior con la finalidad de que se busque una regulación jurídica en la que se tomen en cuenta todos los aspectos que puedan ser importantes, así debe tenerse la participación y colaboración conjunta de científicos, filósofos, psicólogos y juristas tratando de conciliar los intereses y posturas de cada uno para crear una ley que no limite el avance de la ciencia, pero tampoco se transgredan derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, respetando siempre la dignidad de la persona humana, así como su integridad física y psicológica sin perjudicar al orden público y las buenas costumbres.

Corresponde al estado a través de los legisladores promover la regulación del tema teniendo en cuenta la variada gama de aspectos científicos, morales, religiosos, económicos, entre otros, que las técnicas de reproducción humana asistida conllevan teniendo una consideración especial los valores consagrados por nuestra constitución como ordenamiento jurídico supremo, contemplando al derecho de familia, al derecho civil, al derecho de la salud, Etc., por ello la propuesta constituye en plantear la necesidad de creación de una Ley Reglamentaria de la Ley General de Salud que contemple las procreaciones médicamente asistidas y los lineamientos elementales que ellas conlleven, así como una reforma al Código Civil para el Distrito Federal que contemple modificaciones específicas en cuanto a su articulado que tengan que ver con la reproducción humana asistida. Así según el maestro Galindo Garfias: "el legislador de esta materia debe tener en cuenta éstos tres factores: Primero.- la ley debe atender a una utilidad social; Segundo.- debe inspirarse en un principio de justicia; Tercero.- importaría el fin que el legislador no prescindiera de toda consideración de

orden moral, pero entendiendo que toda moral es contingente, que varía con la coyuntura y que debe ser aplicada a la luz de la evolución social²⁶⁸.

Entre las razones trascendentales para considerar necesaria una Ley de Reproducción Humana Asistida en el Distrito Federal encontramos las siguientes:

- +Tener presente que la infertilidad o esterilidad es un problema que ataca a la pareja humana, e indirectamente a la población en general.

- +Situación de las actuaciones de la ciencia y la tecnología en unos límites que eviten su transferencia negativa con la dignidad humana.

- +Establecer cuales son las técnicas existentes que se puedan aplicar en nuestro país y cuales quedarán prohibidas.

- +Considerar los estadios de la vida humana en donde se tutelen eficazmente los derechos de los seres producto de la concepción de acuerdo a las circunstancias especiales en que se encuentren.

- +Contemplar la prevención y excesos en tales prácticas.

- +Reglas científicas y tecnológicas a las que deban sujetarse los establecimientos y profesionistas que presten servicios de fertilización asistida.

- +No limitar la investigación científica a menos que atente contra los derechos humanos o la dignidad de las personas.

- +Evitar la manipulación de la vida, a través de experimentos genéticos.

- +Tener en cuenta todos los aspectos que conciernen a la utilización de embriones y fetos humanos.

- +Determinar quienes tendrán acceso a la práctica de una técnica de reproducción asistida y bajo que circunstancias.

- +Regular jurídicamente las relaciones entre procreantes y procreados y terceras personas, así como sus derechos y obligaciones en cuanto a su persona y sus bienes.

- +Tener presente el interés social de la población.

- +Tomar en cuenta los aspectos morales de la sociedad.

- +Que no se limite el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, sino que se garantice el uso adecuado de ellas.

Por todo lo expuesto anteriormente entendemos que en la actualidad en que vivimos el derecho no puede permanecer indiferente ante la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, pues siguiendo el principio jurídico de que "lo no prohibido debe entenderse permitido" desprendiéndose que al no existir una norma jurídica que prohíba determinadas cosas, están permitidas, y al aplicarlo al tema que nos ocupa al no prohibirse el uso de determinada técnica de procreación o acto debemos

²⁶⁸ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. p 298

entender que se pueden practicar todas las existentes o cualquier acto relacionado con ellas que no esté prohibido y perjudique a los que intervienen o lesione la dignidad humana, sin que exista ningún tipo de sanción al respecto. Por lo anterior el Estado tiene que definir la postura que adoptará frente a ellas permitir las o prohibirlas, pero nunca ignorar su existencia, ya que si tratamos al derecho como la columna vertebral de la sociedad teniendo importancia en todos los aspectos de la vida de los hombres, el legislador debe preocuparse por saber y normalizar los avances de las ciencias médicas aplicadas a la reproducción así como las necesidades que tienen las personas que integran la sociedad para alinear su conducta y evitar el mal uso o proliferación de conductas antisociales que perjudiquen al hombre mismo y a su vez a la comunidad, por no regular situaciones riesgosas.

