



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO.**

***TECNICAS ARTIFICIALES EN LA PROCREACION HUMANA Y
ADECUACIONES EN LA LEGISLACION FEDERAL MEXICANA.***

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA
URIEL CABRERA PERALTA**

NOVIEMBRE 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedico mi tesis con todo mi amor y cariño.

A ti Dios que me diste esta oportunidad y de regalarme una familia maravillosa.

A ti Lety; mi esposa, muchas gracias por compartir conmigo tantas cosas en nuestra vida cotidiana; en lo particular, te comparto este día tan importante mí. Quiero darte las gracias por todo el apoyo que me has dado para continuar con mi camino, gracias por estar conmigo y ten siempre presente que eres para mí muy importante. A mi madre; Aurora; que aunque pasamos tiempos difíciles con la familia siempre tengo presente todo tu esfuerzo que hiciste por ella, y a mis hijos Karen, Daniela Montserrat y Carlos Eduardo que han sido la motivación para desarrollarme profesionalmente y que vean en ello la esperanza de su propia superación.

A ti papá, quien a pesar de que no estás aquí ahora en estos momentos conmigo, sé que tu alma si lo está y porque tuviste los mismos sueños que yo, que hoy confirmo, en virtud de mis recuerdos de infancia en que en que me enseñaste a leer; quizás supieras que este habito que tuviste siempre fuera para mí la principal herramienta de mi vida. Te dedico mi tesis con todo mi corazón. Nunca te olvidaré.

A mis hermanos, Santiago, Cesar y Norma de quienes recibí sus palabras alentadoras para seguir con este proyecto y a mis cuñadas Margarita y Patricia por el apoyo y motivación que me regalaron, en el caso de esta ultima por las cosquillas que producía la eterna pregunta, *¿Ya mero?*

A mis amigos, muchas gracias por estar conmigo prestándome su apoyo y comprensión desde que los conozco. Gracias, siempre los llevare en mi corazón.

A mi asesor, por su desinteresada y generosa labor, su inagotable entusiasmo y sus acertados consejos y sugerencias.

A las autoridades de mi Centro de Trabajo, quienes me otorgaron las facilidades para que ésta tesis se llevara acabo.

Índice.

Introducción	i
---------------------------	---

Capítulo I.

Antecedentes históricos y sociales de la procreación humana.

A. En la Biblia.	1
B. En Grecia.	2
C. En Roma.	4
D. En la Cultura Azteca.	10
E. Evolución de las Técnicas Artificiales.	16
F. México Actual.	19

Capítulo II.

Estructura.

A. La procreación humana.	22
B. La fecundación.	24
C. La anidación.	25
D. El embrión.	26
E. El desarrollo fetal.	26
F. La fertilidad e infertilidad.	26
G. Esterilidad.	29
H. Técnicas de Procreación Artificial.	36
I. Inseminación artificial.	38
J. Fecundación Artificial.	42
1. Transferencia de Gametos a las Trompas de Falopio.	43

2. Fertilización In Vitro.	44
3. Fertilización In Vitro con Transferencia de Pronucleos.	45
4. Inyección de Espermatozoide Dentro del Ovocito.	46

Capítulo III.

Técnicas de procreación en México.

A. Aplicaciones.	47
1. Dentro del matrimonio.	49
2. Fuera del matrimonio.	54
3. Después de muerto un cónyuge.	57
4. Maternidad sustituta.	58

Capítulo IV.

Adecuaciones a la legislación Federal Mexicana.

A. En la sociedad.	62
B. En la familia.	110
C. En la pareja.	114
D. En el concebido.	128

Resumen, conclusiones y propuestas.	134
--	------------

Bibliografía.	148
------------------------------	------------

Introducción.

En esta investigación muestro como históricamente la fertilidad ha jugado un papel importante y como la descendencia género consecuencias favorables y en otros casos; a falta de esta, desfavorables, en la esfera jurídica del individuo, al grado de influir esta en beneficios, como fue en el caso de la Roma antigua o para mantener un número constante de individuos para la guerra como en la cultura azteca. En los casos de infertilidad, como es lógico, no existieron métodos tan eficaces como ahora, sino por el contrario, se hacían consistir en ritos que son una muestra de que la lucha contra ella data de hace mucho tiempo.

Haré una breve reseña de la evolución, ya en tiempos mas reciente, de los avances que se generaron por el hombre en su intención de crear vida con auxilio de la ciencia, desde las prácticas mas sencillas como la inseminación hasta la primera fertilización in Vitro con éxito y los avances que en México se han dado.

En el segundo capítulo se consideró importante, por ser la base para emitir criterios sobre los impactos en diversos aspectos, explicar de la forma más sencilla lo relacionado al aspecto biológico del ser humano como preámbulo de la procreación humana y las diversas etapas del inicio de la vida con la fertilización hasta el nacimiento. Aludo los términos como el de infertilidad y esterilidad y una gama de causas que las originan en el hombre y la mujer. También se abordó a la inseminación y fecundación artificial y los procedimientos existentes hasta ahora como técnicas artificiales a fin de ir adelantando algunas conclusiones propias.

Posteriormente en el tercer capítulo se explicó la forma en que las técnicas benefician a los individuos, es decir; la gama de posibilidades que se pueden generar, atendiendo el estado civil de las personas y la concurrencia de otros actores como lo son los donadores de células progenitoras, la maternidad sustituta y la situación del concebido en casos en que ha muerto el padre.

Finalmente en el capítulo cuarto, analizó los impactos en la sociedad partiendo de los derechos genésicos o derechos a salud reproductiva, mundialmente reconocidos y garantizados por nuestra legislación, el nacimiento de nuevas actividades especializadas, como lo son las clínicas de fertilidad, en las que se aplica la técnica a costos fuera del alcance de las mayorías y sus enlaces como mediadoras con otras actividades con dudoso altruismo. Aludo a otros métodos que atentan contra la vida como lo es el diagnóstico preimplantario, detención del desarrollo normal del embrión por crióconservación; que en el peor de los casos acaban con la vida tecnológicamente iniciada con las prácticas del descarte y la reducción embrionaria. También abordó la cuestión relativa a la investigación, en que casos se permite y sus fines. Por otra parte se tocan aspectos hacia el interior de la familia y el advenimiento de una pluralidad de padres y madres. Respecto al concebido trató el estado de fragilidad en la que se encuentra en la vía de hecho como el derecho a la vida, derecho a la dignidad e integridad física, derecho a tener una familia, daños a su salud por negligencias médicas y su derecho a la identidad.

ADVERTENCIAS

Primera Advertencia.

Considero que este tema contiene varios aspectos que hacen mérito de ser abordado en el Seminario de Sociología Jurídica, partiendo inicialmente de lo importante que es naturalmente para el género humano el contar con descendencia, sin embargo; las técnicas artificiales de procreación humana, sociológicamente se presentan hoy a la par de la procreación natural como hechos íntimamente relacionados con el deseo de los individuos a concebir hijos. De la práctica de estas técnicas, independientemente del proceso de angustia, ansiedad y crisis que trae consigo la incapacidad reproductiva, se da la posibilidad de que la pareja o las personas acudan a especialistas en fertilidad en donde, no obstante de que los tratamientos son largos, dolorosos y costosos, se efectúa manipulación en mujeres al estimularlas ováricamente; si los procedimientos en conjunto tienen éxito; dan origen en casos de inseminación o fertilización heteróloga, a manipulaciones como diagnósticos preimplantarios y de llegar a su fin el embarazo; repercusiones en los hijos concebidos bajo estas técnicas quienes desconocen sus padres biológicos, y el resto de su familia. El deseo de tener un hijo por estas vías da origen a pluralidad de padres y madres, incremento de los embriones congelados o embriones sobrantes y su descarte o reducción embrionaria que no es otra cosa que aborto, en virtud de que nuestra legislación protege al individuo desde la concepción. Aun con estos aspectos las normas jurídicas mexicanas merecen una adecuación a fin de que se contemple y vigile procedimiento de quienes tienen ese derecho al hijo, quienes aplican esas técnicas, quienes actúan “altruismo” donando células germinales y quienes “presten servicios de gestación” entre otros aspectos.

Segunda Advertencia.

Para el desarrollo de esta tesis se consideró la legislación vigente al mes de septiembre del 2006 por lo que se considera actualizada.

Tercera Advertencia.

Toda vez que este trabajo implica abordar temas que inciden en la Ciencia Medica, me permití citar textualmente algunos puntos de autores que tratan esta temática.

Cuarta Advertencia.

El objeto de esta tesis es obtener el Título Profesional para poder ejercer la Licenciatura en Derecho y estar en posibilidad de elevar el nivel de vida de mi familia y el personal. Dada la versatilidad que requieren los tiempos modernos quiero desarrollarme profesionalmente siempre con la disposición de compartir los conocimientos adquiridos en la facultad de derecho de la Universidad Nacional en beneficio de la sociedad. Fundo esta pretensión en lo dispuesto el Artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México y 18, 19, 20 Apartado A inciso a), 21, 22 24, 26, 28, 29 y 30 del Reglamento General de Exámenes.

Lo que me ha motivado a realizar esta tesis es mostrar que independientemente de los derechos reproductivos consagrados en la Constitución Política de los Estados Mexicanos que dispone:

*“Artículo 4º....
Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre,
responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de
sus hijos...”*

Pocos son los dispositivos jurídicos que tienen relación con la práctica de las técnicas artificiales de procreación humana encenrándose dispersos en la legislación sanitaria, civil y penal, pero sin regularlas a de forma concreta y a fondo. Planteo la necesidad de adecuar los aspectos que se omiten y concretarlos en la Legislación Federal Mexicana acorde al tercer párrafo del citado artículo constitucional:

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

Capítulo I.

Antecedentes históricos y sociales de la procreación humana

A. En la Biblia.

Este texto, de los más importantes en la literatura universal; nos deja claro que desde tiempos muy antiguos la fertilidad humana ha sido un tema de relevancia. En efecto en el Génesis, como parte de los Libros Históricos, Dios muestra a su pueblo, que quiere liberrar; que ese don de concebir hijos, desde la creación; tiene un carácter de bendición sin caer en el error de una procreación irresponsable al establecer:

*“Dios los bendijo, diciéndoles: Sean fecundos y multiplíquense.
Llenen la tierra y sométanla”¹*

Mas adelante dice:

*“Un regalo del Señor son los hijos, recompensa, el fruto de las
entrañas”²*

Considero que es una dicha para toda mujer ser premiada, con un hijo nacido de ella misma y conservar ese regalo, viéndolo crecer con sus enseñanzas.

*“Tu esposa será como vid fecunda en medio de tu casa, tus hijos
serán como olivos nuevos alrededor de tu mesa.”³*

También es dicha para el hombre contar con una compañera capaz de contribuir en perpetuar su sangre formando una buena familia. Con estas citas deduzco que desde la antigüedad la infertilidad está relacionada con el género humano y que desde el punto de vista teológico ha sido de suma importancia el contar con descendencia; se tiende a marcar a la mujer infértil como generadora de esa desdicha biológica

¹ Génesis, 1.,28.

² Salmos, 127,3.

³ Salmos, 128,3.

universal, como portadora de una maldición divina. En nuestros tiempos, tiene una connotación muy negativa, llegando a convertirse en un peligro para la unión y estabilidad de la familia.

