



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NASCITURUS, DESDE EL
DERECHO ROMANO HASTA LA ACTUAL TEORÍA DEL
NASCITURUS EXTRACORPORIS.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
YOLANDA ELVIA HERNÁNDEZ ALCÁNTARA



ASESOR: LICENCIADO CARLOS D. VIEYRA SEDANO

MÉXICO D.F.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

*Como símbolo de mi más infinito agradecimiento
por estar presente en cada instante de mí vida
y darme la fuerza necesaria para salir siempre adelante.*

A MIS PADRES:

Por todo el cariño que me han dado desde que nací y por el apoyo que me otorgaron durante mis estudios, gracias por guiar mis pasos hacia el conocimiento, por comprenderme y confiar en mí. Lo que soy se lo debo a ustedes.

A MI TIA TERE:

Este trabajo se lo dedico especialmente a esa gran mujer, en agradecimiento por todo lo que ha hecho por mí, por el cariño y apoyo incondicional que me otorga siempre. Gracias por todo lo que me has dado. Te quiero mucho.

A MIS HERMANOS ADRIAN, SALVADOR Y LUZ MARIA:

Por estar siempre conmigo y apoyarme.

*Espero que este logro sea para ustedes
un ejemplo para seguir adelante.*

A ISMAEL:

*Por su comprensión y el apoyo incondicional que me otorgó
durante la realización de este trabajo.*

Gracias por creer en mí.

AL LIC. CARLOS VIEYRA:

A quien agradezco infinitamente la ayuda que me brindo para iniciar y concluir exitosamente este trabajo.

Con admiración y respeto.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO:

Mí segundo hogar, que me dio la oportunidad de cultivarme en el conocimiento para desarrollarme como persona y convertirme en profesionista.

**“EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NASCITURUS, DESDE EL DERECHO ROMANO,
HASTA LA ACTUAL TEORÍA DEL NASCITURUS EXTRACORPORIS”**

INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO PRIMERO. POSICIÓN JURÍDICA ROMANISTA SOBRE EL INDIVIDUO.	
1.1. El concepto romanístico de persona.	4
1.2. Los elementos del Caput del ciudadano romano	7
1.3. Concepto y elementos de la capacidad jurídica en el Derecho Romano	8
1.3.1. Las Capitis Deminutiones.	17
1.3.2 La Nota Censoria o de Infamia.	20
1.3.3. La Interdicción de Tierra y Agua.	22
1.3.4. La interdicción por Prodigalidad.	25
1.3.5. Otras clasificaciones de los individuos atendiendo a su capacidad jurídica.	26
1.4. El inicio y la extinción de la personalidad física.	30
1.5. El nasciturus en el Derecho Romano.	31
2. CAPÍTULO SEGUNDO.- REGULACIÓN DEL INFANTE SIMPLEMENTE CONCEBIDO EN LA EUROPA MEDIEVAL.	
2.1. Regulación del simplemente concebido en los pueblos ibéricos.	34
2.2. Postura sobre el simplemente concebido, de la Iglesia Católica.	41
3. CAPÍTULO TERCERO.- LA IDEA DEL NASCITURUS EN LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO.	
3.1. Época prehispánica.	59
3.2. Período Virreinal.	67
3.3. México Independiente.	72
3.3.1. Etapa previa a la codificación.	73
3.3.2. En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.	74
3.3.3. El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de 1884	75
3.3.4. La ley Sobre Relaciones Familiares.	76
3.3.5. El Código Civil Federal de 1928.	77
4. CAPÍTULO CUARTO.- EL NASCITURUS EXTRACORPORIS.	
4.1. Concepto de nasciturus extracorporis.	81
4.2. Antecedentes históricos de la reproducción médicamente asistida.	86
4.2.1 La inseminación artificial.	87
4.2.2. La Fertilización IN VITRO.	93
4.3. Estudio panorámico del procedimiento terapéutico de Fertilización in vitro y transferencia de embriones (FIVTE).	96
4.3.1. La estimulación ovárica y captura de ovocitos.	100

4.3.2. Fertilización in vitro.	104
4.3.3. La Crio-preservación de embriones.	106
4.3.4. Transferencia de embriones al útero.	110
4.4. Situación jurídica del embrión crio-conservado, el nasciturus extracorporis.	113
4.4.1. Posibles derechos reservables al nasciturus extracorporis.	115
4.4.2. Problemas derivados de la perdurable crio-conservación del embrión.	124
4.4.2.1. La Eugenesia.	126
4.4.2.2. El sacrificio de embriones no transferibles.- ¿Aborto?	130
4.4.2.3. El abandono en crio-preservación.	132
4.4.2.4. Cesión a otra pareja.- ¿Donación o adopción?	135
4.4.2.5. La investigación en embriones humanos.	137
CONCLUSIONES.	142
BIBLIOGRAFÍA.	145

INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción médicamente asistida son las que procuran, con fines reproductivos, la unión de los gametos masculinos y femeninos por un medio distinto al de la relación sexual natural.

Desde la antigüedad la infertilidad ha sido un tema lleno de misterios y tabúes, que ha inquietado al hombre, y esto se puede observar a lo largo de la historia del ser humano.

Por lo que el hombre, en su afán de resolver esta problemática, ha desarrollado técnicas como consecuencia de su inquietud de asumir la naturaleza tratando de perfeccionarla, o de transformarla de acuerdo a sus necesidades, por lo que se han presentado nuevos acontecimientos con consecuencias jurídicas que han rebasado a las legislaciones actuales, y de ahí la importancia de ir adecuando, de la misma manera vertiginosa, las leyes.

Dentro de ese vacío legal nos encontramos a la reproducción humana médicamente asistida, que abarca todas las técnicas médicas creadas con el fin de que las parejas con problemas para procrear de manera natural, puedan hacerlo con ayuda de los avances científicos. Entre estas técnicas encontramos a la inseminación artificial y a la fertilización in Vitro; esta última ha generado una serie de dilemas jurídicos en torno al nasciturus, pues con su aparición como un procedimiento científico que permite la fecundación fuera del seno materno, ha roto todos los esquemas en los que el hombre no tenía mayores preocupaciones y vinculaba la concepción en el seno materno con el inicio del ser humano, pues no imaginaba que pudiera existir otra forma de engendrar, que no fuera de manera natural.

Por lo que el presente trabajo tiene como propósito mostrar un panorama de las etapas históricas por las que ha pasado el pensamiento jurídico, respecto al infante simplemente concebido, desde el Derecho Romano, hasta la actual teoría del nasciturus extracorporis.

Así mismo se plantean los posibles escenarios que pueden presentarse en torno a la Fertilización In Vitro con Transferencia de Embriones, y en particular en la técnica de la crio-conservación.

Desde luego que el presente estudio no pretende dar respuesta a toda la problemática que surge en torno a este tema, la intención es mostrar las fases históricas por las que ha transcurrido la figura jurídica del nasciturus y exponer las posibles situaciones que pudieran surgir respecto al nasciturus extracorporis.

Lo que despertó mi interés para realizar este trabajo fue el hecho de que los romanos han admitido que el infante simplemente concebido podía prevalerse de un derecho, bajo la condición de que naciera viable.

Por lo que en el primer capítulo expondremos la visión que se tenía en el antiguo Derecho Romano en cuanto al concebido no nacido (nasciturus), una primera postura nos indicaba que el concebido antes del nacimiento no era considerado como una persona, sino como una entraña de la madre, es decir, como una porción de la mujer o de sus vísceras; teoría que recibió el nombre de teoría tradicional; la segunda postura, que era mayoritaria, consideraba a la persona por nacer como un ser independiente de la madre, cuyo resguardo principia desde la concepción y por ende merecedor de toda tutela legal. A esta teoría se le dio el nombre de teoría moderna.

Concordante con ello fue la protección integral que dispensó el Derecho Romano al por nacer, en distintos ámbitos y aspectos, siendo uno de los más importantes, la designación de un curador ventris para proteger su vida, defender sus intereses y administrar sus bienes hasta el nacimiento.

En el segundo capítulo, veremos cómo los pueblos Ibéricos han ido evolucionando en su postura respecto al nasciturus, ya que en la edad media se protegía al concebido y en la actualidad se le permite a la ciencia investigar, experimentar y crio-conservar, todo ello con supuestos “fines científicos”.

De igual manera, se tratará la trascendencia que ha tenido el criterio de la Iglesia Católica, que si bien en algún tiempo ciertos pensadores hablaban que la infusión del alma no coincidía con la concepción, sino que ésta se infundía posteriormente, conforme avanzaba el tiempo este criterio se fue unificando hasta llegar a nuestros días, en que se nos presenta una postura inmutable, en la que defiende el criterio de la protección de la vida desde el momento mismo de la concepción.

Por otra parte, advertiremos cómo fue desarrollándose la figura del concebido no nacido en el derecho mexicano, en el que encontramos, en un primer momento, que en la época prehispánica se otorgaba una protección total al concebido; y con el avance del tiempo notaremos cómo fue tutelada la figura del nasciturus, a través de la historia del Código Civil mexicano.

En la última parte haremos un estudio panorámico de los procedimientos terapéuticos de la Inseminación Artificial y Fertilización In Vitro; asimismo expondremos la problemática surgida en los últimos años en el seno de las técnicas de fecundación extracorpórea, a partir del angustiante destino que han asignado, tanto clínicas y laboratorios especializados, a los embriones, abordando el debate surgido en el ámbito científico y jurídico, por el cual se trata de determinar desde cuándo comienza la vida humana y enunciaremos cuales han sido las posturas existentes en la materia; bajo la óptica de que un embrión congelado es, en efecto, un infante ya concebido por la unión de gametos sexuales masculino y femenino y que posiblemente pueda adquirir algunos derechos durante el tiempo que se encuentre en estado de animación suspendida (congelación).

CAPÍTULO PRIMERO

POSICIÓN JURÍDICA ROMANISTA SOBRE EL INDIVIDUO.

1.1. El concepto romanístico de persona.

Persona, en el alcance jurídico de la palabra no es sinónimo de hombre, no lo es hoy y mucho menos aún lo fue en Roma, ya que no todas las personas eran hombres, ni todos los hombres eran personas, debido a que existía la esclavitud y los esclavos carecían de capacidad jurídica, eran seres humanos pero no eran considerados como personas, sino que el derecho romano los catalogaba dentro de las cosas *mancipi*.

“El *homo* = hombre, es el ser dotado de inteligencia, con un lenguaje articulado, clasificado entre los mamíferos del orden de los primates, etc., pero el hombre en este aspecto no interesó a los juristas romanos, sino considerado en su aspecto social como sujeto de derechos políticos y civiles, es aquí como se concibe al hombre como persona.”¹

Etimológicamente, la palabra persona viene del etrusco *phersu*, que da en latín el verbo *personare*, que significa sonar fuerte, resonar y entre otras cosas también significa máscara, la cual consistía en una careta que tenía una especie de bocina que usaban los actores romanos y griegos en escena, para representar diversos papeles y dar mayor amplitud y resonancia a su voz y era necesario para hacerla llegar a todos los rincones de los lugares en donde se presentaban estas obras que, por lo general, eran locales amplios y al aire libre; de esta manera se le daba más sentido y vigor a sus actuaciones y a las frases pronunciadas.

La palabra persona no era atribuida a ‘alguien’ sino a ‘algo’, por lo que con el tiempo se le da el nombre de persona al sujeto que llevaba la máscara y el papel que representaba, “y como un actor puede representar distintos papeles y usar, por lo tanto muy distintas máscaras, se dijo con razón *homo plures personas*

¹ BRAVO GONZALEZ, Agustín. ET AL. Primer Curso de Derecho Romano. 19ª edición. Ed. Porrúa, México, 2002, p. 105

sustinet, frase que pasó al derecho para significar los diferentes papeles que un hombre puede desempeñar en la sociedad, cada uno de los cuales implica un cúmulo de relaciones sociales y jurídicas y, por lo tanto de derechos y deberes”²

Por lo tanto, el término máscara se empleaba para conceptuar al individuo que cubría su rostro con ella para denotar estados de ánimo según el papel que se desempeñaba en la obra, y con el transcurso del tiempo pasó al tecnicismo jurídico; por lo que Persona sirvió para nombrar al sujeto de derecho, él cual es titular de derechos y obligaciones.

“En el lenguaje jurídico, persona connota dos sentidos:

- 1) Persona es todo ser real considerado como capaz de ser el sujeto activo o pasivo de un derecho y será capaz de tener derechos y obligaciones; a las personas también se les denomina “*singulares personae, certi homines o singuli*”. En Roma “los esclavos no se cuentan dentro de las personas, el derecho los cataloga dentro de las cosas *mancipia*”³.
- 2) Persona señala cierto papel que el individuo desempeña en la sociedad como, por ejemplo, padre de familia, hermano, hijo, magistrado o comerciante. Es en este aspecto donde se aproxima más a su sentido propio y originario la palabra persona, que designaba la máscara o careta que se ponían los antiguos actores de teatro.”⁴

² Enciclopedia Universal Ilustrada ESPASA-CALPE, S.A., Hijos de Espasa-Calpe Editores. Barcelona 1921, p. 1155.

³ ORTOLÁN, M. INSTITUCIONES DE JUSTINIANO, Edición bilingüe, bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960. p. 33.

⁴ BRAVO GONZÁLEZ, Op cit. p. 105.

En Roma había dos tipos de personas:

Individuales o físicas, aquellas que reunían ciertos requisitos: ser libres, ciudadanos y *sui iuris*, las personas libres eran: ciudadanos y no ciudadanos, ingenuos y libertos; los esclavos, eran seres humanos que carecían de capacidad jurídica (no eran considerados personas). Los *sui iuris* (dependen de ellos mismos) y los *alieni iuris* (bajo potestad de un jefe).

Personas Colectivas, que fueron surgiendo gradualmente en la práctica romana como son las Corporaciones y las Fundaciones; las primeras estaban compuestas de miembros asociados voluntariamente o por la fuerza de la tradición para un fin determinado, “Los romanos las designaban con diversos nombres: *societas, collegium, corpus, universitas*, etcétera y les concedían la capacidad de ser titulares de derechos y la facultad de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones.”⁵

Las fundaciones fueron afectaciones de patrimonios a un fin determinado. “Un patrimonio personificado como tal se encuentra esbozado hasta Justiniano. En el Derecho clásico, para lograr fines benéficos se recurría a medios indirectos como donaciones submodo, legados, fiducia, etcétera.”⁶

De esta manera tenemos que la creación artificial de la persona colectiva, jurídica o moral es destinada a dar satisfacción a ciertos intereses colectivos, o bien a necesidades generales y permanentes de la sociedad que requieren de una continuidad de esfuerzos que sobrepasan el límite y la duración de las fuerzas individuales.

⁵ BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. 6ª edición, Editorial Porrúa, México 2002, p. 33

⁶ *Ibidem*. p. 34

1.2. Los elementos del Caput del ciudadano romano.

Comenzaremos por decir que en la actualidad el nacimiento de un ser humano es suficiente para que se le tenga como sujeto de derecho, sin embargo, en el Derecho Romano no siempre fue aceptada una idea tan amplia, siendo así como encontramos que a ciertos individuos (esclavos) se les niega la categoría de personas, relegándolas a la categoría de cosas, ya que se tenía que contar con ciertos requisitos esenciales para poder tener capacidad jurídica, la cual estaba sujeta a los Status conocidos como *Caput*, ambos conceptos se utilizan de manera indistinta. “Esta sinonimia se pone de relieve por la comparación de dos textos, uno de los cuales dice que los esclavos no tienen *Caput*, y otro que dice que solo a partir del día en que son liberados adquieren Status”⁷

De esta manera para tener una capacidad jurídica plena era necesario reunir tres *Status* o *Caput*:

- 1) *Status Libertatis*
- 2) *Status Civitatis*
- 3) *Status Familiae*

1) ***Status Libertatis***, es la situación reconocida por el derecho a un individuo para que éste pudiera disponer libremente de su persona y de sus actos a no ser que la fuerza o la ley se lo prohíban, la libertad era considerada como inestimable. Este *status* se podía adquirir por dos circunstancias, las cuales eran: el nacimiento, cuando el hijo nace de padres libres romanos; y la manumisión, que “... quiere decir manumisión dexar de la mano: esto es dar libertad, porque está baxo la potestad de otro...”⁸, esto era el otorgamiento de la libertad al esclavo por parte del *dominus*, este procedimiento era realizado a través de distintas formas.

⁷ BRAVO GONZALEZ, Op. cit. pp. 111 y 112

⁸ RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé Agustín. EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO, traducido y publicado en el siglo anterior, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1982. p. 32.

2) *Status Civitatis*, era un requisito indispensable, entre otras cosas, para ser considerado como persona, está conformado por aquellos que tienen la ciudadanía romana, es decir, son los que gozan de la totalidad de los derechos, y sólo a ellos se le brindaba protección en su ordenamiento jurídico, por lo tanto, los que tenían este *status* eran capaces de adquirir y ejercer derechos, sólo ellos tenían personalidad. El *civis* (ciudadano) romano gozaba de todas las instituciones del derecho civil romano, tanto público como privado.

3) *Status Familiae*. La familia, para los romanos, era un grupo de personas que vivían bajo la potestad de un jefe de casa, organizada conforme a los principios del patriarcado. Este status lo ejercía el llamado *paterfamilias*, sólo él era *sui iuris* (no dependía de otra patria potestad), con derecho a tener un patrimonio propio y poder disponer de él. El jefe de familia tenía bajo su autoridad a sus hijos y demás descendientes sobre los cuales ejercía la patria potestad e igualmente sobre su esposa si la tiene en forma *in manu*, sobre sus esclavos y sobre una persona libre cuando la tiene *in mancipium*.

El resultado de la reunión de estos tres requisitos, de hombre libre (*status libertatis*), de ciudadano (*status civitatis*), y de *paterfamilias* (*status familiae*) trae como consecuencia la capacidad jurídica plena, y la pérdida de alguno de ellos traía como consecuencia una disminución en la capacidad, una *capitis deminutio*.

1.3. Concepto y elementos de la capacidad jurídica en el Derecho Romano

La capacidad jurídica es la aptitud legal que posee una persona para ser titular de derechos y poder ejercerlos. El Derecho Romano clasifica la capacidad en:

1) *Capacidad de Goce*: Consiste en la facultad que tiene una persona para adquirir o gozar de los derechos, es decir, es el conjunto de condiciones que la ley exige para ser para ser titular de derechos. “En Roma pocas

personas tenían plena capacidad de goce, bien por no ser libres ni ciudadanas o por estar sometidas bajo potestad”⁹

2) *Capacidad de Ejercicio*: Se conoce también con el nombre de capacidad de obrar o de querer y que, como lo indican estas palabras, es la facultad que tiene un sujeto para ejercitar sus derechos, es decir, es el conjunto de condiciones que requiere la ley para poder ejecutar los derechos adquiridos por sí mismo.

El individuo, para ser reconocido como persona y gozar de plena capacidad jurídica (tanto de goce como de ejercicio) tenía que reunir los tres elementos del *caput* o *status* que eran: *status libertatis*, *status civitatis* y el *status familiae*.

Caput, etimológicamente significa cabeza. En Roma con frecuencia se utilizaba este término para aludir a la persona individual (*singularis persona*), es así como en el censo cada individuo tenía su *Caput* o capítulo en el cual quedaba inscrito, haciéndose constar los elementos para su identificación, incluyendo su estado de fortuna para determinar su clase, cuando un hombre perdía la libertad, cancelaban la anotación y decían que había sufrido una *capitis deminutio*.

En el lenguaje jurídico de Roma, la palabra *status*, significaba la calidad o condición necesaria para poder determinar la personalidad y la capacidad jurídica.

Para que un individuo fuera reconocido como persona y gozar de capacidad jurídica, era necesaria la concurrencia de los tres *status* antes analizados.

Estos tres elementos formaban el *caput* o personalidad jurídica del sujeto, “y cuando se perdía uno de ellos se sufría una *capitis deminutio máxima, media o mínima*”¹⁰, según se perdiera el primero, el segundo o el tercer *status* respectivamente.

⁹ BRAVO GONZALEZ. Op. cit. p. 106.

¹⁰ PONSSA DE LA VEGA, Nina Tr. REGLAS DE ULPIANO, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1970. p. 72.

A) *Status Libertatis.*

En sus Instituciones Gayo nos menciona que “referente al derecho de las personas, la división más amplia es ésta: todos los hombres o son libres o son esclavos”¹¹. Esta subdivisión tiene como base la posesión o pérdida de la libertad. Las Instituciones de Justiniano nos mencionan que la esclavitud es un derecho de propiedad que la ley reconoce a un hombre sobre otro hombre, por lo que la libertad consiste en no ser propiedad de nadie. El Digesto nos menciona que “la libertad es la facultad natural de hacer todo aquello que queramos, salvo los obstáculos de la fuerza y principalmente de la ley”¹². Este estado se podía adquirir por:

- Nacimiento, hijos de personas ingenuas (libres) y por;
- Manumisión, esclavos a quienes se concedía la libertad (libertos).

“Lo que se considera aquí es el bien de la libertas. Algunos la tiene desde su nacimiento, éstos son los ingenuos, el nombre viene de *gigno* = engendrar, puesto que en ellos la libertad se considera engendrada desde el nacimiento. Otros no la tienen y son los esclavos, pero si alcanzan la libertad al ser manumitidos, se convierten en libertos.”¹³

El esclavo es aquel hombre que por una justa causa (*iusta causa servitutis*) no tiene libertad y pertenece a otro a quien sirve. La situación social en Roma fue muy variable, ya que en la primera época el trato era muy bueno, ayudaban en la explotación agrícola, comían en la misma mesa y participaban del mismo culto (*sacra privata*).

¹¹ DI PIETRO, Alfredo Tr. INSTITUTAS DE GAIUS, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1975 p. 11

¹² RODRÍGUEZ DE FONSECA. Op. cit. p. 45

¹³ DI PIETRO, Alfredo. Derecho Privado Romano. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 82.

La esclavitud podía tener su origen de dos maneras, "los siervos pasan á hacerse de nuestro dominio o por el derecho civil o por el derecho de gentes"¹⁴.

En el derecho de gentes la causa por la que caían en esclavitud eran las guerras, ya que después de salir victoriosos sometían a la gente y la convertían en esclavos. El vencedor obtenía todos los derechos sobre el vencido: "... los generales acostumbraban a hacer vender los prisioneros, y por eso los conservaban en vez de matarlos..."¹⁵. Económicamente, esta segunda opción era mucho más productiva.

En el derecho civil se dan varias causas de esclavitud, entre ellas están:

El nacimiento, ya que se consideraba que el hijo de una esclava sería siempre esclavo, porque seguían la condición de la madre. Después, en el Imperio (Adriano) se admitió que si la madre era libre al momento de la concepción el hijo nacería libre, aunque después la madre cayera en la esclavitud y finalmente en la época de Justiniano se estableció que si la mujer en cualquier etapa de la gestación hubiese sido libre, aunque sea por un instante, el hijo nacería libre.

En la época preclásica y la ley de las doce tablas mencionaban las siguientes causas:

- a) No haberse inscrito en el censo,
- b) Desertar del ejército,
- c) No prestar el servicio militar,
- d) Por cometer algún delito y
- e) Por no pagar a los acreedores.

En la época clásica se mencionaban las siguientes:

- a) En el caso en que un hombre libre en acuerdo con otro, se vendiera como esclavo para luego reclamar su libertad obteniendo de esta

¹⁴ RODRÍGUEZ DE FONSECA. Op. cit. p. 45.

¹⁵ ORTOLAN, Op. cit. p. 33.

manera un lucro económico, permanecería esclavo a menos que reembolsara el precio recibido.

- b) Cuando existía una sentencia de por medio, como consecuencia de un delito, que ameritara una pena grave, a estos se les nombraba esclavos de su propio delito (*servi poenae*).
- c) Cometer ingratitud del liberto para con su antiguo amo.
- d) La mujer que teniendo relaciones sexuales con esclavo ajeno existiendo de por medio la prohibición de su amo, si luego de tres apercibimientos no cesaba de sus hábitos.

Por último, en la época de Justiniano quedaron vigentes las siguientes causas:

- a) Por nacimiento,
- b) La cautividad por guerra,
- c) Ingratitud del liberto
- d) La venta engañosa de un hombre libre como esclavo.

En conclusión, podemos decir que el esclavo no era sujeto, sino un objeto de derecho, no tenía derechos de carácter político, “con los esclavos no hay connubium”¹⁶, y la unión entre ellos era el *contubernium*, que producía un parentesco natural, es decir, de consanguinidad (legalmente no tenía familia), no podía ser propietario, acreedor, deudor, ni comparecer en juicio para demandar o ser demandado. No podía hacer testamento ni dejar herederos de ninguna clase.

La esclavitud termina con la manumisión que era el acto por el cual el amo (*dominus*), le otorgaba la libertad a su esclavo (*manus*=poder; *mittere*=abandonar) “... y manumitido queda libre de aquella potestad.”¹⁷. La manumisión puede ser solemne y no solemne

¹⁶ PONSSA DE LA VEGA. Op. cit. p. 42

¹⁷ RODRÍGUEZ DE FONSECA. Op. cit. p. 32

Las formas solemnes de manumisión son: la vindicta, el censo, el testamento y la manumisión *in sacro-sanctis ecclesiis*.

a) La vindicta. “Por vindicta son manumitidos ante un magistrado del pueblo romano”¹⁸; era un procedimiento que consistía en un juicio de naturaleza ficticia. Ante dicho funcionario se presentaba el dueño acompañado de su esclavo y de un tercero llamado “*adsertor-libertatis*”. Este último, tocando al esclavo con la vindicta, (vara a imagen de la lanza que era símbolo de propiedad en Roma), declaraba que el esclavo era libre; el dueño no contradecía dicha declaración y el magistrado sancionaba la libertad del esclavo.

b) Censum, cuando el dueño autorizaba al esclavo a inscribirse en la lista del censo de los ciudadanos y esto ocurría cada cinco años.

c) Por Testamento, procedimiento que consistía en otorgar la libertad a un esclavo por medio de la voluntad expresa que realizaba el *paterfamilias* en su testamento, de esta manera el testador directamente le concedía la libertad u obligaba al heredero a manumitir al esclavo.

d) Manumisión in sacro-sanctis ecclesiis, es establecida por el emperador Constantino y consistía en la declaración de libertad hecha por el amo en presencia de un ministro del culto y de los fieles.

De esta manera tenemos que el esclavo que había sido manumitido por alguno de los anteriores procedimientos se hacía libre y ciudadano romano, al que se le daba el nombre de liberto.

Las formas no solemnes de manumitir son, entre otras:

a) Per epistolam, consistía en la declaración realizada por carta y autorizada con cinco firmas.

¹⁸ PONSSA DE LA VEGA. Op. cit. p. 21.

b) *Inter amicus*, era la manifestación expresa del amo de liberar a su esclavo ante la presencia de sus amigos.

c) *Per mensam*, se daba por el solo hecho de sentar a la mesa al esclavo.

Estas formas no solemnes convertían al esclavo en libre de hecho, pero no de derecho, por lo que de cierta manera continuaban perteneciendo a su dueño, se les llamaba *latini iuniani*, y posteriormente fueron conocidos como “*latinos junianos* porque han recibido la libertad por la ley Iunia, ya que anteriormente eran considerados como esclavos”; a esta ley también se le conoce como *Iunia Norbana*.

También se encontraban los libertos llamados *dedicticios* creados por la ley *Aelia Sentia*, eran esclavos por penas infamantes y al ser manumitidos no se hacían ciudadanos romanos ni latinos y, debido a la conducta que habían tenido, eran tratados con rigor ya que no podían vivir en Roma ni en un radio de 100 millas a la redonda.

B) *Status Civitatis*.

La *civitas* en su traducción exacta equivale a “ciudad” y es para los romanos una unidad político-administrativa que comprende un área determinada.

En los primeros siglos de Roma la ciudadanía era de suma importancia por lo que estaba muy restringida, pues el individuo que no la poseía no tenía acceso a las instituciones del Derecho Civil. Posteriormente fue otorgándose con mayor facilidad ya que había necesidades políticas y financieras que exigían tener más ciudadanos para las contribuciones. Carecían de ella los esclavos y los extranjeros.

En Roma todo aquél que no fuera esclavo sería libre; sin embargo, existían diferencias muy significativas entre las personas libres, ya que éstas podían no tener la ciudadanía romana.

De acuerdo a la posición jurídica que los hombres libres ocupan en la “*civitas*”, podemos encontrar a los ciudadanos romanos, a los latinos y a los peregrinos (extranjeros).

1.- Ciudadanos Romanos. Son aquellos que gozan de la totalidad de sus derechos como el *ius publicum* y el *ius privatum*, el primero comprende:

- a) El *ius suffragi*, es decir, podían participar en los comicios votando las decisiones y el
- b) *Ius honorum*, o derecho a participar en cualquier función pública como las magistraturas.

Y el segundo comprende:

- a) El *ius commercii*, es decir, podían realizar actos y negocios jurídicos;
- b) *Ius conubii*, o sea “... el derecho de contraer matrimonio legítimo...”¹⁹ (*iustae nuptiae*).
- c) *Capacitas testamenti factio*, o aptitud para testar o adquirir mediante sucesión, y
- d) *Ius provocandi ad populum*, es el derecho a no sufrir la pena capital.

La adquisición de la ciudadanía se daba por el nacimiento o por un hecho posterior, en el caso del nacimiento se obtiene por haber sido concebido por padres romanos unidos en *iustae nuptiae*, fuera de esta unión se tenía que considerar la situación de la madre pues si ésta era romana el hijo también lo sería.

¹⁹ Ibidem. p. 42.

En cuanto a las causas posteriores, era adquirida por manumisión solemne del esclavo, por concesión especial que fuera expresada por el *populus* en los comicios, o por un senadoconsulto.

2.- Latinos. Son aquellos que se encuentran en una situación intermedia entre los ciudadanos romanos y los extranjeros (*peregrinii*). Los romanos los clasificaban en:

a) *Latini veteres*, eran los habitantes del antiguo Lacio, éstos disfrutaban de condiciones similares a las que tenían los ciudadanos romanos, ya que gozaban del *ius conubii*, *ius commercii* y del *ius suffragi*, este último solo en caso de encontrarse en Roma al momento de los comicios.

b) *Latini coloniarii*, eran aquellos que vivían en los territorios conquistados por Roma, los cuales fueron transformados en colonias para afianzar sus dominios; estos habitantes carecían de derechos políticos y del *ius cunubii*.

c) *Latini iuniani*, son los libertos manumitidos en forma no solemne, gozaban del *ius commercii* limitado, ya que no podían hacer testamento ni tenían derecho a recibir una herencia o un legado, estos libertos podían convertirse en ciudadanos con relativa facilidad.

3.- Peregrinos. Son los extranjeros, es decir, aquellos que pertenecen a comunidades que se habían integrado a Roma, y ésta les aseguraba ciertos derechos y garantías. Los peregrinos no quedaban sujetos al *ius civile* romano, pero podían llevar sus litigios ante sus propios tribunales que decidían por su propio derecho civil, pero si recurrían a un magistrado romano se resolvía de acuerdo al *ius gentium*.

Había una categoría especial de peregrinos, los *peregrini dediticii*, que eran aquellos que se habían levantado en armas en contra de Roma y que se rindieron, así que no contaban con ciertos derechos que los demás peregrinos tenían, como son:

- No gozaban de derechos políticos, no sólo en Roma sino tampoco en su ciudad de origen.
- No podían hacer testamento, ni por el *ius civile*, ni por el *ius gentium*.
- Tenían prohibido vivir en Roma y en un radio de 100 millas a la redonda.

C) Status Familiae.