En el Distrito Federal, hasta la fecha no existen normas específicas que regulen temas como el que estamos tratando, pese a que la práctica reiterada de las técnicas en cuestión son una realidad y si bien sus desastrosas consecuencias aun no han llegado a los tribunales, no puede ignorarse su existencia y aplicación por que además de afectar a la familia y a la sociedad entera, pone en peligro la seguridad y estabilidad de muchos niños que nacen mediante alguna técnica de reproducción asistida y al no estar legislado correctamente puede darse la existencia de injustas resoluciones de litigios originados por hechos jurídicos no reglamentados expresamente y que por ende quedan a la libre apreciación y al arbitrio judicial, en virtud de que el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Por todo lo anterior es necesario legislar en el Distrito Federal con:

Normas administrativas.-Con una Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal donde se contemplen todos los aspectos en relación a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida.

Normas civiles.-Con una reforma amplia y concisa del Código Civil para el Distrito Federal donde se regulen todos los aspectos relacionados con la influencia que las técnicas de reproducción asistida tienen en las instituciones del derecho de familia.

Normas penales.-Mediante la reforma al Código Penal para el Distrito Federal que contemple las actuaciones indeseables en la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida y sancionarlas como conductas delictuosas.

Una vez establecidos los puntos que requieren revisión en la legislación del Distrito Federal, estando plenamente consiente de lo laborioso e inagotable del tema que nos ocupa desde el punto de vista legal, estableceré los lineamientos generales que puedan tenerse en consideración para regular jurídicamente el tema en una Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal y la modificación o creación de artículos que se vean afectados por las técnicas de reproducción humana asistida del Código Civil para el Distrito Federal.

Lineamientos que se deben tomar en cuenta para la creación de una LEY DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA PARA EL DISTRITO FEDERAL:

Generalidades

*Esta ley tendrá por objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, entendiéndose por éstas, toda técnica que permita la reproducción humana fuera del proceso natural.

*Se entiende por reproducción humana asistida a las prácticas clínicas y biológicas que tengan como finalidad la procreación de seres humanos, fuera del proceso natural por alguna de las técnicas permitidas en esta ley.

*Las técnicas de reproducción humana asistida solo podrán aplicarse a las personas que reúnan los requisitos contenidos en esta ley.

*La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida será solo con fines terapéuticos para salvar problemas de infertilidad o esterilidad médicamente probada.

*Estas técnicas solo podrán aplicarse cuando haya posibilidades de éxito y no haya riesgos para la madre y la criatura por nacer.

Las técnicas

*Solo se autoriza el uso de las siguientes técnicas de reproducción asistida en el Distrito Federal:

Fecundación asistida homóloga o heteróloga.

Fecundación in vitro homóloga o heteróloga.

Subrogación uterina altruista y entre familiares.

Trasferencia de embriones.

*Fecundación asistida es la técnica de reproducción humana asistida consistente en la introducción de los espermatozoides preparados en la vagina o matriz de la mujer usando medios mecánicos sin la existencia de la relación sexual, dejando el resto del proceso en manos de la naturaleza sin que se garantice la fecundación.

*Fecundación asistida homóloga es la fecundación que se practica con células germinales de la propia pareja solicitante.

*Fecundación asistida heteróloga la fecundación que se practique con una o ambas células germinales cedidas por donante.

Fecundación in vitro es la técnica de reproducción humana asistida consistente en provocar la unión del gameto femenino y masculino fuera del seno materno, o sea en el laboratorio para su posterior implantación en la cavidad uterina. Se aplica el concepto homólogo o heterólogo.

Subrogación uterina es la técnica de reproducción humana asistida que mediante una fecundación in vitro del óvulo de una mujer y espermatozoides de su marido, generalmente se implanta en otra mujer que gratuitamente u onerosamente lo gestó hasta el nacimiento y después entregarlo a la que dio el óvulo.