B. En Grecia.

Esta cultura le atribuía a la reproducción humana efectos religiosos, patrimoniales y de políticas públicas. En el matrimonio legítimo; el hombre y la mujer tenían como finalidad la consecución de un heredero, por lo que se evitaba tener un número elevado de hijos. La maternidad era muy importante pero no significaba tener muchos hijos. En la tragedia Ion de Eurípides, este narra:

*“la dicha única” que la reina Creusa anhela “es criar hijos y que sean buenos”, aborreciendo la vida sin hijos que son una “riqueza” y “las flores de la fecunda juventud” y lamentándose “sin hijos, solitaria y doliente en su esterilidad”.*⁴

En realidad el hombre griego percibía al matrimonio como un medio por el que se le obligaba a concebir hijos y con ello contribuir a la permanencia de la República. A consecuencia de estos intereses, para el marido, las causas de divorcio, entre otras, estaba la de la falta de descendencia. Bajo la premisa política de que:

*“es preciso que el esposo y la esposa se convenzan de que están obligados, en cuanto de ellos dependa, a dar a la república hijos bien formados de cuerpo y alma”, Platón agrega que a aquellos matrimonios que, durante el plazo de diez años, “no hayan tenido hijos, se les separará”*⁵

⁴ Eurípides. “ Ion”, En las diecinueve tragedias. Editorial Porrúa. México. 1989.p.p. 237 a 244

⁵ Platón. Las Leyes o La Legislación, L. VI, en las leyes-epnomis-El Político. Editorial Porrúa. México. 1975.p.131.

En búsqueda de ese prestigio social que le otorgaba el tener descendencia los recién nacidos eran sometidos a un ritual con el que el padre lo reconocía como hijo suyo:

“Una vez finalizado el parto era costumbre en la antigua Grecia atar una rama de olivo encima de la puerta de la casa si era niño o una banda de lana si era niña. El quinto o séptimo día después del alumbramiento se realizaba la ceremonia de la Anfidromias. Se cogía al recién nacido y se le paseaba en círculos alrededor del fuego de la casa y luego se le depositaba en el suelo. Así quedaba inscrito en el oikos y se le unía al hogar del que precedía. Era la forma oficial de que un recién nacido era reconocido por su padre. En opuesto a casos, el bebé era arrojado fuera del hogar y expuesto en el agros (espacio lejano salvaje) para que fuera devorado por los animales o recogido o adoptado. En Esparta por ejemplo se exponía al neonato cerca del monte Taigeto y la decisión no la tomaba el padre sino el consejo de ancianos”⁶

El hombre privado de descendencia; podía servirse de la adopción, bien en vida o a través de testamento. El padre que solo tenía una hija casada, podía adoptar al hijo de esta, convirtiéndolo en su heredero y así evitaba que a su muerte alguno de sus propios parientes le exigiera el divorcio para desposarla el mismo.

Al igual que en otras culturas la salud humana estaba resguardada por el Dios Asclepiades. Una parte de la medicina de la Grecia antigua giraba alrededor del culto a Asclepiades, sin embargo al relacionarse la salud fuera de los cultos religiosos poco a poco se fueron recetando otros tratamientos para curar enfermedades como la esterilidad.

⁶www.arqueologos.org.

“Una parte de la medicina de la Grecia antigua giraba alrededor del culto a Asclepíades. Los pacientes acudían a los centros religiosos dedicados al culto de Asclepíades,...

...en donde eran recibidos por médicos sacerdotes que aceptaban las ofrendas y otros obsequios que traían, anticipando su curación o por lo menos alivio para sus males...

En Epidauro las paredes estaban decoradas con esculturas y grabados en piedra, en donde se relataban muchas de las curas milagrosas que había realizado el dios; los pacientes aumentaban sus expectativas de recuperar su salud con la ayuda de Asclepíades...

En los orígenes del culto prevalecían los encantamientos y las curas milagrosas,...

...pero con el tiempo las medidas terapéuticas se hicieron cada vez más naturales: las úlceras cutáneas cerraban cuando las lamía el perro, las fracturas óseas se consolidaban cuando el dios aplicaba férulas y recomendaba reposo, los reumatismos se aliviaban con baños de aguas termales y sulfurosas, y muchos casos de esterilidad femenina se resolvieron favorablemente gracias a los consejos prácticos de Higiene.”⁷

C. En Roma.

La existencia de Roma constituye un hecho de gran importancia para la historia de la humanidad, ya que ellos llevaron la civilización al mundo; con todos sus conocimientos adquiridos en diversas áreas fueron capaces de construir un imperio y ser los dueños absolutos de un vasto territorio en la antigüedad.

⁷ <http://www.revistamedica>.

Para los romanos la cuestión de la fertilidad tenía gran importancia por sus implicaciones en los ámbitos sociales, religiosos, patrimoniales, de políticas públicas e incluso de mitos que se verificaban a través de rituales para propiciar la procreación.

A través del matrimonio el paterfamilias entre sus principales objetivos buscaba la procreación de los hijos legítimos.

“El matrimonio del más antiguo derecho romano es un acto o hecho jurídico en virtud del cual una mujer, sui o alieni iuris, sale de la familia de origen y entra a una nueva familia, en condición de sometida y con la particular función de procrear al jefe de familia o a uno de sus súbditos libres una descendencia legítima.”⁸

La descendencia era un pilar importante para la subsistencia del matrimonio y los cultos familiares.

“La familia romana, familia amplia o gens, en torno a la cual se ligaba a la descendencia, se puede caracterizar como un grupo o sociedad religiosa, ya que tenían sus propios cultos domésticos llamados sacra priuata”⁹

Todo estaba preparado, de tal forma que la edad era haber cumplido catorce años los hombres y doce las mujeres, a fin de perpetuar la familia y sus cultos religiosos

“La reciproca capacidad matrimonial (connubium) es requisito esencial para un matrimonio válido (iustum matrimonium o iustae nuptiae). Para tenerla es necesaria la edad púber (que el hombre sea pubes y la mujer viripotens, que en los orígenes establecía quizás, como a principios del imperio sostenían los sabinianos, mediante la inspectio corporis, pero que según la doctrina

⁸ Ravinovich-Berkman, Ricardo. Derecho romano. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001. p.488

⁹ Arangio Ruiz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Editorial. Depalma. Buenos Aires. Décima Edición. 1986. p.494

proculeyana, que triunfo, coincida para los varones con el cumplimiento del decimocuarto año y para las mujeres con el duodécimo. Por análogas razones, el connubiun falta a los castrados (no ya a los afectados de menos manifiesta impotencia)”¹⁰

Suficientes hijos garantizaba al paterfamilias mantener a la familia autosuficiente para así contar con un patrimonio del que disponía a su exclusivo arbitrio, a efecto de administrarlo, es decir; era de su propiedad en las relaciones con el Estado y con terceros.

“El paterfamilias era el jefe económico del grupo. En realidad su patrimonio era de la familia, y sus filius familias adquirirían algo, en principio se incorporaba al conjunto. Es decir, que el patrimonio era, podríamos decir, “desde adentro” de esta, y del pater ” desde afuera” en las relaciones con el Estado y con terceros. Del paterfamilias se esperaba que administrase y acrecentase el patrimonio en su beneficio personal, sino el de todo el grupo”¹¹

Considero que durante un periodo de diez años se generó un bajo índice de nacimientos, lo que originó la actuación de Estado para remediar dicha situación, obligando a las autoridades competentes a presionar a los solteros y a las mujeres a contraer matrimonio.

“ Augusto dictó dos curiosas leyes, las leges Iulia (18 AC) y las Papia Poppaea (9 AC), dirigidas a los célibes o solteros, por las cuales se inducía al matrimonio a los hombres de 25 a 60 años y a las mujeres de 20 a 50, y a que este matrimonio tuviese al menos 3 hijos. Para el caso de los solteros, viudos o divorciados y casados

¹⁰ Op. Cit. Ravinovich. p.492 y 493.

¹¹ Op. Cit. Ravinovich p. 648.

sin hijos se les fijaron incapacidades sucesorias y en cambio a los “fecundos” se les facilitó el acceso a cargos públicos si eran hombres, es decir; para el cargo de magistrado gobernador de una provincia se tenía preferencia para elegir a aquel que tuviera mayor número de hijos. En el caso de las mujeres se les otorgaba ius liberorum, liberación de la tutela con la libre utilización de sus bienes, la libertad de testar, entre otras”.¹²

Mas allá de todas estas consideraciones, en ese tiempo y lugar, como ahora; se contemplan similitudes en cuanto a selectividad humana. Para entender esto se hace necesario abordar el momento del nacimiento. Cuando la futura madre romana vislumbraba el inminente alumbramiento, se hacía indispensable la presencia de una partera profesional (obstetrix). Quien se colocaba en una silla de partos cuyo diseño, con variaciones, ha llegado hasta nuestros días. Nadie excepto ella tenía acceso a la habitación de la madre, de modo que el padre y el resto de los familiares y esclavos deberán permanecer en una estancia contigua hasta que el primer llanto infantil que les indicaba el nacimiento. Por supuesto, la preferencia del padre eran los varones, pero su preocupación fundamental es que independientemente del sexo que fuere, el bebé naciera sano y con forma humana.

“La persona física para que existiera, debía nacer viva. La prueba de la vida debía ó ser producida, según la doctrina (aparentemente rigurosa) de los proculianos demostrando que el recién nacido dio un vagido(llanto), en cambio los sabinos cuya doctrina prevaleció y fue acogida en el Derecho Justiniano, consideraron que era suficiente cualquier signo, en particular, el movimiento o respiración. El aborto casual o provocado, no se considera como parto, decía el jurista Paulo. Asimismo, el nacido debía tener forma humana. D.1, 5, 14, Paulo.” No son hijos los que en oposición a la figura del género humano son procreados con anormalidad, como

¹² Morineau Iduarte, Martha; Iglesias González, Román. Derecho Romano. Editorial Harla . México. 1998, p. 68

si la mujer pariese algo monstruoso o prodigioso. Pero el recién nacido, con aumento de las funciones de los miembros humanos, se considera, en cierto modo, perfecto y será por tanto contado entre los hijos”¹³

Es entonces cuando se efectuaba la ceremonia de aceptación; si se trataba de una niña, el padre simplemente ordenaba que la alimentaran. Si se trataba de un varón, la puesta en escena revistió un mayor protocolo: la partera colocaba al recién nacido a los pies de su padre. Éste, si se encontraba satisfecho, lo elevaba en sus brazos al cielo de Roma. Es la confirmación de que lo aceptaba como hijo suyo. Un nuevo ser se incorporaba a la vida para mayor gloria del Imperio.

Desde otro punto de vista los rituales para incrementar la fertilidad humana en Roma tenían cierta importancia, aunque a mi imaginación considero que constituían hechos desenfrenados muy distintos a otros tipos de ceremonias solemnes.

“Lupercalia se celebraban el día 15 del mes de febrero en su momento fueron desterradas por el Papa Vigilio en el siglo VI al sustituirlas por la candelaria. Fueron instituidas por Evandro El Arcadio en honor de Pan Liceo (también llamado Fauno Lupercos, el que protegía al lobo, y protegía contra Februo, o también Plutón). De esta fiesta deriva la raíz latina lup, que significa lobo.