Es la situación en que se encuentran los hombres libres y ciudadanos romanos dentro de una determinada familia, sobre la base del patriarcado, que consistía en los derechos que todo “varón” tiene dentro de su familia (por ejemplo: dominica potestas, patria potestad, *manus* o autoridad del marido, mancipium, etc) carecen de él los esclavos, y los *alieni iuris* (incapaces de hecho o de derecho, sometidos al poder de otro) pues se requería ser *sui iuris*, es decir, no sometido a la potestad de otro, con derecho a tener un patrimonio propio y disponer de él.

“En el derecho romano se puede dar la extinción de la personalidad jurídica aún en vida, debido a la reducción a la esclavitud de un hombre libre, o la disminución de su personalidad debido a cambios de su posición respecto al orden jurídico.”²⁰

1.3.1. Las Capitis Deminutiones.

El *Status* o *caput* que tenía un hombre con respecto a la libertad, la ciudadanía o la familia no era inalterable, por el contrario, en cualquier momento podía modificarse alguna de estas circunstancias y la variación de este status era conocida como *capitis deminutiones*.

Las *capitis deminutiones* consistían en perder total o parcialmente la capacidad jurídica que se tenía.

“El sentido originario estaba referido no al individuo sino al grupo. Así, si un ciudadano pierde la ciudadanía, se decía que se producía una *capitis deminutio*

²⁰ BIALOSTOSKY. Op. cit. p. 35

(disminución de cabeza) por cuanto el grupo, esto es, el *populus*, experimenta la pérdida de uno de sus miembros”²¹

Según el status que se viera afectado, las *capitis deminutio* se clasificaban en tres “... máxima, media y mínima”²²:

1.- *Capitis Deminutio* Máxima.

“Consiste en la pérdida de la libertad (*status libertatis*)”²³, en este caso también desaparecía la capacidad jurídica de la persona, perdiendo de esta manera todos sus derechos en el orden civil y político. También traía como consecuencia lógica la pérdida de los otros dos status; el *civitatis* y *familiae*. El individuo se veía entonces reducido a la esclavitud y los esclavos estaban desprovistos de *caput* lo que significa que no tenían personalidad jurídica, por lo tanto, no podían ser ciudadanos ni tener una familia.

Son casos de *capitis deminutio máxima* todos los que hemos mencionado anteriormente como modos de caer en esclavitud después del nacimiento, aunque siendo la excepción uno de ellos; cuando un romano caía como prisionero de guerra. Ya que el derecho romano los amparaba con la *fictio legis Corneliae* y el *ius postliminii*.

Esto evitaba que el ciudadano romano que fuese prisionero de guerra sufriera una *capitis deminutio*, ya que era considerado como muerto al momento de ser tomado como cautivo por el enemigo, con la finalidad de proteger la validez de las relaciones jurídicas que se relacionaran con la muerte del prisionero (*fictio legis Corneliae*), o si lograba escapar de su cautiverio y regresaba a Roma, se beneficiaba con el *ius postliminio* ya que recuperaba la situación que tenía antes de caer prisionero, en lo referente exclusivamente a su situación jurídica.

²¹ DI PIETRO. *Derecho Privado Romano*. Op. cit. p. 82.

²² PONSSA DE LA VEGA. Op. cit. p. 72.

²³ Idem.

2.- Capitis Deminutio Media.

Es la pérdida de la ciudadanía romana (*status civitatis*), es decir, es la que sufre una persona que, conservando el *status libertatis*, pierde la ciudadanía y por lo tanto también su *status familiae*, ya que los lazos de potestad paterna o marital no pueden darse sino entre ciudadanos romanos.

El individuo se convertía entonces en no ciudadano, perdiendo con esta *capitis deminutio* todos los beneficios inherentes a la ciudadanía, quedaba excluido en la participación del derecho civil y, como consecuencia, se restringía su capacidad jurídica que era necesaria para poder ejercitar con plenitud sus derechos. Esta *capitis deminutio* se da como consecuencia de un castigo, de ingresar a una *civitas* o colonia que no fuera romana ya que el derecho antiguo no aceptaba la nacionalidad doble.

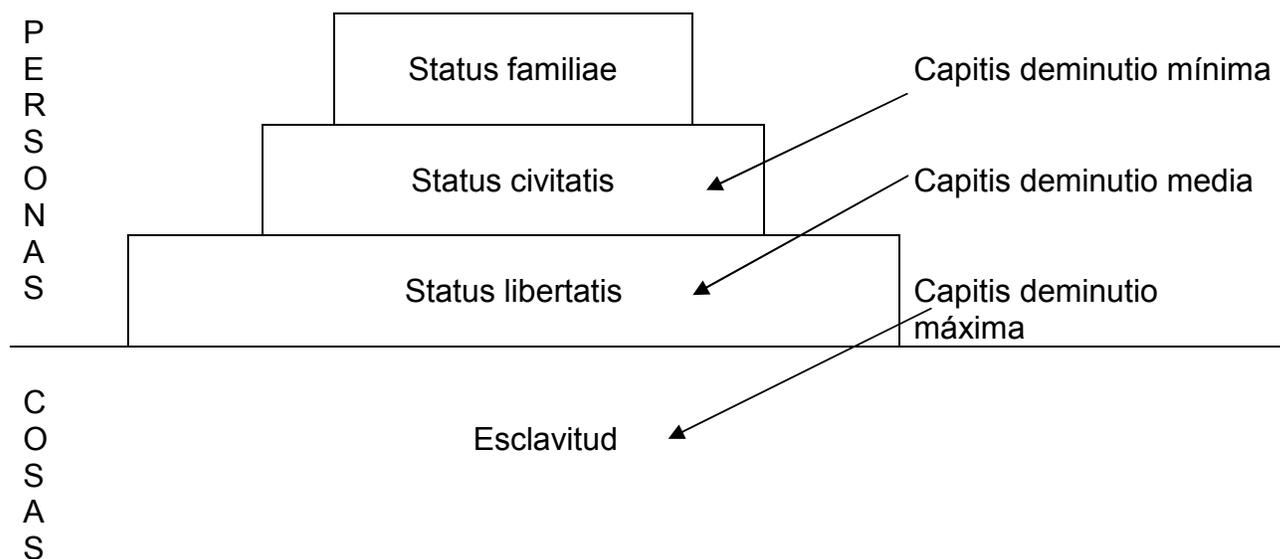
3.- Capitis Deminutio Mínima.

Es la modificación de la situación de un individuo con respecto a su familia.

La *capitis deminutio mínima* consiste en cambiar de familia sin perder la libertad y la ciudadanía, ésta solo la pueden sufrir los ciudadanos romanos porque sólo a ellos les reconocen las leyes los derechos de familia. La sufren los *paterfamilias* que se dan en adrogación, los que estaban bajo su potestad, los hijos emancipados, las mujeres que caen *in manu*, el hijo legitimado y los adoptados. Sin embargo, cuando moría el *paterfamilias* se daba la liberación de la patria potestad al hijo de familia, este aspecto no constituía la *capitis deminutio* ya que los hijos continuaban unidos por el mismo vínculo y pasaban a constituir la cabeza de su propia familia.

Como se puede apreciar, la *capitis deminutio* era una institución contemplada por las leyes romanas, era un medio de disminución paulatina de la capacidad jurídica de ejercicio de una persona.

Los estados perdidos podían ser adquiridos nuevamente como en el caso de la esclavitud, en el cual se podía obtener la libertad por medio de la manumisión y hacerse liberto.



1.3.2 La nota censoria o de infamia

La Nota Censoria o de Infamia fue concebida por el derecho romano como una causa modificativa de la capacidad de ejercicio de una persona.

La infamia, es un menoscabo a la *existimatio* de que goza una persona en sociedad (es la pérdida del honor civil) o de un bien social que un individuo adquiere por convivir en una determinada sociedad. Ejemplo de esto es, que el individuo se desenvuelve en un grupo, goza de una estimación social, de un honor, se conduce de acuerdo a la moral y a las buenas costumbres, y realiza actos lícitos de conformidad con la ley, todo esto forma un conjunto que constituye un bien social, y si la persona se comporta de una manera contraria provoca forzosamente una limitación a su capacidad jurídica.

Esta disposición tiene su origen en el derecho que se les reconoce a los censores de privar a un miembro de participar en el senado, o de excluir al

ciudadano de las centurias o a un caballero de la orden ecuestre por motivos graves de conducta, ya que los censores eran los guardianes de las buenas costumbres públicas y privadas.

Este procedimiento era llevado a cabo por los censores, consistía en la inscripción de la nota que se agregaba al nombre del infame, por ejemplo “infame por causa de robo”; “infame por conducta inmoral”, etc, esto a causa de que a ellos se les había encomendado la elaboración de la lista que presentaba a los candidatos al senado, incluso podían tachar con nota de infamia a los que se comportaban de una manera contraria a las leyes, ya que Roma requería una elevada moral; en un principio esta degradación del honor fue impuesta por la ley y por nota censoria y, finalmente, fue por consecuencia del edicto del pretor.

La nota censoria traía como principal consecuencia la pérdida de su actuación en el ámbito político (*suffragium, honores*), la infamia provenía de diversas causas tales como condenas criminales, *furtum, rapiña, iniuria*, mala administración de tutela, actividades teatrales o de gladiador, casamiento de una viuda antes del año de luto, bigamia, quiebra, usura, “... el alcahuete: el que hubiese sido condenado en juicio público por causa de calumnia...”²⁴; etc.

La nota de infamia podía durar toda la vida, pero podía ser borrada por un senadoconsulto o por el emperador.

Se desprende de lo anterior que en los primeros tiempos de Roma se requería de una elevadísima moral, por lo que el ir en contra de las buenas costumbres acarrearía castigos severos, algunos impuestos por el derecho y algunos otros sancionados por la opinión pública.

²⁴ RODRÍGUEZ DE FONSECA. Op. cit. p. 121 y 122.

1.3.3. La Interdicción de tierra y agua.

En Derecho romano los interdicta consistían en órdenes emanadas del magistrado *cum imperio*, ya prohibiendo ya ordenando algo, generalmente en manera transitoria, en tanto desaparecían las causas que habían dado origen a su pronunciamiento. Entre ellos es de citarse el *interdictio prodigi* que tenía lugar por virtud de una orden emanada del magistrado, para que el pródigo no pudiera válidamente realizar actos de disposición de sus bienes. La finalidad primordial de la *interdictio* era proteger a ciertas personas o determinadas situaciones.

En nuestro derecho se entiende por interdicción, la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona mayor de edad, declarada por el juez de lo familiar, de acuerdo con las formalidades que para el efecto establece la ley procesal y siempre que se haya probado dentro de este procedimiento, que el mayor de edad presuntamente incapaz, se encuentre privado de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, o es sordomudo y no sabe leer ni escribir, es ebrio consuetudinario, o hace uso inmoderado de drogas enervantes (Artículo 450, fracciones II a IV, del Código Civil para el Distrito Federal) .

En nuestro régimen jurídico la declaración de interdicción tiene por objeto la protección de la persona y los bienes del mayor de edad que ha caído en estado de incapacidad por alguna de las causas antes mencionadas, proveyendo para esa finalidad la designación de un tutor o un curador para quien, por la razón antes dicha, no puede gobernarse por sí mismo ni atender debidamente a la administración de su patrimonio.

En este sentido, el derecho mexicano se aparta de otros regímenes extranjeros, como el derecho español, que conocen la interdicción civil como una pena pública, a consecuencia de la comisión de ciertos delitos de orden patrimonial, en los que los tribunales civiles, en coordinación con la justicia penal, decretan la prohibición para el penado de seguir participando en los negocios de la vida civil.

En nuestro derecho debe distinguirse la incapacidad de los menores de edad, de la interdicción, que se refiere a los mayores de edad privados de inteligencia por causas patológicas o por hábitos viciosos. La incapacidad y la interdicción se distinguen de la inhabilitación. Ésta connota la privación judicial de ciertos derechos, como una sanción impuesta por la autoridad judicial por la comisión de un delito o de ciertos actos de naturaleza civil que la persona ha realizado y que exigen el aseguramiento de sus bienes y la privación de sus facultades de administración de su patrimonio, en protección de los derechos de los acreedores. Así, se percibe que la minoridad entraña necesariamente la incapacidad, en tanto que la enfermedad mental y los hábitos viciosos (el alcoholismo y la drogadicción) por sí solos no bastan para restringir la capacidad del sujeto enfermo: Se requiere una declaración judicial como una medida de protección al incapacitado, a la vez en favor del incapacitado y de los terceros, en tanto que la inhabilitación presenta la nota distintiva de ser primordialmente una sanción impuesta por el juez, como consecuencia de una cierta conducta reprobable.²⁵

Por lo que hace a la interdicción de tierra y agua, en algunas constituciones imperiales, sobre todo de los emperadores Teodosio y Valentiniano, se les dio el nombre de ‘destierro’, como ejemplo citaremos la siguiente, relativa a la protección de la religión cristiana:

“Los Emperadores Teodosio y Valente Augustos; a Florencio, prefecto del Pretorio.

Los herejes no podrán hacer se bautice por segunda vez a los ingenuos ni a sus pobres esclavos que fueran cristianos, ni podrán impedir, tanto a los que compren como a los que ya posean, el seguir la religión de la Iglesia católica. El que lo hiciere, o siendo ingenuo sufrió se lo hicieran, o no denunció el hecho, será condenado a destierro o a la multa de diez libras, y no podrá hacer donación o testamento. Estos preceptos deben cumplirse, sin que ningún juez pueda delegar

²⁵ Cfr.- Decretum, Diccionarios Jurídicos v4 Copyright 1998 - 2003 LEJR., Voz: “Interdicción”

el conocimiento de este delito en otro juez inferior u otro que no tenga derecho para castigar, bajo la pena de sufrir la pena a que se habían hecho merecedores los que protege con su disimulo.

Dado el 3 de las calendas de Junio, en Constantinopla, en el consulado de Felix y Tauro, año 418.

El Derecho romano desconocía la pena de cárcel. Por eso el ciudadano que recibía sentencia condenatoria podía ser destinado a destierro, deportación, trabajos forzados o pena de muerte.

El destierro era la pena más suave en que podía incurrir el ciudadano. No se consideraba pena capital, porque, al menos en principio, no implicaba la pérdida de los derechos civiles ni, por tanto, la confiscación de bienes. Muchos cristianos sufrieron destierro entre los siglos I y IV.

El apóstol San Juan es desterrado a la isla de Patmos, las dos Flavias Domitilas son relegadas a las islas de Pandataria y de Pontia; el Papa San Cornelio muere desterrado en Civitá Vecchia. También son desterrados San Cipriano y San Dionisio de Alejandría.

A veces los desterrados eran tratados con relativa suavidad, como los dos últimos citados. Parece, sin embargo, que el destierro de los cristianos fue más duro que el de los paganos, pues, al menos en la persecución de Decio, contra el derecho común, sufrían confiscación de bienes.

La deportación era pena más grave que el destierro. Era pena capital, que implicaba una muerte civil. Los deportados eran tratados como forzados, y se les enviaba a los lugares más inhóspitos. Modestino, decía que «la vida del deportado debe ser tan penosa que casi equivalga al último suplicio» (Huschke, Jurispru. antejustin. 644; Tácito, Annales II, 45). A veces el látigo y el palo de los guardianes

apresuraban el fin del deportado. Así murió deportado en Cerdeña en el año 235 el Papa Ponciano.²⁶

1.3.4. La interdicción por Prodigalidad.

La interdicción es un recurso creado por el pretor, para resolver judicialmente ciertos problemas que en razón de su naturaleza, no se pueden hacer por vía de acción.

La interdicción representa un acto de autoridad del magistrado, particularmente del pretor, dichos actos se exteriorizan mediante órdenes que expide, en el caso de la interdicción por prodigalidad, mediante una decisión crea la incapacidad legal y fija su extensión.

Se entiende por pródigo a la persona que sin causa justificada dilapidaba el patrimonio de la familia y que había sido heredada por sus ancestros y según la costumbre romana, pertenecía a todo el núcleo familiar. Era una especie de depósito que debía permanecer en la familia y por esa razón y con el objeto de impedir su dilapidación, los afectados podían solicitar ante el magistrado que se declarara en estado de interdicción, y por lo consiguiente quedaba bajo curatela legítima de sus agnados.

Posteriormente, se extendió este recurso, por ser necesario para proteger al pródigo de sus arrebatos.

“La interdicción se aplicaba entonces, nombrándose los curadores por el pretor, en los casos siguientes: a) A todos los que, encontrándose en las condiciones previstas por la Ley de las XII Tablas, carecían de agnados y de gentiles, y cuyo curador legítimo se encontraba incapacitado; b) A los ingenuos que derrochaban los bienes paternos, recogidos por herencia testamentaria; c) A los manumitidos que, empezando a crearse una familia, no poseían bienes paternos; d) En fin, a todos los que disipasen sus bienes, de cualquier procedencia

²⁶ www.catholic-church.org/mscperu/biblioteca/1historia/martires08_suplicios.htm

que fuesen. Así de generalizada esta institución tomó un nuevo carácter por su razón de ser, no sólo en interés de la familia, sino también en el del pródigo y en el de la sociedad entera.”²⁷

La curatela la iniciaba el magistrado con un decreto donde pronuncia la interdicción, ya que la prodigalidad no es un estado de incapacidad natural.

Una vez declarada la interdicción por prodigalidad y nombrado el curador, el pródigo quedaba incapacitado para realizar actos que causaran la disminución parcial o total del patrimonio familiar; pero a su vez, se le daba la oportunidad de realizar actos susceptibles de incrementar el patrimonio de la familia.

La función principal del curador del pródigo era administrar, por lo que al terminar su administración tenía que rendir cuentas de su administración; siendo necesario para ello que el incapacitado no realizara los actos que le habían sido prohibidos.

La curatela terminaba con un decreto del Magistrado, pero con Ulpiano la curatela terminaba de pleno derecho si el incapacitado se enmendaba, por lo que ya no era necesario emitir un nuevo decreto.

1.3.5. Otras clasificaciones de los individuos atendiendo a su capacidad jurídica.

“Las personas pueden hallarse en situaciones que, sin borrar su capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones, limiten sin embargo, la posibilidad de ejercerlos. Las circunstancias que ocurren en dichas personas privan a las mismas de la autonomía necesaria para la realización de actos creadores, modificativos o extintivos, de relaciones jurídicas.

“Las aludidas situaciones o circunstancias modificativas son múltiples y de efectos diversos.”²⁸

²⁷ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de José Ferrández González. 18ª edición, Ed. Porrúa, México 2002, p. 144.

Algunas de estas situaciones o circunstancias eran:

- 1.- Cuasi Esclavitud;
- 2.- Edad;
- 3.- Enfermedad;
- 4.- Sexo;
- 5.- Religión;
- 6.- Condición Social y Profesión.

1.- CUASI ESCLAVITUD

Se caía en la cuasi esclavitud en las siguientes situaciones:

- ◆ El deudor insolvente, desde el momento en que era entregado por el magistrado al acreedor y hasta el momento en que liquidara la deuda ya sea por trabajo personal o hasta ser vendido.
- ◆ Cuando una persona libre era vendida por el *paterfamilias* en Roma.
- ◆ Al esclavo manumitido bajo cierta condición y ésta aun no se había cumplido.
- ◆ El que vivía erróneamente como esclavo de otro.
- ◆ Cuando la persona no resarciera el pago a un tercero por haberlo liberado del enemigo.
- ◆ Los colonos que no podían separarse de la tierra que trabajaban.

2.- EDAD

La edad era otra causa natural que modificaba la capacidad, los romanos distinguen en base a la edad dos niveles, los impúberes y los púberes.

Los impúberes eran los que no alcanzaban el pleno desarrollo físico para la procreación, y se clasificaban en *dos categorías* que eran:

1) Infancia: que era aquel que aun no había cumplido 7 años y no podía realizar ningún acto jurídico; y

²⁸ ARIAS RAMOS, J. et al. Derecho Romano I. Parte General. 18ª ed. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1991, pp. 86, 87.

2) *Impúber infante mayor*, que se coloca entre los 7 y los 12 ó 14 años de edad, únicamente podían realizar actos que trajeran un beneficio patrimonial, a su vez estos se dividían en:

a) *Próximos a la infancia*, eran aquellos que no eran responsables de los actos ilícitos cometidos por ellos y;

b) *Próximos a la pubertad*; estos sí incurrían en responsabilidad, esto se debía a que unos tenían conocimiento consciente de la culpa y en los otros no.

Los púberes eran aquellos que alcanzaban el desarrollo físico para la procreación, en los varones cuando alcanzaban la edad de 14 años y en las mujeres era a los 12; eran plenamente capaces de realizar toda clase de actos jurídicos, pero posteriormente, en el aspecto económico, se dejó ver los inconvenientes de fijar la plenitud a tan temprana edad, por lo que se les redujo la plena capacidad y sólo podían realizar dos actos: el matrimonio y el testamento.

Entonces la *Lex Plaetoria* fijó una nueva división en las edades y quedó de la siguiente forma: a) Menores Púberes que son de 14 a 25 años y b) Mayores Púberes que sobrepasan los 25 años. Los primeros eran protegidos por la institución de la curatela y por la *Lex Plaetoria*, para salvaguardarlos de fraudes, engaños y abusos a su inexperiencia. Los segundos podían realizar todos los actos incluyendo los que los perjudicaban.

3.- ENFERMEDAD.

La enfermedad es una causa modificativa de la capacidad, pues el hombre debe tener conciencia de sí mismo y de los actos que realiza, ya que si no se encuentra bien de sus facultades físicas e intelectuales sufre por esta causa una limitación en su capacidad jurídica, porque su enfermedad le impide la realización de ciertos actos jurídicos.

“Atendiendo los romanos a los dos elementos que integran el organismo humano, clasificaban las perturbaciones por razón del cuerpo y del espíritu.

Distinguían por el primer elemento los impotentes, castrados, sordos, mudos, sordomudos y ciegos y los que estaban afectados de un enfermedad perpetua, y con relación a las enfermedades mentales, comprendían a los furiosos, locos, dementes y pródigos.”²⁹

4.- SEXO.

El derecho privado estableció limitaciones en la capacidad jurídica de la mujer fijándole una condición inferior respecto al hombre, ya que estuvo sometida al poder de otro, la razón que justificaba esta limitación era por la llamada debilidad de su sexo.

Las leyes fijaban las limitaciones que tenía la mujer, entre ellas; la incapacidad política, no podían ocupar puestos públicos, ser tutora (salvo algunas excepciones), no gozaba de la patria potestad sobre sus hijos, se le impedía testar, no podía dar hipoteca o fianzas por una deuda de un extraño, así mismo se le prohibía representar a otro en juicio e intentar acciones públicas.

5.- RELIGIÓN.

En la época antigua de Roma, cada pueblo profesaba su religión, tenía sus instituciones y costumbres y veneraba a sus dioses, la diferencia de la religión no afectaba la capacidad jurídica de las personas.

Con la presencia del cristianismo en Roma, las cosas cambiaron, esta religión se volvió oficial y durante el régimen de los emperadores cristianos; los herejes, judíos, paganos y apostatas tuvieron limitaciones en su capacidad: se prohibía contraer matrimonio entre cristianos y judíos, ser testigos, tener esclavos cristianos, adquirir por testamento, en general el pleno goce de los derechos civiles estaba reservado a los cristianos ortodoxos.

²⁹ PETIT. Op. cit. p. 157.

6.- CONDICIÓN SOCIAL Y PROFESIÓN.

En el antiguo Derecho Romano una condición social que influía en la limitación de la capacidad jurídica era el estado de liberto. En el Imperio se promulgaron leyes que otorgaban privilegios a los que tenían hijos, a los casados y por el contrario se les imponían limitaciones a los célibes; en cuanto a la profesión militar se le dio prerrogativas al derecho hereditario; los gobernadores de provincia sufrieron limitaciones en el ejercicio de sus derechos (les prohibieron practicar la usura, ejercer el comercio y adquirir bienes).

En cuanto a las profesiones, banqueros, profesores de ciencias liberales, médicos y abogados, adquirieron prerrogativas en el ámbito del derecho público.

1.4. El inicio y la extinción de la personalidad física.

Para que se pueda considerar el inicio del hombre en el derecho romano, era necesario que concurrieran varios elementos naturales; pero estos no deben ser confundidos con los requisitos jurídicos fijados por los romanos para poder ejercer sus derechos con plenitud, estos elementos naturales eran los siguientes:

1.- Que el feto fuera separado por completo del claustro materno, ya que esto nos indicaba el nacimiento. La separación podía verificarse de dos modos: por parto natural, y de manera artificial que era cuando se hacía mediante cesárea, ya que en estos tiempos se practicaba dicha intervención quirúrgica. Una de las leyes *regiae* ordenaba esta intervención cuando una mujer moría encinta, esto era con el propósito de salvar al hijo; a su vez el digesto prohibía que la mujer que moría embarazada fuera enterrada antes de separarle el feto.

2.- Otro requisito era que naciera vivo, sobre este aspecto hubo muchas controversias entre *proculeyanos* y *sabinianos*.

Los *proculeyanos*, sostenían que el llanto era la prueba de vida, que esto era lo que el derecho debía reclamar. En cambio los *sabinianos* opinaban que era

esencial el primer respiro o cualquier signo vital que manifestara vida. Justiniano terminó con esta discusión inclinándose por esta última posición.

Algunos otros exigían el requisito de la vitalidad, o sea el nacimiento orgánicamente perfecto (aquel que alcanzaba la madurez para poder vivir fuera del claustro materno), ya que a veces nacía vivo pero fallecía de manera casi inmediata. Así mismo se exigía que el nacido tuviera figura humana, es decir, que la mujer no procreara un prodigio de la naturaleza o algo monstruoso, pues ello no podía ser considerado como hijo suyo.

En cuanto a la extinción de la personalidad física, el derecho romano manejaba dos aspectos; uno de ellos era la extinción civil de la persona, que se daba en vida a través de las *capitis deminutiones*, las cuales mencionamos anteriormente. Y la otra es la extinción natural que se da con la muerte de la persona, el fallecimiento debía ser comprobado por parte de aquellas personas interesadas o que pretendieran ser titulares de cualquier derecho cuya adquisición fuera consecuencia de dicho acontecimiento.

Cabe mencionar que en el derecho romano no estaban señalados de un modo especial los medios de prueba para justificar la muerte, ni tampoco fijaba reglas en los casos de ausencia prolongada para declarar la presunción de muerte.

1.5 El nasciturus en el Derecho Romano.

Se ha establecido el principio de que el nacimiento con vida, marca el inicio de una persona, sin embargo, es necesario mencionar que los romanos tomaban en cuenta para considerar el comienzo de una personalidad al concebido, ya que para algunos efectos jurídicos se retrocede a un tiempo anterior al nacimiento, tomando en cuenta al hombre no nacido pero sí concebido, al *nasciturus*.

“Los romanos han admitido que el infante simplemente concebido podrá prevalerse de un derecho, debe ser considerado provisionalmente como vivo y

debe reservársele su derecho, bajo la condición de que nazca viable. De aquí esta sentencia aún verdadera: *infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* – el infante concebido se tiene por nacido, siempre que sea en su beneficio.”³⁰ Por el contrario si algo le desfavorecía o le causaba un perjuicio la ficción no entraría en juego.

La expresión anterior no quiere decir que al concebido se le tenga ya por nacido y goce por lo tanto de capacidad jurídica, sino más bien que en ciertas condiciones la capacidad jurídica del nacido vivo se retrotraía en sus efectos al momento de la concepción.

Como se puede apreciar, el derecho romano protegía al *nasciturus*, estaba en defensa de su existencia física y de su integridad; le reservaban derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido (siempre y cuando naciera vivo y viable), es por eso que su capacidad se calculaba desde el momento de la concepción, no así desde el momento del nacimiento.

Algunos de los beneficios que tenía el *nasciturus* eran;

1) Derecho a la vida y protección a sus derechos: En caso de que la madre incurriera en alguna falta que ameritara pena capital, mientras estuviera en estado de gestación, ésta era suspendida hasta que diera a luz. Los derechos del *nasciturus* eran protegidos y garantizados mediante la asignación de un curador *ventris*.

2) El derecho a la libertad: En este caso, el sistema patriarcal que predominaba en roma determinaba el status *libertatis* tomando en consideración al hijo habido en *iustae nuptiae*, es decir, dentro del matrimonio y se determinaba su status por la concepción. Si no era este su caso, entonces adquiría la condición de la madre al momento del alumbramiento, como en el caso de las esclavas, aunque posteriormente se tomó el criterio de que si la madre fue libre durante la gravidez, aunque fuera por un instante, el hijo por nacer también lo sería.

³⁰ BRAVO GONZALEZ, Op. cit. pp. 107 y 108.

3) Derecho sucesorio: “Se exige que el heredero viva al producirse la herencia, puede heredar al *de cuius* el simplemente concebido; así, el hijo hereda a su padre muerto antes que él nazca, la madre pudo entrar como consecuencia de este principio en la posesión provisional de los bienes de la herencia paterna – *missio in possessionem ventris nomine*”.³¹

En el Derecho Romano sí fue tipificado el delito de aborto, pero el bien jurídicamente protegido no era la vida del producto de la concepción, sino el derecho que el marido tenía a procrear y por eso se estimaba que la mujer que se practicara un aborto defraudaba a la *sacra privata* de su marido. Posteriormente, con la *Lex Cornelia de sicarios et veneficis*, se consideraba un crimen cuando la mujer abortaba y por ello debía sufrir la pena de destierro.

Así podemos decir que el Derecho Romano otorgó protección al *nasciturus*, no es que se reconociera al feto intrauterino como sujeto de derecho, sino lo que se protegía eran los intereses de la futura persona; ya que si no se tomaran estas medidas, estos derechos resultarían ilusorios.

³¹ Idem.

CAPÍTULO SEGUNDO

REGULACIÓN DEL INFANTE SIMPLEMENTE CONCEBIDO EN LA EUROPA MEDIEVAL.

2.1. Regulación del simplemente concebido en los pueblos ibéricos.

En el derecho español, los legisladores elaboraron leyes en cuanto al concebido en el aspecto de tratar de evitar que la viuda encinta heredara títulos y bienes de su difunto esposo por el hecho de ser madre de un feto considerado como no viable.

Por eso es que existieron a través del tiempo una serie de requisitos para determinar la personalidad del nasciturus, que cambiaban de acuerdo a la época, condicionados a los avances científicos.

Los plazos establecidos a lo largo de la historia, en las diferentes leyes para el recién nacido, no fueron únicamente para que adquiriera la personalidad, sino para que el nacido, a pesar de ser persona desde el nacimiento, no heredara ni causara herencia antes de que pasaran dichos plazos.

Lo anterior con la finalidad de que una persona de una vida breve no cambie el destino de una sucesión.

La primera ley que veremos es el Fuero Juzgo del año 554 aproximadamente, el cual contaba con un título preliminar y doce libros que contenían cincuenta y cuatro títulos subdivididos en quinientas setenta y ocho leyes.

Marcado por una clara tendencia romana, ya que hacía la distinción de que no todos los hombres eran personas, ni todas las personas eran hombres; también admitió la división en póstumos y nacidos, exigiendo: “para que una persona se

considerara que había nacido legalmente, que hubiera vivido diez días y que hubiera sido bautizado.”³²

En estas condiciones se otorgaba al póstumo, “iguales derechos que si hubiera nacido en vida del padre, rompiendo su testamento si instituyó heredero voluntario en las tres cuartas partes de la herencia”.³³

Así pues, el Fuero Juzgo en su libro IV, Título II de lo Herederos, XX.- De los que nacen después de la muerte del padre, señalaba:

“Si el marido dejaba a la mujer embarazada, el hijo que naciera después de la muerte del padre, podía ser su heredero, con igual derecho que el de los hijos nacidos, pero para el caso de que estos últimos no existieran, una cuarta parte de la herencia podía heredarla a quien quisiera, y las tres cuartas partes restantes al concebido que naciera después de su muerte”.³⁴

Ahora bien, las Siete Partidas continúan con el criterio romano, por lo que encontramos en su Libro Primero.- De Las Personas.- Título Primero, lo siguiente:

“La persona es: el hombre considerado en su estado; por lo que se dice que no puede haber persona sin que se considere en uno ú otro estado.