Transferencia de embriones consiste en la colocación directa de estos en la trompa por vía abdominal mediante laparoscopia ya sea donados o fecundados in vitro para ese efecto.

*Se prohíbe la práctica de la reproducción humana asistida post mortem y la clonación.

*Las técnicas de reproducción humana asistida nunca podrán utilizarse para elegir las características físicas del nuevo ser ni puede emplearse cualquier otro tipo de manipulación genética.

Médicos y clínicas

*Clínica autorizada es el establecimiento médico que cuenta con la autorización de la Secretaría de Salud para practicar las técnicas de reproducción humana asistida o resguardar las células germinales donadas.

*Médico es el especialista en reproducción humana con cédula profesional que se encuentra autorizado por clínica para practicar las técnicas de reproducción humana asistida.

*Será obligatorio formar un expediente médico de la pareja solicitante que contenga los datos clínicos y personales de la pareja, resultado de estudios clínicos practicados, tratamientos a los que se haya sometido, la circunstancia que por lo menos un miembro de la pareja es incapaz de concebir por medios naturales, el acta de matrimonio o acreditar que viven en concubinato con plenos efectos legales, constancia firmada por la pareja de que la clínica les ha informado sobre los requisitos, procedimientos, riesgos, molestias, secuelas, peligros, beneficios del tratamiento, y certificado donde se haga constar que la pareja cumple con los requisitos establecidos por la ley.

*Las clínicas deben informar completamente al donante sobre los fines, alcances jurídicos, biológicos, éticos, económicos y consecuencias de someterse a estas técnicas.

*Deben seleccionar al donante en base a sus características fenotípicas.

*Debe exigirse a los médicos que se conduzcan con toda ética y cuidado posibles en la práctica de las técnicas, para evitar posibles daños que pudieran derivar en responsabilidades para ellos.

*Cuando los médicos y clínicas no cumplan con las normas contenidas en esta ley, en la Ley General de Salud o en los demás reglamentos y leyes

aplicables podrán ser sujetos de responsabilidad civil y a la respectiva indemnización por daño físico o moral e inclusive se podrá determinar su responsabilidad penal.

*Las clínicas deben contar con el instrumental clínico y quirúrgico, así como con los recursos humanos necesarios para poder practicar tales técnicas.

*Las clínicas deben vigilar que no se utilice en más de 5 usuarios la célula progenitora de la misma persona y que las fecundaciones e implantaciones se realicen en clínicas alejadas una de la otra.

*Serán las responsables de requerir y custodiar el documento donde se haga constar el consentimiento informado de los usuarios así como los datos clínicos y características generales de los donantes.

*Las clínicas deben cuidar que solo se transfieran al útero de la mujer solamente gametos o embriones con las debidas garantías de viabilidad.

*Las sanciones a los médicos y clínicas que realicen actos prohibidos o no permitidos por esta ley.

Usuarios

*Pareja solicitante es la pareja unida en matrimonio o concubinato, con plenos efectos jurídicos, que por causa de esterilidad o infertilidad de por lo menos un miembro de la pareja, busca lograr la concepción, gestación y nacimiento de un nuevo ser recurriendo a las técnicas de reproducción asistida.

*Esterilidad es la forma de nombrar médicamente a la incapacidad de una mujer por conseguir después de quedar embarazada, que las gestaciones concluyan con el nacimiento de un hijo viable.

*Infertilidad es el impedimento que tiene cualquiera de los miembros de la pareja para conseguir la unión entre el óvulo y el espermatozoide o concepción.

*Concepción es el momento exacto en que se unen el óvulo y el espermatozoide.

*Gestación es el periodo de tiempo comprendido entre la anidación del embrión hasta el nacimiento.

*La pareja solicitante de una técnica de reproducción humana asistida debe reunir los siguientes requisitos: Pareja unida en matrimonio o concubinato, con plenos efectos jurídicos; ambos deben ser heterosexuales, mayores de edad con plena capacidad de obrar, estar en condiciones física y mentales para someterse a las técnicas, estar vivos al momento de la concepción, que cuando menos un miembro de la pareja sea estéril o infértil.