Este rito se hacía consistir en que un cuerpo especial de sacerdotes, los Lupercos (Sodales Luperci o amigos del lobo) eran elegidos anualmente entre los ciudadanos más ilustres de la ciudad que debían ser en su origen adolescentes que sobrevivían de la

¹³ Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Editorial Porrúa. México. Décimo sexta Edición. 2000.p.

caza y el merodeo en el bosque durante el tiempo de su iniciación en la edad adulta, lo que por aquel entonces era un tiempo sagrado y transitorio en que se comportaban como lobos humanos. Se reunían el 15 de febrero en la gruta del Lupercal (más tarde llamada Ruminal en honor a Rómulo y Remo) en el Monte Palatino, lugar donde según la leyenda de la fundación de Roma, una loba había amamantado a los gemelos Rómulo y Remo.

Bajo la sombra de una venerable higuera, la Ruminalis, celebraban el sacrificio de un perro y de un macho cabrío, animales que eran considerados impuros. Después se tocaba la frente de los lupercos con el cuchillo teñido con la sangre de la cabra y a continuación borraba la mancha con un mechón de lana impregnada en leche del mismo animal. Éste era el momento en que los lupercos lanzaban una carcajada de ritual. Luego cortaban la piel de los animales sacrificados, llamados februa, que junto con la deidad sabina Februo, son los posibles candidatos a darle nombre al mes de Febrero. Con este aspecto y casi desnudos, sólo tapados con unas tiras de cuero, salían alrededor del monte Palatino donde golpeaban a todos los que encontraban a su paso. El ser azotado por las tiras de cuero de los lupercos equivalía a un acto de purificación, y era llamado februatío. Para las mujeres, este rito aumentado su fertilidad poniéndole las carnes de color púrpura; éste color representaba a las prostitutas de la época, en particular las que ejercían la prostitución sagrada con los lupercos en el Ara Máxima, también llamadas lupas o lobas.

Con el paso del tiempo el Papa Gelasio I prohibió y condenó, en el año 494, la celebración pagana de las Lupercales. Quiso cristianizar esta festividad y la sustituyó por el 14 de febrero, fecha en la cual murió martirizado el cristiano llamado Valentín, en el año 270 D.C.

Las lupercalias se transformaron en una procesión de candelas pidiendo, en cánticos y letanías la misma protección contra la muerte y la fertilidad que procuraba Fauno Luperco, ahora elevada a esperanzas de una vida y salud mucho más alta.

A pesar de todo, esta procesión de las candelas desterró el rito pagano mucho más efectivamente que todas las prohibiciones anteriores.”¹⁴

D. En la Cultura Azteca.

Esta mantiene vigentes características sociales, políticas, religiosas, entre otras, de la raza nahoa a la cual debe su origen, desde su peregrinación hasta la Conquista.

“ahora bien, si consideramos por una parte la persistencia del idioma y por otra los grandes centros de civilización que en nuestro territorio se establecieron, tendremos que reconocer en la antigüedad remota, como razas autóctonas, en el centro a la otomí y en el sur a la maya-quiche, y como inmigrante del norte a la nahoa”¹⁵

El matrimonio podía disolverse por ser temporal si la condición del nacimiento de un hijo no se verificaba. Era motivo, entre otros; de divorcio los que implicaban determinadas faltas en la mujer o la imposibilidad de cumplir con los fines más importantes del matrimonio, como la esterilidad de la misma, situación que tomaba especial relevancia al momento de elegir gobernantes.

¹⁴ <http://mensual.prensa.com>

¹⁵ Chavero, Alfredo. México a Través de los Siglos .Historia Antigua y de la Conquista. . Ed, Cumbre,S.A..México D.F. 1987. Tomo I. p. 62.

“Era, pues, Acamapichtli ese sumo sacerdote; y al tener que abandonar la teocracia, conseguía aun el sacerdocio tenochca que uno de los suyos fuese el rey. Los sacerdotes eran guerreros a la vez: esto explica más aquella elección.

Tomo Acamapichtli por mujer a Ilancueit, hija de Acolmixtli, señor de Culhuacán. Ilancueit era estéril, tanto que refiere la crónica que avergonzada por esta causa, cuando el rey tenía algún hijo de otra de sus mujeres, fingía ella tenerlo y por suyo lo hacía pasar. Y era que los nobles de México, vista la esterilidad de la reina, le habían dado a sus hijas para que tuviese herederos, por lo que se la cuentan veinte mujeres. Tecatlamiyahuàtzi, hija de Acautli, fue madre de Huitzilìhuitl. La de Itzcoalt fue una esclava de Atzaputzalco, del barrio de Cuauhacalco: habiendo venido a México a vender legumbre, viola Acamapichtli y se prendió de ella. Acaso el haber sido estéril la reina Ilancueit, fue parte muy principal para que no se estableciese en Tenochtitlàn la monarquía hereditaria”¹⁶

Que equivocados estaban nuestros antepasados al considerar que los hombres no podían padecer alguna incapacidad reproductiva, atribuyéndole a la mujer una culpabilidad indiscutible.

“entre los aztecas el matrimonio ocurría a edad temprana, entre los 14 y los 16 años. La esterilidad femenina, tetzacolt; era mal vista.”¹⁷

” No había hecho más temido por la mujer azteca que la esterilidad y este era un fenómeno atribuido a una debilidad o una carencia

¹⁶Op. Cit. Chavero...Tomo II p.70.

¹⁷ CastelazoL.,J.A. y Calderon. Historia de la obstetricia y ginecología en Latinoamérica.

*estrictamente femenina: sólo cabía la posibilidad de mujeres estériles, los hombres eran necesariamente fecundos."*¹⁸

Como sucede con frecuencia en las naciones guerreras que sufren merma en sus componentes masculinos, prevalecía la poligamia de lo que se deduce también que la fertilidad humana era muy importante para mantener las características de esa sociedad.

*"Este fenómeno manifestado en el plano de la sexualidad, no era sino el reflejo de la organización política en donde la actividad militar constituía el principal elemento en que basaba su poderío. En este sentido, el número de hijos que una mujer tuviera, determinaba, en última instancia, la posibilidad de que el Estado y su aparato militar continuaran llevando a cabo las constantes aventuras guerreras que requería para su sostenimiento. De ahí que la finalidad última y la función específica que una mujer tenía en la sociedad azteca fuera la maternidad."*¹⁹

Dada la relación que tenía la descendencia con la guerra se efectuaba ritos consagrados al nacimiento en donde si el recién nacido era del sexo femenino, enterraba el cordón umbilical cerca del hogar, y si era varón era entregado a los guerreros que salían para que lo enterraran en el campo de batalla.

"Después de darle la bienvenida y advertirle de la incertidumbre y penas de la vida, cortaba el cordón umbilical y pronunciaba un discurso que variaba según fuera el sexo del niño. Si era varón, le decía: 'Hijo mío muy amado... sábetete y entiéndete que no es aquí tu casa donde has nacido, porque eres soldado y criado; eres ave que llaman quecholli; eres pájaro que llaman Tzacuan, y también eres ave y soldado del que está en todas partes,... tu propia tierra,

¹⁸ <http://hemi.nyu.edu>

¹⁹ <http://hemi.nyu.edu>

otra es, para otra parte estás prometido que es el campo donde se hacen las guerras, donde se traban las batallas; tu oficio y facultad es la guerra, tu oficio es dar de beber al sol con sangre de los enemigos, y dar de comer a la Tierra, que llaman Tlatecutli, con los cuerpos de los enemigos'. Si el recién nacido era mujer, el discurso que pronunciaba era el siguiente: 'Habéis de estar dentro de casa como el corazón dentro del cuerpo; no debéis andar fuera de casa; no debéis tener costumbres de ir a ninguna parte; habéis de ser la ceniza con que se cubre el fuego en el hogar; habéis de ser las piedras en que se pone la olla; en este lugar os entierra nuestro señor, aquí habéis de trabajar y vuestro oficio ha de ser traer agua y moler el maíz en el metate; allí habéis de sudar junto a la ceniza junto al hogar.

Con el objeto de reforzar estas ideas, el ombligo del niño era enterrado en el campo de batalla, que es la señal que haces profesión de hacer este oficio de guerra y tu nombre estará escrito en el campo de batalla'; y el de la niña era enterrado junto al fogón de la cocina, que 'era señal que la niña no saldría de casa... y que había de tener cuidado de hacer la bebida y la comida... y que su oficio ha de ser hilar y tejer.'²⁰

Es bueno añadir que los aztecas veneraban algunas deidades relacionadas con el proceso de la reproducción, así:

" como un estrecho lazo ligaba las relaciones sexuales con la reproducción de todo el mundo de la naturaleza, igualmente estrechos eran los nexos entre estas deidades y las que

²⁰ <http://hemi.nyu.edu>

*representaban fenómenos naturales que de alguna manera influían en la reproducción*²¹

*“Xoxhiquetzal, de la fertilidad: Cihuacoatl, de las parturientas primerizas: Xoloti, de los gemelos, de los fetos monstruosos y del aborto; Tlazolteotl, del parto y del amor; Metlacueyey, del puerperio”*²²

Para esta cultura la importancia de la descendencia radicaba en mantener un imperio avasallador con respecto de los pueblos vecinos, quedaban bajo el dominio del Estado a cierta edad para continuar engrandeciendo al imperio.

“pero no creyó Moctezuma que fuera esto bastante para hacer de su pueblo el más temido en la guerra; quiso que desde la educación de la niñez se fueran formando hombres sufridos e incansables que componían el invencible ejército tenochca. Cuando el niño tenía tres años comenzaba su educación: le daban de comer media tortilla. Cuando tenía cuatro años le daban ya una tortilla, y comenzaban a ocuparlo en mandados de la casa. De cinco años le daban el mismo alimento; los varones comenzaban a cargar leña y las hembras a hilar. A los seis años la comida era de tortilla y media, y entre otros empleos se la daba a los varones el muy curioso de ir a los tianquiztli a pepenar el maíz y demás semillas que hallasen en el suelo, para ir acostumbrándolos a ser astutos y a ganar el alimento con su trabajo. A los siete años los enseñaban a pescar. Y durante los ocho y nueve años los comenzaban a acostumbrar a los sacrificios, metiéndoles púas de metl, maguey. Desde la edad de diez años les era permitido a los padres castigarlos, y a la de once les podían dar como pena

²¹ Pérez de Salazar J.L. Ginecología Prehispánica. Ediciones Sandoz de México, S.A., México, D.F., 1963.

²² <http://hemi.nyu.edu>

humazos de chile o axi, que era un verdadero tormento. A la edad de doce años acostaban a los varones en el suelo con la cara puesta al sol, para que se volviesen fuertes y resistentes a la intemperie y trabajos de guerra. Y por fin a los quince años concluía la educación de la familia y el mozo pertenecía al Estado, que acababa de instruirlo en sus deberes recibéndole ya en el calmecac, casa sacerdotal, o en el cuincacalli o colegio civil”²³

En la cultura azteca como en otras, existían también métodos para combatir la esterilidad, entre los que se encuentra el baño de temazcal.