Estado es: la condición, é la manera en que los omes viven, e están. La variedad de condiciones provienen o de la naturaleza, o de la voluntad de los mismos hombres; y por esto el estado de los hombres es natural, y civil.

Según el estado natural, los hombres en primer lugar, o están por nacer, o ya actualmente nacidos. De aquellos, por razón de humanidad, está establecido

³² SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios de Derecho Civil, Historia General de la Legislación Española, Tomo I, 2ª Ed. Madrid, 1886, p. 179

³³ Idem.

³⁴ Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, por la Real Academia española, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1815, p. 73

que mientras es en favor de ellos lo que se hace, les aproveche como si fuesen ya nacidos”.³⁵

En general podemos decir que las Partidas establecían, lo siguiente:

I. Que los que estaban por nacer, retenían todos sus derechos sin lesión alguna hasta el tiempo de su nacimiento.

II. Que esa concesión del derecho se efectuaba sólo cuando el que estaba por nacer salía del vientre de la madre vivo y con figura humana, no siendo así para los que llamaban monstruos.

III. Que los que nacen con figura humana, aunque tengan defecto en algún miembro, o parte del cuerpo, sean tenidos por hombres.

IV. Se dilataba a la mujer preñada el suplicio, tormento u otra pena hasta que diera a luz.

V. Si alguno estaba interesado por la sucesión del nasciturus, podía poner guardianes a la preñada, a efecto de vigilar el desarrollo del concebido y estos debían denunciar el parto al interesado.

VI. Que de dos que nacieron a un mismo tiempo, el varón se presume antes nacido que la mujer; y si son ambos varones, no constatando quien nació primero, se repute la herencia, y se juzguen iguales.

VII. Que para reputar natural y no abortivo al feto para la sucesión, se requería que naciera vivo, con forma humana y si no cumplía con alguno de estos requisitos, era considerado como abortivo y en consecuencia sin derecho alguno a la sucesión.

³⁵ ASSO Y DEL RIO, Ignacio Jordan de, ET AL., Instituciones del Derecho Civil de Castilla, 5ª edición, Ed. Lex Nova, Madrid, 1805, p. 1

VIII. Que muerto el rey, quedando preñada la Reina, se le preste el homenaje en nombre del que ha de nacer.

Del texto anterior, se desprenden que dichos principios se hicieron para favorecer al nasciturus; esto para que pudiera retener todos sus derechos hasta el nacimiento, siempre y cuando naciera vivo y con figura humana.

La oposición que se daba en algunas cuestiones en las siete partidas y leyes anteriores, hicieron necesaria una solución que conciliara las discrepancias, razón por la cual, se elaboraron las Leyes de Toro que, respecto al tema que nos ocupa, indicaban:

I. Que se tiene como naturalmente nacido al que naciese vivo todo, (expresión que suscitó divergencias de criterio pues unos decían que el feto debía desprenderse enteramente del claustro materno y otros que lo que se exigía con dicha frase era que el feto no careciese de ningún miembro).

II. Que después de nacido viva al menos veinticuatro horas naturales.

III. Que fuera bautizado.

Como se puede observar, el criterio que habían seguido las partidas fue modificado por la Ley de Toro “omitiendo por completo el requisito de la *forma humana*”³⁶ solo exigía las condiciones antes mencionadas prescindiendo por completo de la deformidad de su constitución orgánica.

Así mismo, mencionaban que faltando alguna de las exigencias anteriores se le tendría como abortivo, motivo por el cual no podía heredar a ninguno de sus padres.

Por otra parte, señalaban que el testamento en que algún hijo estuviese preterido –excluido por preferir a un extraño- o injustamente desheredado, es nulo más no lo es aquel en que lo está algún póstumo* pues hasta que nazca

³⁶ Cfr. ARAMBURO, Mariano. La Capacidad Civil. 2ª ed., Ed. Reus, S.A., Madrid 1931, p.39.

permanece válido, siempre y cuando cumpla con las tres condiciones anteriores y que nazca en el tiempo que según la ausencia del padre o contracción del matrimonio se conceptúe parto legítimo.

En la Novísima Recopilación también encontramos normas que se relacionaban con el nasciturus que, al respecto, mencionaban que el feto tenía existencia propia hasta el momento del nacimiento, pero se consideraba al concebido como nacido en todo aquello que le beneficie o se trate de su utilidad.

Pero para que lo anterior fuera válido, disponían ciertos requisitos siendo los siguientes:

- I. Que nazcan todos vivos
- II. Que vivan veinticuatro horas por lo menos
- III. Que sean bautizados

Como se ha podido observar, la legislación Española ha tenido a lo largo de la historia diversos criterios en cuanto a los requisitos que debe cumplir el concebido al nacer para poder hacer efectivos sus derechos.

Todas esas discrepancias acabaron con la Ley de Matrimonio Civil de 1870, pues en su artículo 60, aplicable en este punto a toda España, estableció “que no se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana, y que no viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”³⁷.

Es así como llegamos al actual Código Civil de España que en su artículo 29 señala que: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”³⁸.

* Póstumo: Es el hijo que nace después de la muerte de su padre.

³⁷ Cfr. MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil Español. Tomo I, 7ª ed., Editorial Reus, S.A., Madrid 1987. p. 351.

³⁸ Ibidem. p. 345

Es decir, admitiendo que el nasciturus, aunque no tenga propiamente personalidad jurídica, es un futuro ser humano, el citado precepto le otorga protección para todos los efectos que le sean favorables, sometida a una condición jurídica: que nazca con los requisitos del artículo 30 del Código Civil.

En el ámbito civil se reconoce expresamente al concebido y no nacido y la posibilidad de recibir donaciones y derechos sucesorios. Con ello se pretende que obtenga los beneficios que hubiese podido recibir si hubiese sido ya persona, en vez de germen de persona.

Esta regulación se da a pesar de que no hay acuerdos sobre la verdadera naturaleza jurídica del nasciturus; ya que algunos tratadistas señalan que el concebido tiene una personalidad condicional, ya que tiene que cumplir ciertos requisitos, que mencionaremos más adelante. Algunos otros dicen que aún sin ser persona se le otorga una capacidad jurídica condicional; y otros piensan en la existencia de derechos que se le confieren a un sujeto indeterminado.

Y en el siguiente artículo, que es el 30 del Código Civil español, establece las condiciones de las que hace mención el artículo 29; estas condiciones son: Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Según se desprende del artículo 30 que, a pesar de ser persona sólo por el nacimiento y con los requisitos vistos y desde éste, el derecho no considera como tal al nacido, esto es, no le atribuye personalidad, sino sólo después de veinticuatro horas de vida. Lo que significaría, no que sea persona a partir de las veinticuatro horas, o porque hayan transcurrido dichas horas desde el nacimiento, sino que sólo después de vivir veinticuatro horas admitiría el derecho que sería persona desde que se nace. Se trata sólo de una condición jurídica; esto es que cuando se cumpla la condición de vivir veinticuatro horas se le atribuye personalidad al nacido y con ello el nacimiento se hace eficaz.

Además, el artículo 30 señala el requisito de tener figura humana; requisito, criticado por considerar que responde a la creencia inexacta de que la mujer puede dar vida a seres no humanos.

Algunos tratadistas encuentran demasiado inexacta la frase “*forma humana*”, porque no deja claro el concepto que a la Ley merecen las deformidades con que pueda nacer el hombre. La ley ha guardado un prudente e intencionado silencio acerca de este punto, encomendando la apreciación de estos casos fenomenales al criterio de los jueces, quienes, ilustrados por el dictamen pericial, decidirán si ha o no lugar a que el nacido sea considerado como sujeto de derecho y a que el nacimiento produzca todos sus efectos legales.

En el caso de Portugal, encontramos en su legislación una similitud con el anterior país Ibérico, ya que como hemos visto, a través del tiempo el derecho ha evolucionado respecto al nasciturus, y se han aplicado diferentes criterios, algunos exigían únicamente que naciera vivo para otorgarle la personalidad, otras además del requisito anterior pedían que tuviera figura humana y como ya lo hemos mencionado ese requisito propiciaba pugnas entre los tratadistas que daban diferente interpretación, se solicitaba además que el concebido viviera veinticuatro horas desprendido del seno materno.

El Derecho Portugués siempre se ha inclinado a proteger la vida del ser concebido, se habla de que todo hombre tiene derechos innatos que por su naturaleza le corresponden.

De esta manera, el código civil portugués hace mención en algunos artículos, a los requisitos para que el concebido obtenga personalidad. Y esto lo podemos constatar en el código vigente en el Título III De las Relaciones Jurídicas, Sección Primera, Personalidad y Capacidad Jurídica, que en su artículo 66 consigna que:

1. La personalidad se adquiere desde el momento del nacimiento completo y con vida.

2.- Los derechos que la ley reconoce al nasciturus dependen de su nacimiento.

Por lo que podemos deducir de lo anterior que al Derecho Portugués solo le basta que el feto viva un momento fuera del claustro materno, para reputarle la personalidad. De este hecho depende que la ley reconozca los derechos del nasciturus. Cabe mencionar que en ningún momento se condiciona al nasciturus a un plazo de tiempo para poder hacerlo beneficiario de los derechos que le corresponden.

2.2. Postura sobre el simplemente concebido, de la Iglesia Católica.

La intervención de la iglesia, en este campo como en otros, se inspira en el amor que se debe al hombre, al que ayuda a reconocer y a respetar sus derechos y sus deberes. Desde el nacimiento de la iglesia, es decir, desde que Jesucristo constituyó e instruyó a sus apóstoles, el tema del concebido no nacido ha sido muy importante, puesto que uno de los preceptos más significativos la Iglesia Católica es el derecho y el respeto por la vida humana naciente; sin embargo, se puede apreciar que a través del tiempo han surgido posturas diversas, mismas que corresponden a las diferentes etapas por las que ha atravesado la humanidad, puesto que en la antigüedad carecían de información de la cual actualmente tenemos conocimiento, gracias a los avances de la ciencia y la tecnología.

Es así como a continuación podemos apreciar la evolución del pensamiento de la Iglesia Católica sobre el simplemente concebido en las diversas etapas por las que ha pasado la humanidad.

Así tenemos que en la antigua Grecia, la muerte del nasciturus a través del aborto no constituía una grave falta a la moral de la comunidad; se consideraba a los hijos como propiedad del Estado, con una política eugenésica inspirada en el principio de selección biológica; inclusive, se llegó al grado de autorizar el infanticidio. En cambio, otros opinaban que la mujer que abortaba era detestable, como lo expresa Licurgo, así mismo Hipócrates condenaba la muerte del

nasciturus pero sólo cuando el feto tenía animación, ya que este último hizo la distinción entre feto animado y feto inanimado.

Platón por su parte proponía para una sociedad utópica el mantenimiento de medidas eugenésicas, incluyendo el aborto cuando se tratara de incesto; después de algún tiempo revisa su postura y elabora varios textos referentes a la consolidación de la familia y la fidelidad conyugal, aunque sigue considerando a los hijos como propiedad del Estado.

Aristóteles en su libro 'La Política' señala al respecto que, cuando era excesivo el número de ciudadanos, se autorizaba la muerte del concebido antes de que tuviera animación, de esta manera se puede observar que pugaban por la teoría de la animación del nasciturus, esto es, el momento en que el feto da señales de vida, observación que era de suma importancia por suponer desde entonces el máximo respeto a la vida misma.

En Roma prevaleció durante mucho tiempo la idea de que el feto era una especie de propiedad privada de la familia y particularmente del esposo, puesto que el *paterfamilias* poseía el derecho de vida o muerte sobre sus hijos; el rechazo al nasciturus también estaba difundido en la alta sociedad.

En el derecho romano no hubo disposiciones que trataran claramente el tema del nasciturus, ya que la mujer podía abortar y la única consecuencia que traía era la causal de divorcio; con la influencia de la doctrina estoica se afirmaba que el concebido era una porción visceral del cuerpo materno del que se podía disponer a discreción como si se tratara de un tumor o algo similar, la mujer podía abortar o deshacerse del concebido en cualquier momento de la gestación y en ningún caso la expulsión del feto constituía homicidio. Esto comenzó a ser una práctica común, las costumbres primitivas degeneraron hasta la corrupción, y la práctica del aborto se ensanchó hasta el exceso. Es hasta la época del imperio cuando el Estado reacciona y considera esto como un hecho indigno que daña a la sociedad.

Como en el Digesto, en tiempos de Cicerón y de Ulpiano sólo se reconocía al nasciturus como un derecho del padre a la procreación y como propiedad del Estado, quedando de esta manera parcialmente protegido el nasciturus.

Justiniano es el primero que considera al nasciturus como un sujeto potencial de derechos.

En Esparta y Atenas (Grecia), se seleccionaba a los recién nacidos y rechazaban a los malformados.

Con el cristianismo y su influencia se fueron estableciendo los primeros derechos jurídicos del ser humano que aún se encontraba en el seno materno. El surgimiento del cristianismo, que tiene como consecuencia el origen de la Iglesia Católica, es verdaderamente un momento revolucionario que marca una moral que da la pauta para crear toda una legislación en cuanto al aborto, protegiendo así al nasciturus.

Los primeros cristianos, basándose en la *Didaché* o Enseñanzas de los Doce Apóstoles, que es el primer documento cristiano no bíblico, es el catecismo más antiguo que se conoce de la Iglesia Católica, que hace mención del concebido; escrito entre el año 65 y 80 d. C. aproximadamente, y fue altamente considerado por los primeros padres, ya que da nuevas enseñanzas para los primeros cristianos, porque durante los primeros siglos no hubo Nuevo Testamento. En el segundo capítulo de estas enseñanzas se menciona: “No matarás, no adulterarás, no corromperás a los menores, no fornicarás, no robarás, no practicarás la magia o la hechicería, **no matarás el hijo en el seno materno**, ni quitarás la vida al recién nacido.”³⁹ Los que matan a su hijo matan la imagen de Dios en el seno de su madre. Con esto las primeras comunidades cristianas dan el fundamento a seguir para la protección del concebido no nacido.

Al respecto, Clemente de Alejandría (150-215), considerado como el primer intelectual cristiano, opina que la vida desde sus inicios es muy importante, puesto

³⁹ http://ar.geocities.com/magisteroiglesia/didaje/dadaje_1.html

que el embrión es la siembra de Dios. Y en su inmortal obra '*El pedagogo*' habla de aquellos que, para ocultar su vida sexual descarriada, suprimen una naturaleza humana generada por la divina providencia, provocando el aborto mediante el uso de drogas abortivas para destruir por completo el embrión y al mismo tiempo el amor de Dios."⁴⁰

Tertuliano (160-220), menciona, que ya es un ser humano aquello que será un hombre... Es un homicidio anticipado impedir que nazca. Así mismo da a conocer que el feticidio se practicaba en todos los sectores sociales, tanto en embarazos adulterinos como en muchachas violadas, esto según testimonio de las propias comadronas.

San Cipriano (200-258) Por su parte nos dice, que no debemos convertirnos en asesinos de hombres al suprimir al concebido aun no nacido.

En el mismo sentido, San Ambrosio indicaba que la supresión del embrión del seno materno era un homicidio e insistía en que ese abominable crimen solía ser característico de las clases sociales más ricas, puesto que es donde se desarrolla más la avaricia y el egoísmo. En la misma línea se encuentran otros santos padres como San Basilio, San Epifanio y San Juan Crisóstomo.

Posteriormente, los cristianos realizaron los llamados Concilios, que son asambleas convocadas para deliberar y decidir sobre la doctrina eclesiástica y sobre otros asuntos que afectan a los intereses de la Iglesia cristiana, como lo es en este caso el tema del derecho a la vida del concebido no nacido.

En el año 305 d.C. aproximadamente, se convocó un concilio en España llamado *Concilio de Elvira* el cual normalizó la vida sexual de los cristianos, prometiendo excomunión a las mujeres que maten al concebido no nacido después de cometer adulterio. Es así como se condena el aborto realizado por motivo del adulterio. La muerte del nasciturus era castigada como un delito contra la sexualidad establecida y no como medida para proteger al nasciturus.

⁴⁰ BLAZQUEZ, Niceto. *El aborto*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1997, p.168.

Poco después, en el *Concilio de Ancira*, se recondenó el aborto del nasciturus, aunque se atenuaron las penas quedando reducidas a diez años de penitencia.

Uno de los teólogos cristianos más importantes es San Agustín de Hipona (354-430), es considerado el más grande de los Padres de la Iglesia y uno de los más eminentes. En cuanto a la cuestión del nasciturus, menciona que la destrucción del feto es un grave pecado que priva al hombre de su más alto derecho dado por Dios, con el aborto se comete un grave desorden, dañando a la naturaleza en los fines que el creador le asignó. El pecado cometido es un homicidio, ya que el feto desde el momento de la concepción es ya un ser humano cuya vida no puede ser destruida ni por un hombre en particular ni por una autoridad legítima. Como se puede apreciar, para San Agustín es un homicidio privar de la vida a un concebido no nacido, puesto que se le infunde el alma desde el momento mismo de la fecundación, resultando así el principal exponente de la teoría de la animación inmediata.

Durante el período medieval, la doctrina cristiana sobre el concebido no nacido se difunde a través de concilios locales y colecciones de textos canónicos. La atención de los estudiosos del cristianismo se centra en la penalización del aborto. En los libros penitenciales se encuentran penas legales eclesiásticas y civiles contra el aborto que van desde uno a diez años de penitencia, hasta incluso la pena de muerte.

Así tenemos que durante el Papado de Inocencio III prevaleció la teoría de la 'animación retardada', ya que se consideraba que no era homicida el que provocara un aborto antes de la animación del feto. Más tarde se vuelve a imponer la teoría de la animación inmediata, por lo que el Papa Gregorio IX condena nuevamente la supresión del concebido del seno materno considerándolo un homicidio grave.

Posteriormente nos encontramos con Santo Tomás de Aquino, filósofo y teólogo italiano, cuya aportación fue su teoría de la materia y la forma, en la que

indicaba que no existía ser humano en el vientre materno durante las primeras etapas de la preñez, pues el alma es infundida en el cuerpo sólo cuando el feto comienza a tomar forma humana, por lo tanto, no se infundía el alma sino hasta después de las primeras ocho semanas de gestación, tiempo en el cual, según Santo Tomas, el embrión accedía a la dignidad de persona humana. En cuanto a la cuestión del aborto, manifestaba que se debía considerar como un pecado gravísimo pues si la presencia del alma era real, el homicidio era manifiesto.

En relación a lo anterior, en el año de 1311 se realiza un concilio llamado Concilio de Viena, en el cual la Iglesia adopta la postura tomista, puesto que no admitían que un alma humana actual pudiera existir en un cuerpo humano virtual y estaban tan convencidos de esta posición, que durante siglos su ley prohibió bautizar a los fieles cualquier nacimiento prematuro que no mostrara por lo menos ciertos rasgos humanos.

Durante este tiempo la iglesia tuvo dos intervenciones oficiales en relación con el aborto, prometiendo pena de excomunión, ya que en 1580 se propagó la plaga de la prostitución en Roma y ésta fue de tal magnitud que el Papa Sixto V intentó dar una solución, motivo por el cual promulgó la famosa bula *Effrenatam perditissimorum hominum*, en la que pedía todas las penas eclesiásticas y civiles existentes contra el delito de homicidio y que fuesen aplicadas a los que privasen de la vida al nasciturus prescindiendo de si teóricamente se supone animado o no el feto, o si se provocaba bajo la excusa médica de la salud de la madre. Como se puede observar, la postura del Papa parte del derecho a la vida que tiene toda criatura en el seno materno, cabe destacar que el documento pontificio no tuvo gran éxito, ya que en la práctica penal se tomaban en cuenta dos teorías diferentes sobre la animación fetal. Y en este mismo sentido el Papa Gregorio XIV volvió a dejar la distinción entre feto animado y feto inanimado, conservando las mismas penas graves para el aborto pero sólo en el primer supuesto. En el caso de la excomunión que estaba reservada al Papa, quedó posteriormente atribuida a los obispos. Es de hacerse notar que la iglesia en ningún caso trata de justificar el aborto en sí mismo, pues constituye un acto grave. En cuanto a las penas contra

el aborto del feto animado e inanimado quedaron reducidas a las del derecho común.

En 1679, el Papa Inocencio XI condenó una vez más el aborto desde el momento de la concepción; teólogos de Lovaina hicieron dos proposiciones a fin de que el Papa emitiera un juicio condenatorio. La primera planteaba que cualquier muchacha embarazada para evitar que fuera difamada o incluso agredida, podía practicar el aborto antes de la animación del feto, y la segunda propuesta suponía que la animación del feto se producía después del nacimiento, por lo que en cualquier momento en que se practicase el aborto éste no constituiría homicidio. El Papa destruyó ambas proposiciones por su carácter escandaloso y por su peligrosidad moral. A medida que progresaba la ciencia, se notaba una mayor influencia de la teoría de la animación inmediata y el carácter homicida de todo aborto.

En 1869 y por encima de las teorías expresadas por los teólogos a título personal, el Papa Pío IX define la postura de la Iglesia Católica respecto al nasciturus, plasmando su pensamiento al llevarse a cabo la celebración del Concilio Vaticano I, que es el vigésimo concilio ecuménico reconocido por la Iglesia Católica y celebrado en la Basílica de San Pedro de Roma, en el cual el Papa condena el aborto desde el momento de la fecundación, otorgándole de esta manera protección al nasciturus, con esta declaración se termina con la milenaria distinción entre feto animado y feto inanimado, este pensamiento se debe a los grandes adelantos y descubrimientos realizados en el campo de la embriología. También renueva el derecho del obispo para excomulgar a quien atentara contra la vida del nasciturus.

Todo lo que fue aconteciendo durante los últimos años, quedó establecido de manera inapelable en el Código de Derecho Canónico promulgado en 1917, es así como se condena la muerte del nasciturus realizada mediante prácticas abortivas; quedando incluidas entre los delitos contra la vida. En la encíclica *Casti Connubii*, del Papa Pío XI, se refiere a la supresión del nasciturus del seno

materno como un delito grave en el cual se atenta contra la vida del feto, el aborto directo constituye una violación al quinto mandamiento de la ley de Dios (“No matarás”). La muerte de un ser inocente como lo es el nasciturus, no puede justificarse jamás ni ante Dios ni ante la vida de la naturaleza.

En uno de sus discursos más famosos, pronunciado en 1951 a las comadronas, el Papa Pío XII declaró: “Todo ser humano, incluso el niño en el seno de su madre, tiene derecho a la vida, que procede inmediatamente de Dios, y no de los padres o de cualquier sociedad o autoridad humana. Por tanto, no existe hombre alguno, ninguna autoridad humana, ninguna ciencia, ninguna indicación médica, eugenésica, social, económica o moral que pueda presentar u otorgar un título jurídico válido para disponer de forma directa y deliberada de una vida humana inocente...”⁴¹

Como se puede apreciar, el Papa Pío XII menciona que la vida de un inocente es intangible y cualquier agresión o atentado contra ella en cualquier fase del embarazo constituye una violación al derecho natural, sin la cual no es posible una buena convivencia humana. Así tenemos también que en su discurso del 27 de noviembre de 1951, dirigido a los participantes del *Congreso del Frente de la Familia y de la Federación de las Asociaciones de las Familias Numerosas*; les recuerda el carácter inviolable de la vida humana; así como el valor absoluto de toda vida concebida.

Por su parte el Papa Juan XXIII inició una nueva era en la historia del catolicismo. Uno de sus mayores logros fue la convocatoria al Concilio Vaticano II, (vigésimo primer concilio ecuménico) en 1959, en el que tuvo muy pocas intervenciones, y subsiguientemente fue presidido por el Papa Pablo VI, tras la muerte del Papa Juan XXIII, este Concilio tuvo como propósito llevar a cabo la renovación de la vida religiosa católica, gracias a la modernización de la

⁴¹ TOULAT, Jean. El aborto ¿Crimen o liberación?, Tr. Martí Lloret, Antonio, Ed. Mensajero, España, 1975, p. 116.

enseñanza, la disciplina y la organización de la Iglesia, así como alentar la unificación de los cristianos, promoviendo también el derecho a la vida.

Durante el Papado de Juan XXIII se emitió la encíclica *Mater et magistra* (1961), donde menciona que: “La vida humana es sagrada, puesto que, desde su origen, requiere la acción creadora de Dios. Aquel que viola sus leyes ofende a la divina majestad, se degrada a sí mismo y, consigo, a la humanidad”.⁴² A su vez manifestó que la vida humana se comunica y propaga por medio de la familia, la cual se funda en el matrimonio que debe ser único e indisoluble.

El Concilio Vaticano II fue convertido en símbolo de la apertura eclesiástica a la edad contemporánea, los obispos de todo el mundo plasmaron en el documento *Gaudium et spes* (1965) lo siguiente: “el amor conyugal debe compaginarse con el respeto a la vida humana, establece que ésta, la vida humana, desde su concepción ha de ser salvaguardada con el máximo cuidado, el aborto y el infanticidio son crímenes abominables”.⁴³

El Papa Pablo VI, poco tiempo después nos reafirma la doctrina de la Iglesia diciendo que atentar contra la vida humana es, bajo cualquier pretexto y en cualquier forma; una amenaza directa al hombre mismo. De igual manera menciona que, “...el respeto a toda vida humana, a la que empieza a despertarse, a la que no requiere más que desarrollarse, a la que se encamina hacia su desenlace, y sobre todo a la que es débil, se ve desprovista de recursos, sin defensa, y a expensas de otros...”.⁴⁴

Así mismo, su encíclica *Humanae Vitae* de 1968, sobre el control de la natalidad, suscitó entre sus episcopados airadas discusiones respecto a dichos medios de control (anticonceptivos). Pero cuando menciona que la Iglesia no está de acuerdo con suprimir a un ser ya concebido (aborto); el apoyo por parte de los

⁴² <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=171&capitulo=2424>.

⁴³ http://www.corazones.org/doc/gaudium_et_spes.htm.

⁴⁴ TOULAT, Jean, Op. Cit. p. 116.

episcopados es unánime. He aquí algunos comentarios de las diversas Conferencias Episcopales:

“De Inglaterra y del país de Gales. <<Ya sea antes o después del nacimiento, el niño no es propiedad de los padres. Sólo Dios es dueño absoluto de la vida...>>

De Holanda. <<Nosotros afirmamos el valor único de cada hombre, cualquiera que sea el estado de pequeñez o la etapa de desarrollo en que se encuentre...No somos libres para disponer a nuestro antojo, de la vida en gestación>>.

De los Países Nórdicos. <<El hombre no es dueño de la vida ni de la muerte... Esa misma conciencia cristiana, que hace que constituya un deber para los creyentes el respeto debido al embrión como vida independiente, hace que sea también otro deber el de proporcionar personalmente, o por medio de instituciones, la ayuda eficaz que necesita la mujer encinta...>>

De Francia. <<El aborto atenta siempre contra la vida humana. Bien sabemos que una norma jurídica corre el peligro de desembocar en determinados casos particulares en situaciones dolorosas e inhumanas>>.

De Italia. <<La mortalidad debido a las prácticas clandestinas, la especulación de algunos médicos complacientes, el riesgo de un exceso de población, representan motivos serios de reflexión. Pero no obstante, la tentación de resolver ese problema por medio del aborto legalizado sería una solución indigna del hombre>>.

De Canadá. <<Cualquiera que sea la ley civil, el aborto constituye en sí un acto inmoral... Los esfuerzos deben orientarse hacia la salvaguarda de la vida, hacia el alivio de todo sufrimiento, hacia el fin de toda violencia, comprendida la del aborto>>.

En Polonia el Cardenal Wyzynski lanzó el siguiente grito de alarma: <<En nuestro país corre la sangre de los niños que no han llegado a ver la luz del día... Todos los días se mata en los hospitales. Las pérdidas superan las de la segunda guerra mundial. Las propias raíces de nuestra nación se ven socavadas... A las maternidades se las transforma en osarios>>⁴⁵

En la actualidad la Iglesia Católica tiene una postura inmutable en cuanto a la protección del nasciturus, ya que considera que el respeto a la “vida” aparece como uno de los principios fundamentales en todas las ideologías y culturas. Su fundamentación no necesita un gran esfuerzo racional pues todo el mundo comprende que si no conservamos o cumplimos este valor, no habrá ninguna posibilidad de armonía o convivencia entre los hombres.

A partir de 1968 en adelante, se han producido más de un centenar de documentos emanados casi todos de las Conferencias Episcopales de todo el mundo, condenando la muerte del nasciturus, esto sin contar los documentos papales, aunque estos últimos son de igual importancia puesto que en ellos encontramos plasmados los principios y la postura oficial de la Iglesia Católica acerca de la protección a la vida del concebido no nacido.

En cuanto al respeto a la vida del nasciturus, la iglesia se pronuncia mencionando que la vida ha de ser respetada de modo absoluto desde el momento mismo de la fecundación, porque el hombre es la única criatura en la tierra que Dios ha querido por sí misma, y el alma espiritual de cada hombre es inmediatamente creada por Dios; todo su ser lleva grabada la imagen del creador, por lo tanto, se debe respetar de manera absoluta al embrión, pues en efecto se trata realmente de un ser vivo, que vive en un medio diferente al de un ser humano adulto, pero que desde el útero materno es un individuo diferente; un individuo que es el mismo que el individuo extrauterino, es una persona que no sólo es autónoma sino que lleva en sí mismo el principio de su organización, de crecimiento y desarrollo pero, sobre todo, es un ser humano que no se puede

⁴⁵ Ibidem p. 117

confundir con otro, que ha entrado en la existencia y que saldrá de ella sin pedirlo ni decidirlo.

Una de las condenas más solemnes en contra de la supresión del nasciturus del seno materno, emana de la Santa Sede en nombre de la iglesia Católica realizada por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, en la declaración pronunciada el 18 de noviembre de 1974 sobre el aborto provocado, en donde confirma la condena unánime y universal por parte de los obispos del mundo entero señalando que: “la vida humana debe ser protegida y favorecida desde su comienzo, lo mismo que en las diversas etapas de su desarrollo...

...Cualquier discriminación es inadmisibile. La sociedad debe respetar tanto la vida del anciano, del enfermo incurable, como la del niño y la del hombre maduro. En realidad, el respeto a la vida humana es algo que se impone desde que comienza el proceso de la generación. Con la fecundación del óvulo queda inaugurada una vida que no es ni la del padre, ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Este convencimiento de siempre ha recibido preciosa confirmación por parte de la ciencia genética.”⁴⁶

El respeto a la vida humana se impone desde que el óvulo es fecundado, “A esta evidencia de siempre (totalmente independiente de las disputas sobre el momento de la animación), la ciencia moderna genética aporta importantes contribuciones. Ella ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será este ser viviente; a saber, un hombre y un individuo, provisto ya con todas sus notas propias y características. Con la fecundación ha comenzado la maravillosa aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar.”⁴⁷

⁴⁶ Cfr. Sagrada Congregación para la Doctrina de la fe, Declaración sobre el aborto provocado, Ediciones Paulinas., p.12-13, 1974.

⁴⁷ BLAZQUEZ, Niceto, Op. cit. p. 184.

En efecto, la genética demuestra que en la primera célula se encuentran inscritas todas las características de lo que será un individuo: sexo, talla, peso, color de ojos y de cabello, forma del rostro, temperamento, cualidades, etc. Todo el desarrollo posterior consistirá en la evolución de esa prodigiosa miniaturización, el embrión no recibirá ninguna 'nueva' información suplementaria. Ninguna célula será añadida del exterior, el embrión se va formando él mismo a partir de los materiales que le proporciona la sangre materna; él fabrica sus propios glóbulos; las dos sangres no se mezclan y con frecuencia son madre e hijo de un grupo diferente. Así, la célula nacida de la fecundación es ya, un pequeño ser humano.