*Debe prohibirse la práctica de las técnicas a toda persona que no reúna todos los requisitos antes mencionados e inclusive debe imponerse sanciones por su incumplimiento.

*Prohibición a utilizar las técnicas como medios de reproducción alternativa al proceso natural sino que solo se podrán aplicar como medio para sufragar la esterilidad o infertilidad.

*Debe prohibirse la práctica de las técnicas en personas solas o solteras que no presenten problemas de esterilidad o infertilidad.

*La pareja que desee someterse a la práctica de las técnicas debe exhibir solicitud por escrito a la clínica en la que se realizará la intervención.

*Los usuarios deben manifestar su consentimiento informado por escrito ante el centro que vaya a practicar la técnica notario público o juez familiar.

*El consentimiento debe ser informado entendiéndose como tal el acuerdo por escrito mediante el que una persona autoriza su participación en una técnica de reproducción humana asistida con conocimiento de los procedimientos, riesgos y consecuencias a los que se someterá él o su pareja, con libre elección y sin coacción alguna, recibiendo una explicación clara y completa respecto a:

- La justificación y objetivos de la inseminación.

- Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito.

- Las molestias o los riesgos esperados.

- Los beneficios que pueden obtenerse.

- Los procedimientos alternativos que pudieran ser usados por el sujeto.

- La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta o los procedimientos relacionados con el tratamiento del sujeto.

- La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento.

- La seguridad de que no se identificará el sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad y con la práctica de la técnica.

- El compromiso de proporcionar información actualizada obtenida durante el estudio

- La disponibilidad del tratamiento médico y la indemnización que legalmente tendrá derecho por parte de la institución médica de salud, en caso daños causados por la fertilización.

- Las consecuencias legales que se producirán con la práctica de éstas técnicas.

*Debe garantizarse el secreto sobre su esterilidad y el origen de los hijos nacidos por estas técnicas.

*Los usuarios no pueden conocer la identidad de los donantes si acaso solo ciertas características generales que en caso de peligro pudieran ayudar a salvar la vida del así nacido.

*Los usuarios podrán revocar el consentimiento otorgado para la práctica de una técnica de reproducción asistida hasta antes de que se realice la fecundación, la revocación hecha con posterioridad no tendrá efecto alguno.

Donantes

*Donante es la persona con capacidad de obrar plena que cede sus células germinales para hacer posible la concepción de un nuevo ser.

*Solo se autoriza recurrir a la donación de células germinales cuando esté plenamente probado que la pareja no puede concebir por medios homólogos.

*Los donantes deben reunir los siguientes requisitos: ser mayores de edad, con plena capacidad de ejercicio, estar en buen estado físico, no ser portadores de enfermedades contagiosas o hereditarias que pudieran causar algún peligro al concebido, tener de 18 a 35 años de edad.

*Los donantes se anotarán en un registro de donantes donde se establecerán sus características generales de su historial clínico que en ningún momento puedan llevar a conocer su identidad, salvo peligro grave de perder la vida para el así nacido.

*La donación siempre será expresa, gratuita, secreta y en ningún caso podrá ser lucrativa u onerosa.

*El donante puede revocar la donación en cualquier momento hasta antes que se realice la fecundación.

*El donante permanecerá en el anonimato para el nacido y sus familiares.

*Se prohíbe a los donantes investigar la identidad del niño que nazca con sus células.

*Los donantes expresarán su consentimiento informado sujetándose, para ello a lo establecido en relación al consentimiento en relación a los usuarios.

Concebidos

*Células germinales o gametos son las células reproductoras masculina o femenina (espermatozoide y óvulo) que son capaces de dar vida a un nuevo ser humano.

*Embrión es el producto de la concepción desde la fecundación hasta la décima segunda semana de gestación.

*Feto es el producto de la concepción desde el inicio de la decimotercera semana de gestación hasta el nacimiento.

*Para evitar confusiones se usará el término embrión para referirnos tanto a fetos como a embriones.

*La concepción se realizará con el único propósito de conseguir la procreación humana.

*Está prohibido producir embriones para cualquier propósito distinto de la procreación.

*Está prohibida la manipulación de la información genética del embrión que no tenga un fin terapéutico para el mismo.

*Queda prohibido realizar combinaciones genéticas de humanos con cualquier animal para producir híbridos o quimeras.