“ El nombre Temazcal, o Temazcalli se compone de dos palabras del Náhuatl; Temaz, que significa el baño, y Calli, que significa casa. En tiempos de la Conquista, los baños se encontraban en todos lados del centro y sur de México. Actualmente el Temazcal es una de las más importantes terapias de la Medicina Tradicional Mexicana, su uso data de milenios.

Los españoles se pasmaron ante las maravillas de la medicina de los americanos pero contradictoriamente consideraron a estas prácticas como rituales ajenos al cristianismo y los catalogaron como prácticas bárbaras incluyendo al Temazcal. No solamente asociaron el ritual del Temazcal con creencias paganas, como a toda la medicina tradicional antigua, sino que además, lo consideraron el ritual más espantoso de todos ya que los bañistas españoles al entrar en estas cámaras oscuras y pequeñas, ambos sexos juntos y “desnudos como el día en el que nacieron”, lo consideraron diabólico.

Los españoles se convencieron que algún tipo de indecibles orgías tenían lugar dentro de los baños, y prohibieron la práctica de estos

²³ Op. Cit. Chavero...Tomo II p. 106

baños y ordenaron su destrucción dondequiera que se encontraran. En la Orden y Código Penal establecía que “Indios que no estuvieran enfermos no se podían bañar en estos baños calientes bajo la pena de cien latigazos durante dos horas públicamente”.

Aunque los españoles hicieron todo su esfuerzo para extinguir esta costumbre, fracasaron. Los indios golpeados conservaron la costumbre en secreto en lugares remotos.²⁴

E. Evolución de las Técnicas Artificiales.

Es cierto que la procreación artificial; hoy en día no es una novedad, desde tiempos remotos el hombre en su afán de corregir los actos de la naturaleza ha buscado la forma de coadyuvar en materia de procreación. Como he apuntado; la infertilidad humana ya se trataba de solucionar en Grecia y en Roma, con distintas prácticas y puntos de vista; y en otros lugares como Babilonia ya se aplicaban en la flora o con prácticas efectuadas rudimentariamente como es el caso de los árabes.

“ya en la antigüedad los pueblos babilónicos y arábigos lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles”²⁵

“En el siglo XII (Edad Media) un médico árabe practicaba en sus pacientes con problemas de fertilidad el baño en una tina que contenía agua con esperma. Posteriormente, y con fechas más exactas, tenemos que en 1322 un jeque árabe, utilizando una esponja, fecundó a su yegua con semen extraído de un caballo.

²⁴ <http://www.foros.gob.mx>

²⁵ Ramos R, Veciana. La eutelegenesia ante el Derecho Canónico

Algunos otros indicios los tenemos en los casos de la colaboración de algún tercero en “auxilio a la fecundidad”; en los casos del marido fallecido o bien en vida, como refiere Coshaker”²⁶

Los primeros intentos realizados por varios hombres de ciencia con una técnica precisa se remontan al siglo XVII.

“atribuyéndosele a Marcelo Malpighi quien obtuvo con éxito la fecundación artificial de un gusano de seda. En 1776 se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides. Posteriormente, en 1780, el italiano Lázaro Spallanzani, realizó experiencias en la especie canina, que posteriormente fueron aplicadas en la especie humana en 1785 por Tauret quien logro fecundar a una mujer estéril, mediante la inyección intravaginal del liquido seminal recogido con una jeringa de estaño. Girault obtuvo nuevos logros en 30 años de intentos.”²⁷

El primero, sin embargo, en obtener éxito con una inseminación intracoyugal tendiente a asegurar la descendencia de cónyuges.

“Luego de experimentaciones con animales, y al ser descubierto el semen masculino, se utilizó como terapéutica al finalizar el siglo XVIII. Así en 1791 Hunter, médico inglés, obtuvo un embarazo utilizando este procedimiento.”²⁸

No obstante, dicha técnica no solo se limitó a efectuarse entre cónyuges, sino que se fue vislumbrando la posibilidad de utilizar a un tercero para los casos de imposibilidad procreativa del cónyuge.

²⁶ Riverend Y Brusone, Eduardo. Paternidad sin padre. Revista Cubana de Derecho. Enero, Marzo de 1957. No. 1 (102)

²⁷ Manuel Chávez, Asencio. La Familia en el Derecho. Editorial Purrua, S.A. México 1989. p. 34 y 35

²⁸ Loyarte Dolores. Procreación Humana Artificial.: Un desafío Bioético. Editorial Desalma. Buenos Aires. 1995. p.108.

“En 1884 Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga”²⁹

“La inseminación artificial comenzó a practicarse sobre todo en países anglosajones; en 1911 de 65 casos tuvieron éxito 21, en 1927 88 resultaron favorables y ya en 1941 se hablaba de 9580 casos según estudios de Simour y Kemer.”³⁰

Si bien la procreación artificial por el método de inseminación, no es un procedimiento totalmente nuevo, mas reciente lo es la fecundación in Vitro.

“Uno de los primeros antecedentes vinculado con la fecundación extracorporea de embriones humanos se ubica en 1944 cuando dos biólogos Rock y Menken obtuvieron cuatro embriones a partir de más de cien ovocitos humanos extraídos de ovarios y expuestos a espermatozoides. Sin embargo, el resultado no fue del todo óptimo ya que al poco tiempo, los embriones perecieron.”³¹

“En 1969 Robert Edwards aplico un proceso pautado y reproducible para obtener los embriones, apreciando adecuadamente en momento optimo de maduración de las dos células germinales humanas, ovocito y espermatozoide. En 1971 surgió la idea del tratamiento hormonal para obtener más de un óvulo por vez y así lograr mejorar los resultados. El primer caso de un nacimiento por fecundación extracorpórea se registro en Inglaterra el 25 de julio de 1978. Ese día nació Louis Brown, concebida por fecundación en vidrio y transferencia de embrión al útero, técnica que fuera practicada por Robert Edwards, biólogo y

²⁹ Diccionario Enciclopédico de Teología Moral. Tercera Edición. Ediciones Pulinas. Madrid. España. 1978. p. 144.

³⁰ León Fett, Pedro. Distintos aspectos del problema de la inseminación artificial en seres humanos. Su interés jurídico, especialmente en cuanto a la filiación. Cuadernos de los institutos. Boletín 1963-III-IV No. 87. Córdoba. 85

³¹ Op. Cit Loyarte...p.118

Patrick Steptoe, ginecólogo, brindando así una solución para el caso de esterilidad tubarica definitiva.”³²

F. México Actual.

En México, el primer embarazo, fuera del cuerpo humano bajo la técnica Fecundación In Vitro (FIV), que revoluciono al mundo en 1978, fue una de las metas de la medicina del México actual, que fue lograda por el Doctor Samuel Hernández, ginecobstetra y especialista en Reproducción Asistida en la ciudad de Monterrey en 1986.

“Tuvieron que pasar diez años para que esta técnica se implementara en una institución pública, lográndose el primer nacimiento en el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre del ISSSTE. Este procedimiento consistió básicamente en la exposición de los gametos femeninos y masculinos de los que se obtuvo un embrión que posteriormente fue trasladado al útero. Se trato de una inseminación homóloga, en virtud de que los gametos fueron del padre y de la madre. no se precisó de un donador.”³³

Sin embargo; los avances de la medicina mexicana para revertir la incapacidad procreacional tienen otro antecedente bajo una distinta técnica, por transferencia intratubaria de gametos (GIFT) a cargo del galeno Alfonso Gutiérrez Najar.

“En 1978 nació Andrea, la primera bebé concebida en territorio mexicano, La difusión de la noticia en torno a las condiciones que permitieron la concepción de Andrea, generó respuestas muy variadas. Para miles de personas infértiles, Andrea representó la esperanza renovada de poder ser padres y madres; algunos legisladores manifestaron públicamente su desaprobación, al igual

³²Op. Cit Loyarte...p118 y 119.

³³ Nosotros, Órgano Informativo del ISSSTE. No. 32. Año 3. Marzo 2000

que miembros de la Iglesia Católica; la comunidad médica se polarizó adoptando posturas de escepticismo y rechazo, o bien, vislumbrando un nuevo campo para el desarrollo de la medicina en México. En 1995, nació el primer par de hermanas concebidas al aplicar simultáneamente dos técnicas: Aspiración epididimaria de espermatozoides (MESA) e inyección intracitoplasmática del espermatozoide al óvulo (ICSI). Al paso de los años se ha mantenido en México la sucesión de innovaciones, éxitos y fracasos, como ocurre en el resto del mundo.³⁴

En el 2005 nace el primer bebé procreado por la técnica del óvulo congelado en Guadalajara, Jalisco.

“La técnica se practicó en una mujer de 43 años de edad. El bebé nació, luego de siete meses de gestación con un peso dos kilogramos. La opción para mujeres que no tienen la posibilidad de generar óvulos porque no tienen ovarios o son de edad muy avanzada es tener el acceso a los medios de criopreservación de óvulos, los cuales se traen directamente de Japón, sin embargo ya se están elaborando aquí en nuestro país. Lo que más se necesita es capacitación, pues la inversión en infraestructura, no es alta. El costo por óvulo congelado no es mayor a 30 mil pesos.”³⁵

Considero que desde el punto de vista científico-técnico, las técnicas de Fertilización Artificial y en lo particular la Fertilización en vidrio ha permitido obtener embarazos en parejas cuya esterilidad se creía definitiva. Si bien es indudable que este procedimiento está representando un papel muy importante en el avance de la técnica genética, también es cierto, que ha despertado un cúmulo de interrogantes y objeciones relativas al aspecto ético y moral entorno al mismo, teniendo en cuenta sus terribles derivaciones dependiendo de la finalidad de su utilización. Considero

³⁴ www.eped.edu.mx

³⁵ Diario La Jornada. Carmen Lira Saade. México, D.F. 28 de febrero de 2005

que es absolutamente necesario ser prudentes en la utilización de tales métodos, ya que de lo contrario podrían convertirse en una peligrosa arma de destrucción y desnaturalización del propio hombre al llevarse acabo otro tipo de prácticas que desviasen el objetivo primordial de contribuir con las parejas a tener descendencia. De lo contrario, se corre el grave peligro de caer en un ataque desmedido a la especie humana y el desconocimiento de la propia naturaleza. Existe un principio ético que no se debe perder de vista en todos aquellos avances en beneficio del hombre: no todo lo que técnicamente es posible, es éticamente aceptable.

Capítulo II.

Estructura.

A. La procreación humana.

Considero importante hacer una breve explicación del proceso de fecundación natural a fin de ir comprendiendo por una parte la ética de las prácticas artificiales de procreación humana.

Por lo general, salvo padecimientos congénitos, como mas adelante citare, se ha estilado equivocadamente depositar en la mujer la responsabilidad generativa o fértil por ser el embarazo visible. En efecto; cuando nace una mujer es potencialmente generadora de nuevas vidas; trae consigo la semilla para una futura generación, esto es alrededor de 450 durante toda su vida fértil, aunque la capacidad física reproductiva de la mujer no es su única meta validante, en complemento a esta potencialidad, a diferencia de los organismos de reproducción asexual, esta el hombre quien también con su anhelo en la edad adulta de ser padre dona sus células germinales.