La afirmación de la Iglesia Católica acerca de que la vida humana comienza en el momento en que se fusionan óvulo y espermatozoide, tiene sustento en la ciencia moderna, apoyándose también en las diferentes opiniones vertidas en la primera Conferencia Internacional sobre el Aborto celebrada en Washington, donde acudieron de todas partes del mundo expertos en distintas materias: ginecólogos, bioquímicos, embriólogos, médicos, especialistas en genética, etc. Allí se dieron a conocer hechos y circunstancias relativos al aborto con criterios estrictamente científicos y declararon lo siguiente:

El profesor Albert Schweitzer, premio Nobel de la Paz: "Si el hombre pierde el respeto a la vida en cualquiera de sus fases, perderá el respeto a toda concepción de vida."

Julián Marías, de la Real Academia Española: "Cuando se dice que el feto es 'parte' del cuerpo de la madre, se dice una insigne falsedad. Cuando se provoca el aborto o se ahorca, no se interrumpe el embarazo o la respiración: en ambos casos se mata a alguien."

Y el profesor Michel Tharanne, catedrático de embriología de la Facultad de Medicina de Tours: “El desarrollo del ser humano es una evolución continua y sin fallo desde la concepción hasta mucho después del nacimiento.”⁴⁸

Y la conclusión de la conferencia fue la siguiente: *Los cambios que ocurren entre la fecundación, la implantación, el embrión de seis semanas, el de seis meses y la persona adulta, son simplemente etapas de crecimiento y maduración.*

Ahora bien, si el nasciturus es ya un ser humano, su supresión no es otra cosa que un crimen muy grave, pues si la vida del feto deja de ser considerada como inviolable, no habrá barrera alguna para detener el proceso de degradación de la vida humana en general.

Por otra parte nos encontramos con más opiniones de gente de ciencia que respecto al tema del nasciturus nos señalan que:

“La vida humana comienza en el momento de la concepción en el momento de la fusión del espermatozoide con el óvulo. Desde ese momento comienza una nueva vida. El feto es un ser vivo, un ser humano, un ser completo con un código genético irrepetible.” Lo anterior dicho por el profesor Alfred Kastler, Premio Nóbel de Medicina.

Y el gran biólogo francés Jean Rostand señala: “El hombre entero se encuentra ya en el óvulo desde el momento en que éste es fecundado: todo el hombre con todas sus potencialidades.”

Así mismo, el profesor Jérôme Lejeune, Catedrático de Genética Fundamental de la Universidad de La Sorbona expresa: “Aceptar el hecho de que, tras la fertilización, un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es una cuestión de opinión, es una evidencia experimental.”

⁴⁸ RIESGO MÉNGUEZ, Luis. Ahora hubieran cumplido 10 años (las primeras víctimas de la despenalización del aborto). Ed. Palabra, Madrid, 1995, p. 10

Y el profesor Botella Llusía, Presidente de la Real Academia Nacional de Medicina en Madrid: “Soy biólogo y puedo afirmar que cuando el óvulo y el espermatozoide se unen ya se ha originado una nueva vida. Molecularmente hablando, aquello no es una prolongación de la madre, no es un apéndice que pueda ser extirpado sin más. Es un individuo nuevo, y a menos que neguemos la definición misma de la humanidad y de sus derechos, no podemos atentar contra él.”⁴⁹

Todos estos pensamientos e ideologías tienen su fundamento en los datos científicos, así como en la comprobación del desarrollo del nasciturus realizada con tecnología avanzada; por lo que podemos decir que la vida inicia cuando las dos células, portadoras de genes, se unen y fusionan.

Así la célula nacida de la fecundación es ya, un ser humano. Si se rechaza ese fundamento biológico, ¿En qué momento podríamos fijar la aparición de la vida humana? A este cuestionamiento se han dado diversas respuestas:

- ◆ *Cuando el niño adquiere la forma humana*, pero ¿podríamos decir que un mutilado deja de ser hombre?
- ◆ *Cuando el embrión se mueve*, en este caso tenemos que se mueve desde la novena semana, y la madre ni si quiera lo nota.
- ◆ *Cuando se ha formado completamente el cerebro*. El cerebro, en realidad, no está acabado al nacer y solo lo estará hasta los 5 años, aunque es totalmente funcional en el huevo.
- ◆ *Cuando se despierta la conciencia*, pero ¿Qué grado de conciencia se requiere para ser considerado hombre? En este caso un hombre en estado de coma o de inconciencia, ¿deja por eso de ser hombre?
- ◆ *Cuando es viable*. Hoy día con las incubadoras el niño es viable a los 6 meses. Tal vez muy pronto sea posible que pueda ser incluso a los 4 meses.
- ◆ *En el momento de nacer* ¿Es acaso que el nacimiento modifica su estructura?

⁴⁹ Idem.

♦ *Cuando se corta el cordón umbilical, y el niño es ya un ser autónomo. Pero al año todavía depende de su madre y una persona paralítica, no es menos dependiente que el embrión.*

En relación con lo anterior podemos decir que, desde el momento en que óvulo y espermatozoide se unen, se fija un programa genético-cromosómico de lo que será un nuevo ser con características específicas bien determinadas y singulares, una realidad sensible, a la cual se debe otorgar los mismos derechos (el de la vida en primer lugar) reconocidos a las demás personas.

Así es como llegamos a la época actual con el recientemente desaparecido Papa Juan Pablo II, quien mantuvo la postura de la Iglesia Católica y en distintos documentos emitidos desde su primer año de pontificado, escribió acerca del ser humano: “El hombre en su realidad singular tiene una historia propia de su vida y sobre todo una historia propia de su alma. Y la escribe a través de numerosos lazos que lo unen a otros hombres; esto lo hace desde el primer momento de su existencia sobre la tierra, desde el momento de su concepción y de su nacimiento”.⁵⁰

En 1983, en la Carta de los Derechos de la Familia, publicada por la Santa Sede, Juan Pablo II subrayaba que “la vida ha de ser respetada y protegida de modo absoluto desde el momento de su concepción”.⁵¹

De igual forma la Congregación para la Doctrina de la Fe, se manifiesta en cuanto al respeto que se debe al nasciturus en virtud de su naturaleza y señala que, el ser humano ha de ser respetado y tratado como persona desde el primer instante de su concepción, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida y a su desarrollo.

⁵⁰ Juan Pablo II, *Redemptor hominis*, Ediciones Paulinas, México, 1979, p. 46.

⁵¹ RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio, *El Aborto Aspectos Jurídico, Antropológico y Ético*, Universidad Iberoamericana, México, 2002., p. 130

En 1994, año de la Familia, el Papa Juan Pablo II escribe una carta dirigida a las familias, y en ella encontramos confirmada la postura de la Iglesia y de su Magisterio. En la primera parte intitulada 'La civilización del amor', escribe: "El origen del hombre no se debe sólo a las leyes de la biología, sino directamente a la voluntad creadora de Dios: voluntad que llega hasta la genealogía de los hijos e hijas de las familias humanas. Dios ha amado al hombre desde el principio y lo sigue amando en cada concepción y nacimiento humano. Este hombre, todo hombre, es creado por Dios 'por sí mismo'. Desde el momento de la concepción y, más tarde, del nacimiento, el nuevo ser está destinado a expresar plenamente su voluntad, a encontrarse plenamente como persona."⁵²

En la segunda parte del mismo documento, "El esposo está con vosotros, la vida humana es vista bajo el prisma de la vida de Jesús; de tal manera, que la verdad de la fe, sostenida por la Iglesia: Dios se hizo hombre, para que el hombre, en Él y por medio de Él, llegara a ser Dios, es a la vez verdad sobre el ser humano; y muestra la gravedad de todo atentado contra la vida del niño en el seno de la madre. ¿Cómo no recordar a este respecto, las desviaciones que el llamado 'estado de derecho' ha sufrido en numerosos países? Unívoca y categóricamente es la ley de Dios respecto a la vida humana. Dios manda: "No matarás". Por tanto, *ningún legislador puede afirmar: te es lícito matar, tienes derecho a matar, deberías matar*. Un fenómeno grave en nuestros días, es el representado por las legislaciones que no respetan el derecho a la vida desde su concepción. ¿Cómo se podrían aceptar moralmente unas leyes que permitan matar al ser humano, aún no nacido, pero que ya vive en el seno materno? El derecho a la vida se convierte, de esta manera, en decisión exclusiva de los adultos".⁵³

Por lo tanto, la postura de la iglesia en relación con la supresión del nasciturus del claustro materno, es muy clara, nunca apoyarlo ni legitimarlo y por si acaso se guardara alguna duda al respecto, el Papa Juan Pablo II, el 25 de marzo de 1995, escribe una nueva encíclica: *Evangelium vitae*, encaminada toda

⁵² Juan Pablo II, Carta a las Familias, n. 9.

⁵³ Idem.

ella a enaltecer y a afirmar el carácter y valor sagrado de la vida humana desde su inicio: la concepción. Así en el párrafo 57 dice lo siguiente: “si se pone tan gran atención al respeto de toda vida, incluida la del reo y la del agresor injusto, el mandamiento ‘no matarás’ tiene un valor absoluto cuando se refiere a la persona inocente. Tanto más si se trata de un ser humano débil e indefenso, que sólo en la fuerza absoluta del mandamiento de Dios encuentra su defensa radical frente al arbitrio y a la prepotencia ajena”.⁵⁴ Antes, en el párrafo 54, sobre este quinto mandamiento “no mataras”, ha señalado que en él encontramos un fuerte contenido negativo: “indica el límite que nunca puede ser transgredido”.

Y no pensemos que esa actitud es exclusiva de la Iglesia Católica. La Iglesia Ortodoxa manifiesta igual unanimidad. Y en cuanto a los protestantes, atendamos uno de sus más celebres teólogos, Kart Barth indicó: “Quien destruye una vida en germen mata a un ser humano; se atreve, hecho monstruoso, a disponer de la vida y la muerte del prójimo, a disponer de una existencia que no le pertenece, sino que es de Dios, dueño absoluto, puesto que Él se la ha dado.”

Tal perspectiva coincide con la posición inmutable del Judaísmo. Y por lo que se refiere al Islam, sus teólogos, reunidos en Rabat en 1972, renovaron su posición contra el aborto en cualquier etapa de la gestación.

⁵⁴ Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, Documentos Pontificios, Librería Parroquial de Clavería, marzo de 1995.

CAPÍTULO TERCERO

LA IDEA DEL NASCITURUS EN LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO.

3.1. Época prehispánica.

El concepto hombre-ser humano en el mundo prehispánico en específico en el náhuatl, se designó con la palabra macehual que tiempo después significó “hombre del pueblo”.

“Su visión o concepción del mundo está basada en la creencia religiosa, de la que emergen la filosofía, la política”⁵⁵ la economía, el arte, la medicina y el derecho. Lo que asimismo explica la ausencia de sistemas independientes o autónomos en cada una de las áreas.

Dentro de la concepción del hombre en la época prehispánica se distinguieron dos aspectos:

El anímico y el fisiológico, es decir “la etiología divina, que atribuía a la dualidad suprema, Ometecuhtli y Omecihuatl, la remisión de las entidades anímicas al vientre de las madres, y la etiología fisiológica, la formación corporal del niño a partir de la unión de los dos líquidos generativos paterno y materno en el interior de la mujer”.⁵⁶

A partir de la etiología divina, aspecto anímico, resulta consecuente la creencia de que “el hombre es la encarnación de una partícula celeste”.⁵⁷

Lo anterior queda demostrado en los relatos de Sahagún, en el fragmento del libro VI, capítulo XXIV en el que se menciona lo que hacían los parientes de la recién casada cuando ésta se sentía preñada.

⁵⁵ Cfr. LÓPEZ AUSTÍN, Alfredo. Hombre-Dios Religión y Política en el Mundo Náhuatl, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, México, 1989.

⁵⁶ LÓPEZ AUSTÍN, Alfredo., Cuerpo Humano e Ideología. La Concepción de los Antiguos Nahuas, UNAM, México, 1984, p. 335.

⁵⁷ SEJOURNE, Laurette. Pensamiento y Religión en el México Antiguo, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 65.

“...5.- Oíd pues, señores que estáis presentes, y todos los demás que aquí estáis, viejos y viejas, y canos y canas: sabed que nuestro señor ha hecho misericordia, porque la señora ‘N.’, moza y recién casada, quiere nuestro señor hacerla misericordia y poner dentro de ella una piedra preciosa y una pluma rica, porque ya está preñada la mozuela; y parece que nuestro señor ha puesto dentro de ella una criatura”.⁵⁸

Cabe mencionar que otros aspectos importantes eran la *Posición y función* que tenía el hombre dentro de la sociedad en esta época, puesto que su deber consistía en luchar y morir por sus dioses y por la conservación del orden del mundo, se advertía también a la hora de dar el saludo al concebido no nacido, de los trabajos y sufrimientos que padecería, aclarando que únicamente se cuenta con testimonios referidos a los hijos de los señores principales y mercaderes, localizados en el libro VI, capítulo XXXIV de la obra de Sahagún.

“...4. Habréis de trabajar, y habréis de afanaros, y habréis de cansaros; para esto habéis sido enviado a este mundo. Bien sabemos que fuiste adornado y compuesto de dones antes de la creación, para ser estimado y amado.

5.-...por ventura habéis sido enviado para llevar a cuestras a la república, y para guardar y para concertar el reino de aquel que está en todo lugar...

6. Vos habréis, señor, de poner el hombro y las espaldas, para llevar sobre vos al pueblo y a la república, y vos habréis de sufrir el trabajo, y vos habréis de sentir cansancio de esta carga, habréis de ser el que la ha de llevar a cuestras, vos habréis de hacer sombra y amparo, y debajo de nuestro gobierno y a nuestra sombra ha de estar toda la república o reino.

23.-...por ventura merecerá la república gozarle, y se amparará debajo de su sombra y debajo de su abrigo...”⁵⁹.

⁵⁸ SAHAGÚN, Bernardino de. Historia General de las Cosas de la Nueva España (anotación y apéndices de Ángel María Garibay K.), Tomo II. 2ª edición. Ed Porrúa. México 1969. p. 158.

⁵⁹ SAHAGÚN, Bernardino de. Historia General de las Cosas de la Nueva España (anotación y apéndices de Ángel María Garibay K.), 8ª edición. Ed Porrúa, S.A., México, 1992. pp. 389 y 392.

Como se puede observar, se consideraba a la recién casada preñada como afortunada de que sus dioses le dieran descendencia. La vida humana era apreciada, así mismo la función del hombre en la vida era una sola y era válida para todos, estando predestinado desde el momento de su concepción.

La terminología utilizada para aludir la preñez de la mujer o la concepción, en su traducción literal son los siguientes verbos:

1º Itic montlalia in piltzintli: “en el vientre se asienta el niño”

2º itetia (nite): “formar vientre a alguien”

3º itetinemi: “vivir en el vientre”

4º itlacahui “haberse dañado”

Del estudio terminológico de los verbos anteriores resulta evidente que el concebido quedaba asentado en el vientre materno, donde iba a vivir; porque como ya lo hemos visto, el señor lo ha puesto y porque la mujer entra en el embarazo en un estado de desequilibrio que significa que se ha “dañado”.

Lo anterior nos demuestra que se creía que la concepción se iniciaba mediante un proceso de corrupción, es de suponerse que del semen. Debemos entender esta corrupción sin una necesaria carga negativa. En el hombre como en el vegetal era una etapa previa necesaria para la recomposición del fruto para que la semilla germine.

Un ejemplo lo tenemos con los nahuas del Estado de Morelos, que tenían la creencia de que el semen se iba acumulando en el interior de la mujer, hasta ser suficiente para formar un niño, pero si no era suficiente se convertiría en gusanos.

Es conveniente analizar, en la época prehispánica, en qué momento se le consideraba al nasciturus persona; si desde el momento de la concepción o simplemente se le tenía como una parte de las vísceras maternas. Para esto contamos afortunadamente con testimonios de la época; esto gracias a Bernardino

de Sahagún, que nos ofrece un amplio material para dicho análisis en su libro *Historia General de las Cosas de Nueva España*, donde encontramos en el Libro VI, llamado de las Costumbres de la Sociedad Doméstica, en los capítulos del XXVI al XXXIII, donde describe los rituales que se seguían desde el momento en que la mujer se sentía preñada (desde la concepción), hasta el momento en que bautizaban al niño.

Al hablar de preceptos tradicionales, prohibiciones y costumbres, significa adentrarnos al campo del derecho, ya que las funciones que realizaban de manera directa, sistematizada y ritual, las personas que ejercían el poder, preservaban la tradición mágico-religiosa-política, aplicando antiguas tradiciones por ser necesarias, y con respecto al nasciturus eran vitales, esto en el sentido social y biológico más profundo, pues ya hemos mencionado que el que va a nacer ya está predestinado a cumplir con un destino dentro de la República.

En suma, durante el embarazo y antes del parto, existía una serie de prohibiciones y preceptos tradicionales que indicaban a la madre y al padre cómo debían proceder, esto con el fin de proteger al concebido.

Con el fin de ilustrar lo anterior, me permitiré transcribir algunos fragmentos del libro de Sahagún: *Historia General de las Cosas de la Nueva España*.

Libro V, X.- DE LA PREÑADA.

“... decían que para que la mujer preñada pudiese andar de noche sin ver estantiguas (fantasmas) era menester que llevase un poco de ceniza en el seno o en la cintura, junto a la carne.”⁶⁰

Libro V, XIX.- DE LA MUJER PREÑADA.

“1. Otra abusión dejaron lo antiguos; y es, que la mujer preñada se debía de guardar de que no viese a ninguno que ahorcaban, o daban garrote, porque si le

⁶⁰ Ibidem, p. 281.

veía, decían que el niño que tenía en el vientre nacería con una soga de carne en la garganta.

2.- También decían que si la mujer preñada miraba al Sol, o a la Luna cuando se eclipsaba, la criatura que tenía en el vientre nacería mellados los brazos, y por esto las preñadas no osaban mirar al eclipse, y, para que no esto no aconteciese, si mirase el eclipse poníase una navajuela de piedra negra en el seno, que tocase la carne.

3.- También decían que la mujer preñada, si mascaba aquel betún que llamaban tzictli, la criatura cuando naciese, que le acontecería aquello que llamaban motenzopoonia, que mueren de ello las criaturas recién nacidas...

4.-... que la mujer preñada, si anduviese de noche, la criatura que naciese sería muy llorona; y si el padre andaba de noche y veía alguna estantigua, lo que naciese tendría mal del corazón.

6.- Y también los hombres se ponían en el seno chinas o picietl, para excusar el peligro del hijo que estaba en el vientre de la madre..."⁶¹

Estos fragmentos que se refieren a las supersticiones, demuestran a simple vista que no son medidas a favor de la madre, sino que élla se "debía de guardar" en el sentido de cuidarse, por el hijo que está depositado en su vientre, por eso "no osaba mirar el eclipse".

Los fragmentos 3 y 4 aluden a la criatura cuando nazca y en los fragmentos 4 y 6, las indicaciones se encaminan al padre.

"Todo esto sugiere por una parte, el hallazgo de las primicias relativas al principio de paridad nasciturus-nato y por otra, la posibilidad de constatar que la

⁶¹ Ibidem p. 282.

armonía que caracterizó a la cultura náhuatl, no hace distinciones en razón del sexo, en lo que se refiere a la responsabilidad frente al nasciturus.”⁶²

En el libro VI capítulo XXIV describe Sahagún el regocijo de los padres de la mujer, las fiestas que celebraban con “comida y bebida, y flores olorosas, y cañas de humo”, invitando más tarde a los padres del marido para llevar a cabo la reflexión sobre el origen y protección divina de que gozaban todos los hombres, y finalmente anunciaban la preñez de la hija diciendo que el Señor ha puesto dentro de ella una criatura (nasciturus).

En el capítulo XXV, se registra el ritual de felicitaciones que los parientes del marido presentaban a la embarazada, después de esto la exhortaban a dar gracias a los dioses y le mencionaban sobre su futura responsabilidad señalándole también que debía guardarse de todo lo que pudiera perjudicar al nasciturus, lo que podía ser evitado a través de la oración, del sacrificio y del servicio a Dios, además le hacían recomendaciones para que evitara enfermarse y que esto no fuera a afectar en un futuro al concebido. Todo lo anterior lo encontramos en los siguientes fragmentos de la multicitada obra de Sahagún:

“8. Oíd otra cosa, hija mía, que os encomiendo mucho: mirad que guardéis mucho la criatura de dios que está dentro de vos; mirad, no burléis con él; mirad que no seáis causa de alguna enfermedad por vuestra culpa, a la merced que vuestro señor os ha hecho, que es haberos dado criatura, que es como un joyel que os ha adornado; mirad que os guardéis de tomar alguna cosa pesada con los brazos, o de levantarla con fuerza, porque no empezáis a vuestra criatura; mirad, hija, que no uséis el baño demasiadamente, mirad que no lo matéis con el calor demasiado del baño.

9. De otra cosa os aviso, y ésta quiero que la oiga y la note nuestro hijo, vuestro marido ‘N.’, que está aquí, y es esto: porque somos viejos, sabemos lo

⁶² GAYOSSO Y NAVARRETE, Mercedes. Anuario de Historia del Derecho Mexicano, Vol. IV, México 1992, p. 78.

que conviene; mirad, los dos, que no os burléis el uno del otro porque no empezáis a la criatura...

12. Seáis hija, muy bien aventurada y próspera, y vivas con mucha salud y contento; y viva con sanidad y con salud lo que tenéis dentro de vuestro vientre...⁶³

Como se puede apreciar en el párrafo 8, el consejo está cargado de implicaciones jurídicas, se habla de causa y culpa. Literalmente se le expresa “mirad que no seáis causa de alguna enfermedad por vuestra culpa”. Ser causa de alguna enfermedad que, sufrida por la madre, afecte al concebido mediando su culpa; que también se puede presentar si perjudica a la criatura por imprudencia “tomando alguna cosa pesada”. Pero la culpa puede llegar a provocar la más grave consecuencia: la muerte. Por ello, le sugieren “mirad que no lo matéis con el calor demasiado del baño”.

En el punto 9 la advertencia del suegro a su nuera, pone de manifiesto el compromiso conjunto que tienen el padre y la madre del nasciturus, cuando expresa: “de otra cosa os aviso, y ésta quiero que la oiga y la note nuestro hijo”.

Bajo estas indicaciones y parabienes transcurrían los primeros meses de vida del nasciturus. Pero cuando la preñada estaba en días de parir se celebraba una segunda fiesta en la casa de los padres de ella y acudían los parientes de los casados. Durante dicha fiesta un pariente anciano del marido “hacia un parlamento para que se buscara una partera bien instruida en su oficio para que partease a la preñada”, la argumentación se encuentra comprendida en el punto 2 del capítulo XXVI.

2. “Señores, padres y madres de estos casados que aquí estáis presentes: ya esta muchacha anda en días de parir... ya es tiempo, ya conviene que la pongáis en las manos y sobre las espaldas de alguna buena partera, diestra en su oficio, que se llama *tíctil*, y sea rogada y hablada como es costumbre (por) los que

⁶³ SAHAGUN Op. cit. Tomo II, 2ª Ed. pp. 163 y 164.

sois padres y madres de la moza; oiga vuestras palabras con que como padres y madres la roguéis, para que tome este negocio a su cargo”.⁶⁴

La partera debe partear a la preñada, es decir, extraerle el niño, la criatura o nasciturus; términos todos, con los que se hace referencia al producto de la concepción.

Esta tarea se pone “en las manos y sobre las espaldas de alguna partera...” La metáfora empleada indica un cargo, o un oficio que implica responsabilidad.

Evidentemente el argumento de origen divino está simultáneamente presente en la petición y las reiteradas recomendaciones, esto se puede apreciar en el libro VI, capítulo XXVII.

“1. Señora aquí estáis presente, háos traído nuestro señor, que está en todo lugar. Persona honrada y digna de veneración. También aquí están presentes los viejos y viejas, vuestros mayores. Saben señora que esta mozuela está preñada, mujer casada con ‘N.’, que aquí está, vuestro siervo, sus padres y sus parientes os la presentan y encomiendan, porque nuestro Señor, que rige el mundo, quiere hacer con ellos misericordia en darles una piedra preciosa y una pluma rica, que es la criatura, que ya viene dentro del vientre de su madre...”⁶⁵

En éste, como en varios de los textos hasta aquí analizados, hemos encontrado que, para referirse al que está en el vientre, al concebido o nasciturus, se utiliza la designación de ‘piedra preciosa’ y ‘pluma rica’.

A su vez la partera, después de lavar a la criatura recién nacida decía:

“8,... ¡oh piedra preciosa, oh pluma rica, oh esmeralda, oh zafiro!, fuiste formada en el lugar donde están el gran dios y la gran diosa, que es sobre los cielos, formóos y os crió vuestra madre y vuestro padre que se llama Ometecutli y

⁶⁴ Ibidem p. 169.

⁶⁵ SAHAGUN Op. cit. 8ª Ed. p. 374.

Omecíhuatl, mujer celestial y hombre celestial.”⁶⁶ A este respecto nos menciona Séjourné, que “el término náhuatl que designa el lugar donde vive la pareja celeste, Tlacapillachiuvaloya, significa lugar donde se fabrican los niños de los hombres”.⁶⁷

Pues bien, estas creencias encuentran su fundamento en el origen mismo de los dioses; tanto Huitzilopochtli como Quetzalcóatl nacen de una pluma y una piedra preciosa, respectivamente.

En relación a todo lo anterior se puede observar que el nasciturus es llamado niño desde el momento que está en el vientre materno; asimismo se utilizan como sinónimos para nombrarlo: “piedra preciosa” y “pluma de gala” y si la divinidad, o sea el alma, estaba simbolizada por las piedras preciosas y las plumas, entonces el nasciturus tenía alma y era considerado como persona para los efectos legales ya que tenía que desempeñar diversas funciones que tenía asignadas incluso antes de nacer.

Para reforzar esta posición se ofrece otro argumento. Los niños que morían sin haber alcanzado el uso de razón iban al “Chichihuacuauhco”, voz compuesta de chihua (nodriza) cuahuatl (árbol) y la terminación de lugar co, que da al compuesto el significado de “en el árbol nodriza”.⁶⁸

3.2. Período Virreinal.

Con el descubrimiento de América por los españoles, y al iniciar la colonización de los territorios de las Indias, a los indígenas se les comenzó a aplicar la legislación española, esta legislación estaba integrada principalmente por las Siete Partidas, puestas en vigor por el Rey Alfonso X, el Sabio.

Las Partidas juegan un papel protagónico pues son consideradas el núcleo de la Teoría Jurídica del Nasciturus, en algún aspecto mejoradas por las Leyes del

⁶⁶ Ibidem, p. 386.

⁶⁷ SEJOURNE, Op. cit. p. 66.

⁶⁸ LEÓN-PORTILLA, Miguel. La Filosofía Náhuatl, 2ª Ed. Instituto de Historia, UNAM, México, 1959, pp. 206 y 207.

Toro y algunas disposiciones del siglo XVIII, toda esta legislación constituyó el derecho aplicable a este punto en esta época.

Nos referiremos a las Siete Partidas ya que, como mencionamos, son las disposiciones más importantes en esta materia. En ellas encontramos una serie de preceptos sobre el concebido no nacido, de los cuales podemos llegar a concluir que están sustentados en la tradición romanista-canónica.

Por lo que procedemos a mencionar algunas de estas leyes:

En la Partida IV, Título XXIII, Ley III se menciona que mientras la criatura esté en el vientre de la madre, todo lo que se haga o se diga de ella en su beneficio le aproveche como si fuera ya nacida; no así lo que sea en su perjuicio.

Del análisis de la Ley anterior podemos observar la filosofía que inspiró la obra de las Siete Partidas. Por lo que podemos decir que consideraban que la criatura existe y se encuentra dentro del vientre de su madre, y no forma parte de sus vísceras, esto lo constatamos en la expresión “*mientras la criatura esté en el vientre de la madre*”, esto precisa la circunstancia de un ser individual, llámesele hombre o persona. Además se reafirma lo anterior con la expresión “*todo lo que se haga o se diga de ella en su beneficio le aproveche como si fuera ya nacida*”; por lo que esta ley refleja el principio romano del *commodum*.

En la misma Partida IV, Título XXIII, Ley III, se regulaban otros aspectos como el siguiente: si el señor de alguna sierva preñada hubiese mandado a su heredero o a otra que la libtasen dentro de cierto plazo, y ellos maliciosamente dejasen pasar éste sin dar la libertad para que la criatura naciese sierva, se habrá de entender que ambas son libres desde el día del plazo, y también dijeron: que cuando una mujer preñada debiese morir por algún mal hecho, se aguarde a que para.

Otra disposición similar se encuentra en la Partida VII, Título XXXI, Ley XI; que nos dice que deberá suspenderse la ejecución de la mujer preñada

condenada a muerte hasta que haya parido. El que a sabiendas ajusticia a una mujer en estado, establece esta ley, recibirá una pena igual que la de aquél que injustamente mata a otro.

Del texto anterior se desprende con mucha claridad y sin dejar dudas que por lo que se refiere al homicidio y a su pena, las Siete Partidas no hace distinción entre un ser concebido no nacido y una persona ya nacida; esto es, a ambos se les reconocía la misma personalidad jurídica.

En la Partida VI, Título VI, Ley XVI, nos indica que “si una persona muriese sin haber dejado testamento y habiendo quedado preñada su mujer, el hermano u otro pariente del muerto que hubiese de adquirir la herencia, deberá esperar a que aquélla para; pues si diese a luz un hijo o hija con vida, el nacido y no el pariente poseería la herencia. En el caso de que la mujer no haya quedado preñada, el pariente más próximo entrará a heredar con intervención del juez del lugar”.

La Partida IV, Título XXIII, Ley IV, establece la legitimidad del hijo nacido dentro de los diez meses siguientes a la muerte del marido. Esto lo fundaban en los conocimientos médicos de la época, así como también se considera legítima a la criatura que nace un día después de siete meses en que los casados viven juntos al tiempo de la concepción.

De igual forma, en la Partida III, Título XXII, Ley VII, hace referencia que al momento de que la mujer admite que ha quedado encinta solicita del juez la entrega de los bienes que fueron de su marido en nombre de aquella criatura que tiene en el vientre.

Como podemos observar, en la redacción de las partidas, el criterio del legislador siempre estuvo inclinado a considerar al nasciturus como un ser vivo y capaz de derechos, condicionando esto a que nazca vivo y además tenga figura humana.

Ahora bien, por lo que respecta a las Leyes de Toro del año 1505, éstas solo estaban enumeradas, unas a continuación de otras, cualquiera que fuera la diversidad de materias de que se ocupan, estas leyes fueron en total 83.

Así pues la Ley número XIII establecía:

“Ordenamos y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nacido, y que no es abortivo, cuando nació vivo todo, y que después de nacido vivió veinticuatro horas naturales, y fue bautizado antes que muriese, y si de otra manera nació y murió dentro de dicho término, o no fue bautizado, mandamos que el tal hijo sea tenga por abortivo, y que no pueda heredar a sus padres, ni a sus madres, ni a sus ascendientes: pero si por el ausencia del marido, o por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente: mandamos que aunque concurren en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo.”⁶⁹

Como se puede apreciar, las Leyes de Toro establecieron que el sujeto de derecho se determinaba por su capacidad jurídica en relación al matrimonio, distinguiendo al naturalmente nacido, que era aquel que había nacido vivo todo, en tiempo en que naturalmente podía vivir, vivía veinticuatro horas y recibía el bautizo; y el abortivo era aquel a quien faltaba alguna de estas condiciones.