*Se prohíbe la transferencia de embriones humanos al seno materno de un animal o embriones animales al seno materno humano.

*Se prohíbe el uso de cualquier técnica que atente contra la vida, la salud, la integridad física o la dignidad humana del embrión.

*Se prohíbe la creación de embriones con fines experimentales o de investigación.

*Se prohíbe dejar morir embriones, para experimentar con ellos o para cualquier otra cosa distinta a la procreación.

*Se prohíbe la crioconservación de embriones por más de cinco días desde su concepción, periodo máximo en que debe realizarse la transferencia de embriones al seno materno.

*Los embriones que ya existen actualmente crióconservados serán destinados a la implantación en la pareja que les dio origen o para donación en otra pareja.

*Los gametos solo pueden conservarse en congelación por un periodo de cinco años máximo.

*Los embriones fecundados in vitro deben ser transferidos inmediatamente al seno materno para su gestación.

*Solo se permite la fecundación máxima de tres embriones por intento de anidación en el útero materno, evitando que se congelen los embriones por más de cinco días desde su creación, tiempo en el que deben implantarse en el seno materno.

*La congelación, conservación y depósito de las células germinales solo podrá hacerse en los bancos de células que cuenten con autorización para esas prácticas.

*Solo se debe permitir la experimentación en embriones que durante el proceso hayan muerto naturalmente, siempre buscando un beneficio para la humanidad con los experimentos que se hagan con ellos.

*La investigación en embriones solo se hará con fines terapéuticos para el propio embrión y hasta antes de la décimo segunda semana de gestación.

*La investigación y experimentación en embriones solo se podrá practicar por Institutos especialmente autorizados para tales fines.

*Se prohíbe transferir embriones sujetos a experimentación y los sujetos a investigación solo se podrán implantar cuando se garantice la viabilidad del embrión.

*En caso de muerte de la pareja solicitante los gametos o embriones pasaran a disposición de la clínica para su concepción o la implantación en otra pareja.

4.2. PROPUESTA DE CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE ARTÍCULOS QUE REGULEN LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LAS INSTITUCIONES DE DERECHO DE FAMILIA DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La propuesta corresponde a la modificación o adición de ciertos artículos del Código Civil, relacionados con la reproducción asistida para que nos ayuden a establecer claramente las relaciones jurídicas familiares.

ARTICULO 22. La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento que el individuo es concebido entra bajo la protección de la ley **y desde que es implantado en el seno materno para su gestación se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en este Código.**

ARTÍCULO 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges y **concubinos** tienen derecho a recibir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de reproducción asistida **en los términos que señala la Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal.** Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges o **concubinos.**

La reproducción asistida solo podrá ser empleada por matrimonios o concubinatos con problemas de esterilidad o infertilidad, previo diagnóstico médico que lo recomiende.

Todo lo relacionado a la práctica de la reproducción asistida se estará a lo establecido en la Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal.

ARTICULO 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida **heteróloga** y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de **padre y madre, o hayan consentido la fecundación.**

ARTICULO 324 BIS. Para los efectos de los nacidos por reproducción asistida heteróloga se considerará:

Padre al hombre que tenga a su cargo el cumplimiento y ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la filiación en razón de la voluntad de tener un hijo.

Madre a la mujer que tenga a su cargo el cumplimiento y ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la filiación en razón de la voluntad de tener un hijo.

En caso de controversia el juez de lo familiar decidirá lo que estime mejor para el menor en base a las disposiciones del presente Código.

ARTICULO 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, esta circunstancia no podrá alegarse si la mujer se encontraba sometida a la práctica de una técnica de reproducción asistida.

En ningún caso podrá impugnarse la filiación de los hijos nacidos mediante reproducción asistida homóloga, aún cuando no exista consentimiento expreso para su práctica

Tampoco podrá impugnarse la filiación de los hijos nacidos por reproducción asistida heteróloga si se otorgó el consentimiento expreso por escrito, ante la clínica médica que la practique, notario público o juez familiar.