“Al nacer, la mujer cuenta en sus ovarios con cerca de 1 millón de células germinales. Cuando aparece la primera menstruación, su reserva es de 350 mil a 500 mil óvulos. El proceso de maduración dura aproximadamente un año y como parte de la selección natural sólo el óvulo de mayor calidad será liberado una vez por mes. Después de la ovulación, su vida media es 48 horas.

“Los testículos se encuentran suspendidos fuera de la cavidad abdominal por el escroto, una bolsa de piel que mantiene los testículos a una temperatura óptima para el desarrollo de los espermatozoides. Los tubos seminíferos se encuentran dentro de cada testículo, y son el lugar donde los espermatozoides son

producidos por meiosis. Cerca de 250 metros de túbulos se encuentran empaquetados en cada testículo. Los espermatoцитos dentro de los túbulos se dividen por meiosis para producir las espermátidas que se desarrollan hasta espermatozoides maduros

La producción de espermatozoides comienza en la pubertad y continúa a lo largo de la vida, cientos de millones de espermatozoides se producen cada día. Una vez que los espermatozoides se forman se mueven hacia el epidídimo, donde maduran y se almacenan.”³⁶

Con base en lo anterior considero a la procreación en general, como una propiedad que poseen los seres vivos de dar origen a otros seres de características semejantes a sí mismos, sin embargo en el hombre esa propiedad adquiere otro matiz en el plano personal, de la vida en pareja y ante la vida social.

“una dimensión que trasciende los límites de lo puramente biológico”,³⁷

“el hijo significa para los padres la posibilidad de la trascendencia en el tiempo. A lo que aspira el padre-madre es a que el hijo lo continúe, que sea portador de todo lo que han sido sus valores e ideales. La existencia de los hijos desarrollándose bien, viviendo, le permite al ser humano maduro, sentirse superando la propia inmediatez. Esta es una razón del profundo e irrefrenable, anhelo de todo adulto, de ser padre”,³⁸

³⁶ <http://www.gyrhonline.com>

³⁷ Martínez, Antonio R.: “La infertilidad y sus tratamientos”, en El derecho ante la procreación artificial, varios autores, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 19.

³⁸ Pérez, Aurora: “Preparación del abogado en el tema de familia”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 1. Buenos Aires, 1989. p. 110.

En el proceso biológico de la reproducción humana se pueden diferenciar cuatro etapas que representan situaciones genéticas y embriológicas muy distintas a las que pueden corresponder cuestiones éticas y jurídicas diferentes.

B. La fecundación.

Durante la relación sexual, el hombre deposita en el fondo de la vagina millones de espermatozoides algunos de los cuales alcanzarán las trompas. Si en ese momento se encuentran, en la parte superior de las trompas de Falopio, con un óvulo tendrá lugar el proceso de fertilización que culmina con la concepción de un individuo humano fruto de sucesivas etapas en un orden obligado.

“El espermatozoide atraviesa la membrana del oocito (que por sus particularidades se denomina zona pelúcida) y entra en su citoplasma liberando su núcleo haploide, en conjunto existe toda una serie de fenómenos complejos que culminan con la liberación del segundo corpúsculo polar y unión de los pronúcleos. El cigoto es diploide y las divisiones siguientes serán mitóticas. La complejidad de estos procesos hace que sea difícil determinar en qué momento realmente existe el cigoto como tal.

„39

Esta etapa supone un cambio drástico, por cuanto se pasa de la existencia de dos realidades diferentes, me refiero a los dos gametos, a una nueva realidad única, es decir; el cigoto, en la que ya existe la dotación cromosómica de los progenitores. El desarrollo es en esencia un conjunto de cambios, al generarse una célula con capacidad para generar el organismo completo porque contiene toda la información necesaria para formar un nuevo ser.

³⁹ <http://www.biologia-en-internet.com>

C. La anidación.

“la fecundación ocurre en zonas superiores de las trompas de Falopio y desciende por su conducto hacia el útero dividiéndose, hasta que se fija a las paredes de éste en un proceso que dura unas dos semanas.”⁴⁰

En relación a las dos etapas citadas el comienzo de la vida es punto delicado desde una perspectiva ética. Hay quienes dicen que esta comienza cuando se produce la fecundación; otros por el contrario dicen comienza cuando el embrión se implanta en el útero materno y una tercera opinión establece que comienza en el momento en el que nos alumbramos como seres individuales. En lo personal, como lo abordaré más adelante con más detalle en la explicación del proceso que se desarrolla en los primeros 14 días después de la fecundación, me adhiero a la primera opinión, ya que considero que es a partir de esta cuando se da todo un proceso independiente de quienes le dieron origen y que culmina con el nacimiento de un nuevo ser. Basta citar para México lo dispuesto por el Código Civil para fortalecer mi opinión:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento que el individuo es concebido entra bajo la protección de la Ley y se tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”

⁴⁰ Idem.

D. El embrión.

“Una vez implantado comienza la gastrulación, o dicho de otra forma, la definición de las capas embrionarias (ectodermo, mesodermo y endodermo) y su evolución hasta que queda definido el feto.”⁴¹

E. El desarrollo fetal.

“En la especie humana el producto de la concepción se llama feto a partir tercer mes de vida intrauterina. Se habla de feto viable a partir del séptimo mes.”⁴²

F. Fertilidad e infertilidad.

Como lo he explicado en el aspecto biológico, la fertilidad da origen a la capacidad de reproducción, que permite dar origen a nuevos seres, de las características y a los fines indicados. Luego entonces la fertilidad puede definirse como:

*“la capacidad fisiológica del ser humano para reproducirse”,*⁴³

Sin embargo; la generación de un nuevo ser humano, como se sabe, no siempre es posible de lograr por vías naturales, porque tanto el varón como la mujer pueden padecer determinadas afecciones que no se los permiten.

“En México tan solo hasta 2004, alrededor de millón y medio de parejas en México tienen problemas de infertilidad, lo que

⁴¹ Idem.

⁴² <http://es.wikipedia.org>

⁴³ Soto Lamadrid. Biogenética, Filiación y Delito. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990, p. 3.

representa el 20 por ciento de las uniones que hay en el país⁴⁴ y en el presente año el 15 %.⁴⁵

En términos generales:

“infertilidad es la incapacidad de desarrollar en el seno materno un feto viable.”⁴⁶

También se ha dicho que la infertilidad significa:

“la incapacidad de concebir, pero este término es ciertamente elástico, ya que una pareja puede parecer no fértil durante un año o más, y luego concebir.”⁴⁷

Ambas definiciones contrastan, en virtud de que la primer cita, solo se refiere a la mujer, en tanto que la segunda contempla a ambos sexos, además de que por una parte se entiende con el uso de la palabra “desarrollo”, que un proceso se ha iniciado, en tanto que con los términos “la incapacidad para concebir” interpreto que aun no se ha comenzado con un proceso.

Sin embargo; la Organización Mundial de la Salud ha manifestado:

“la infertilidad supone una disminución o ausencia de fertilidad con carácter reversible” -caracterizándola como “aquella situación en la que tras un año de relaciones sexuales continuadas y sin ningún tipo de método anticonceptivo, no se produce el embarazo deseado”, plazo que “se amplía a dos años según el criterio de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia”⁴⁸

⁴⁴ Diario El Universal. Mexico, D.F. 31 de Enero , 2004.

⁴⁵Diario El Universal. México. D.F. 15 de Enero de 2005

⁴⁶Nicholson, Roberto (comp.): “Esterilidad en la mujer”, en Soluciones médicas y psicológicas de los problemas del matrimonio, Paidós, Buenos Aires, 1971, p. 195.

⁴⁷Wood, Carl y Westmore, Ann: Fecundación “in vitro”, Fontanella, Barcelona, 1983, p. 23.

⁴⁸ Alvarez, Maida. Combatir la esterilidad. Aguilar. Madrid. 1996. p.24.

Esta definición por fortuna nos esclarece el hecho de que la infertilidad es curable, pero agrega un elemento, el embarazo; entendiendo a este como:

“el proceso de gestación que abarca el crecimiento y desarrollo de un nuevo individuo dentro de una mujer, desde el momento de la concepción, a lo largo de los períodos embrionario y fetal hasta el nacimiento.”⁴⁹

Para la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los Servicios de Planificación Familiar que vale para infertilidad y esterilidad, relaciona a la gestación con la definición de embarazo al decir:

“INFERTILIDAD.- Es la incapacidad de la pareja, o de la mujer, para llevar a termino la gestación con un producto vivo, después de dos años de practica regular del coito, sin uso de anticonceptivos.”

“La infertilidad puede deberse a factores tales como operación reciente, embarazo anterior, infección de pelvis, todos los cuales difieren en tiempo la posibilidad de gestación. Algunos autores señalan como presupuestos de infertilidad el uso de dispositivos, de píldoras anticonceptivas, la disponibilidad del aborto -legal o ilícito-, retardo del primer embarazo, etc. A estos podemos agregar el cansancio (reducción de la frecuencia sexual); el excesivo aumento de peso o su pérdida; ausencia menopausia); el de períodos; el tabaco (en predispuestos puede alterar la actividad del útero y adelantar la alcohol (afecta los conductos genitales, bloquea la actividad uterina, debilita el sistema nervioso, incapacidad de erección); las drogas (la marihuana impide la eyeculación); algunos medicamentos (ciertos

⁴⁹<http://www.bioetica.com.mx>

*antidepresivos ocasionan aumento de prolactina, la que tiende a suprimir la ovulación); el ejercicio físico excesivo, etc.*⁵⁰

Creo que es posible prevenir esta incapacidad, cuando no es congénita, programando el uso de medicamentos de control de la fertilidad y manteniendo hábitos saludables en nuestra vida cotidiana.

G. Esterilidad.

Es muy común que se tienda a confundir este concepto con el de infertilidad. Sin embargo al igual que esta, es un obstáculo que se opone como una barrera para que dos personas que desean dar vida a un nuevo ser humano puedan conseguirlo como muestra del vínculo afectivo que los une, dando origen, por el contrario a sentimientos y conductas que generalmente impactan en sus ámbitos biológico, psicológico y social.

*“Desde el punto de vista medico cabe diferenciar el concepto de esterilidad, que indica la imposibilidad de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible, el de infertilidad, que expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y, por tanto, el desarrollo del embrión o feto (equivale a esterilidad relativa)”*⁵¹

Considero que este tipo de afección es mucho más delicada, en virtud de que en esta ni siquiera se tiene la capacidad de fecundar, no existiendo otra posibilidad de acudir a la concepción extracorpórea.

“en algunos casos esta imposibilidad natural puede corregirse por procedimientos médico-quirúrgicos”, acotándose que “cuando tales tratamientos de la esterilidad resultan ineficaces, puede

⁵⁰ Yungano, Arturo R.: Manual teórico práctico de derecho de familia, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1989, p. 316.

⁵¹ Loyarte... Op. Cit., p. 83.

*recurrirse a la inseminación artificial o la fecundación «in vitro»”.*⁵²

Como lo dije la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los Servicios de Planificación Familiar la define:

“ESTERILIDAD.- Es la incapacidad de un individuo, hombre, mujer o de ambos integrantes de la pareja, en edad fértil, para lograr un embarazo por medios naturales, después de un periodo mínimo de 12 meses de exposición regular al coito, sin uso de métodos anticonceptivos.”