Tanto las Siete Partidas como las Leyes de Toro, estas últimas decretadas en la Ciudad Castellana del mismo nombre en 1505, eran una colección de leyes destinadas casi en su totalidad al derecho de familia.

Por otra parte, nos encontramos con otra recopilación que recoge normas relacionadas con la protección del ser concebido y no nacido y que ya se encontraban consagradas en las Siete Partidas y la Ley de Toro, se trata de la Novísima Recopilación. Así mismo, La Nueva y Novísima recopilaciones tuvieron por origen la intención de Felipe II, Rey de España, de acabar con los desórdenes

⁶⁹ Cfr. NOLASCO DE LLANO, Pedro, Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez, a las Ochenta y Tres Leyes de Toro, Editorial Lex. Nova, Valladolid, 1981, p. 71.

que producía la multiplicidad de leyes y ordenanzas españolas y redactar un cuerpo uniforme y completo de legislación. Así se dictó la Nueva Recopilación en 1567 y hasta 1805 se consideró como la fuente principal de aplicación del derecho de la metrópoli y, subsidiariamente, del derecho indiano que regía en América.

En 1805, Carlos IV decretó la entrada en vigor de la Novísima recopilación que, respecto a la materia de este trabajo, sumariamente disponía:

“Hasta que el nacimiento se verifica no se reputa que el feto tiene una existencia propia, sino por el contrario, que forma parte de la madre; pero se consideraba a los concebidos como nacidos siempre que se trate de su utilidad”.⁷⁰

“Pero para esto, es menester que nazcan después todo vivos, en tiempo legítimo y en que naturalmente puedan vivir, es decir, que no hallan nacido antes del séptimo mes desde la celebración del matrimonio ni diez meses después de la muerte o ausencia del marido, que vivan 24 horas por lo menos y que sean bautizados”.⁷¹

Con relación a las Siete Partidas encontramos en la Novísima Recopilación un elemento nuevo, que subsiste con pequeñas variantes en casi todas las legislaciones modernas y que es el hecho de que se cumple el requisito de la viabilidad si el ser nacido vive “24 horas por lo menos”.

En relación a lo anterior, podemos apreciar que a través de cada una de las legislaciones ya mencionadas, se observa que la tradición justiniana-ibérica se ha mantenido sin chocar en su esencia y realidad con la experiencia jurídica náhuatl. Específicamente por lo que hace a los conceptos de hombre y persona, pudo cumplirse el contenido de Recopilación de Indias. Afirmación que podemos constatar a continuación:

⁷⁰ Ley 3ª., Título XXIII, Partida IV. Ver Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Manuel, “Elementos del Derecho Civil y Penal de España”, Tomo I, 8ª edición, Madrid, 1868.

⁷¹ Ley 4ª Título XXIII, Partida IV.

2.1.4 “Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los Indios y para su buen gobierno y policía y sus costumbres observadas y guardadas... de nuevo se guarden y ejecuten”.⁷²

3.3. México Independiente.

En la época del México independiente no hubo un gran movimiento codificador, ya que el único antecedente con el que contamos es el Código Civil Oaxaqueño de 1827, que es el primer Código que tuvo vigencia en nuestro país después de la independencia, aunque fue por un brevísimo tiempo, ya que su vigencia fue hasta 1836 aproximadamente.

El Código Oaxaqueño reguló la situación jurídica del nasciturus en su Libro Primero, De las Personas.- Título Primero, De los Derechos Civiles y Políticos; donde se establecía:

“La constitución por naturaleza otorga a todos los oaxaqueños el goce de derechos civiles y así mismo los hace cumplir las obligaciones que imponen las leyes.”

Este código mencionaba que los seres animados que nacían de mujer, pero sin figura humana, no tenían derechos civiles, ni de familia; aunque gozaban de cierta protección de la ley, ya que mientras vivían eran considerados como monstruos y no como personas y durante el tiempo que vivieran debían ser alimentados y protegidos por quienes tuviesen la obligación de criarlo como si hubiera sido persona.

Cabe mencionar que eran llamados *monstruos* aquellos nacidos sin la figura humana, sin embargo tenían derecho de ser alimentados y protegidos mientras subsistieran, aunque no fueran considerados como persona, por lo tanto, *a contrario sensu*, los seres nacidos con figura humana sí eran titulares de todos los derechos y obligaciones consignados en su favor.

⁷² GAYOSSO Y NAVARRETE, Op. cit. p. 85.

Por otra parte, en su Libro Tercero, De los diferentes modos de adquirir la propiedad, Título Primero, De las Sucesiones, señalaba:

Que para poder ser beneficiario de una sucesión era necesario estar concebido (es decir, existir), al momento de iniciar la sucesión. Por lo tanto eran incapaces para suceder:

- ◆ Los que no hubieren sido concebidos al momento de la sucesión.
- ◆ Así mismo, se requería que el nacido viviera por lo menos veinticuatro horas naturales, desprendido del seno materno.

Por lo que respecta a las donaciones entre vivos y a los testamentos, el Código Civil Oaxaqueño establecía lo siguiente:

“Para poder ser capaz de recibir por donación entre vivos, bastaba estar concebido al momento de la donación.”

“Y para poder recibir a través de testamento, era indispensable estar concebido a la muerte del testador.”

El código oaxaqueño consignaba como requisito, además de los mencionados, el plazo de veinticuatro horas, para poderle acreditar la personalidad al nacido.

Aunado a lo anterior, en ambos casos era necesario que el niño naciera con figura o forma humana, ya que si carecía de aquella, no podía ser titular de derechos, según se desprende del texto anterior.

3.3.1. Etapa previa a la codificación.

Podemos decir que el movimiento codificador se da a partir del siglo XIX, este movimiento se llevó a cabo como una reacción natural a lo establecido por las leyes españolas, más que como una elección.

Este cambio trató de lograrse a través de decretos; un ejemplo de ello es el de 6 de octubre de 1821 de la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano.

Pero como ya antes lo hemos comentado, el Corpus de Derecho Colonial siguió vigente, sobre todo en materia de Derecho Privado. Lo urgente era consolidar constitucional y políticamente a la Nación, por lo que la Codificación Civil tuvo que esperar casi cincuenta años.

La fracción liberal preponderante desde 1867 hasta 1880; abarcando el régimen juarista, se inclinó hacia las nuevas doctrinas que dejan su huella a partir del primer Código Civil de 1870.

3.3.2. En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

Este Código Civil fue promulgado en 1870, siendo presidente el Lic. Benito Juárez; pero comenzó a regir el 1º de marzo de 1871.

Dicho Código establecía en su artículo 12: “La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley; y se le tiene por nacido para los efectos declarados por el presente Código.”⁷³

De ahí que se considerara como nacido al individuo que había salido del claustro materno y que cumplía ciertos requisitos conforme se establecía en el Título Sexto, Capítulo I ‘De los hijos legítimos’, en su artículo 327, lo siguiente:

“Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales. Si dentro de este período de tiempo fuere presentado vivo al registro civil, se tendrá como nacido.”⁷⁴

⁷³ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California; imprenta dirigida por José Batiza, México, 1870, p. 10.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 66.

Para que se reputara legalmente nacido a un niño, era necesaria la concurrencia simultánea de todos los requisitos señalados por el artículo 327, según se desprende de su redacción y del sentido natural de sus palabras.

Algunas disposiciones que el Código Civil de 1870, establecía en favor de los concebidos, se encontraban reguladas en los artículos siguientes:

Artículo 3426. Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o que aún cuando lo estén, no sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337, o que nacieren después de 300 días contados desde la muerte de aquel.

En materia de donaciones, señalaba el artículo 2749 que los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme al artículo 327.

Como podemos observar, en este Código realmente no se incorporaron cambios significativos con respecto de la legislación española colonial, ya que el artículo 12 sanciona un principio universalmente reconocido y que desde el Fuero Juzgo hasta las Leyes de Toro ha venido repitiéndose y aplicando en nuestro país.

Aunque el nacimiento es el que da la personalidad jurídica, la ley protege al hombre desde que es procreado.

3.3.3. El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de 1884

El Código Civil de 1884, fue promulgado siendo presidente Manuel González, por decreto del 14 de diciembre de 1883.

Más que un nuevo Código, fue una revisión al Código de 1870, el cual en su artículo 11 menciona que: “La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados por el presente

Código.”⁷⁵ Por lo que se puede apreciar que es una transcripción del anterior Código.

Dicho Código fue de gran relevancia, al grado que fue adoptada por los Estados, de tal manera que llegó a representar prácticamente la Codificación Civil de la República.

En su artículo 303 nos dice que: “Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y que, ó vive veinticuatro horas naturales, ó es presentado vivo al registro civil.”⁷⁶

Manteniendo dicho Código el viejo prejuicio de la posibilidad de que un niño puede no venir al mundo con figura humana y sí con aspecto de monstruo, refiriéndose en este sentido al niño nacido deforme o mutilado.

Así mismo, consideró a la viabilidad como determinante de la existencia de la persona física y de su capacidad jurídica, la cual se caracterizó por el hecho de vivir veinticuatro horas, o bien presentar al recién nacido ante el Registro Civil después de su nacimiento.

En cuanto a las donaciones manejaba los mismos términos, pero en cuanto a la sucesión menciona que la división de la herencia se suspendía hasta que se verificara el parto o hasta que transcurriera el término máximo de la preñez.

3.3.4. La Ley Sobre Relaciones Familiares.

Esta ley fue expedida el día 9 de abril de 1917; empezó a ser publicada en el Diario Oficial de 14 del mismo mes, y terminó su publicación en el mismo Diario de 11 de mayo siguiente, que fue cuando entró en vigor, durante el gobierno del presidente Venustiano Carranza.

⁷⁵ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California; Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, México, 1884, p. 2.

⁷⁶ Ibidem, pp. 21 y 22.

Respecto del nasciturus, esta ley menciona en su artículo 156: “Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana, y que o vive veinticuatro horas naturales o es presentado vivo al Registro Civil.

Faltando alguna de estas circunstancias, nunca y por nadie podrá entablarse demanda de legitimidad.”⁷⁷

Dicha ley retoma el criterio establecido en el Código de 1884, lo cual no tuvo mayor cambio ya que es una transcripción de dicho Código.

Aún cumpliendo por lo solicitado por el Constituyente, cuando se decreta la “Ley Sobre Relaciones Familiares” cuya expresión era modificar de inmediato el status quo, en tanto se expedía un nuevo Código, pero el concepto de persona, no sufre modificación alguna.

3.3.5. El Código Civil Federal de 1928.

Este Código fue publicado en el Diario Oficial de la Federación en las ediciones de los días sábado 26 de mayo; sábado 14 de julio; viernes 3 de agosto y viernes 31 de ese mismo mes del año 1928, de acuerdo al siguiente detalle.

a) el 26 de mayo aparecieron los artículos 1 al 722;

b) el 14 de julio los artículos 723 al 1280. Se incluía el Patrimonio de la Familia (Título duodécimo del Libro Primero, artículos 723 al 746) y el Libro Segundo (artículos 747 al 1280);

c) el 3 de agosto se publicó el Libro Tercero (artículos 1281 al 1791), y

d) el 31 de agosto apareció el libro Cuarto (artículos 1792 al 3044) y los nueve artículos transitorios.

⁷⁷ Ley Sobre Relaciones Familiares, Ediciones Andrade, S.A., México, 1964, p. 41.

A través de un Decreto se previene que entrará en vigor el día 1º de octubre de 1932; bajo la presidencia de Plutarco Elías Calles.

Respecto al tema que nos ocupa, el Libro Primero “De las personas”, Título Primero “De las Personas Físicas”, literalmente señalaba en su artículo 22:

“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”⁷⁸

Como se puede apreciar, este artículo carece como los anteriores Códigos de un concepto sobre la persona y la personalidad y entra directamente a la capacidad.

La persona física, el ser humano, adquiere capacidad jurídica (capacidad de goce), al nacer y la conserva durante toda su vida. Cuando muere pierde al mismo tiempo la capacidad.

Ello no impide que, aún antes de nacer, desde el momento en que es concebido (nasciturus), goce de protección del derecho. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico ha establecido medidas de diversa índole tendentes a conservar los derechos que al nacer habrá de adquirir junto con la categoría de persona.

También podemos ver que en lugar de la expresión “desde el momento en que un individuo es procreado” utilizada en los dos códigos anteriores, el de 1928 adopta el concepto de “concebido”.

Así, y continuando con el principio de ficción jurídica, en el artículo 337 de este Código, se mencionan los requisitos de viabilidad:

⁷⁸ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, 26 de mayo de 1923, México, 1923. p. 7.

“Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.”⁷⁹

Este artículo se encuentra íntimamente ligado con el artículo 22 que se refiere al inicio de la vida jurídica del nasciturus. El concepto jurídico del nacimiento es diferente del fisiológico. Jurídicamente el nacimiento tiene lugar si el feto, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas. Este momento posterior al nacimiento fisiológico no requiere el transcurso de veinticuatro horas siguientes al nacimiento, si antes se presenta viva la criatura al Registro Civil.

Muy importante resulta la mención de los artículos que le conceden la posibilidad de ser instituido heredero (artículos 1314 y 1638) o legatario (artículo 1391). Siempre y cuando esté concebido al tiempo de la sucesión y sea viable de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 337.

En materia sucesoria es importante la consumación del nacimiento desde el punto de vista jurídico, pues los bienes de la herencia pueden seguir una trayectoria muy distinta si el individuo vive las veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil antes de ese lapso, que si muere antes de que se de cualquiera de estos dos supuestos, pues en el primer caso, será heredero y consecuentemente podrá transmitir sus bienes por sucesión mortis causa, a sus herederos legítimos, aún cuando su propia muerte se efectuó recién se halla producido cualquiera de las dos circunstancias que jurídicamente determinaron su nacimiento; en cambio, si tal nacimiento no se ha producido, la herencia no podrá pasar a quienes legalmente serían llamados a sucederle, si no a los herederos del *de cuius* que instituyó al nasciturus como heredero.

⁷⁹ Ibidem, p. 82.

Y también el artículo 2357 nos habla acerca de la donación al nasciturus, mencionado que: “Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme al artículo 337”.

Por lo tanto, podemos concluir que el ser concebido puede, antes de su nacimiento, ser instituido heredero, legatario o donatario; siempre y cuando se cumpla con las condiciones que marca la ley.

La protección que la Ley Civil otorga al concebido, comprende la preservación de la vida y los derechos del ser que está por nacer.

De alguna manera, estos códigos continuaron manteniéndose cerca de la tradición justiniana-ibérica.

CAPÍTULO CUARTO

EL NASCITURUS EXTRACORPORIS.

4.1. Concepto de nasciturus extracorporis.

El extraordinario desarrollo que han experimentado las técnicas de fertilización in vitro ha hecho surgir el problema de determinar con exactitud el momento en que se inicia la vida humana. Esta cuestión no es nueva sino que ha sido motivo de discusión a través del tiempo.

“Hasta fines de los años 70’s las diferenciaciones en el proceso evolutivo de la gestación carecían de la importancia social que cobra en nuestra época actual, ya que el embarazo era obra de la naturaleza o se lograba mediante una ayuda mínima. Frente a esta situación donde la gestación era menos compleja, el concepto de concebido no nacido era relacionado con el de persona y las posiciones éticas, filosóficas y jurídicas encajaban con los conocimientos de las ciencias biológicas, ya que hasta hace poco tiempo el ámbito normal de la procreación era el vientre materno.”⁸⁰

Posteriormente, gracias al avance de la ciencia se logró en 1978 el primer nacimiento de un bebe ‘de probeta’ y con su aparición la evolución de la biomedicina se hizo tan vertiginosa que obligó a las demás ciencias a reacomodar los conceptos tradicionales, pues han tenido que adaptarse a los nuevos aportes de las ciencias biomédicas.

Actualmente el embarazo puede darse de forma natural, o iniciarse de forma artificial (fuera del seno materno), por lo que la distinción en las etapas de desarrollo del nasciturus ha cobrado importancia para muchos científicos, pues le dan valoraciones dispares según la etapa en la que se encuentre; por lo tanto, esto permite un encuadre jurídico diferente y una protección legal dispar.

⁸⁰ Cfr. LOYARTE Dolores, Procreación humana artificial: un desafío bioético, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 190.

Las posiciones del pensamiento moderno, han querido fundamentar en alguna de esas fases de desarrollo la situación jurídica del engendrado no nacido, para dar por sentado que el hombre puede ser reputado tal después de cumplidas determinadas fases de desarrollo físico.

Lo anterior trae como corolario que se definan los términos *nasciturus* y *nasciturus extracorporis*, por lo que “*nasciturus*”, “es un vocablo de origen latino que deriva a su vez del latín *nascere* que significa ***el que va a nacer***”⁸¹, esto es, el engendrado no nacido aún; y entendemos por *nasciturus extracorporis* al engendrado fuera del seno materno, no nacido aún.

Sin embargo, debe cuestionarse: ¿A partir de qué momento se considera que ya fue engendrado?

La polémica en este tema se ha reavivado, en especial en los últimos años de desarrollo de las técnicas de fertilización in vitro; de esta manera, son distintas las teorías que han tratado de determinar con exactitud el inicio de la vida del ser humano. A continuación expondremos las teorías más representativas:

1) La vida comienza desde la penetración del óvulo por el espermatozoide (estadio del ovocito pronucleado):

Dentro de esta postura se incluyen científicos y doctrinarios que entienden que la vida humana inicia cuando el óvulo es penetrado por el espermatozoide, ya que consideran que es el punto inicial del proceso irreversible de concepción de un nuevo ser.

Durante este breve estadio de desarrollo -de la fecundación a la concepción- la célula, producto del acto fecundatorio, recibe el nombre de “ovocito pronucleado” –u ovocito en estado de pronúcleo- por lo tanto, mencionan que resulta forzoso admitir que desde el mismo instante en el que un espermatozoide

⁸¹ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. Nuevas formas de Procreación y Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc S.R.L, Buenos Aires, 2001, p. 33.

se ha introducido y aún antes de la concepción, nos encontramos ante un ser dotado de humanidad, que así ha comenzado su propio ciclo vital, pues la ontogénesis (desarrollo) es un proceso gradual, caracterizado, principalmente, por su progresividad, para alcanzar un fin estructural y funcional.

Por lo tanto, los que apoyan esta idea consideran que la vida humana inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, dando comienzo al proceso de fecundación. Y agregan que si no es humana esa vida ya desde la fecundación, no lo será jamás; de allí que el ovocito pronucleado presente una indiscutible condición humana, por lo que creen que es correcto afirmar que el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de generación.

Afirman que la fecundación es un momento crucial, que puede ser considerada como el instante en el que ese nuevo ser adquiere humanidad, calidad que ya presenta el ovocito pronucleado.

Por lo que concluyen que, cuando el óvulo aloje un espermatozoide, se debe tener como una realidad nueva, en pleno desarrollo, y como tal no puede ser sino un ser humano, el que, por implicancia, cuenta con personalidad jurídica.

2) La vida comienza desde la fusión de los pronúcleos masculino y femenino –singamia- (estadio del cigoto)

Durante esta etapa se produce la 'singamia', que consiste en la fusión de los pronúcleos femenino y masculino, uniéndose la información genética del óvulo y del espermatozoide, y formándose así la nueva célula (el huevo o cigoto) con información genética única, propia e irrepetible.

Es por ello que los adeptos a este criterio científico señalan a este momento, en el cual se produce la fusión cromosómica de las células germinales, dando origen al cigoto con su propio código genético, como el inicio de un nuevo ser de la especie humana, que se traduce en una nueva realidad humana, única, distinta, original e irrepetible.

JEROME LEJEUNE y JUAN LACADENA se pronuncian en el sentido de que la vida humana comienza tan pronto como los 23 cromosomas paternos encuentran los 23 cromosomas maternos o cuando de dos realidades diversas surge una realidad nueva.

Lejeune defiende fervorosamente la condición de ser humano del embrión desde la singamia, porque desde allí la información suministrada por el ADN hará que se forme el ser humano y no otra entidad, y ese destino genéticamente marcado, con toda la potencialidad que ello implica, no pueda ignorarse para tomar una postura.

3) La vida comienza con la anidación.

Cuando concluye la implantación o anidación del embrión en la pared del útero, comienza la existencia individualizada de la persona. Tal circunstancia ocurre a los 14 días desde que se produjo la fecundación.

Para esta postura científica, la concepción viene a coincidir con el momento final de la operación técnica procreativa, o sea con la implantación del embrión en el útero, instante en el cual comienza la gravidez o embarazo.

El concebido, por consiguiente, es el embrión cuya gestación se ha iniciado en el seno materno. Asimismo, se sostiene que con anterioridad a éste momento el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, pues existe la posibilidad -en ese lapso previo de 14 días- que una célula o un grupo de células se separe del embrión y eventualmente configure otro individuo de las mismas características genotípicas, lo que daría lugar a la existencia de gemelos monocigóticos.

Por lo que mencionan que: “hasta que no haya pasado la oportunidad de tal segmentación del embrión, no estaremos en condiciones de reconocer como

individuo al ser en formación, porque todavía no tiene definitivamente la calidad de ser único y sólo”⁸².

Por lo tanto, la tesis de la anidación distingue netamente, entre el embrión no implantado, con menos de 14 días de evolución, al que llama “preembrión” o “sustancia embrionaria humana” y no le reconoce la calidad de persona; y al embrión implantado en el útero, con más de 14 días, sí le reconoce la condición de ser humano.

En la actualidad la teoría de la anidación ha sido superada, pues se rechaza la existencia de etapas de diferente naturaleza en el desarrollo embrionario.

4) La existencia del ser humano a partir de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central.

Esta teoría lleva aún más allá el comienzo de la existencia del ser humano, pues expresa que después del día 14/16 de la fecundación aparecen los rudimentos de la futura corteza cerebral, y que comienza la vida independiente con la aparición de la cresta neural que forma el primer paso para la constitución del tejido nervioso.

A partir de ese momento marcan la línea divisoria entre aquel embrión que devendrá en hombre y aquel que nunca lo será, ya que el tejido neural permite suponer el posterior desarrollo del cerebro y la consiguiente “humanización” del hombre mediante el progreso de su capacidad intelectual.

Una vez que se han expuesto las teorías anteriores, la sustentante puede concluir que la vida humana comienza cuando el espermatozoide penetra el óvulo y lo fecunda, momento en que comienzan los fenómenos que conducen a la singamia, donde queda definitivamente organizado el código genético de cada ser humano.

⁸² Cfr. CÓRDOBA, Jorge Eduardo. Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes. Ediciones Alveroni, Argentina, 2000, p. 30.

Desde la unión de las células germinales masculina y femenina existe vida humana, y esto independientemente de que la fusión acontezca en el medio natural del seno materno o en el medio artificial, extracorporis.

4.2. Antecedentes históricos de la reproducción médicamente asistida.

“Las técnicas de reproducción médicamente asistida son las que procuran, con fines procreativos la unión de los gametos masculinos y femeninos por un medio distinto al de la relación sexual natural”.⁸³

Desde la antigüedad la infertilidad ha sido un tema lleno de misterios y tabúes, que ha inquietado al hombre, y esto se puede observar a lo largo de la historia del ser humano.

Por lo que el hombre en su afán de resolver esta problemática, ha desarrollado técnicas como consecuencia de su inquietud de asumir la naturaleza tratando de perfeccionarla, o de transformarla de acuerdo a sus necesidades. El hombre de hoy puede intervenir en su destino.

La tecnología moderna aplicada a la medicina requiere una reflexión profunda en su relación con la salud y la enfermedad, con la vida y con la muerte, y se hace especialmente indispensable con la procreación.

Cuando en un matrimonio se presenta la infertilidad, puede terminar con el plan de vida de esa pareja, ya que en su afán de tener una familia con hijos que provengan de su misma estirpe genética, las técnicas de reproducción médicamente asistida significan la única posibilidad de tener sus propios hijos.

Dichas técnicas se han logrado gracias a los avances y descubrimientos en los campos de la biomedicina y la biotecnología. Permitiendo de esta manera fecundar a seres humanos por medios distintos del coito y modificar algunas estructuras genéticas.

⁸³ CÓRDOBA, Jorge Eduardo. Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes. Ediciones Alveroni, Argentina, 2000, p. 24.

Como podemos observar, los procedimientos y técnicas de la inseminación no son novedad en la actualidad, ya que los primeros ensayos se iniciaron con vegetales, tiempo después con animales y se tiene conocimiento de que ya desde el siglo XV existieron intentos de inseminaciones artificiales humanas, registrándose el primer éxito en Inglaterra por el médico J. Hunter en el siglo XVIII.

Dentro de la reproducción médicamente asistida se incluyen varias técnicas, desarrolladas para conseguir un embarazo con el fin de solucionar el problema de la pareja infértil, algunas de ellas se practican desde hace tiempo como la inseminación artificial, mientras que otras son de desarrollo más reciente como la fertilización In Vitro.

La primera de ellas es el método de la inseminación artificial que consiste en introducir esperma en la cavidad uterina de la mujer para procurar la fecundación, existiendo ya en la actualidad diversas variaciones para este procedimiento. Este método es artificial en cuanto a la manera en que se obtiene el esperma y la manera en que se introduce en el cuerpo de la mujer; pero lo demás, la fecundación y el proceso posterior, es natural.

En la segunda, la fertilización In Vitro consiste en lograr la fertilización con los óvulos y espermatozoides de la pareja, a través de un cultivo. Los pre-embryones obtenidos se transfieren posteriormente al útero para continuar su desarrollo. Recibe el nombre de 'In Vitro' pues la fertilización se realiza en un recipiente de laboratorio, fuera del organismo de la mujer.

4.2.1 La inseminación artificial.

Frecuentemente nos encontramos, en los diversos medios de comunicación, con noticias sobre estudios y descubrimientos que nos parecen increíbles, relacionados con la reproducción humana.

Desde el punto de vista de la fisiología, "Fecundación es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (polen o

espermatozoide). En la especie humana se produce naturalmente por la cópula, o sea, por la introducción del órgano masculino eréctil, en la vagina de la mujer”.⁸⁴

En sentido obstétrico, la palabra fecundación “es la penetración del espermatozoide dentro del óvulo, dando por resultado un nuevo ser”.⁸⁵

“Inseminación, es el medio o medios de que se dispone para poner en contacto los dos elementos ontogénéticos que proceden de distintos órganos de los llamados macho y hembra.”⁸⁶

A lo largo del tiempo han sido varios los autores que han definido a la inseminación artificial, con algunos elementos comunes que nos permiten describirla como el conjunto de técnicas creadas por el hombre, independientemente de la forma natural, destinadas a poner en contacto los elementos ontogénéticos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el óvulo, con el pretendido resultado de una fecundación.

Es evidente la diferencia que resulta entre estos dos conceptos, pues mientras la “FECUNDACIÓN” se origina en forma natural, por medio de la cópula, la “INSEMINACIÓN” es el medio o medios que se emplean para unir los dos elementos: el masculino (Espermatozoide) y el femenino (Óvulo). Lo artificial viene siendo la forma y los instrumentos que se emplean para fecundar a la hembra, sin la intervención directa e inmediata de la naturaleza. Por ello estamos de acuerdo con la denominación propuesta por el Médico mexicano, el Dr. Rubén Quintero Monasterios, quien acertadamente la llama: “INSEMINACIÓN TERAPÉUTICA”.

El mismo investigador proporciona la siguiente definición: “Es el procedimiento terapéutico por el cual el semen o los espermatozoides del esposo,

⁸⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955. p. 73.

⁸⁵ Diccionario Médico-biológico University.- Editorial Interamericana, S. A.- México, D. F., 1996.- p. 142.

⁸⁶ Ídem. p. 845.

o en otros casos de un tercero denominado donante, son introducidos mediante maniobras instrumentales, en el tracto genital de la mujer.”⁸⁷

Para el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, la inseminación artificial, en forma genérica es el encuentro del espermatozoide y del óvulo, en el genital adecuado de la hembra –Útero- por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad del contacto sexual.

Finalmente, para Raymond Rambaur, “La inseminación artificial consiste en la introducción del esperma en el interior de los órganos genitales femeninos, mediante un procedimiento distinto al contacto sexual normal.”⁸⁸

Técnica:

El semen se coloca en el orificio externo del cuello uterino, el semen debe introducirse en la cavidad uterina, es preferible utilizar semen fresco, ya que el proceso de congelación y descongelación disminuye su capacidad de fecundación.

La inseminación con semen de ‘donador’ ha sido dejada, hasta ahora, al criterio del médico tratante. El sujeto que dona el esperma deberá ser debidamente sometido a estudios y debe tenerse cuidado en cuanto al grupo sanguíneo Rh; que el semen sea de excelente calidad; que pertenezca al mismo grupo étnico de la mujer; que posea una buena salud e inteligencia; que no padezca enfermedad transmisible o un problema genético importante en su familia, y debe ser confiable.⁸⁹

⁸⁷ QUINTERO MONASTERIOS, Rubén.- Inseminación Artificial Humana, Su valor en el tratamiento de la infertilidad.- Tesis de Medicina, Universidad Central de Venezuela, 1974. P. 23.

⁸⁸ RAMBAUR, Raymond.- El drama humano de la inseminación artificial.- Impresiones Modernas, México, 1953.- P. 23.

⁸⁹ CFR. QUINTERO MONASTERIOS, Rubén.- Op. cit.- p. 42.

VARIANTES.

En los Estados Unidos de América, durante las guerras de Corea y Vietnam, se realizaron múltiples inseminaciones a petición de los soldados que se encontraban en los frentes de batalla, principalmente los que habían contraído matrimonio antes de su destinación y no habían fecundado a sus esposas.

Al método empleado por los cuerpos de sanidad del Ejército americano se les conoce como “Teleinseminación” ó “Eutelegenesia” (Reproducción a larga distancia) Y consiste en depositar directamente el semen en un frasco de vidrio esterilizado y seco, mismo que se conserva a una temperatura superior a los 5° C, durante un tiempo máximo de doce días. Plazo suficiente para que el fluido sea enviado a su destino y se proceda a inseminar a la esposa del solicitante, con su propio semen, y así tener descendencia legítima dentro de su matrimonio.⁹⁰

Recientemente, en el mes de marzo de 2005, a través de una nota informativa difundida en el noticiario vespertino de Televisión Azteca, observé que se está experimentando una técnica adicional, consistente en efectuar una minúscula obturación en la membrana exterior del óvulo (capa pelúcida) para facilitar la penetración del espermatozoide. A esta técnica se le ha denominado “Eclosión Artificial”

Las primeras investigaciones que se realizaron de la inseminación artificial fueron en animales, en el año de 1765 en Alemania con el sabio de nombre Ludwig Jacobi, estas investigaciones se realizaron concretamente en peces, obteniendo alevines de salmón al bañar con la lechaza de un macho los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra.

Posteriormente Lázaro Spallanzani planteó el problema en términos científicos, realizando el procedimiento inseminativo en ranas, lo que reportó

⁹⁰ RAMBAUR, Raymond. - Op. cit. p. 37.

felices resultados; más tarde, en 1782, logró la fecundación en una perra, de la que nacieron cachorros perfectamente normales.⁹¹

En los seres humanos fue hasta la Edad Media con Arnaud de Villeneuve, quién fue médico de reyes y Papas; realizando la primera inseminación artificial con el espermatozoide de Enrique IV de Castilla y la esposa de éste. Pero la información más exacta que tenemos de la primera inseminación artificial se remonta al año de 1799, realizada en Gran Bretaña por Hunter en una pareja estéril por anomalía congénita del pene del marido, practicándose pocos años después la primera inseminación con donante.