ARTICULO 329. Las cuestiones relativas a la filiación del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio podrán promoverse de conformidad con lo previsto en este código en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Cuando se haya otorgado el consentimiento para la practica de una técnica de reproducción humana asistida deberá entenderse como revocado el consentimiento en los casos de nulidad de matrimonio, divorcio, muerte o fin del concubinato, y desde que de hecho quedaron separados deberá presentarse un escrito ante la clínica que se otorgó el consentimiento, dando a conocer el hecho acontecido para que a partir de esa fecha no se practique ninguna técnica de reproducción humana asistida en la pareja.

ARTÍCULO 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de ésta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que los avances de los conocimientos científicos ofrecen, pero la testimonial no es admisible si no hubiere principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado o inexistente el duplicado de éste deberá tomarse la prueba.

En los casos de reproducción asistida el documento donde conste el consentimiento expreso, escrito otorgado ante la clínica que la practique notario público o juez familiar será la prueba para establecer la filiación. En la homóloga será prueba inmediata para establecerla y en la heteróloga será el único medio de prueba que se acepte.

ARTICULO 360. La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o de ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

El reconocimiento solo puede hacerse respecto de personas nacidas o en etapa de gestación dentro del seno materno, en este caso surtirá efectos hasta que se cumpla una de las condiciones previstas en el artículo 337 de este código.

ARTICULO 376. Si el hijo reconocido es menor puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad, **pero en ningún caso pueden reclamar contra el reconocimiento los hijos nacidos por reproducción asistida.**

ARTICULO 385. Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y la maternidad la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada **ni cuando la concepción sea resultado de una reproducción asistida.**

En ningún caso se permite a los donantes de células reproductoras investigar la paternidad o maternidad sobre personas concebidas por reproducción asistida.

ARTICULO 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado a causa de falta de personalidad los que no estén concebidos **o los concebidos que no estén implantados en el seno materno para su gestación** a la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

ARTICULO 1498 BIS: **Será nula toda cláusula testamentaria que contenga la disposición de células reproductoras del testador así como de los embriones fecundados con sus células germinales.**

De acuerdo a los puntos mencionados se hace notar que son los aspectos más importantes sobre los que debe regularse el tema de la Reproducción humana asistida. Y ahora estableceremos las conclusiones obtenidas.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La gran mayoría de los seres humanos deseamos cumplir en su totalidad los puntos que conforman el ciclo vital: nacer, crecer, reproducirse y morir, para que sea una vida plena y realizada, de donde se desprende que tenemos el deseo de tener una descendencia propia que nos proporcione la posibilidad de trascender en los hijos, independientemente de las alegrías y satisfacciones que ellos puedan dar.

SEGUNDA: Todas las personas tienen derecho a reproducirse y a buscar las formas que les permitan lograrlo, tomando en consideración que sus limitantes son los derechos de terceras personas y el bienestar de la comunidad, dentro de un marco jurídico que establezca las bases de esas prácticas.

TERCERA: Con la evolución de la ciencia y la tecnología se ha creado toda una serie de técnicas de reproducción humana asistida, que proporcionan los medios para salvar los problemas de esterilidad o infertilidad y a las que cada vez más personas recurren como la única forma de realizar el deseo de ser padres.

CUARTA: Usando estas técnicas, las personas también pueden realizar actos humanamente inaceptables como: las inseminaciones por conveniencia donde se busca obtener beneficios personales y no librar obstáculos que impiden procrear, la experimentación con embriones vivos, la creación de nuevos seres producto de combinaciones genéticas del hombre con animales, la elección planeada y elegida de las características físicas o el sexo del concebido, entre otras aberraciones posibles.

QUINTA: En el Distrito Federal con el paso del tiempo cada vez son más las parejas que recurren a las técnicas de reproducción humana asistida, llegando al punto que tales técnicas se practican sin limitantes ni trabas en instituciones públicas y privadas, incluso anunciando los servicios que prestan en medios informativos, de donde deducimos que dichas técnicas se practican constante y libremente sin restricción alguna por la inexistencia de una ley que las regule adecuadamente.

SEXTA: La práctica de las técnicas de reproducción humana asistida datan desde 1785 y la primera ley sobre el tema se publicó desde 1951 en Suecia, siendo que nuestro país y el Distrito Federal como centro del mismo actualmente no cuentan con una ley que regule la reproducción humana

asistida ocasionando un enorme atraso sobre la materia, ya que desde la primer ley expedida hasta este momento han transcurrido 54 años.