Los posibles efectos de esta incapacidad procreativa en la pareja, considero; se resumen como sorpresa o negación, agresión, conductas autodestructivas, aislamiento, culpa, duelo, aceptación y resolución sin que la pareja se percate o bien estando consiente reste importancia a los factores que los originan.

“Algunos autores agregan como incremento de la esterilidad el stress, difusión de las enfermedades de transmisión sexual, efectos secundarios de determinados métodos anticonceptivos, complicaciones de interrupciones del embarazo efectuadas en malas condiciones y la tendencia actual a retrasar el primer embarazo, todo lo cual hace que la esterilidad sea un fenómeno en aumento, y ese aumento se

⁵² Vidal, Marciano, Elizari, Javier y Rubio, Miguel: El don de la vida. Ética de la procreación humana, PS Editorial, Madrid, 1987, p. 9 y10.

*ha visto acompañado de una disminución en el número de niños disponibles para adopción, probablemente debido a una mayor aceptación de la madre soltera, así como a una mayor difusión de sistemas anticonceptivos y del aborto.*⁵³

Considero que aun en algunos pequeños sectores de la sociedad, por inercia atribuyen a la imposibilidad de gestar a la mujer bajo la idea desgastada de que su rol primario es tener hijos, solo se es mujer si logra conseguirlos. Por fortuna esa vieja idea va desapareciendo gracias al derecho que estas tienen de programar la maternidad. No obstante ello, hoy sabemos que incapacidad reproductiva puede ser compartida dependiendo del factor masculino o femenino causante.

*“Así como en el pasado se consideraba a la mujer como responsable del 100% de las causas, actualmente se piensa que en 1/3 de los casos hay un factor femenino; en 1/3 un factor masculino y en el 1/3 restante, causas en ambos miembros de la pareja.”*⁵⁴

A continuación transcribo las causas, tuve la necesidad de la reproducción textual al efecto de uniformar este trabajo para que se entienda el objeto de mi tesis.

“Causas femeninas.

1. Causas ováricas.

1.1. Ausencia de gónadas: sea esta congénita (agenesia ovárica) o adquirida (por extirpación quirúrgica, tumores o inflamaciones).

⁵³Barri, Pedro N.: “Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en reproducción humana”, PS Editorial, Madrid, 1985, Pág. 25.

⁵⁴ Loyarte...Op. Cit. P.85

1.2. *Anomalías de la ovulación: síndrome de los ovarios poliquísticos. Insuficiencia ovárica primitiva: disgenesia gonadal pura, síndrome de Turner, síndrome de insensibilidad ovárica a las gonadotropinas, síndrome de menopausia precoz. Insuficiencia ovárica secundaria: por alteraciones en el eje hipotálamo-hipofisiario, pudiendo incluirse entre sus causas: factores psicógenos, motivados en contracepción oral o factores desconocidos.*

1.3. *Alteraciones en la fase lutea: síndrome del folículo luteinizado no roto (LUF); deficiencia de la fase lútea: debido a la producción de niveles bajos de progesterona y creando consecuentemente un estado inapropiado en la mucosa uterina; o por ser un periodo la fase lútea demasiado breve.*

1.4. *Endometriosis: presencia anormal del endometrio.*

1.5. *La llamada “tendencia letal del óvulo”: en esta patología el óvulo es expulsado, pero al arribar a las trompas de Falopio parece habiendo sido fecundado o no.*

2. *Causas tubàricas.*

“La principal causa de esterilidad tubàrica es la obstrucción. Menos frecuentes son las debidas a un trastorno funcional tubàrico, sea de tipo secretario o por alteración de su motilidad. Todas estas causas son originadas por existir a nivel de las trompas un proceso inflamatorio, ya sea de etiología infecciosa (tuberculosis, gonococia, clamidia trachomatis) o no (endometriosis-generalmente localizada en ovarios y otras estructuras pélvicas-, produciendo adherencias, bridas postquirúrgicas)”.

También se cuentan entre el factor tibàrico las anomalías congénitas, iatrigénicas y cirugías de esterilización.

3. Causas uterinas.

3.1. Por lesiones del endometrio: ya sean de tipo orgánico o funcional, vinculadas estas últimas a trastornos ováricos.

3.2. Por falta de permeabilidad: congénita, vinculada generalmente con otras anomalías del tracto reproductor; o adquirida: sinequias uterinas, legrados endometriales o postabortos, inyección intrauterina de cáusticos, etc.

3.3. Por factor mecánico: pólipos, miomas, por alteraciones de la mucosa endometrial y vascularización, neoplasias.

4. Causas cervicales.

4.1. Alteraciones congénitas: vinculadas con anomalías del cuerpo uterino o vagina: atresia, cuello doble, etc.

4.2. Posiciones anormales: útero en retroposición o prolapso uterino, circunstancia que entorpece la inseminación adecuada.

4.3. Alteraciones morfológicas o en las dimensiones del cuello; en este aspecto es sumamente importante la disfuncionalidad hormonal a la cual se relacionan estas anomalías.

4.4. Miomas y pólipos cervicales.

4.5. Cervicitis.

4.6. Lesiones traumáticas: sinequias, cauterizaciones profundas, amputaciones, etc.

4.7. Alteraciones funcionales: principalmente en el moco cervical por trastornos hormonales o infecciones.

5. Causas vaginales.

Debidas a malformaciones congénita, vaginitis intensa, entre otras.

6. Causas psíquicas.

Estos factores pueden actuar en todo el tracto genital inhibiendo, por ejemplo, la ovulación en forma directa en el ovario, o produciendo alteraciones en la movilidad de las trompas por espasmos tubáricos también presentes en el cuello del útero, o produciendo espasmos de vulva o vagina, lo que podría impedir el coito.

7. Otras causas.

También se señalan otros factores que pueden alterar la capacidad reproductiva de la mujer; por ejemplo: enfermedades graves, obesidad o adelgazamiento extremos, alteraciones de las glándulas suprarrenales o tiroides, entre otras que aun son muy discutidas como causas de infertilidad: drogas, medicamentos, carencias vitamínicas importantes.

IV-b) Causas de índole masculina.

1. A nivel testicular.

1.1. Alteración congénita por ausencia de espermatogonias por anomalías cromosomitas.

1.2. Ausencia de espermatogonias por destrucción (debida a factores exógenos) o por inmadurez (debida a endocrinopatías, alteraciones en la nutrición, irradiaciones, drogas, alteraciones en la vascularización: varicocele, cambios de temperatura significativos y persistentes en especial en algunas profesiones: panaderos, etc.)

2. *Anomalías en las vías excretoras: obstrucciones a nivel de conducto deferente o epidídimo, pueden ser ellas congénitas, infecciosas, traumáticas (por traumatismos repetidos: p. ej., en el caso de jinetes) o por la presencia de quistes.*

3. *Alteraciones de las glándulas accesorias. Infecciones localizadas en la próstata, o en las vesículas seminales, o por problemas hormonales que causen alteraciones en el líquido seminal, obstaculizándose la motilidad de los espermatozoides.*

4. *Anomalías diversas en la eyaculación o en la inseminación. Eyaculación: precoz, desviada o retrograda. Las alteraciones en la inseminación pueden deberse a causas orgánicas: malformaciones externas de los genitales; a trastornos neurológicos; o a enfermedades generales (nefropatías o hepato patías graves, entre otras) o bien de origen psicógeno. Sin duda la ingesta de alcohol abusiva y el trabajo excesivo pueden producir alteraciones de este orden.*

5. *Defectos estructurales o morfológicos de los espermatozoides. Tanto la baja o nula cantidad en la eyaculación-azoospermia: ausencia total de espermatozoides-; como por su baja movilidad-astenospermia-, o por necrospermia. La existencia de espermatozoides de formas anormales en porcentajes altos se denomina teratospermia.*

IV-c) Factores comunes o mixtos.

1. *El factor inmunológico. Puede presentarse en cualquiera de los miembros de la pareja. Puede deberse a incompatibilidad en el sistema sanguíneo de los cónyuges, o en otros casos a reacciones, en distintos niveles celulares del cuerpo femenino debidos a la presencia del semen que es reconocido por*

anticuerpos de la mujer como un elemento extraño. Estos elementos se encuentran aun en el plano de estudio, puesto que se desconoce en la actualidad el papel exacto que desempeñan los problemas inmunológicos en la esterilidad.

2. Esterilidad idiopática o si causa aparente: Las esterilidades inexplicables. En el ámbito medico a los casos que en los exámenes practicados a una pareja son, desde el punto de vista reproductor, normales. Obviamente, al descubrirse nuevas causas de infertilidad van disminuyendo porcentualmente las parejas afectadas por estas causas.⁵⁵

H. Técnicas de Procreación Artificial

Me limito a citar solo las definiciones que considero son las mas sencillas e ilustrativas de lo que consisten estas y que de manera genérica resumen tanto a la inseminación como a la fecundación artificiales. En este sentido hay autores que las definen:

“como el encuentro del espermatozoide y el 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 coito.⁵⁶ O bien;

⁵⁵ Op. Cit. Loyarte... p .86, 87, 88 y 89.

⁵⁶ Gutierrez Y González, Ernesto. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 254.

“como el medio para poner en contacto dos elementos ontogénicos, la fecundación será el resultado de ese contacto o la “unión o fusión de dichos elementos”,⁵⁷

Incluso hay quienes que agregan:

“que estas técnicas aparte de favorecer la fecundación cuando esta no es posible, se pueden realizar cuando no se desea realizar mediante la copula.”⁵⁸

Esta última definición muestra lo peligrosas que pueden ser estas técnicas al facilitar a quienes no deseen procrear por medio del ayuntamiento carnal contar con esta alternativa que sale de lo que estamos acostumbrados, sin embargo; no considero que sea una situación que cause alarma si una mujer desea concebir sin someterse al contacto sexual, lo que es delicado es cuando esta vía caiga en excesos y que el acto natural del encuentro de los gametos masculino y femenino se dé de acuerdo a la predilección sexual de quienes las utilicen, considero que sería incongruente para una sociedad como la mexicana el aceptar que ese deseo lo realizaran de esa forma algunas personas por diversos cuestionamientos que podrían generarse similares a la unión entre parejas del mismo sexo.

Por su parte el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud relativo a la Ley General de Salud mexicana define a estas técnicas de la siguiente forma:

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

X I. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización en vitro.”

⁵⁷ Martínez – Calcerrada, Luis. La Nueva Inseminación Artificial. (Estudio Ley 22 de Noviembre de 1988). Madrid, España 1989. Pág. 33

⁵⁸ Perez Duarte, Alicia. Derecho de la Familia. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1994. p. 182.

Por desgracia este Reglamento únicamente se limitó a enunciar en el género a la inseminación artificial como la práctica más sencilla y a la fertilización in vitro sin especificar las modalidades de esta. Considero grave falla del legislador el omitir definiciones y que modalidades de la segunda son permitidas. Por lo menos no perdió de vista su autorización entre consortes o con auxilio de donadores de gametos.