Hemos leído profusas notas sobre intentos, algunos que pecan de fabulosos y otros poco creíbles; sin embargo, la verdadera inseminación artificial por vía mecánica, de acuerdo con la forma en que se prescribe este procedimiento, la logró el médico Marion Sims, en 1866, en Inglaterra, inyectando el espermatozoide viril directamente en el útero de la mujer, quedando así consagrada la fecundación asistida.⁹²

Las prácticas continuaron mejorándose cada vez más, pero es a principios del siglo XX cuando las técnicas aumentan en los países más avanzados y de religión protestante, ya que había resistencia por parte de la Iglesia Católica para permitir dichas prácticas.

Debido a la difusión y proliferación de la inseminación asistida, el Papa Pío XII se dirigió al Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos, en el año de 1949, declarando su práctica como inmoral y la condenó sin apelación.

Para el año de 1950, se debían a la inseminación artificial, en Francia unos mil embarazos anuales, en Inglaterra seis mil embarazos y veinte mil en Estados Unidos de América.

⁹¹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE TEOLOGÍA MORAL.- Ediciones Paulinas, España, 1980, Pág. 414.

⁹² RAMBAUR, Raymond.-op. cit. P. 14.

Otro gran avance fue entre los años de 1949 y 1950, cuando se realizó la inseminación artificial con semen de bovino que previamente se había logrado congelar. Esta posibilidad de congelación del semen es el punto determinante para el avance de las nuevas técnicas de reproducción humana, ya que hasta entonces la inseminación artificial únicamente podía realizarse en el consultorio, con el donante citado un poco antes, para llevarla a cabo de manera inmediata.

Podemos decir que la inseminación artificial es un gran logro de la medicina moderna y su práctica es muy común; pero desgraciadamente la adecuación de las normas se ha retrasado a dicho cambio.

La inseminación artificial, es un procedimiento utilizado por las parejas estériles que tienen cuando menos una trompa uterina permeable y que no hayan logrado un embarazo, después de la aplicación de los tratamientos convencionales, los cuales tienden a la corrección de las causas de esterilidad.

Siendo algunas de estas causas las siguientes:

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

Hay dos tipos de inseminación artificial que son: la HOMOLOGA y la HETEROLOGA

- La inseminación artificial homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja; y
- La inseminación artificial heteróloga es cuando se utiliza semen de un donador y se indica cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria.

La inseminación artificial consta de tres fases:

1. La estimulación del ovario con sustancias inductoras de la ovulación.
2. La preparación del semen consiste en seleccionar y concentrar los espermatozoides móviles, ya que la baja movilidad de éstos es uno de los factores que puede afectar negativamente a la consecución de un embarazo. Para ello se procesan las muestras mediante técnicas de capacitación o preparación seminal.
3. La inseminación se realiza en las consultas: no es preciso aplicar ningún tipo de anestesia ni resulta molesta. La inseminación se suele realizar durante dos días seguidos tras haber inducido la ovulación. Para cada una de ellas habrá que proveer al laboratorio con una muestra seminal. Tras ser depositado el semen convenientemente tratado en el útero, la mujer deberá permanecer unos minutos en reposo.

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

4.2.2. La Fertilización IN VITRO.

La fertilización In Vitro es un proceso médico científico que consta de varias etapas, tendientes a subsanar problemas de esterilidad o infertilidad del hombre y

de la mujer, 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, por tanto, el embrión fuera del claustro materno, es luego transplantado a éste para que el embarazo siga su transcurso de manera natural.

“La fertilización in Vitro se define como la fusión del óvulo y del espermatozoide para formar un huevo, que se lleva a cabo fuera del seno materno en un ambiente controlado en el laboratorio”.⁹³

“Los primeros intentos que se vincularon directamente a la fecundación In Vitro de óvulos pertenecientes a la especie humana se remontan al año 1944, cuando dos ginecólogos John Rock y Miriam F. Menkin, logran fecundar, luego de seis años de ineficaces intentos, tres óvulos alcanzando dos de los cigotos el estadio de dos células y el tercer cigoto, que era el par más normal de una división previa de un óvulo fecundado en dos, tres.”⁹⁴

Paralelamente se dan a conocer experiencias similares, aunque con material genético de otras especies. Así, en 1949 comenzaron los estudios científicos relacionados con la técnica de la Fertilización In Vitro (FIV) y de la Fertilización In Vitro con Transferencia de Embrión (FIVTE) es así como J. Hammond logra cultivar embriones de ratón en laboratorio hasta que alcanzan el estadio de blastocisto.

Posteriormente los investigadores John Rock y Miriam F. Menkin logran, en 1953, desarrollar un preembrión obtenido por el mismo método, el que prospera hasta alcanzar el estadio de mórula. Se denomina mórula al segundo estadio de evolución, considerándose tal a partir de que la división del preembrión alcanza las dieciséis células; en la especie humana esta etapa se alcanza a los tres o cuatro días después de la fecundación del óvulo.

⁹³ <http://www.IVF-ET.com>

⁹⁴ Cfr. MARTÍNEZ, Stella. Manipulación genética y Derecho Penal. Editorial Universidad, Buenos Aires 1994, p. 41.

En 1956 Whitten demuestra que es posible lograr el desarrollo In Vitro de embriones de dos células hasta blastocistos; y al año siguiente McLaren y Biggers logran implantar en el útero de una madre adoptiva blastocistos de ratón obtenidos según el método de Whitten, logrando de esta manera el nacimiento de ratones que llegaron a adultos, sin anomalías.

En el año de 1959 este logro se ve perfeccionado por Chang quien demuestra a la comunidad científica que ha logrado fertilizar In Vitro exitosamente óvulos de conejo.

En esta serie no puede evadirse el experimento del biólogo italiano Daniele Petrucci, investigador de la Universidad de Bolonia, quien llevó a acabo, entre los años de 1960 y 1961, el desarrollo de embriones In Vitro manteniendo uno de ellos con vida durante 60 días. La experiencia fue duramente condenada y en especial por la jerarquía católica, a cuya solicitud Petrucci suspendió sus trabajos, que eran básicamente destinados al estudio de los mecanismos que desatan el proceso cancerígeno.

Los trabajos con gametos humanos comenzaron con Edwars, ya que cultivo In Vitro ovocitos humanos. A finales de los sesenta y en la década de los setenta, en colaboración con Steptoe, publicaron los resultados de una investigación sobre recolección de ovocitos humanos y su posterior fecundación. En 1976 realizaron la primera transferencia de embriones obtenida en una probeta, consiguiendo un embarazo tubárico.

A pesar de la relativa antigüedad de las experiencias en este campo “el primer nacimiento exitoso debido a las técnicas antes mencionadas se consigue, el 25 de julio de 1978, en Inglaterra con la niña Louise Brown, gracias los médicos Patrick Steptoe y del biólogo Robert Edwars”⁹⁵ quienes demuestran que es posible implantar un embrión humano después de haberlo obtenido en un cultivo de laboratorio, donde se han unido óvulo y espermatozoide.

⁹⁵ www.iruya.com/content/view/103/70/

En Estados Unidos, la investigación de la fecundación In Vitro fue muy activa a principio de la década de los 70's; pero ésta se vio interrumpida en 1975, esto debido a que el Departamento de Salud, Enseñanza y Beneficencia emitió una normativa en la que se estableció que las propuestas para efectuar investigaciones con fetos humanos y con Fertilización In Vitro (FIV) en la especie humana, tendrían que ser revisadas por el Instituto Nacional de Salud y controlada por el Consejo Asesor de Ética Nacional. Esto trajo como consecuencia un retraso a las investigaciones de la Fecundación In Vitro.

En mayo de 1979, dicho Consejo dio a conocer un informe que favoreció al procedimiento In Vitro, con transferencia de embrión o sin ella. Este informe permitió el gran desarrollo de la investigación y en 1981 nace el primer niño por el procedimiento FIVTE en los Estado Unidos.

En 1982, el Instituto Dexeus de Barcelona, en España, inicia estudios de la fecundación In Vitro, y así, en julio de 1984 se logra el nacimiento de una niña, esto bajo la supervisión del Dr. Barry. Y es en este mismo año que se logran los primeros embarazos donde la madre genética no coincide con la gestante.

A partir de la década de los ochentas la fecundación In Vitro se ha establecido como procedimiento clínico, lo que ha permitido un gran número de embarazos y nacimientos en los diferentes centros especializados del mundo.

4.3. Estudio panorámico del procedimiento terapéutico de Fertilización In Vitro y transferencia de embriones (FIVTE).

La fecundación In Vitro (FIV) es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se emplean para superar algunos tipos de esterilidad, es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan unirse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando no se ha logrado por medio del proceso natural.

“Para ello es preciso:

- a) Disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación,
- b) Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado,
- c) Poner en contacto el semen con los óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación In Vitro se produzca.”⁹⁶

Cuando los embriones producidos por la FIV se llevan al interior del útero, estamos frente a la fecundación In Vitro con transferencia de embriones (FIVTE).

La fertilización In Vitro literalmente significa “en vidrio”, su nombre proviene por el recipiente de laboratorio donde realizan las fertilizaciones de los óvulos. Se refiere a un proceso natural que se realiza fuera del cuerpo, y el procedimiento de concepción asistida que se practica con mayor frecuencia en todo el mundo. Esta técnica terapéutica es aconsejable para la mujer que produce óvulos en forma normal, y que tiene un útero apto para la gestación y no logra obtener un embarazo por problemas de diversos tipos, que impiden que el óvulo llegue al útero. En resumen, consiste en la fertilización, en un medio de cultivo, de los ovocitos de la mujer por los espermatozoides del varón. Una vez obtenidos los preembriones por este proceso, éstos son transferidos al útero para su posterior desarrollo.

La fecundación In Vitro con transferencia de embriones puede realizarse con gametos de la pareja o de donantes y la transferencia se hace en el útero de la mujer que forma parte de la pareja o en otra ajena. La FIVTE permite varias posibilidades, según la procedencia de los gametos y si la transferencia se realiza en el útero de la mujer o en una madre sustituta para solucionar los problemas de esterilidad.

⁹⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación In Vitro y la Filiación. Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 15.

Por ello existen dos tipos de fertilización In Vitro en donde el embarazo puede resultar con los gametos de la pareja, o bien mediante donador.

La fertilización realizada en una mujer casada con espermatozoides del marido se denomina homóloga, y si la fertilización es realizada con semen de un extraño, o sea, de un donador se llama heteróloga y ésta se indica cuando existe esterilidad absoluta del esposo o cuando por graves razones medicas no se puede utilizar su semen.

Generalmente la fertilización In Vitro está indicada en las esterilidades no ováricas de la mujer, sin perjuicio de que ello no implique que sólo subsane este tipo de obstáculos, ya que si se tratase de una mujer que no posee ovarios, se podría recurrir a los óvulos de una donante, que podría fecundarse con los espermatozoides del marido de aquella; el embrión producto de esa unión, implantarlo en el útero de la mujer infértil, lográndose así su maternidad. Asimismo, podría realizarse en los casos de riesgos genéticos que pudieran transmitirse.

En términos sencillos, la fertilización In Vitro consiste en extraer uno o más óvulos de los ovarios para fertilizarlos con los espermatozoides del hombre en el laboratorio y transferir una pequeña selección de los embriones resultantes a la matriz para la implantación y el desarrollo del embarazo.

Para obtener una mayor claridad en los conceptos que estamos analizando de las distintas situaciones expuestas, es necesario efectuar una descripción breve de la Fertilización In Vitro y Transferencia de Embriones (FIVTE).

Dicho procedimiento comienza con los estudios previos que incluyen análisis hormonales, normalidad fisiológica del útero, evaluación prequirúrgica y estudio de la calidad y capacidad de los gametos, tanto los femeninos como masculinos.

Una vez que se han efectuado los estudios necesarios, se administra medicación a la mujer que va a ser sometida al procedimiento; dichos medicamentos tienen la finalidad de estimular los ovarios para que se produzcan varios ovocitos maduros en lugar de uno solo, que es lo que suele ocurrir de forma natural.

Posteriormente se realiza un control ecográfico para seguir su maduración. El obtener varios óvulos maduros permite mejorar el proceso y evitar que se tengan que realizar nuevos ciclos en caso de no conseguirse un embarazo en ese primer intento.

Inmediatamente después se procede a la captación de los óvulos por vía transvaginal, aunque a veces se realiza por laparoscopia. Una vez obtenidos los ovocitos se estudian y se completa su maduración en un medio de cultivo, donde posteriormente es incorporado el semen del varón para su fecundación.

Una vez que el ovocito ha sido fecundado, se realiza la transferencia al interior del útero utilizando dos o tres de los embriones obtenidos, esto para evitar un posible embarazo múltiple, mientras que los sobrantes se crioconservan en nitrógeno líquido -192° C bajo cero-para su posible utilización en el futuro.

El proceso de transferencia de embriones no requiere anestesia y se realiza de forma ambulatoria. Después de la transferencia se recomienda reposo y se administra progesterona hasta confirmar el embarazo realizándose un 'test' a los 12 días aproximadamente de la transferencia.

Una vez que se ha obtenido el embarazo, el proceso ulterior se realiza de manera natural hasta que se logra el nacimiento.

El procedimiento que acabamos de describir comprende etapas fundamentales las cuales trataremos de manera más amplia a continuación.

4.3.1. La estimulación ovárica y captura de ovocitos.

El procedimiento de la fertilización In Vitro y transferencia de embriones comienza con la decisión de la pareja de llevar a cabo esta técnica de reproducción médicamente asistida para poder obtener de esta manera un embarazo, posteriormente se debe acudir a los centros especializados donde existe un equipo de FIVTE para exponer su caso. “Estas parejas son citadas para una fecha en la que serán recibidas y entrevistadas por un miembro del equipo. En esta entrevista se suelen aportar todos los estudios previos que les han realizado y el ginecólogo les explica en qué consisten las técnicas, posibilidades de éxito y las pruebas complementarias necesarias para confirmar el diagnóstico, en el caso de que exista”.⁹⁷

Después de clasificar el tipo de esterilidad y la técnica que es indicada y con la decisión positiva otorgada por escrito del matrimonio para someterse al procedimiento, comienzan una serie de estudios previos, se valoran la edad de la paciente, se verifica la normalidad de los ciclos menstruales y de la cavidad uterina para saber si será propicia para la recepción e implante del embrión y en el hombre se controla la calidad del espermatozoides, también se realizan exámenes en ambos para detectar oportunamente un posible foco infeccioso, o para detectar el Sida.

Como la mujer cada mes, en un ciclo normal libera un óvulo (ovocito) 14 días antes de su siguiente menstruación, es decir, un óvulo cada ciclo, es necesario en los procedimientos de reproducción asistida realizar una estimulación ovárica, la cual tiene como objetivo provocar el desarrollo de varios folículos ováricos para la producción de una mayor cantidad de óvulos maduros, aumentando con ello las posibilidades de éxito en cada ciclo. La inducción de la ovulación se realiza con hormonas similares a las que la mujer produce, a dosis por arriba de lo normal.

⁹⁷ *Ibidem.* p. 21.

Hay muchos tipos de esquemas de medicamentos y la selección del esquema apropiado se basa en los antecedentes médicos de la pareja y el tipo de procedimiento de Reproducción Asistida de que se trate. En un mismo ciclo de tratamiento la dosis de medicamento puede variar de un día a otro, dependiendo de la respuesta de los ovarios.

Se utilizan por lo general hormonas que estimulan el desarrollo folicular, como “la denominada F.S.H (follicle stimulating hormone u hormona estimuladora del crecimiento folicular), que es secretada por la hipófisis, y que también tiene otras funciones que coadyuvan a desencadenar la ovulación.

La inducción puede ser llevada a cabo por dos vías distintas:

- a) Directa: se inyectan hormonas hipofisarias llamadas también gonadotropinas, hMG (gonadotropina menopáusica humana);
- b) Indirecta: se utiliza una molécula sintética de citrato de clomifeno, que actúa en el ámbito del cerebro, desencadenando la secreción de cantidades importantes de la ya mencionada F.S.H. y L.H. u hormona luteinizante, que también colabora en el desencadenamiento de la ovulación y en preparar las paredes del útero para la implantación del embrión”⁹⁸

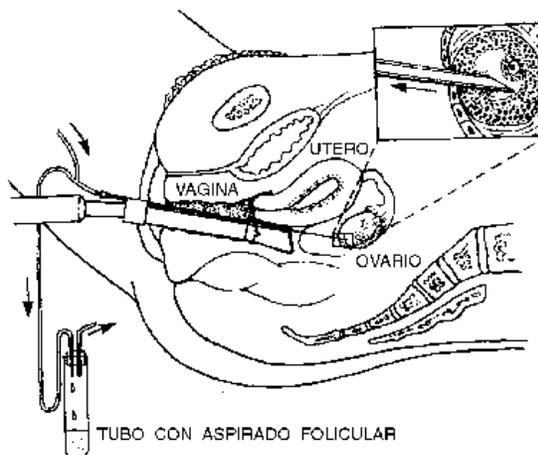
La efectividad del tratamiento de estimulación se verifica por medio de un monitoreo constante de muestras de sangre y a través de una ecografía (ultrasonido) abdominal, para supervisar el crecimiento folicular, mediante este estudio se conoce el número, el diámetro de los folículos y los niveles de estradiol (hormona que secreta el ovario) en el plasma, también se controlan las fluctuaciones de L.H (hormona luteinizante) y las modificaciones que tiene la secreción cervical del cuello del útero. De esta manera la supervisión ayuda a asegurar que el estímulo adecuado esté ocurriendo.

⁹⁸ LOYARTE Dolores, Op. cit. pp. 122 y 123.

“Estos tratamientos basados en el suministro de hormonas deben rodearse de todos los estudios necesarios para evitar efectos colaterales o trastornos no deseados; fundamentalmente, es imprescindible un conocimiento preciso y pormenorizado de sus consecuencias a corto, mediano y largo plazo.”⁹⁹

Cuando la ovulación resulta inminente, la paciente es llevada al quirófano para que se realice la captura de ovocitos. Anteriormente el procedimiento era realizado mediante una laparotomía (incisión quirúrgica del abdomen) o celioscopía (examen de la cavidad abdominal mediante una incisión a la altura del ombligo) bajo anestesia general.

Actualmente el procedimiento utilizado para coleccionar los ovocitos es a través de una punción y aspiración de los folículos, bajo control ecográfico. La aspiración folicular se efectúa en quirófano con la ayuda de la ecografía vaginal, mediante punción del fondo vaginal con una aguja fina y llegando hasta los folículos que se han desarrollado en el ovario para extraer el líquido folicular y con él los ovocitos que contienen. El procedimiento se realiza bajo la administración de una sedación profunda, que dura de 20 a 30 minutos. El líquido folicular pasa directamente al laboratorio donde se analizan los ovocitos una vez que han sido localizados, para valorar su estado de maduración.



⁹⁹ Idem.

Una vez concluido el proceso, la paciente debe descansar en la sala de recuperación bajo observación constante durante unas cuatro o cinco horas, siempre y cuando no sea necesario un seguimiento más exhaustivo, por haber puncionado muchos folículos o cualquier otra situación que aconseje alargar el ingreso algunas horas más o hasta el día siguiente (estas situaciones pueden producir los síntomas de embarazo o 'pica' –sobre todo las náuseas y el mareo-multiplicados hasta diez veces), aunque el riesgo de sufrir alguna complicación durante la extracción de ovocitos es de 1 por cada 2.500 casos, por lo que se puede considerar inapreciable.

Una cuestión que resulta de suma importancia en la captura de los ovocitos para la F.I.V.T.E, es tener una precisión cronológica, ya que si se actúa demasiado pronto, los óvulos obtenidos serán inmaduros y por tanto no aptos para la F.I.V.T.E y por el contrario, si se realiza demasiado tarde, los óvulos habrán desaparecido de la cavidad abdominal y su obtención sería casi imposible.

Una vez que se han extraído los folículos se deben respetar tres reglas que son básicas y fundamentales para el tratamiento posterior:

- 1) Trabajar en un medio absolutamente estéril, a fin de evitar cualquier contaminación bacteriana, así todo el material de cultivo, debe estar compuesto por materiales de plástico o de vidrio tratados de antemano para evitar la difusión de sustancias tóxicas en el medio;
- 2) Trabajar a temperatura constante, ya que las variaciones bruscas podrían ser perjudiciales;
- 3) Finalmente, también es necesario disminuir la iluminación en el laboratorio, y evitar observaciones muy prolongadas bajo el microscopio, porque podría tener efectos dañinos algunas longitudes de ondas luminosas sobre los cromosomas.

4.3.2. Fertilización in vitro.

El día que se le realiza a la paciente la aspiración folicular, se requiere una muestra de semen del marido que se adquiere mediante masturbación, el espécimen usado para la fertilización debe obtenerse de una manera tan higiénica como sea posible; al momento de tomar la muestra se debe desinfectar el pene con algún antiséptico y compresas estériles. Una vez obtenidos los espermatozoides, se someten a varios procesos de lavado para librarlos de las secreciones prostáticas y luego se concentran mediante métodos especiales. Se efectúa un espermograma y una espermatobioscopía a efecto de observar la cantidad, movilidad y aspecto morfológico de los espermatozoides.

Posteriormente, en el laboratorio, los espermatozoides que tienen mayor movilidad se colocan junto a cada ovocito obtenido, poniéndolos en contacto con una concentración adecuada de espermatozoides en placas de vidrio para que ellos realicen todo el procedimiento de fecundación como lo harían de forma natural en el interior de las trompas de Falopio, y son incubados a una temperatura igual a la del cuerpo humano (37° C), se les mantiene así durante unas 17 a 20 horas aproximadamente. Para que la fecundación se logre, los ovocitos deben ser depositados en pequeñísimas gotas de fluido, similar al que existe al interior de las trompas de Falopio, ya que son estas concentraciones las que llevan a los espermatozoides hasta los óvulos.

Una vez que ha transcurrido ese tiempo, durante el cual se dejaron juntos los gametos, se localiza al ovocito para observar y comprobar si la fertilización (penetración del espermatozoide en el óvulo) ha tenido lugar. Si subsisten dudas sobre la fertilización se utiliza un microscopio de visión invertida, y como esta observación se realiza fuera de la incubadora, debe procederse de forma muy rápida para no dañar al huevo.

Si la fecundación se llega a producir, existirán dos pronúcleos en el centro del huevo, el del óvulo y del espermatozoide, entonces se debe transferir a un

nuevo tubo de cultivo, esta operación se realiza con la finalidad de eliminar los espermatozoides excedentes, que van muriendo progresivamente y cuya degradación contribuye a alterar la composición del medio “y además para eliminar, por sucesivos pipeteados, la mayor parte del cúmulus, con el fin de observar más fácilmente la segmentación del huevo fecundado.”¹⁰⁰ En ese nuevo ambiente el huevo que ya ha sido fecundado permanece en las mismas condiciones de temperatura y luz que tiene el vientre materno.

La primera segmentación (estado bicelular o blastómero) ocurre entre las 25 y 35 horas después de la inseminación in vitro. El huevo posee cuatro blastómeros transcurridas unas 48 horas y hasta ocho antes de que transcurran las 72 horas. Luego de esas 48 a 72 horas, los embriones están listos para ser transferidos al útero, se considera que en este momento el útero está dispuesto para aceptar el huevo que ha alcanzado el desarrollo suficiente, ya que la progesterona que fue liberada por el ovario después de la ovulación, influye en el desarrollo de la mucosa uterina, preparándola para la recepción del cigoto.

En algunos casos en los cuales se pueden obtener muy pocos espermatozoides o cuando son de mala calidad o existe un factor masculino severo de esterilidad, existe la posibilidad de usar técnicas especializadas de micromanipulación de gametos (ICSI).

La Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI) es una medida auxiliar en el ámbito de la FIV, también se emplea después de un fallo de la fertilización in Vitro. En tal caso, todas las fases son idénticas hasta la aspiración folicular.

Los ovocitos deben ser liberados de las células que le rodean, para determinar su estado de maduración, ya que sólo podrán microinyectarse los ovocitos maduros.

¹⁰⁰ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1990, p.39.

Empleando un microscopio especial, “se toma un solo espermatozoide con una pipeta de microinyección y se introduce directamente en el óvulo. La ICSI, que también se denomina microinyección, imita por tanto el procedimiento natural por el que el espermatozoide penetra en el óvulo.”¹⁰¹



4.3.3. La Crio-preservación de embriones.

Una vez que ya fueron extraídos los gametos femeninos y que se realizó la fecundación en el laboratorio, los preembriones obtenidos serán un número que excede la posibilidad de una transferencia al cuerpo materno, son los comúnmente llamados embriones supernumerarios, el número de preembriones transferidos al útero ya sean producto de F.I.V o I.C.S.I, debe ser limitado para evitar el riesgo de embarazos múltiples.

El resto de los preembriones viables (sobrantes o "extras") pueden ser congelados (criopreservados) para poder conservarlos un tiempo, de modo que puedan ser transferidos durante ciclos subsiguientes, posibilitando la concreción de un nuevo embarazo, reduciendo la necesidad de someterse a otros procedimientos de aspiración folicular. Este procedimiento permite a la pareja la disponibilidad de estos embriones en el momento que ellos lo requieran.

¹⁰¹ www.zocalo.ci/infertilidad/crio2.asp

Las técnicas de crioconservación o congelamiento fueron elaboradas en la década de los 70s iniciando la experimentación con animales. En el año de 1972, ocho células embrionarias de rata fueron congeladas con nitrógeno líquido y después fueron descongeladas y continuaron el proceso embrionario hasta obtener ratas vivas.

Fue en la década siguiente cuando se aplicó esa técnica al hombre, ya que hasta entonces los preembriones que no iban a ser transferidos eran destruidos o se empleaban en las investigaciones. Las primeras experiencias del procedimiento fueron llevadas a cabo en el año de 1981 por el grupo australiano TROUNSON.

La criopreservación es una técnica que utiliza el frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula o de un organismo y de esta manera poderla mantener en condiciones de “vida suspendida” durante mucho tiempo.

En esta técnica los preembriones de cuatro a ocho células son introducidos en soluciones crioprotectoras especiales, la cámara de congelamiento se conecta a un tanque de nitrógeno líquido y a través de un programa especial la computadora registra la temperatura del interior.

Se produce entonces una reducción de temperatura progresiva a razón de 2 grados centígrados por minuto, hasta alcanzar -6 grados centígrados. En este punto se mantienen los preembriones durante veinte o treinta minutos, y a partir de ese momento se puede utilizar el procedimiento de congelación rápida o lenta.

El procedimiento de congelación lenta implica de igual manera descender a razón de 3 grados centígrados por minuto hasta alcanzar -60 o -80 grados centígrados; una vez que la muestra tiene esa temperatura se introduce y almacena en nitrógeno líquido a -196° C en tanques especiales.

Los preembriones congelados mediante el procedimiento rápido se deben descongelar para su utilización también mediante un procedimiento rápido en baño de agua a 30° C; y en los que se utilizó el procedimiento de congelación

lenta se deberán descongelar a razón de 10° C por minuto de elevación de la temperatura entre -80° C y 4° C, de donde luego son transferidos a un baño de 30° C.

Posteriormente se les somete a una valoración morfológica microscópica y sólo en el caso de que por lo menos la mitad de los blastómeros¹⁰² sean normales, los preembriones podrán ser utilizados para una transferencia intrauterina.

TROUNSON, pionero de estas técnicas, revela que al llevar a cabo el procedimiento de descongelación, un porcentaje bajo de preembriones resultan viables, no importando si se utilizó congelación rápida o lenta, respectivamente.

Actualmente al descongelar los embriones se tiene un alto riesgo de muerte porque “el stress sufrido por el brusco cambio de temperatura produce la pérdida de un 20% de preembriones (es decir de cinco preembriones se pierde uno).”¹⁰³

Esto tiene que ver con el potencial biológico de los embriones, previo a la congelación, ya que es altamente probable que aquellos embriones que no sobreviven al ser descongelados, sean los mismos que jamás hubieran alcanzado el desarrollo embrionario hasta la implantación.

Es así como se puede advertir que la criopreservación de embriones ofrece una solución para los casos en que el número obtenido excede el número que es recomendable transferir (tres o cuatro), ya que así se evita el riesgo de un parto múltiple.

Esta técnica es también una alternativa en los casos en que la evolución natural de la enfermedad de los cónyuges hace suponer que él o ella quedarán sin gametos o no tendrán la posibilidad de realizar otro ciclo de tratamiento. Generalmente los preembriones sólo podrán permanecer congelados cinco años.

¹⁰² Blastómero es cada una de las células en que se divide el huevo, para dar lugar a las primeras fases embrionarias.

¹⁰³ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, Op. cit. p. 65.

Para realizar esta técnica se deberá entregar a la pareja un formulario similar al siguiente que incluye los costos y honorarios del procedimiento de criopreservación que serán expresados en cantidades semestrales.

Para ser firmado por la pareja

** Se anexa el presupuesto de costos y honorarios de criopreservación.*

Hemos leído este informativo y hemos tenido la oportunidad de preguntar y aclarar las dudas en relación al tratamiento.

Conocemos y aceptamos que se podría presentar mi retiro del programa en cualquier momento y por cualquier razón.

Entiendo que este consentimiento sólo es válido para un ciclo de tratamiento.

He recibido copia de este formulario.

Nombre _____

Firma _____

Nombre _____

Firma _____

(Ciudad y fecha) _____

Certificación Médica

Certifico que antes del inicio del tratamiento y previamente a que el paciente firme este documento:

1.- Yo, o alguno de los miembros del equipo ha entregado información sobre la naturaleza, propósito, riesgos y beneficios así como las alternativas al tratamiento propuesto.

2.- Me he reunido con la paciente para discutir la información, le he dado la oportunidad de preguntar y he respondido satisfactoriamente a todas sus dudas.

Creo que la paciente ha entendido completamente, lo que le he explicado y ha consentido en realizar el tratamiento propuesto.

Nombre _____

Firma _____

(Ciudad y fecha) _____

* Formulario propuesto por el Instituto Nacional de Perinatología.- S. Salud.- México.

4.3.4. Transferencia de embriones al útero.

Una vez que la fecundación se llevo a cabo, 48 ó 72 horas después, los embriones se dividen y presentan de 2 a 4 células blastómeras, entre los embriones que son obtenidos en el laboratorio existen diferencias morfológicas por lo que resulta de suma importancia en la F.I.V la calidad de los preembriones que se van a transferir.

“La determinación de esa calidad se efectúa en base a estudios metabólicos y morfológicos que debieran ser en su totalidad no invasivos, puesto que estamos ya en presencia de un ser humano con dotación cromosómica propia y exclusiva”.¹⁰⁴

Esa calidad embrionaria se establece y clasifica teniendo en cuenta primordialmente el número, forma y tamaño de las células blastómeras que lo componen.

Una vez que se contemplan esos parámetros, los embriones son clasificados en varias categorías, siendo los embriones de clase IV (que van de 2 a 6 células de igual tamaño y forma) los que son considerados aptos para transferirse al cuerpo materno, pues se ha demostrado que tienen más posibilidades de implantarse y lograr así un embarazo. También se toma en cuenta la velocidad con la que las primeras células se segmentan.

Los resultados que se obtienen no pueden ser tomados de manera absoluta, ya que el conocimiento humano no es capaz todavía de predecir con exactitud qué preembrión va a ser capaz de implantarse y cuál no, por lo que hasta el momento el procedimiento que se lleva a cabo es la implantación de embriones de categoría IV que tienen dos o tres días de haber sido fecundados.

Una vez que llega el momento propicio, los embriones a implantar -que son dos o tres- se reservan para la transferencia y los sobrantes se crioconservan en nitrógeno líquido para su uso en el futuro, “habitualmente se utilizan ese número de embriones porque la elevada tasa actual de implantación embrionaria aconseja limitar su número para reducir así la incidencia de gestaciones multifetales.”¹⁰⁵ De las que se conocen varios casos en México.

¹⁰⁴ LOYARTE, Dolores, Op cit. p. 125.