SÉPTIMA: El derecho, a través de los ordenamientos jurídicos es el instrumento encargado de regular las conductas de los individuos para establecer la armonía que la vida en sociedad requiere, sin embargo en materia de reproducción asistida los avances científicos han tomado la delantera al derecho, presentándose en la vida cotidiana antes de ser regulados, de donde viene la necesidad de regular jurídicamente las prácticas de la reproducción asistida en el Distrito Federal, ajustándose a las circunstancias actuales y mas aun previniendo situaciones susceptibles de ser aplicadas a mediano plazo.

OCTAVA: Al legislar el tema deben tenerse presentes por encima de todo la dignidad de los individuos, los derechos humanos y el beneficio de la colectividad sin que se limite el avance científico y tecnológico, tratando de compaginar todos los aspectos mencionados para que unos no transgredan o violen a otros.

NOVENA: La Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal que se expida debe abarcar por lo menos los siguientes ámbitos: establecer y definir las técnicas de reproducción humana que se permita practicar, los requisitos, derechos y obligaciones de los usuarios, los efectos jurídicos que surtirán a cada una de las partes que intervienen; los derechos, obligaciones y responsabilidades de las clínicas y médicos que participen, disposiciones sobre los donantes y su anonimato, la posición y derechos de los concebidos por alguna técnica de reproducción humana asistida, las condiciones en que deben practicarse, las prohibiciones específicas sobre su realización, como se manifiesta en la propuesta de lineamientos elementales de la Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal mencionada con anterioridad.

DÉCIMA: Nuestro Código Civil para el Distrito Federal debe actualizarse constantemente recogiendo todos los cambios que se produzcan en la sociedad, renovándose y eliminando las partes que ya no pueden ser aplicadas así como incluyendo en su texto, los nuevos actos que se presentan, para tener la garantía que el derecho realmente cumple su función de regular las conductas actuales de los individuos haciendo posible la vida en sociedad. Particularmente tratándose de un tema tan importante y delicado como lo es la reproducción de los hombres, pues de ahí se deriva el nacimiento de los nuevos integrantes de la comunidad, haciéndose necesario la regulación de las relaciones jurídicas familiares por la importancia en la formación del individuo y como célula primaria de la sociedad.

DÉCIMA PRIMERA: Las modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal podrían versar sobre: la capacidad jurídica del concebido, la utilización de métodos de reproducción asistida por los esposos y concubinos en términos de una Ley de Reproducción Humana Asistida para el Distrito Federal, el parentesco de los concebidos por una de las técnicas en cuestión, el establecimiento de la filiación de los nacidos por reproducción asistida, la impugnación o investigación de la paternidad o maternidad en estos casos, el reconocimiento de hijos y la capacidad para heredar, entre otras cosas, como lo he mencionado en el apartado 4.2 del presente trabajo.

DÉCIMA SEGUNDA: Si se probó la hipótesis que dice: la reproducción humana asistida es una práctica actual que requiere una regulación jurídica específica y suficiente en el Distrito Federal, puesto que la variable independiente se muestra en el punto 1.3 y las variables dependientes se muestran en los puntos 4.1 y 4.2.

BIBLIOGRAFÍA

BRENA, Sesma Ingrid.
El derecho y la salud.
 UNAM
 México, 2004

BURGOA, Orihuela Ignacio
Las Garantías Individuales.
 Editorial Porrúa, 37ª edición.
 México 2004

CÁRCABA, Fernández María.
Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana.
 Editorial Bosh
 España, 1995

CHAVEZ, Asencio Manuel
La familia en el derecho, relaciones jurídicas paterno-filiales
 Editorial Porrúa, 4ª edición
 México, 2001

CORDOBA, Jorge Eduardo y Julio Sánchez Torres
Fecundación Humana Asistida
 Editorial Alveroni
 Argentina, 2000

FÁBREGAS, Ruiz Cristóbal Francisco
Biología y filiación
 Editorial Comares
 Granada, 1999

GALINDO, Garfias Ignacio.
Derecho Civil primer curso, Parte general, personas y familia
 Editorial Porrúa, 21ª edición
 México, 2002