Procedo a dar una explicación de las diversas técnicas en una clasificación en atención al bajo, mediano y alto grado de complejidad⁵⁹

I. Inseminación artificial.

Es muy común que se asocie como sinónimos las denominaciones como fecundación artificial, inseminación artificial, reproducción humana asistida y reproducción humana artificial.

“Para algunos, la inseminación es la introducción de un agente externo en la mujer, en este caso el espermatozoides del hombre.”⁶⁰

Para otros es:

“el modo de introducir el espermatozoides del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto a la forma natural.”⁶¹

Dentro de las técnicas artificiales la inseminación artificial es la más simple pero tiene diversas variantes según el lugar del aparato reproductor femenino donde se pretenda colocar el espermatozoides del hombre.

⁵⁹ Garza Garza, Raul. La toma de decisiones en situaciones difíciles. Editorial Trillas. México. 2003. p. 194.

⁶⁰ Manuel F. Chavez, Asencio. La familia en el derecho. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989. Pág. 24

⁶¹ Vlaming-Bender citado por Martínez – Calcerrada, Luis. Op. Cit. Pág. 33.

“inseminación artificial intravaginal: 1) Se inyecta el esperma fresco en el fondo de la vagina, mediante una jeringa; 2) inseminación artificial intracervical: en la cual se deposita el esperma, en contacto con la secreción cervical; para ello se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello del útero y el resto del esperma se aplica en una especie de tapón cervical de la misma mujer para retirar posteriormente. Con esta técnica se permite que la secreción cervical cumpla las funciones de selección del material seminal que naturalmente esta destinada a cumplir. 3) Inseminación intrauterina: se recurre a esta cuando existen diversas alteraciones del cuello del útero y de la secreción cervical. Entonces hay que depositar los espermatozoides en la cavidad uterina. Aquí el proceso tiene mayores complicaciones, ya que puede provocar contracciones uterinas y trae aparejado riesgo de infecciones por bacterias del esperma que no ha sido “filtrado” por la secreción cervical. 4) Inseminación artificial intraperitoneal: la técnica consiste en la introducción de espermatozoides directamente en el líquido intraperitoneal, mediante una inyección aplicada a través de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación.”⁶²

Considero que la forma de obtener el semen no importa, independientemente de las implicaciones éticas que como pudiesen concurrir en su procedimiento, como un acto de sustitución o intrínsecamente desordenado al no respetarse la naturaleza del acto sexual como medio donación personal de los esposos, lo que realmente se busca es habilitar para la procreación a quienes se someten a estos procedimientos artificiales.

⁶² Op. Cit. Loyarte... p.109

“el congelamiento o crioconservacion del esperma ha permitido el desarrollo de la inseminación artificial con semen de dador. Se ha podido comprobar que los espermatozoides resisten bien las bajas temperaturas, y mediante determinados cuidados. El esperma puede ser obtenido por masturbación o en algunos centros de obtención de esperma se logra-obviamente en caso de técnicas homologas- mediante la utilización de profilácticos especiales.”⁶³

El semen masculino puede ser del propio esposo (homóloga) o de un donador (heteróloga). Considero que la inseminación heteróloga puede presentar problemas éticos, psicológicos y jurídicos. En el plano ético el esposo no será el padre ‘biológico’ sino el donador del semen, existe imposibilidad de los esposos de ser padre y madre sólo uno a través del otro, los hijos son concebidos y traídos al mundo fuera del matrimonio, entre otros ejemplos.

Dentro del ámbito psicológico, una publicación del American Journal of Psychological View of Artificial Insemination, menciona:

“que una de cada cinco familias que optaron por la inseminación artificial sufrieron trastornos psicológicos, entre ellos, el desarrollo de sentimientos de culpa de la esposa por haber dado a luz a un hijo extraño a la pareja.”⁶⁴

En esta tesitura me pregunto si el marido o la pareja que consintió en la inseminación artificial de su pareja o esposa se siente verdaderamente vinculado al hijo concebido, percibirá a este como una evidencia de su afección para engendrar, que propicie su rechazo y un sentimiento negativo hacia la esposa.

⁶³ Op. Cit. Loyarte... p.117

⁶⁴ Hurtado Oliver, Javier, Una aproximación a la inseminación artificial para la procreación humana, Revista Judicial Jalisciense, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 2, núm. 2, enero-abril de 1992, p. 47 y 81.

En el caso del donador del esperma, este se preguntará sobre la vida del o de los hijos que pudo haber engendrado. En cuanto al menor, en su momento se preguntara cual es su origen y en consecuencia le puede crear problemas en su sentimiento de identidad por el resto de su vida y la sensación de ser diferente a los demás, en caso de conocer su origen, le inquietará saber quién fue su padre biológico y dónde está, se podrá conformar con saber que su progenitor es anónimo o en el caso de la madre soltera, sin un padre legal ni afectivo, sumado al posible rechazo de su madre o del padre social que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad.

En el aspecto jurídico, la situación que podría generar problemas sería la posible inseminación de la mujer casada sin que el esposo hubiese otorgado su consentimiento. La sola voluntad de la mujer no debe bastar para que el marido asuma la paternidad del menor, sin embargo, la legislación actual en México no permite al marido desconocer al hijo nacido por inseminación artificial heteróloga. Aplicando lo dispuesto por el Código Civil, se presumen hijos de los cónyuges:

“Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

I. los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

Aunque las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta, las presunciones antes mencionadas pueden destruirse sólo cuando el marido probare que ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los trescientos que precedieron al parto, o cuando se le haya ocultado el nacimiento, de lo contrario aún cuando el esposo demostrara la falta de su consentimiento, para la ley él será considerado como padre del menor que haya nacido dentro de esos plazos. La Ley General de Salud, en su artículo 466, sanciona al que practica una inseminación artificial sin el consentimiento del esposo, pero, en todo caso, la filiación del hijo en relación al esposo de la madre queda establecida.

Dar satisfacción a aquellas parejas que por una u otra razón, anatómica o funcional, no han podido lograr su deseo de reproducirse, pienso que es la oportunidad de la medicina para ser coadyuvante de la pareja y de la sociedad, en vista que el fin buscado va a favorecerlas a ambas: a aquélla, propiciando su descendencia; a ésta, dándole fundamento a la familia como su base.

J. Fecundación Artificial

Desde el punto de vista fisiológico la fecundación es:

“es el acto de impregnación del óvulo por el espermatozoide.”⁶⁵

“Sin embargo hoy en día la fecundación también lo puede ser a través de la fecundación extrauterina in vitro, que es la unión artificial de un espermatozoide con un óvulo.”⁶⁶

Considero que en el caso de la fecundación artificial, se hace referencia a la concepción como resultado; que contrasta con la inseminación artificial, en virtud de que como ya explique, esta es la introducción del esperma en la mujer por medios artificiales, sin tener por seguro que se lograra concebir, aunque también pienso que lo artificial podría ser la inseminación, en virtud de que la fecundación se da después de la intervención medica. Sin embargo hoy en día la fecundación también lo puede ser, como ya lo mencione; extracorpórea a través de la fecundación en vidrio, al

⁶⁵ Enciclopedia Jurídica Ameba. Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1980. Tomo XII.

⁶⁶ Manuel F...Op. Cit. P.24

igual, la inseminación sin la unión sexual. Dada la dinámica social, la fecundación e inseminación artificiales con el fin de la concepción puede aplicarse en mujeres, independientemente de su estado civil; exista o no acuerdo con un hombre.

1. Transferencia de Gametos a las Trompas de Falopio.

*Esta técnica consiste en la transferencia de los gametos a las trompas de Falopio. En primer lugar, al igual que la F. I.V., se realiza la estimulación de la ovulación, se recoge y prepara el esperma, y se produce una inmediata transferencia de los gametos mediante laparoscopia a una o a las trompas de Falopio.*⁶⁷

Al igual que la inseminación artificial, insisto inclinarme preferentemente que sea homóloga, que ambas células sexuales provengan de los esposos, solo en casos extremos la pareja podría recurrir a la heteróloga.

Considero que no es difícil que la concepción suceda en la sonda, además de que existe una elevada pérdida de embriones obtenidos mediante esta técnica.

⁶⁷ Op. Cit. Loyarte... p. 127

2. Fertilización En Vidrio.

Esta técnica al igual que las subsecuentes es de alta complejidad. En términos sencillos, se efectúa inducción de ovulación.

“Se utilizan para ello las hormonas que naturalmente estimulan el desarrollo folicular, la denominada F. S. H. una hormona del crecimiento folicular, que es secretada por la hipofisis, y que también tiene otras funciones que coadyuvan a desencadenar la ovulación.”⁶⁸

Después se retiran de varios óvulos de los ovarios para fertilizarlos con el esperma del hombre en el laboratorio.

“Actualmente, prácticamente en todos los casos los ovocitos se recolectan mediante punción y aspirado de los folículos, bajo control ecográfico.”⁶⁹

Trasferencia los embriones seleccionados a la matriz para su implantación.

“Cuarenta y ocho horas después los embriones se han dividido y presentan 2, 3, o 4 células (llamadas blastómeras). Entre los embriones que se obtienen existen algunas diferencias morfológicas; en principio son todos implantables, salvo aquellos que ya inicialmente están en manifiesta vía de degeneración. La calidad de los embriones transferidos es fundamental. Digamos que la calidad embrionaria se establece y clasifica, desde el punto de vista morfológico, teniendo en cuenta principalmente el número, forma y tamaño de las células blastómeras que lo componen, y en la presencia o ausencia de fragmentos citoplasmático enucleados. Con estos parámetros se clasifican los embriones en cuatro categorías, siendo los de clase

⁶⁸ Op. Cit. Loyarte... p. 122

⁶⁹ Op. Cit. Loyarte... p.123

IV(embrión de 2, 4, 6 o mas células de igual tamaño y forma sin fragmentos o con muy escasa fragmentación)”⁷⁰

No cabe duda que con esta técnica se atenta flagrantemente contra la dignidad de los individuos, se tiende a clasificar a cada uno de estos por categorías otorgándose preferencia a aquellos con los que la naturaleza ha sido prodiga. No creo que los embriones de inferior calidad sean implantados, puesto que no concibo que el equipo medico quisiera correr el riesgo de obtener con el nacimiento alguien con defectos genéticos o físicos, lo que en consecuencia les traería al parejo responsabilidades jurídicas o bien aun sabiendo esas circunstancias se les permita nacer afectando con ello al ser por nacer. Las desventajas más notorias, al implantarse varios gametos, se encuentran el riesgo de embarazos múltiples con altas tasas de porcentajes de abortos y riesgos para la madre y el concebido.

3. Fertilización In Vitro con Transferencia de Pronucleos.

“En esta, los gametos van a comenzar su fecundación fuera del cuerpo y luego se transfieren a las trompas de falopio, por medio de laparoscopia con anestesia general, cuando aun no se ha producido la división de las células embrionarias, dentro de las 24 horas.”⁷¹

Toda vez que esta técnica implica, al igual que la fertilización in vitro, el efectuar estimulación ovárica, para producir mas de un óvulo para ser fecundados, independientemente del riesgo que representa en caso de embarazos múltiples, considero que representa peligrosidad bajo anestesia general percatarse si realmente son implantados todos los óvulos fecundados y de no ser así cual es el destino de estos.