¹⁰⁵ www.ivi.es/tratamiento/inseminación.htmtop

El momento de la transferencia se decide de acuerdo a cada caso particular, los embriólogos aconsejan que el momento más adecuado es entre el segundo y sexto día después de la obtención y fecundación de los ovocitos.

Ya que se valoró el caso en particular, se cita en la clínica a la mujer, la relajación de la paciente en el momento de la transferencia es importante para facilitar el procedimiento y evitar contracciones uterinas que arrojarían el huevo hacia la vagina.

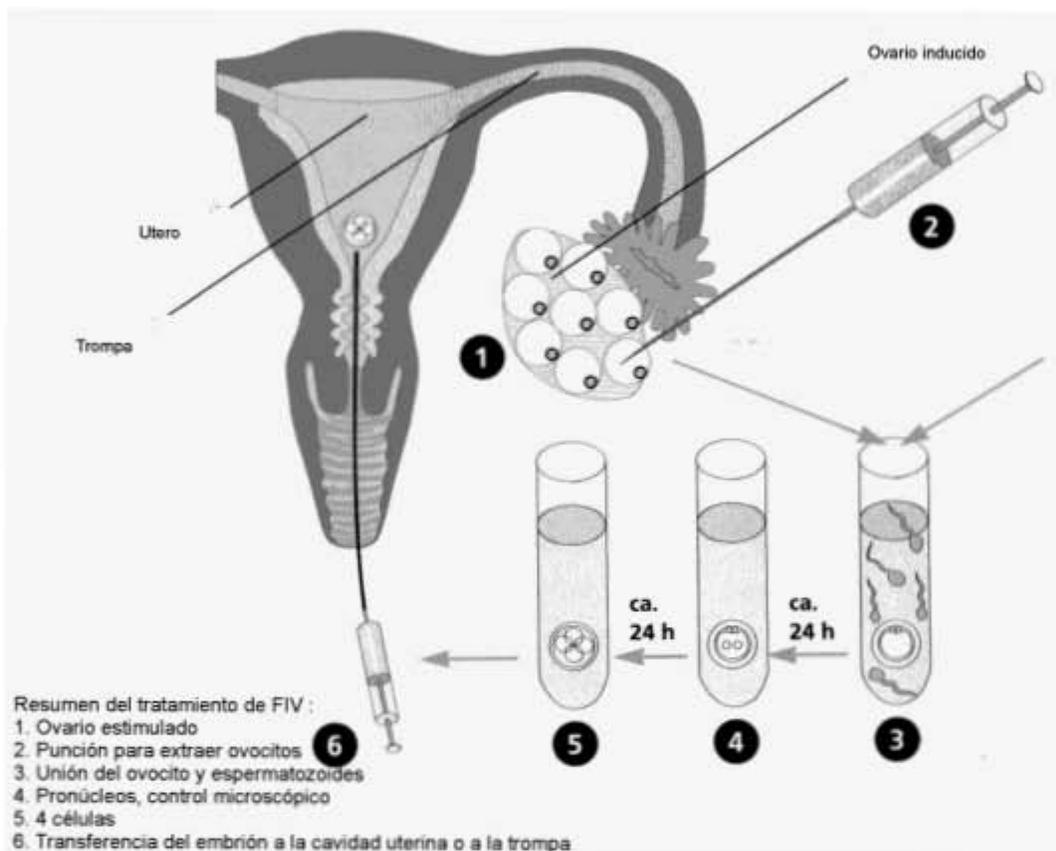
Una vez que la relajación se consigue con un supositorio antiprostaglandina, la mujer debe colocarse en posición ginecológica, después se coloca un espejo en la vagina previamente aseada para ver la cavidad uterina, los embriones a transferir, sumergidos en un medio de cultivo, se colocan en un catéter de transferencia no traumático (tubo estéril largo y delgado), se introduce a través del cuello uterino por las vías naturales, siendo depositados sobre la mucosa uterina con una mínima cantidad de líquido de cultivo. En ocasiones puede ser necesario utilizar algún instrumento o incluso una sonda rígida de metal en lugar del catéter blando, que permita depositar los embriones dentro de la cavidad uterina. Para este procedimiento no se requiere de anestesia y normalmente se siente sólo una mínima incomodidad.

Una vez realizada la transferencia, la paciente permanecerá en reposo durante 1 hora, y continuará este reposo en su casa hasta el día siguiente (24 h. aproximadamente).

Pocos días después de la transferencia, si el tratamiento tuvo éxito, las divisiones siguientes transcurrirán en el útero de la mujer hasta alcanzar el estadio de blastocisto, que es hacia el séptimo día aproximadamente desde la fecundación, en este estadio se implanta o anida el embrión en el útero, a partir de entonces inicia realmente el embarazo.

Posteriormente, se cita a la paciente a consulta a los 15 ó 20 días después de la transferencia del embrión, para confirmar el embarazo mediante ultrasonido.

A partir de ese momento el embarazo se desarrolla de manera natural, la paciente deberá llevar una vida normal, sin realizar esfuerzos físicos y sin relaciones sexuales. De ser negativo el resultado, se interrumpirá la medicación y en un plazo de tres meses se podrá iniciar un nuevo ciclo.



4.4. Situación jurídica del embrión crio-conservado, el nasciturus extracorporis.

Los menores de edad son reconocidos como sujetos indefensos a los que se les debe proteger a través de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, más indefenso es aún el ser que ha sido engendrado fuera del claustro materno y que no ha nacido aún (nasciturus extracorporis), mediante el procedimiento de fertilización in vitro.

Desde el punto de vista jurídico, México no cuenta con una legislación especial, por lo que plantea una laguna legal que hay que cubrir.

Pero lo que es cierto, es que el feto en los últimos estadios de su desarrollo se encuentra protegido en todos los Ordenamientos Jurídicos, tanto civiles como penales, sin embargo, en la primera etapa de su desarrollo se le niega incluso el derecho a la vida.

El avance de la ciencia a pasos agigantados ha dado como consecuencia el mejoramiento de las técnicas de reproducción médicamente asistida, como consecuencia, dichas técnicas de fecundación extracorpórea se valen de distintos artificios para lograr un mejor resultado.

Entre ellos se utiliza el congelamiento de embriones sobrantes o supernumerarios de una FIVTE, que consiste en un procedimiento que suspende el desarrollo del embrión y se utiliza para mantener vivos a aquellos embriones que por diversas causas no fueron implantados en el útero materno en espera de su destino.

El procedimiento de la crio-conservación consiste en congelar embriones a una velocidad controlada, para que posteriormente sean sumergidos en nitrógeno líquido y de esta manera conserven su vida en estado suspendido, aunque los embriones congelados no siempre sobreviven, pues dicho procedimiento constituye un riesgo y en ocasiones causa daño al embrión que finalmente desemboca en su destrucción.

En relación a lo anterior, surge la necesidad de determinar la situación en la que se encuentra el embrión fuera del seno materno sometido a la crioconservación. El enfoque que se adopte respecto al tema se vincula con la concepción jurídica de que se parta, por lo que existen quienes le niegan todo tipo de protección mientras esta en vida suspendida.

Antes de los años 70's la existencia de la fecundación extracorpórea resultaba algo propio de la ciencia ficción, y aunque dichas técnicas no estuvieron contempladas en gran parte de las legislaciones del mundo, la voluntad del legislador siempre se pronunció en favor de proteger al ser humano desde sus orígenes.

El hecho de que en la actualidad se recurra a técnicas de fecundación in vitro, no implica que no se proteja al nasciturus extracorporis y que no se le reconozcan derechos que se le pueden reservar por el hecho de ser **humano**. Pues, si biológicamente la fecundación extrauterina implica la fusión del espermatozoide y del óvulo, ese nuevo ser indudablemente debe alcanzar protección, del mismo modo que si esa fusión hubiese ocurrido en el seno materno, además se debe fomentar su defensa con el fin de evitar los peligros que traen consigo los avances científicos.

4.4.1. Posibles derechos reservables al nasciturus extracorporis.

A medida que ha ido avanzando el tiempo y, en consecuencia, la ciencia y la tecnología, el hombre, ha investigado nuevas formas para solucionar los problemas que le ponen fin a sus ilusiones de tener hijos y formar de esta manera una familia, es por eso que a lo largo de décadas de incansable investigación y experimentación se han descubierto nuevas formas de procreación humana, que han solucionado problemas de esterilidad e infertilidad, pero al mismo tiempo que la ciencia avanza, la vida del ser humano se ve cada vez más vulnerada y esto nos lleva hasta el mismo momento de la concepción. Estas nuevas formas de vulneración pueden ser:

- 1) Directas, como la supresión de embriones supernumerarios o sobrantes y la crio-preservación prolongada e;
- 2) Indirectas, como la manipulación genética, dentro de la cual se encuentra la clonación que transgrede las leyes naturales.

En este sentido, la violación del derecho a la vida no sólo puede ser con la eliminación del estado de actividad orgánica, sino también con las constantes transgresiones de las leyes naturales.

Es así como “La defensa del derecho a la vida había sido casi absoluto hasta que la biología y la medicina comenzaron a manipular el comienzo y el fin natural de la vida humana por medios artificiales.”¹⁰⁶

Parece absurdo que las nuevas formas de reproducción médicamente asistida que tienen como finalidad crear vida, sean las mismas que en la actualidad la estén destruyendo.

Es por ello que algunas legislaciones han tomado cartas en el asunto y han formulado leyes en favor de los derechos fundamentales del hombre (siendo el más excelso, el derecho a la vida), en cualquier etapa de desarrollo en que se encuentre, incluso desde que es fecundado In Vitro. Indiscutiblemente, todos los seres humanos tenemos derechos que merecen ser respetados.

Es por eso que en este apartado trataremos algunos de los derechos reservables al nasciturus extracorporis, siendo el fundamental de todos:

EL DERECHO A LA VIDA

Se define como el “Derecho a la propia existencia físico-biológica del ser humano”¹⁰⁷, es decir, es el derecho del 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.

¹⁰⁶ KAUFMANN, A. Avances de la Medicina y el Derecho Penal, citado por Gómez Sánchez, Yolanda, El Derecho a la Reproducción Humana, Servicio publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 32.

¹⁰⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 25.

“El respeto a la entidad humana es el eje central de todos los demás derechos fundamentales que se desencadenarán como obligado corolario”¹⁰⁸

La vida humana es uno de los principios más fundamentales y evidentes en todas las ideologías y culturas. Su fundamentación no necesita gran esfuerzo racional pues todos comprendemos que si no conservamos y cumplimos ese valor, no hay ninguna posibilidad de convivencia y armonía entre los hombres. “No es posible ningún tipo de relación humana, y resultan inútiles todas las demás exigencias y obligaciones si falta este presupuesto fundamental y primario.”¹⁰⁹

En este sentido, merece derecho a la vida el nasciturus extracorporis, el concebido en el vientre materno, el que ha nacido, el hombre adulto, el enfermo disminuido en sus facultades mentales o hasta privado totalmente de la conciencia, una cosa es que el enfermo tenga menores expectativas de vida y otra distinta es que tenga menores derechos. Se trata de un derecho absoluto a la vida, le debe ser respetada por todos sin excepción, lo mismo por los padres que por la sociedad.

Por eso la vida del nasciturus extracorporis exige ser reconocida por todos, nos impone el deber de aceptarla, de conservarla y de protegerla, deber que tiene que ser reflejado en las leyes y en el derecho.

DERECHO A CONOCER NUESTRO ORIGEN BIOLÓGICO

Es un derecho fundamental del hombre: “el derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular”.¹¹⁰

Ya que todo hombre anhela saber quiénes son sus padres, ésta es una cuestión que atañe al ser humano por ser la esencia y naturaleza del vínculo biológico-filial del ser humano.

¹⁰⁸ Cfr. LLEDÓ YAGUE, F. Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 82.

¹⁰⁹ LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, Ética y vida, Ediciones Paulinas, Madrid, 1990, p. 11.

¹¹⁰ <http://comunidad.derecho.org>

El derecho al conocimiento de la procedencia biológica encuentra analogía con el derecho al nombre, por ser ambos característicos e individualizadores del sujeto de derecho.

Y es que, como sabemos, el vínculo filial establece la relación del hijo con respecto al padre y la paternidad a la inversa, es decir, el vínculo que une al padre con el hijo.

La familia es muy importante para el desarrollo integral del ser humano, es además la unidad básica de organización social, tiene una doble función: biológica y espiritual, de acuerdo a la primera, su finalidad es la procreación de los hijos y la segunda es ser fuente de afecto y apoyo emocional para los hijos, otorgarles educación y asistencia moral en el seno del hogar.

El derecho a conocer nuestro origen biológico es fundamental; de lo contrario se estaría alterando el significado y razón de la maternidad y paternidad, amenazándose de esta manera las bases del ser humano y de las relaciones hombre-mujer en vista de la procreación de los hijos.

DERECHO A LA INDIVIDUALIDAD BIOLÓGICA

A pesar de que los hombres tienen una apariencia física y biológica iguales, cuentan con un patrimonio cromosómico totalmente diferente. Ya que desde el origen de la vida humana, esto es, desde la concepción, hay una individualidad del ser en formación.

El óvulo fecundado contiene un programa genético completamente nuevo, inédito, y jamás repetible; la naturaleza se encarga de crear la combinación de cada individuo de manera propia y especial.

El patrimonio genético del niño que nacerá lo adquiere desde el momento de la fecundación del óvulo. En aquel mismo instante es constituido un individuo con plena unidad estructurada “cuyas características del futuro quedan

determinadas, algunas de éstas son: sexo, capacidades intelectuales, dones de carácter y temperamento, estatura, y eventuales taras.”¹¹¹

Es importante mencionar que en el aspecto jurídico, toda persona tiene derecho a heredar un patrimonio genético natural y puro, no manipulado.

DERECHO A LA INTEGRIDAD

El ser humano está dotado de voluntad y libertad y desde el punto de vista biológico cuenta con una unidad corpórea que le permite presentarse física y materialmente ante la sociedad.

La integridad es una característica propia del ser humano, el contexto corporal y funcional le corresponde indiscutiblemente al nasciturus.

“El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental y absoluto que tiene su origen en el respeto debido a la vida y sano desarrollo de ésta. Es el derecho al resguardo de la persona, en toda su extensión, bien sea en su aspecto físico como mental.”¹¹²

Como derecho, la integridad se determina en la protección de la estructura corporal, lo que implica en el caso del nasciturus extracorporis la preservación de todas las partes y tejidos de su organismo al igual que su desarrollo intrauterino sano, completo e ininterrumpido (integridad física), pero unido a lo anterior el ser humano debe gozar también del derecho a la integridad psíquica y moral, de allí que este derecho no se debe limitar sólo al aspecto físico, sino que su aceptación debe ser mucho mayor, al igual que su resguardo.

La ley, al consagrar este derecho, preserva la integridad de la especie humana, ya que es un derecho del que es titular la humanidad y cualquier acto contrario o perjudicial, resulta un agravio.

¹¹¹ Cfr. P. HERRERO, Zacarías. El Aborto: Los Obispos se Pronuncian. Editorial Estudio Agustiniano, Valladolid, 1986. p. 81.

¹¹² www.monografias.com/trabajos12/elderint/elderint.shtml

DERECHO A LA DIGNIDAD

La persona es el único ser que posee dignidad como consecuencia de “sus más íntimos y específicos componentes de racionalidad, libertad y apertura de su dimensión trascendental,”¹¹³ estos son los elementos que constituyen y definen la dignidad.

Es un valor fundamental entendido por todos, y sabemos que el experimentar con el proceso de la fecundación y utilizar al embrión como objeto de investigación es una agresión frontal a la dignidad de la persona y a la humanidad, ya que este derecho exige respeto a su propio ser personal, lo contrario significaría su instrumentalización o ‘cosificación’ y va en contra de su condición de humano.

Los intentos de intervenir manipulando el patrimonio cromosómico y genético cuando no tienen finalidad terapéutica, sino que su objetivo es la creación de seres humanos seleccionados y hasta en serie, son contrarios a la dignidad, a la integridad y a la identidad del ser humano.

El embrión, en sus primeros momentos de vida, posee una dignidad tal, que jamás debe ser tratado como un objeto o una cosa que se tiene, es digno de tutela y protección, de ahí que respetar la dignidad del cuerpo permita siempre salvaguardar esa identidad del hombre y que éste nunca deba ser considerado como un mero instrumento para la consecución de un fin.

Por lo tanto, el ser humano debe ser protegido desde su inicio pues su destrucción, así como la fecundación de óvulos con un fin distinto al de la procreación, constituyen un agravio a la dignidad del ser humano.

¹¹³ EZCURDIA LAVIGNE, J. Curso de Derecho Natural citado por Vila-Coro Barrachina María Dolores, Introducción a la Biojurídica. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1995, p. 101.

DERECHO A LA IDENTIDAD

“Entendemos por identidad la calidad de idéntico. La persistencia del ser en su unidad a través de sus múltiples cambios y determinaciones.”¹¹⁴

El ser humano es una entidad animada, racional y libre en el que convergen valores, actitudes y elementos biológicos, todo eso le permite la vida y la socialización.

El hombre es un ser único e irrepetible con un cuerpo y un espíritu, su identidad se conforma con su propio código genético o *genotipo* que imprime en él los caracteres de sus antepasados a través de sus progenitores, de acuerdo con las leyes de la herencia, y el *fenotipo*, que es el conjunto de caracteres que adquiere el individuo por el intercambio con el medio y el genotipo. Tenemos entonces que el cuerpo y su configuración son intangibles por ser constitutivos de la persona misma y de su identidad.

Este derecho le corresponde de igual manera al nasciturus “a ser él mismo”, ya que conserva su propia identidad mientras ontológicamente permanezca en todos sus cambios que le son propios por su naturaleza.

El derecho a la propia identidad se clasifica de la siguiente manera:

a) Derecho a la identidad personal, se refiere a los atributos de la personalidad, ya que determinan la individualidad propia de cada sujeto en sociedad y frente al Derecho.

b) Derecho a la identidad sexual, protege la integridad psico-somática del individuo relacionada con su sexo; por lo que debe rechazarse toda manipulación, que pretenda alterar la realidad sexual del ser humano.

¹¹⁴ VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores, Introducción a la Biojurídica. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1995, p. 207.

c) Derecho a la identidad genética, debe proteger el derecho a tener una herencia o dotación genética propia sin ninguna manipulación sobre los genes, por lo tanto la experimentación, la investigación o la selección de ciertos caracteres, constituye un agravio al nasciturus.

DERECHO AL PROPIO HABITAT

En la inseminación o fecundación homóloga, coinciden los padres genéticos que aportaron los gametos, con los padres legales que cuidarán al niño. Pero en la heteróloga interviene un donador, ya sea masculino o femenino, que sustituye al progenitor estéril, en esta situación podemos observar que los padres genéticos no coinciden con los legales, entonces esta situación corresponde a una manipulación del hábitat, esta situación se da también en los supuestos en que el nasciturus extracorporis que ha sido fecundado queda crio-preservado en un ambiente no natural, de igual manera se está violando el derecho al propio hábitat cuando un embrión es transplantado en una madre sustituta encargada de llevar el embarazo a término.

Esto incide en un derecho histórico del ser humano: el derecho a ser el fruto de su propio destino, a que nadie interfiera en su trayectoria vital, se refiere al derecho del individuo a ser él mismo sin estar programado por los deseos o intereses de otros seres humanos, al derecho de ser producto de la casualidad, a venir al mundo sin que nuestros caracteres hayan sido programados o preparados por los deseos o los intereses de otras personas.

Al cambiar el hábitat del nasciturus, ya sea utilizando un gameto diferente al de los padres, una madre sustituta o colocándolo en un ambiente artificial, etc., el embrión recibirá estímulos e información distinta a la que le proporcionan sus padres biológicos, entonces su entorno o hábitat habrá sido vulnerado.

Por lo tanto, se habla de un derecho inherente al nasciturus de desarrollarse en su ambiente natural, sin manipulaciones en sus componentes genéticos, siendo resultado de los gametos de los padres y sobre todo no siendo

crio-conservado por tiempo indefinido sin la certidumbre de que algún día podrá ser transplantado al útero de su madre.

DERECHO A LA PERMANENCIA EN SU SER ESPECÍFICO

Como lo hemos mencionado anteriormente, el ser humano tiene derecho a que su patrimonio genético no sea manipulado, al igual que su hábitat y, en ese orden de ideas, el derecho a la permanencia en su ser específico protege el principio de identidad del ser humano como especie.

En la actualidad los avances científicos nos plantean nuevas formas de trasgresión a la especie humana; como ejemplo tenemos la 'hibridación', que consiste en el cruce de dos especies diferentes, de modo que el patrimonio génico corresponderá al 50% de cada una de las dos especies implicadas, por lo tanto dicho procedimiento va en contra de la identidad y dignidad del ser humano.

Actualmente, el progreso de la ciencia parece aprobar cualquier conducta, sin tomar en cuenta las consecuencias de ese supuesto progreso, al parecer la hibridación ya se ha llevado a cabo entre personas y monos en Estados Unidos, en este caso el principio de identidad del nasciturus se distorsiona y de igual manera se altera su hábitat y se violentan los cauces naturales de desarrollo.

DERECHO A LA FAMILIA

Es necesario defender también el ambiente adecuado para el desarrollo del nasciturus, lo que nos lleva al reconocimiento de la importancia de la familia, tanto desde el punto de vista biológico como cultural.

La familia es muy importante para el desarrollo del ser humano, ya que es donde se adquieren todos los conocimientos, valores, etc., que nos acompañarán por el resto de nuestras vidas, es por ello que la exigencia del "principio familia" debería implicar la prohibición de la fecundación heteróloga, la inseminación de mujer soltera, la congelación de embriones, etc.

El respeto al derecho de tener una familia, exige que el nasciturus sea engendrado, no manufacturado, para que de este modo no sea privado del núcleo familiar que le corresponde, la privación de este derecho lo observamos al tener embriones crioconservados, privados de todos los derechos inherentes al ser humano que le son propios dada su condición, incluyendo el derecho de pertenecer a una familia.

“Es por ello que sin aceptación de los roles familiares y de la dependencia inicial de los hijos respecto a los padres no hay humanidad posible.”¹¹⁵

DERECHO A LA IGUALDAD

Este derecho está relacionado con la libertad y se contrapone con la discriminación, su fundamento consiste en la prohibición que el Derecho impone frente a las diferencias entre y hacia las personas.

En relación a lo anterior, la posible discriminación surgirá contra las personas que pudieran presentar defectos genéticos, o los casos en que se trate de producir descendientes genéticamente superiores, al igual que en los casos de clonación, ya que el clónico sería discriminado por tener en su herencia genética dotación correspondiente a un solo progenitor.

Podemos observar que el derecho a la igualdad es elemental, ya que permite al hombre vivir de manera plena y sin ser rechazado por alguna característica que éste posea, por lo cual debe prohibirse cualquier tipo de discriminación que se practique sobre el embrión.

4.4.2. Problemas derivados de la perdurable crio-conservación del embrión.

Este aspecto es elemental, dado que el desarrollo de las técnicas de criopreservación de un embrión se van perfeccionando día con día, lo que ha suscitado una serie de dificultades, ya que la vida de un embrión en estado de suspensión de su evolución, puede prolongarse hasta por más de quince años.

¹¹⁵ Cfr. www.bioeticaweb.com

Son múltiples los problemas que se derivan al estar el embrión crió-conservado. Uno de los más importantes es el derecho a heredar, que es un beneficio que se le otorga al concebido, reservándole los derechos y ventajas que eventualmente pudieran ser en su favor, exigiéndole como condición que nazca vivo y viable.

Nuestra legislación no regula lo que debe hacerse en el supuesto de que exista un nasciturus extracorporis al que eventualmente se le hubiera reservado el derecho de heredar, puesto que no establece el tiempo límite que un embrión puede estar en crio-conservación.

Esta situación genera un estado de incertidumbre y de inseguridad jurídica, ya que si existen embriones congelados, los demás herederos estarían imposibilitados para ser declarados como tales y determinar la parte que les correspondería, además estas circunstancias podrían prolongarse por tiempo indefinido.

La doctora María Dolores Vila-Coro nos menciona al respecto, que el embrión congelado está sometido a incertidumbre en cuanto a su nacimiento, porque se halla suspendido en el vacío del tiempo y con muy escasas probabilidades de llegar a buen fin por encontrarse fuera de su medio natural.

Y además menciona que existen dos alternativas: a) privar de sus derechos al embrión durante el período de crio-preservación, para no perturbar indefinidamente el tráfico jurídico; y b) reconocer derechos al embrión congelado.

Al respecto señala que: “se deben reconocer sus derechos puesto que sería una discriminación arbitraria ante una situación creada a propósito y se estaría privando de sus derechos a una persona que, si bien en estado embrionario algunos no la reconocen como tal, no ofrecerá duda después del nacimiento.”¹¹⁶

¹¹⁶ Cfr. VILA-CORO. Op. cit. p. 170.

En relación a lo anterior, Ana María Ortell, Catedrática de la Universidad Austral de Buenos Aires, señala que el artículo 3565 del Código Civil de Argentina establece que: “*los hijos del autor de la sucesión lo heredan por derecho propio y en partes iguales... salvo los derechos que se le acuerden al viudo/a sobreviviente.*”

Por lo tanto, indica que en caso de la inseminación homóloga, los embriones crío-conservados serían hijos matrimoniales pues fueron concebidos durante el matrimonio y por consiguiente son herederos forzosos, entrando en posesión de la herencia desde el momento mismo de la muerte de aquel a quien suceden, sin embargo, la condición de herederos forzosos está sujeta a que nazcan con vida aunque fuere sólo unos instantes, ya que tendrán sus derechos como irrevocablemente adquiridos.

Señala también que es necesario establecer un mecanismo que tutele los derechos hereditarios del embrión congelado, pero sin perjudicar al resto de los herederos llamados a la sucesión, y propone la constitución de un fideicomiso testamentario, en el que se designe como beneficiarios a los herederos que concurren a la sucesión y como fideicomisarios a los embriones crío-conservados, por un plazo que no supere el período de viabilidad de los embriones existentes, indica que esta parece ser una solución viable susceptible de conciliar los intereses en juego.

En el futuro deberá instrumentarse una reforma al Código Civil a fin de prever los múltiples problemas que pueden suscitar los embriones crío-conservados.

4.4.2.1. La Eugenesia

“El término “eugenesia” deriva del griego y significa *buena raza o buena generación*,”¹¹⁷ es la disciplina creada por Francis Galton en 1870, trata del

¹¹⁷ Cfr. www.es.wikipedia.org/wiki/eugenesia

mejoramiento de la especie, y persigue el fin de favorecer el desarrollo de las razas mejor dotadas genéticamente.

Debe destacarse que “Charles Darwin, primo de Galton, desarrolló en la misma época su teoría de la evolución de las especies, según la cual existe una selección natural que permite sobrevivir a los individuos mejor dotados, y transmite a su descendencia los caracteres genéticos que posibilitaron tal supervivencia”.¹¹⁸

Galton retomó las ideas de Darwin para aplicarlas a la especie humana, proponiendo reemplazar la *selección natural* por una *selección artificial* que favorecería la reproducción de los individuos mejor dotados y obstaculizaría la de los inaptos.

Además clasificó la eugenesia en “positiva y negativa, siendo la primera aquella que estimula la reproducción de aquellos individuos mejor adaptados, incluye todos los intentos destinados a mejorar la dotación cromosómica, y la eugenesia negativa es aquella ciencia que trata de poner trabas a la reproducción de los inaptos, opera evitando la transmisión del gen defectuoso, previene la descendencia anormal mediante la eliminación física de sus portadores, evitando que sean engendrados o mediante el impedimento de uniones de individuos con alto riesgo genético”.¹¹⁹

No es sino hasta comienzos del siglo XX cuando las teorías de Galton comenzaron a ser aplicadas en países como Estados Unidos, Alemania, Francia, etc., se crearon sociedades de eugenesia y pusieron en práctica diversas medidas, como la esterilización obligatoria de individuos etiquetados como “débiles” o “inaptos”, y se dio la difusión de anticonceptivos en las capas bajas de la sociedad. Los horrores cometidos por el nazismo, ponen en evidencia lo inhumano de la ideología eugenésica.

¹¹⁸ www.geocities.com/researchtriangle/lab/2513/eugenesia.htm

¹¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ, Stella. Op. cit. p. 224.

Es por eso que los avances en las técnicas de procreación asistida y en particular la fertilización In Vitro, vienen planteando serios problemas al Derecho, se trata de conflictos en los que la fertilización in Vitro se ha visto inmiscuida, ya que poco a poco ha ido adquiriendo una finalidad eugenésica.

Esta técnica, inicialmente, se presentó como una solución para las parejas estériles, pero durante el transcurso del tiempo parece estar cambiando de objetivo, ya que no sólo se trata de dar un hijo a quien no puede tenerlo por los medios naturales, sino que ahora persigue la finalidad de darles un hijo que sea de “buena calidad”, de manera tal que pueda satisfacer el deseo de los padres.

Los adelantos en estas técnicas demuestran la posibilidad real de llevar a cabo acciones eugenésicas, en las que mediante manipulación genética se pueda elegir el sexo, color de ojos, así como cualquier otro rasgo deseado. Más aún, permiten pensar en la creación de un ser “perfecto” y la sucesión concatenada, mediante la clonación de individuos similares a un modelo escogido; también permiten la creación de seres intelectualmente inferiores o débiles, pensando como fin en el posible dominio sobre éstos.

De hecho, la práctica de la manipulación de embriones con fines eugenésicos ya existe, puesto que en Londres comenzaron a emplearla en 1990, al excluir la transferencia de embriones masculinos, cuando se sabía que la madre era portadora de alguna enfermedad que afectara sólo a los varones (como la hemofilia). La fertilización in vitro comenzó a ser propuesta como una finalidad puramente eugenésica.

Esto plantea un problema ético: ¿Tenemos derecho de fijar una lista de exigencias de “calidad” a los seres humanos recién concebidos, para decidir quiénes merecen seguir viviendo y quiénes no?, por un lado resulta comprensible que los padres deseen tener un hijo sano, pero por otro surge la duda acerca de la licitud del medio empleado ¿Puede suprimirse a los embriones por ser portadores de una enfermedad?

Algunos autores han expresado que el retorno de la eugenesia se pone cada día más de manifiesto en el denominado “diagnostico preimplantatorio” (DPI) en el que se realiza una selección de embriones que serán transferidos al útero materno, pues el objetivo de dicha técnica consiste en mejorar la calidad de los niños, gracias a los conocimientos acerca del genoma humano.

Por otro lado, un tema importante que no se debe olvidar son las consecuencias y efectos que a largo plazo puede tener sobre la sociedad. Es por ello que desde 1992 se ha planteado la necesidad de prohibir el DPI a nivel internacional, ya que esas investigaciones conducirán a emplear la fecundación in vitro para cuestiones totalmente ajenas a la lucha contra la esterilidad, y mantendrá latente la realización de prácticas eugenésicas.

En Francia, el Código de la Salud Pública, en su artículo 152-2, prevé como una de las finalidades de la procreación asistida la de evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave, lo cual constituye de manera clara una finalidad eugenésica.

En ese mismo sentido, los términos de esa ley son ambiguos, porque en realidad no se trata de *evitar la transmisión de una enfermedad al niño*, sino de evitar el nacimiento de niños que puedan estar afectados de alguna enfermedad, lo cual incluye el descarte de los embriones indeseables. En efecto, esa ley admite el diagnóstico preimplantatorio (Art. 162-17 del Código de Salud Pública) y nos indica que debe tratarse de una enfermedad grave reconocida como incurable, por lo tanto el DPI tiene por objeto: “determinar la existencia de la enfermedad a fin de prevenirla y tratarla”, no obstante pudiera suceder que el eventual tratamiento no esté al alcance de la técnica actual o de los bolsillos de los padres, por lo que estamos hablando de la eliminación de los embriones que no reúnan las condiciones exigidas.