GONZÁLEZ, Morán Luis
Procreación humana asistida aspectos técnicos, éticos y legales
 Editorial Pontificia comillas
 España, 1998

GÓMEZ, de la Torre Vargas Maricruz
La fecundación In Vitro y la Filiación
Ed. Jurídica de Chile
Chile, 1996

GUTIERREZ, y González Ernesto.
Derecho sucesorio Inter- vivos y mortis causa.
Editorial Porrúa, 4ª edición
México, 2002

HURTADO, Oliver Javier
El derecho a la vida y la muerte?
Ed. Porrúa
México, 1999

LOYARTE, Dolores
Procreación humana artificial, un desafío bioético
Ed. Depalma
Argentina 1999

MARINO, Barbero Santos
Ingeniería genética y reproducción asistida
Editorial Artes Gráficas Benzal
Madrid, 1999

MARTÍNEZ, Pereda Rodríguez J. M.
La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho civil español
Editorial Dikynson
Madrid, 1999

MASAGLIA, de Bacigalupo María Valeria
Nuevas formas de procreación y el derecho penal
Ed. Ad Hoc
Argentina, 2001

MORO, Almaraz María Jesús
Aspecto civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro
Ed. Bosh
España, 1998

PÉREZ, Contreras María Montserrat.
Derecho de los padres y de los hijos
UNAM
México, 2000

ROJINA, Villegas Rafael.
Compendio de derecho civil
Editorial Porrúa, 7a edición
México, 2001

SOTO, la Madrid Miguel Ángel
Biogenética, filiación y delito
Ed Astrea
Argentina, 1990

VEGA, G. Ana María, Et Al
Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida
Editorial Civitas
España, 1998

VIDAL, Martínez Jaime
Las nuevas formas de reproducción humana
Ed. Civitas
España, 1998

ZANNONI, Eduardo
Derecho civil, Derecho de familia
Ed. Astrea
Argentina, 1999

REVISTAS

Barragán C. Velia Patricia, La reproducción asistida, marco jurídico, JUS, No. 3, Durango México, 1991

Castro Murillo Juan de la Cruz y José Luis Ventura Mejía, La inseminación artificial, aspectos jurídicos; revista mexicana de justicia, Vol. 8, No. 4, México DF., 1990,

Chávez Asencio Manuel, Orientaciones y criterios sobre inseminación artificial, Revista Jurídica, Vol. I, No. 24, México DF., 1993,

Flores García Fernando, La inseminación artificial y sus efectos en el derecho Civil mexicano con un proyecto de legislación estatal, Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales, segunda época, No. 12, México, 1988,

Flores García Fernando, Efectos jurídicos de la fecundación asistida en nuestra especie humana, Revista de la facultad de derecho mexicano, TXLVIII, No. 217, 218,; México DF., 1998.

Dobering Gago Mariana, Status jurídico del preembrión en la reproducción asistida, Revista Jurídica, No. 28, México, DF. 1998

Galindo Garfias Ignacio, La fecundación asistida en seres humanos, consideraciones jurídicas, Revista de la facultad de derecho de México, México DF. 1990

Galván Rivera Flavio, La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el derecho civil, Revista jurídica de postgrado, año 1, No. 2, Oaxaca, 1995.

Gisbert Calabuig J. A, Técnicas de reproducción asistida y manipulación genética, Revista mexicana de justicia nueva época, No. 10, México, 2000

Mendoza Esquivel Joaquín, El estatuto humano del embrión y su repercusión en el derecho, Revista jurídica, México, 1999

Quevedo de Carrera Rosa Edilia, Los efectos de la procreación humana artificial a las instituciones de derecho civil, Revista Jurídica Nueva época, No. 16, Villa Hermosa Tabasco, 1998

Villalobos Olvera Rogelio, Reproducción asistida en humanos, Lecturas jurídicas, No 83, Chihuahua México, 1993

LEGISLACIÓN

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, editorial Porrúa, México 2005

Código Civil para el Distrito Federal, editorial SISTA, México, 2005

Ley General de Salud, editorial ISEF, México, 2005

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, editorial ISEF, México, 2005

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, editorial ISEF, México, 2005

Ley de los Institutos Nacionales de Salud, editorial ISEF, México, 2005