Resulta de manera clara que esta ciencia posee un tinte discriminatorio y, por ende, atentatorio de la dignidad humana, por lo tanto, “habrá que garantizar a todos los individuos que sus rasgos psíquicos y físicos no puedan ser

predeterminados antes de nacer, ni siquiera por sus padres. [...] Se trata de que el hombre no intervenga en el destino genéticamente determinado para cada ser humano, evitando que su individualidad humana quede sujeta a deseos, pretensiones, caprichos o intereses ajenos”.¹²⁰

4.2.2.2. El sacrificio de embriones no transferibles.- ¿Aborto?

Como antes lo habíamos mencionado, dentro de la técnica de la fertilización in vitro existe un procedimiento llamado “estimulación ovárica” el cual consiste en la estimulación hormonal de los ovarios para lograr la maduración de varios folículos a la vez, “esto permite que al realizar la recolección de los ovocitos maduros se obtengan de cuatro a seis que serán fecundados para ser transferidos posteriormente al útero de la madre”¹²¹, aunque de acuerdo al procedimiento sólo se podrán transferir de tres a cuatro para evitar complicaciones de un parto múltiple.

Ante la dificultad de congelar ovocitos, lo que no ocurre con el espermatozoides, se ha procedido a realizar la crio-conservación de embriones sobrantes después de realizada la transferencia al útero materno, a fin de crear una reserva, para que en caso de que el primer intento hubiere resultado fallido no se tenga que repetir el procedimiento.

En la actualidad el problema de los embriones sobrantes se ha acentuado, por lo que diversos centros especializados dedicados a la fertilización in vitro, han optado por transferir sólo a los embriones que muestran mayores posibilidades de implantación, por lo que, basándose en los riesgos que trae consigo un parto múltiple, se está realizando una selección y eliminación de embriones que no son considerados como transferibles, dicha técnica es llamada “reducción de embriones”.

¹²⁰ Cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO. Op. cit. p. 145.

¹²¹ www.reproduccion.com.mx/insem.html

Algunos autores consideran que la eliminación de embriones no transferibles, no encuadra en el tipo penal del aborto porque, “este delito sólo puede configurarse ante la existencia de una mujer embarazada, sin que interese el procedimiento por medio del cual se logró dicho embarazo (fecundación por contacto carnal, por inseminación artificial o por implantación de un óvulo fecundado), por lo tanto, la eliminación no es considerada como una acción abortiva”.¹²² La destrucción de un embrión formado in vitro podrá merecer una sanción, pero no alcanza a ser conducta calificable de aborto.

Sin embargo, esa eliminación directa de embriones denota una total falta de respeto hacia el género humano, pero sobre todo transgrede el más excelso de todos los derechos, el “Derecho a la Vida”.

En ese mismo orden de ideas, Sebastián Soler señala que “así como el homicidio es la muerte inferida a un hombre, el aborto es la muerte inferida a un feto”¹²³ y señala que toda acción destructiva de la vida, anterior a ese momento, es calificada de aborto.

Por su parte Fontan Balestra, citado por Sebastián Soler, “establece que la expulsión o no expulsión del feto no forma parte del hecho aborto, por lo que el delito se consuma en el momento de ser destruida la vida intrauterina que es el objeto de la tutela penal”.¹²⁴

Así podemos observar cómo en Argentina, para evitar la eliminación de embriones (reducción de embriones), se transfieren todos los cigotos producidos in vitro, además en el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción se tiene la política respecto a la situación que nos atañe, que tienen límites como son: que los óvulos y los espermatozoides pertenezcan al matrimonio sin intervención de donantes, tampoco se aplican la selección embrionaria porque consideran que

¹²² Cfr. CREUS, Carlos. Derecho Penal. Tomo I, Parte especial, editorial Astrea, Buenos Aires, 1983 p. 60.

¹²³ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Citado por Stella Martínez. Manipulación Genética y derecho Penal. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p 126.

¹²⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p 225.

sería una práctica abortiva, y de igual manera se comprometen a no realizar ningún tipo de experimentación con los embriones, ya que su esfuerzo está dedicado exclusivamente a dar vida.

Por lo que respecta a nuestro país, la ley Mexicana no regula la situación de la selección y eliminación de embriones para el procedimiento de la FIVTE, tampoco regula el supuesto en que la pareja haya logrado su fin que es el embarazo, y ya no requieran de sus embriones, ¿Tienen derecho a pedir su destrucción en caso de que no quieran darlos en adopción?

Dicha conducta encuadraría en el tipo penal del aborto, ya que el artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal define al aborto, como la muerte del *producto de la concepción* en cualquier momento de la preñez y recordemos que la Ley General de Salud indica en su artículo 314 que el embrión *es el producto de la concepción*.

En función del bien jurídico que tutela el aborto, es correcto entenderlo como la muerte del producto de la concepción, siendo la expulsión del claustro materno la modalidad más frecuente, por lo que la destrucción de embriones no transferibles constituye un aborto selectivo, directo y voluntario de un ser humano inocente.

4.4.2.3. El abandono en crio-preservación.

Dentro del procedimiento de la FIVTE, nos encontramos con la técnica de la estimulación ovárica, que se efectúa para aumentar las posibilidades de éxito, de esta manera “se induce la maduración de varios óvulos a la vez para fecundarlos y al efectuar la transferencia se utilicen de 2 a 4 embriones para que se produzca el embarazo y los restantes serán utilizados como reserva por si el primer intento fracasa”¹²⁵, o en caso de resultar un éxito, los sobrantes se crió-conservaran para que en caso de que la pareja lo solicite, se intente otro embarazo.

¹²⁵ <http://www.bioeticaweb.com>

La obtención de más embriones en el tratamiento de la FIVTE, de los que van a ser transferidos produce siempre “embriones excedentes o sobrantes” y los argumentos son; que al tener un número mayor de embriones será mas eficaz el procedimiento, puesto que si fracasa el primer intento se tendrá lista una reserva además de que evitara molestias, traumas e incomodidades a la mujer y costos a la pareja.

En cuanto a las técnicas de crió-conservación (crió-preservación) de los embriones, supone conservarlos a bajas temperaturas en nitrógeno líquido para disminuir sus funciones vitales y de esta manera poderlos mantener en vida suspendida durante un largo tiempo, la crió-conservación a falta de un útero es necesaria y útil para conservar la vida del embrión.

Sin embargo el dejar crió-conservados embriones ¿ha mejorado la técnica?, “sólo en cuanto se le evita a la mujer el tener que acudir de nuevo al procedimiento de estimulación ovárica y de captura de ovocitos, pero no en cuanto al mejoramiento de la transferencia o de la reproducción que sólo aumenta por la repetición del acto, que ahora además se facilita por tener esos embriones de reserva, pero... ¿A que precio?”¹²⁶

En la actualidad ocurre que un gran porcentaje de tratamientos, no requieren de un segundo intento y entonces ¿Qué hacer con la reserva?, pues se dejan embriones crió-conservados por si la pareja quiere otro hijo, y se les informa que los embriones congelados son para ellos y ante esta situación los Centros Médicos se encontraron con unos destinatarios despreocupados y sin ningún interés por dar una respuesta, los progenitores se han desentendido de sus embriones una vez logrado su objetivo, no pagan ni si quiera la crió-conservación de sus hijos al laboratorio-depositario. Tienen un depósito y nada les urge para disponer de él, varias parejas se han negado a recibirlos como consecuencia de un divorcio, en algunos casos uno o ambos de los progenitores ha fallecido o

¹²⁶ SAINZ, Jaime. Revista de Investigación Jurídica. Escuela Libre de Derecho, año 23, No. 23, México 1999, p 359.

“incluso se niegan a manifestar sus deseos. Se da también un número importante de casos en los que las parejas de las que provienen los embriones ni si quiera son localizables para ser consultadas sobre el particular”¹²⁷.

Lo anterior ha desencadenado que todos los bancos de embriones hayan crecido inusitadamente, y que miles de embriones se encuentren abandonados por sus padres, esto los coloca en un estado de desamparo total; muchos de ellos superan los plazos legales establecidos en los pocos casos que esta situación ha sido reglamentada, como lo refiere la Ley Española No.35 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que indica que los preembriones sobrantes no transferidos al útero, sólo podrán estar crio-conservados en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años.

Y se considera que el aspecto más inquietante es el destino de los embriones, pues las legislaciones que admiten la crio-conservación de embriones generalmente indican como duración máxima de uno a cinco años, lo cual significa que después de ese período, cada año serán destruidos miles de embriones que se encuentran en estado de abandono, miles de existencias inocentes serán truncadas.

Tenemos así que la crio-conservación comienza como una técnica que en un principio salvaguarda la vida para una posterior transferencia, pero el salvamento sería autentico si después se garantizara a cada embrión abandonado la posibilidad de llegar al nacimiento; pero al no realizarse, esa vida en suspenso al cual le sujeta la congelación, frecuentemente se transforma en antesala de la muerte.

El abandono en crio-preservación mantiene la vida del embrión suspendida, atentando contra todos los derechos que posee por tratarse de un ser humano, tal vez una solución a esa situación podría consistir en limitar legislativamente la cantidad de óvulos a fecundar. De esta manera se limitaría el número de

¹²⁷ Ibidem. p 363.

embriones a procrear y se evitaría así la crio-preservación o selección de embriones.

Se pueden adoptar también una serie de medidas que “pueden ser aplicadas sin necesidad de cambiar las normas, en las que en todo caso el denominador común es promover el compromiso de los padres en las distintas fases del desarrollo y conservación de los embriones para adoptar las medidas adecuadas en cada caso y momento. Además del compromiso de utilización de los embriones por parte de las parejas progenitoras”.¹²⁸

Respecto a la situación anterior, en Argentina: “la Reglamentación Legal Nacional de la Filiación por dación o abandono del concebido crio-conservado, ha tomado cartas en el asunto y señala en el punto G.4.b, la prohibición de fecundar más de tres óvulos” e impide la práctica de la crio-conservación, salvo situación excepcional de emergencia”.¹²⁹ Asimismo indica que el abandono expreso o tácito del embrión, constituirá causal de privación irreversible de la patria potestad de ambos progenitores.

En relación a lo anterior, en la actualidad es una realidad que en casi la mayoría de los laboratorios médicos especializados en la aplicación de las técnicas de reproducción médica humana, sobreviven congelados y abandonados cientos de embriones, soportando un agravante e ilegítimo atropello al reconocimiento expreso de su derecho a la vida, a su integridad y dignidad. Es por ello que debe actuarse de manera inmediata para dar una solución viable que proteja a los embriones y repare los daños que les causaron al crio-conservarlos, y privarlos de ser acogidos por una madre.

4.4.2.4. Cesión a otra pareja.- ¿Donación o adopción?

La situación de los embriones congelados no es nueva, pero sigue siendo dramática porque, como se ha expuesto anteriormente, el procedimiento de la

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ <http://www.revistapersona4t.com/22arias.htm>

estimulación ovárica trae como efecto la técnica de la crio-preservación que da como resultado millares de embriones abandonados, por lo que se ve la imperiosa necesidad de llevar a cabo alguna acción que no los deje en el abandono, estado actual en el que se encuentran.

La pregunta sigue siendo ¿Qué hacer con ellos?, desafortunadamente, nuestra legislación actual no regula nada al respecto, la Ley General de Salud nos habla de la “donación” de órganos, tejidos, células y componentes sanguíneos, en el caso particular de los embriones conserva el mismo tratamiento, por lo que consideramos que es impropio desde el punto de vista jurídico, ya que el embrión es un *spes hominis* –expectativa de hombre-.

Por lo tanto, tratándose de un embrión, no podríamos hablar de donación, puesto que no se trata de una cosa o una parte trasplantable del cuerpo humano, además “la donación identifica un contrato que lleva por objeto bienes susceptibles de apreciación pecuniaria” ¹³⁰ tal contrato puede reputarse de oneroso (y de hecho, al intervenir una sociedad mercantil, como lo son la mayoría de las clínicas) y no sólo los servicios médicos, sino los gametos del donante y hasta el embrión mismo, pueden ser sujetos a un ‘precio’. Lamentablemente dicha situación no es lejana, sino que en la actualidad ya ocurre.

Ante esta situación, la adopción de embriones congelados es la mejor solución para esos seres humanos que se encuentran en estado de vida suspendida, con la adopción se trata de dar solución al mal que ya está hecho (fruto de la aplicación de la técnicas de fecundación in vitro), mediante un acto de generosidad que engrandece al matrimonio que acoge a ese ser humano en estado embrionario.

¹³⁰ <http://www.biotech.boetica.org>

Porque “dejar indefinidamente a los embriones en las neveras sería usar medios desproporcionados y extraordinarios, como es la crio-conservación, que ofenden la dignidad del embrión.”¹³¹

Por lo tanto, si los embriones crio-preservados quedasen abandonados o huérfanos, podría tramitarse la adopción.

Quizás habría que regular la adopción adecuadamente o incluir la **adopción prenatal**, puede ser que implique cambiar más de una ley, ya que habrá que bajarla de la teoría a la práctica.

La adopción prenatal sería el único medio de darle al embrión una oportunidad real de desarrollo humano, pues es una opción que intenta subsanar el mal causado y puede darles una salida digna.

4.4.2.5. La investigación en embriones humanos.

La investigación conlleva implícitas la observación y la experimentación;

a) la observación implica la contemplación y obtención de datos sin intervenir en el proceso natural de lo que se investiga y,

b) la experimentación es una intervención directa, destinada a descubrir, demostrar, dirigir o alterar sus consecuencias, para mostrar determinados fenómenos o principios científicos.

Como podemos apreciar, la investigación es un género que admite las dos especies anteriores.

“Parecería entonces, a simple vista, que la mera observación no merece ningún juicio de reproche, pero es el caso que, en ocasiones el método utilizado para ese fin sí produce consecuencias dañosas, más grave todavía cuando se

¹³¹ Idem.

introducen variantes que alteran el resultado natural, como sucede en la experimentación”.¹³²

En la actualidad, la ciencia vincula la investigación más estrechamente a la experimentación que a la mera observación. Así, se define investigar como: “realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia.”

Así pues, de acuerdo a lo que se investiga (en este caso hablamos de investigación en embriones) difícilmente puede concebirse como una mera observación del embrión, ya que con la tecnología actual poca información puede derivarse de ello.

Es por esta razón que, de forma casi ineludible, debe considerarse que la investigación en este campo ha de estar basada en la manipulación y experimentación embrionaria.

Unido a lo anterior, un aspecto que resulta fundamental para la investigación, es determinar el momento a partir del cual cabe reconocerle al embrión su calidad de sujeto de derecho, para que de esta manera se analice qué conductas son o no reprochables.

De este modo, según la concepción jurídica de que se parta, podrá admitirse o no la investigación sobre el embrión; hay quienes denominan preembriones a los óvulos fecundados en laboratorio durante los primeros catorce días tras la fecundación, por lo tanto consideran lícito investigar y experimentar sobre ellos y por el contrario, hay quienes consideran que el embrión tiene su origen desde el momento en que se fusionan los dos gametos considerando que merece respeto y que tiene derecho a la vida.

¹³² SOTO LAMADRID. Op. cit. p. 211

La investigación en embriones humanos se permite en general, pero los límites difieren según se trate de embriones vivos o no, y si son vivos según sean o no considerados viables.

Tratándose de embriones vivos se permiten las investigaciones e intervenciones con fines diagnósticos y terapéuticos, cuando tienen por finalidad el bienestar del embrión, pero siempre y cuando no tengan fines eugenésicos, es decir, de algún tipo de selección. Y se excluye tanto la investigación como experimentación con otros fines diferentes a los diagnósticos y terapéuticos, ya sean los embriones viables o no.

Por investigación embrionaria terapéutica entendemos “la investigación realizada sobre un cigoto para mejorar sus posibilidades de ser implantado con éxito y desarrollarse sano; y la investigación embrionaria no terapéutica, por otro lado, no pretende promover las oportunidades de desarrollo de un cigoto concreto; los cigotos que han sido sometidos a investigación no terapéutica son eliminados y no implantados”.¹³³

No obstante, se admite la investigación con fines diferentes a los terapéuticos y diagnósticos, 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.

Un ejemplo de lo anterior lo tenemos en la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida en su artículo 16-2 que menciona que: “Se prohíbe la experimentación en preembriones vivos, obtenidos in vitro viables o no, en tanto no se pruebe científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines. Si en determinados protocolos experimentales se demuestra que el modelo animal no es válido, se podrá autorizar la experimentación en

¹³³ ROMEO CASABONA. Op. cit. p. 238

preembriones humanos no viables por las autoridades competentes o por la Comisión Nacional Multidisciplinar, si así se delega”.¹³⁴

En países donde la ley es restrictiva en cuanto a la investigación con gametos y embriones humanos, sólo permiten que se realicen si el objetivo de esa investigación es mejorar la fecundación in vitro para provocar un embarazo, pues existe un gran interés de mejorar el conocimiento de la reproducción humana y de los mecanismos y condiciones necesarias del embrión para lograr una implantación, que prospere en las paredes del útero.

En diversos países se prohíbe la creación de embriones especialmente para ser usados en la investigación, así por ejemplo, tenemos a Francia, Alemania, Noruega y España.

En el caso de los embriones no viables, se autorizan ciertos tipos de investigación con otros fines que no sean los de comprobación de su viabilidad o diagnóstico siempre que se cuente con una autorización; así mismo, tratándose de embriones muertos no hay inconveniente para admitir tanto la investigación como la experimentación para fines científicos, diagnósticos o terapéuticos.

Sin embargo, el problema principal radica en determinar cuándo el embrión es considerado viable o no. En general sólo se consideran viables cuando por lo menos la mitad de sus blastómeros son normales, pero parece ser que hoy en día se puede obtener éxito en peores condiciones.

El riesgo que está latente en la actualidad es que los investigadores lleguen a trabajar con embriones que estén muertos porque se les haya dejado morir, es por esa causa que se condena como una falta muy grave la obtención intencionada de embriones muertos o no viables.

Los procedimientos que realiza la ciencia en pos de futuros avances, no aseguran que en algún momento ella pueda dejar de lado la ética, arrastrada por

¹³⁴ www.datadiar.com/actual/legislación/penal/135_88.htm

un incontenible deseo de investigación. Sin ir más lejos, la denominación de preembrión por parte de algunos, deja abierto el camino para todo tipo de investigaciones y experimentaciones en laboratorio.

En virtud de lo anterior, el embrión humano vivo y viable no debe ser sometido a la destrucción intencional, aún cuando la motivación alegada sea ayudar a otros.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho Romano admitió que el infante simplemente concebido podía prevalerse de un derecho, en consecuencia, se le consideraba provisionalmente como vivo, siempre que fuera en su beneficio, con la condición de que naciera viable. Por lo que se nombraba un *curator ventris*, quien se encargaba de proteger sus intereses y administrar sus bienes hasta que naciera. No es que se le reconociera como sujeto de derechos sino que solo se tomaban medidas para proteger los intereses de esa futura persona.

SEGUNDA.- Los países Ibéricos tienen una clara influencia Romana, consideran que aunque el concebido no tenga propiamente personalidad jurídica, es un futuro ser humano y por lo tanto, le otorgaron protección para todos los efectos que le fueran favorables, siempre que cumplieran los requisitos que imponen sus legislaciones para considerarlos como nacidos.

TERCERA.- La Iglesia Católica ha mantenido una postura inmutable respecto al nasciturus, pues considera que desde el momento mismo de la fecundación es una persona, que merece que se promueva, respete y defienda su vida y sus derechos.

CUARTA.- El descubrimiento de América por los españoles, jugó un papel importante, pues su legislación comenzó a ser aplicable en nuestro territorio, y a pesar de la influencia que ejerció, éste no tuvo un gran choque con la esencia y realidad del ámbito jurídico mexicano respecto al nasciturus, debido a que no se contraponían los preceptos, sino que se complementaban, lo que trajo como consecuencia que se siguiera protegiendo, por lo que en la actualidad se tiene por nacido para los efectos que le sean favorables.

QUINTA.- En la actualidad la FIVTE es una técnica de reproducción humana médicamente asistida que experimenta un acelerado avance científico, lo

que trae como consecuencia que nuestro derecho no pueda alcanzar a legislar todas las situaciones que de ello se desprenden.

SEXTA.- Del procedimiento de la FIVTE se deriva la técnica de la crió conservación, la cual mantiene al embrión en animación suspendida por tiempo prolongado, lo que trae como consecuencia que se generen en torno a ello un sin número de situaciones que no han sido previstas por nuestro derecho, por lo que considero que se les deben reservar sus derechos por ser considerados spes hominis -expectativas de personas-.

SEPTIMA.- Derivado de lo anterior se propone formular una recomendación a los médicos para que efectúen una escrupulosa selección de óvulos óptimos y no fecundar la totalidad de los obtenidos en la captura, a fin de evitar en lo posible los embarazos múltiples y el excedente de embriones para crio-conservación.

Así mismo para llegar a ese resultado se propone impulsar la investigación médica para restringir en lo posible el número de óvulos fecundados.

OCTAVA.- Los embriones de reserva deben de quedar bajo la responsabilidad de la pareja debiendo asegurar su gestación o su otorgamiento en adopción.

Para tal efecto se propone imponer un plazo máximo de crio-conservación de cuatro años, transcurrido el cual sin el cumplimiento por la pareja de su responsabilidad, los embriones quedarán a disposición de la autoridad competente, para ofrecerlos en adopción prenatal.

NOVENA.- Consideramos que se debe facultar al Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), para intervenir de oficio en la vigilancia de los procedimientos terapéuticos y al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la pareja; así como para otorgar en adopción prenatal a los embriones abandonados por sus progenitores.

En consecuencia resulta necesario establecer legalmente la figura de la adopción prenatal, pero ese punto no es materia de esta tesis.

DÉCIMA.- Nuestra legislación vigente no cuenta con una regulación apropiada a las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, y como consecuencia, tampoco garantiza la protección al nasciturus extracorporis, por lo que es indispensable que el derecho actúe al respecto, ya que esto representa un grave retraso legislativo, pues la realidad nos supera con creces.

BIBLIOGRAFÍA:

TEXTOS:

ACOSTA ROMERO, et. al. Código Civil para el Distrito Federal Comentado. Vol. I, 2ª Edición, Ed. Porrúa, México, 1998.

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I. 16 edición. Ed. Edisofer, S.L, Madrid, 2004.

ARAMBURO, Mariano. La Capacidad Civil. 2ª ed., Editorial Reus, S.A., Madrid 1931.

ARIAS RAMOS, J. et al. Derecho Romano I. Parte General. 18ª ed. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1991.

ASSO Y DEL RIO, Ignacio Jordan de, ET AL., Instituciones del Derecho Civil de Castilla, 5ª Ed. editorial Lex Nova, Madrid, 1805.

BERGEL, Salvador. Bioética y Derecho. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2003.

BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. 6ª edición, Editorial Porrúa, México 2002.

BLAZQUEZ, Niceto. El aborto, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1997.

BRAVO GONZALEZ, Agustín. ET AL. Primer Curso de Derecho Romano. 19ª edición. Ed. Porrúa, México, 2002.

BRENA SESMA, Ingrid. El Derecho y la Salud. Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

CARCABA FERNANDEZ, María. Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana. José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1995.

CÓRDOBA, Jorge Eduardo. Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes. Ediciones Alveroni, Argentina, 2000.

CREUS, Carlos. Derecho Penal. Tomo I, Parte especial, editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

DI PIETRO, Alfredo. Derecho Privado Romano. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1996.

EZCURDIA LAVIGNE, J. Curso de Derecho Natural citado por Vila-Coro Barrachina María Dolores, Introducción a la Biojurídica. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1995.

FERNANDEZ SESSAREGO. Derecho Civil de Nuestro Tiempo. Gaceta Jurídica editores, Perú, 1995.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, Parte General. 9ª edición, Ed. Porrúa, México, 1989.

GARCÍA AMIGO, Manuel. Derecho Civil de España. Parte General. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1997.

GARCÍA VITORIA, Aurora. El tipo Básico de Aborto. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1981.

GAYOSSO Y NAVARRETE, Mercedes. Anuario de Historia del Derecho Mexicano, Vol. IV, México 1992.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, "Elementos del Derecho Civil y Penal de España", Tomo I, 8ª edición, Madrid, 1868.

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

GUTIERREZ FERNÁNDEZ, Benito. Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tomo I, Ed. Lex Nova, S.A., Valladolid 1988.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo. El Aborto en España. Análisis de un proceso Sociopolítico. Universidad Pontificia Comillas-Madrid, 1996.

JUAN PABLO II, Papa. Carta a las Familias, No. 9.

JUAN PABLO II, Papa. Evangelium Vitae, Documentos Pontificios, Librería Parroquial de Clavería, marzo de 1995.

JUAN PABLO II, Papa. Redemptor hominis, Ediciones Paulinas, México, 1979.

JUAN XXIII, Papa. Mater et Magistra. Enciclica Social, Ed. Herder, Barcelona, 1963.

KAUFMANN, A. Avances de la Medicina y el Derecho Penal, citado por Gómez Sánchez, Yolanda, El Derecho a la Reproducción Humana, Servicio publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

KIPER, Jorge. La Justicia en la Sociedad que se Avecina. Tomo I La Fecundación Asistida. Ed. Losada, Argentina, 1996.

LEÓN-PORTILLA, Miguel. La Filosofía Náhuatl, 2ª Ed. Instituto de Historia, UNAM, México, 1959.

LLEDÓ YAGUE, F. Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

LÓPEZ AUSTÍN, Alfredo. Hombre-Dios Religión y Política en el Mundo Náhuatl, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, México, 1989.

LÓPEZ AUSTÍN, Alfredo., Cuerpo Humano e Ideología. La Concepción de los Antiguos Nahuas, UNAM, México, 1984.

LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, Ética y vida, Ediciones Paulinas, Madrid, 1990.

LOYARTE Dolores, Procreación humana artificial: un desafío bioético, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.

MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil Español. Tomo I, 7ª ed., Editorial Reus, S.A., Madrid 1987.

MARTÍNEZ, Stella. Manipulación genética y Derecho Penal. Editorial Universidad, Buenos Aires 1994.

MASSAGLIA DE BACIGALUPO, Maria Valeria. Nuevas formas de Procreación y Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc S.R.L, Buenos Aires, 2001.

NOLASCO DE LLANO, Pedro, Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez, a las Ochenta y Tres Leyes de Toro, Editorial Lex. Nova, Valladolid, 1981.

P. HERRERO, Zacarías. El Aborto: Los Obispos se Pronuncian. Editorial Estudio Agustiniiano, Valladolid, 1986.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de José Ferrández González. 18ª edición, Ed. Porrúa, México 2002.

QUINTERO MONASTERIOS, Rubén.- Inseminación Artificial Humana, Su valor en el tratamiento de la infertilidad.- Tesis de Medicina, Universidad Central de Venezuela, 1974.

RAMBAUR, Raymond.- El drama humano de la inseminación artificial.- Impresiones Modernas, México, 1953.

RENTERÍA DÍAZ, Adrián. El Aborto, entre la Moral y el Derecho. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, 2001.

RIESGO MÉNGUEZ, Luis. Ahora hubieran cumplido 10 años (las primeras víctimas de la despenalización del aborto). Ed. Palabra, Madrid, 1995.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Biotecnología y Derecho. Ed. Comares, España, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio, El Aborto Aspectos Jurídico, Antropológico y Ético, Universidad Iberoamericana, México, 2002.

SAGRADA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Declaración sobre el aborto provocado, Ediciones Paulinas, 1974.

SAHAGÚN, Bernardino de. Historia General de las Cosas de la Nueva España (anotación y apéndices de Ángel María Garibay K.), Tomo II. 2ª edición. Ed Porrúa. México 1969.

SAHAGÚN, Bernardino de. Historia General de las Cosas de la Nueva España (anotación y apéndices de Ángel María Garibay K.), 8ª edición. Ed Porrúa, S.A., México, 1992.

SAINZ, Jaime. Revista de Investigación Jurídica. Escuela Libre de Derecho, año 23, No. 23, México 1999.

SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios de Derecho Civil, Historia General de la Legislación Española, Tomo I, 2ª Ed. Madrid, 1886.

SEJOURNE, Laurette. Pensamiento y Religión en el México Antiguo, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Citado por Stella Martínez. Manipulación Genética y derecho Penal. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.

TOULAT, Jean. El aborto ¿Crimen o liberación?, Tr. Martí Lloret, Antonio, Ed. Mensajero, España, 1975.

TRUEBA OLIVARES, Eugenio. El Aborto. 3ª edición, Ed. Ius, México, 1978.

VÁZQUEZ BAUTISTA, Ma. Eugenia.- "Inseminación Artificial en Seres Humanos".- Tesis Profesional.- UNAM, México, 1987.

VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores, Introducción a la Biojurídica. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1995.

LEGISLACION:

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2005.

CODIGO CIVIL FEDERAL, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2005.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2005.

LEY GENERAL DE SALUD, www.scjn.gob.mx.

FUENTES:

CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA; Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, México, 1884.

CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA-CALIFORNIA; imprenta dirigida por José Batiza, México, 1870.

CÓDIGO DE LAS 7 PARTIDAS. Códigos Españoles concordados y anotados, tomos II, III y IV. Imprenta de la Publicidad a cargo de Rivadeneyra. Madrid, 1848.

DI PIETRO, Alfredo Tr. INSTITUTAS DE GAIUS, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1975.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 26 de mayo de 1923, México, 1923.

FUERO JUZGO O LIBRO DE LOS JUECES, por la Real Academia española, editorial Lex Nova, Valladolid, S/A.

LAS 7 PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO, glosada por el Lic. Gregorio López, Librería Rosa Bouret, Paris 1851.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES, Ediciones Andrade, S.A., México, 1964.

ORTOLÁN, M. INSTITUCIONES DE JUSTINIANO, Edición bilingüe, bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.

PONSSA DE LA VEGA, Nina Tr. REGLAS DE ULPIANO, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1970.

RODRIGUEZ DE FONSECA, Bartolomé Agustín. EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO, traducido y publicado en el siglo anterior, Nueva Edición, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1982.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS:

DECRETUM, Diccionarios Jurídicos V4 Copyright 1998 - 2003 LEJR., Voz: "Interdicción"

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE TEOLOGÍA MORAL.- Ediciones Paulinas, España, 1980.

DICCIONARIO MÉDICO-BIOLÓGICO UNIVERSITY.- Editorial Interamericana, S. A.- México, D. F., 1996.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA ESPASA-CALPE, S.A., Hijos de Espasa-Calpe Editores. Barcelona 1921.

INTERNET:

http://ar.geocities.com/magisteroiglesia/didaje/dadaje_1.html,

<http://www.bibliojuridica.org./libros/2/730/45.pdf>

<http://www.biotech.boetica.org>

<http://www.bioeticaweb.com>

http://www.catholic-church.org/mscperu/biblioteca/1historia/martires08_suplicios.htm

<http://comunidad.derecho.org>

http://www.corazones.org/doc/gaudium_et_spes.htm.

http://www.datadiar.com/actual/legislación/penal/I35_88.htm

<http://www.encuentra.com>

[http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=171&capitulo=2424.](http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=171&capitulo=2424)

<http://www.es.wikipedia.org/wiki/eugenesia>

<http://www.geocities.com/researchtriangle/lab/2513/eugenesia.htm>

<http://www.iruya.com/content/view/103/70/>

<http://www.IVF-ET.com>

<http://www.ivi.es/tratamiento/inseminación.htmtop>

<http://www.monografias.com/trabajos12/elderint/elderint.shtml>

<http://www.reproduccion.com.mx/insem.html>

<http://www.revistapersona4t.com/22arias.htm>

<http://www.vidahumana.org>

<http://www.zocalo.ci/infertilidad/crío2.asp>