⁷⁰ Op. Cit. Loyarte... p. 125, 126

⁷¹ Idem.

5. Inyección de Espermatozoide Dentro del Ovocito.

“Consiste en la inyección de un solo espermatozoide con el menor volumen de líquido posible, directamente dentro del citoplasma del óvulo.”⁷²

Considero que al existir un proceso de selección de entre los millones de espermatozoides que compiten por fecundar un óvulo, al existir un proceso de selección no se da un trato igual a ellos, es decir; se da una clara discriminación.

De lo hasta aquí explicado, concluyo que aquellas parejas casadas o no, que se someten a éste tipo de técnicas tienen una real voluntad de ser padres. Y este deseo, no puede ser sustituido por una adopción, pues evidentemente ellos necesitan ser parte activa en este hecho biológico, y son quienes con su decisión dan nacimiento al nuevo ser.

⁷² Op. Cit. Loyarte... p.131.

Capítulo III.

Técnicas de procreación en México.

A. Aplicaciones.

Entre los muchos beneficios que la genética aporta a la humanidad a través de las biotecnologías encontramos la curación de diversas enfermedades entre las que encontramos la infertilidad y esterilidad.

Los progresos científicos de las técnicas de reproducción asistida dan pauta a la necesidad de crear un adecuado marco legal que implica una reflexión moral, ética y jurídica en la que acuden varios puntos como la naturaleza o persona, las diversas interpretaciones éticas de las técnicas, la necesidad de someter la libertad o deseo de los hijos a criterios de racionalidad a fin de que se genere una procreación humana digna, regulación de donaciones manteniendo la unidad entre la maternidad, paternidad y filiación y sus implicaciones en los valores dentro del matrimonio y la familia. Las técnicas artificiales se han incorporado a la medicina general y su práctica ahora es muy común; sin embargo en México el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado. En este sentido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra los derechos reproductivos de los mexicanos como una garantía individual de la siguiente manera:

“Artículo 4º...

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

Por su parte la Ley General de Salud de 1984 fiel al artículo citado dispone:

“Artículo 67.- Segundo párrafo:

Los servicios de salud que se presten en la materna constituyen un medio para el ejercicio de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el numero y esparcimiento de sus hijos, con pleno derecho a su dignidad.”

“Artículo 68.- Los servicios de planificación comprenden:

Fracción IV. El apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.”

Considero que los individuos no están obligados a concebir, no obstante ello, con base en el citado artículo constitucional todo individuo tiene la facultad de programar, con la debida información que el Estado le proporcione ; el concebir el numero de hijos que desee, sin embargo esa facultad debe de ser acorde con el derecho de los individuos que engendrará, es decir, una paternidad responsable; el individuo o pareja tiene que ser consiente sobre la responsabilidad que adquirirá hacia ellos a efecto de poder asistirlos en todos los aspectos. El Estado por su parte, en particular el mexicano, al que por mandato constitucional, se le impide el determinar el numero de hijos mediante reglas de observancia general, asume una política de planificación, justamente dirigida a evitar una explosión demográfica, que trae consigo otros tipos de problemas que afectan a los gobernados en general. Derivado de los servicios de planificación familiar los individuos con alguna incapacidad procreativa tienen el derecho de buscar, con la debida información; los medios adecuados para conseguir descendencia, por la simple razón de que la procreación es un derecho, en el que se actúa individualmente con plena autonomía, con personalidad y dignidad propias, pero dentro de los procedimientos legalmente permitidos, El individualismo a que me refiero es importante pero un mas el no perder de vista los derechos del hijo que se pretende concebir y después hacer nacer. A este respecto considero que las técnicas de procreación asistida deben ser aplicadas solo como un remedio a la incapacidad de las parejas, debiendo prohibirse su utilización con fines no terapéuticos o de conveniencia personal.

“la inseminación artificial debe ser considerada como una solución terapéutica pero nunca como un medio alternativo de procreación latu-sensu para parejas infértiles y menos sin constituir pareja, como sujetos individualizados que pretendieran beneficiarse de las ventajas del procedimiento”⁷³

1. DENTRO DEL MATRIMONIO.

Tomando en cuenta la denominación a que aludí de fertilización asistida que nos proporciona el artículo 40 del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud que prevé tanto a la inseminación como fertilización artificial, estas pueden clasificarse según el estado familiar de la mujer de tal forma que:

“puede dividirse según se efectúe con elementos del matrimonio, es decir, con el óvulo de la esposa y espermatozoides del marido (inseminación homóloga).”⁷⁴

Considero que este tipo de inseminación o fertilización artificiales no generan grandes conflictos entre los esposos y con los hijos nacidos por estas vías; ya que la mujer casada sometida a técnicas artificiales de procreación con el espermatozoide de su esposo no ocasiona daños en ser nacido como resultado de ella, es hijo del matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica está prevista en la mayoría de las legislaciones. El hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar, se puede practicar en la mujer casada o soltera con pareja estable y manifestar su consentimiento conjuntamente, su práctica es común, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado, es una cuestión de hecho que se empieza a abordar disipadamente desde las leyes.

⁷³ Lledó Yagüe. Breve discurso sobre bioética y derecho, La revolución biogenética versus sistema familiar. Estudios de Deusto, Universidad de Deusto, vol. 34, núm. 2, p. 341-367.

⁷⁴ Manuel F...Op. Cit. p. 25.

Esto tendría que regularse por un tipo de normas jurídicas diferentes al derecho privado, toda vez que al tratarse de un asunto de interés público, obliga al legislador a establecer o de instituir la aparición de una tercera persona o corporación pública de salud, encargada de velar porque las normas que regularice la reproducción asistida sea vigilada y cumplida eficazmente, al Estado le debe corresponder el ejercicio o vigilancia del servicio público de fertilización asistida aplicando criterios socioeconómicos, para beneficiar o negar el servicio a los solicitantes.

De igual forma la inseminación como fertilización artificial es heterologa, es decir; cuando se necesita la colaboración de una tercera persona que aporte el gameto necesario para la fecundación asistida.

“con elementos extraños al matrimonio; bien sea con elemento masculino extraño, con elemento femenino extraño, o con ambos elementos extraños, pero implantados en la esposa.”⁷⁵

Considero que esta práctica da origen a múltiples cuestionamientos entre ellos si el hombre realmente tiene el derecho a disponer de su propio cuerpo para efectuar donaciones de esta naturaleza, así como los efectos de la aplicación de las técnicas heterologas en cuanto a la manipulación y derechos del aun no concebido.

“Estas técnicas desarticulan los conceptos de paternidad y maternidad. Respecto a la paternidad, aparece el padre por ser quien aporta los gametos masculinos para la concepción otro sujeto; el padre social, quien desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad, puede ser el marido o concubino de la madre o un soltero que desea tener hijos. En relación a la maternidad se presentan tres tipos de madres, por una parte la social que es aquella que la sociedad y la ley reconocen como madre, la genética que es la que aporta los gametos para la fecundación y puede darse el caso que una

⁷⁵Idem.

tercera mujer porte hasta el termino del embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco óvulo para fecundación conocida como madre biológica.”⁷⁶

Otros de índole religiosa son más rigurosos atribuyendo a estas prácticas una invasión a la vida conyugal y de cierto modo intuyendo en los individuos ciertas dudas y culpas.

“Además, esta practica es vista como una intromisión en la intimidad y exclusividad del vínculo conyugal, puede ser una agresión potencial para el marido al saber este que tuvo que requerir de la ayuda de un tercero para concebir un hijo, al que vera como una prueba de su incapacidad física e incluso verlo como el fruto de una relación adultera que como resultado pone en riesgo el matrimonio, en el caso de que ambos consortes no posean la suficiente madurez y no estén perfectamente de acuerdo con esta idea.”⁷⁷

Pienso que es exagerado el pensamiento católico, lo que si comparto es que quienes opten por esa practica deben de estar plenamente convencidos de la forma en que se convertirán en padres, considero sano que deba guardarse anonimato de esas terceras personas que contribuyen con sus gametos.

También se ha considerado por el pensamiento católico que por el hecho de utilizarse semen de un extraño se incurre en adulterio, entendiendolo a este como

“el ayuntamiento carnal ilegitimo del hombre y la mujer.”⁷⁸

Esta situación obviamente no esta contemplada como tal en el código civil y el penal, sin embargo, considero que pudiese ser causal de divorcio para el caso de

⁷⁶Perez Duarte Alicia Op. Cit. p. 185

⁷⁷La Sexualidad Humana. Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico. Estudio realizado por la Catholic Theological Society of America. Ediciones Cristiandad. Madrid, España. 1978.p. 61.

⁷⁸Diccionario de la Lengua Real Academia Española. Madrid. 1970. p.29

fecundar la esposa sin el consentimiento de su consorte. Aunado a lo anterior como puntos de condena de la teología moral es el hecho de que:

“el ser es engendrado a través de una relación sin amor por parte del tercero que interviene y sin unión matrimonial, es contraria a la verdadera vocación de los esposos al no ser concebidos en el matrimonio y por el matrimonio.”⁷⁹

Considero contra lo que se dice que no se respeta la unidad y fidelidad del matrimonio, que no se da una violación a la reciprocidad conyugal, al tomarse una decisión de esa naturaleza se está demostrando el verdadero amor que pudiese existir en la pareja al permitirse ser felices a través de estos métodos.

Por otra parte se dice que lesionan los derechos del hijo al privarlo de su origen paterno filial ocasionando daños en su identidad personal.

“Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y su integridad: opera una ruptura entre la paternidad genética y la responsabilidad educativa. Esta alteración de relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil que amenaza la unidad y estabilidad de la familia.”⁸⁰

Tanto la fertilización homologa como la heterologa se han incorporado a la medicina general y su práctica es común, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado, es una cuestión de hecho que se empieza a abordar disipadamente desde las leyes. Hay una disposición en el ámbito sanitario que tipifica la conducta de inseminar a una mujer sin su consentimiento y

⁷⁹Diccionario Enciclopédico de Teología Moral. Editorial Paulinas, Madrid 1978 P. 421.

⁸⁰ Institución sobre el Respeto de la vida Naciente y la Dignidad de la Procreación. Vaticano P. 24.

establece ciertas penas de prisión y de inhabilitación para ejercer la medicina⁸¹. Como ya se menciono el Artículo Cuarto Constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Su ley reglamentaria; la Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología, pero de ninguna manera regula de modo directo la inseminación artificial.

Si el servicio de reproducción humana asistida, que es proporcionado por una institución médica privada, el costo del mismo, lo haría inaccesible para miles de familias o mujeres, tan solo basta tomar como referencia el costo aproximado al año 2004:

“El uso del laboratorio in Vitro tiene un precio aproximado de 20.000 pesos.

Todo el programa tiene un costo cercano a los 70.000 pesos, dependiendo de la cantidad de medicamento requerido por cada paciente.

Inyección Intracitoplasmática de la Esperma (ICSI) cuesta cerca de 25,000 pesos. Transferencia Intratubaria de gametos (GIFT) vale cerca de 41,000 pesos.”⁸²

⁸¹ Ley General de Salud. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984 Artículo 466

⁸²<http://www.golf.com.mx/adminhomeopatia/notinoticias>

2. FUERA DEL MATRIMONIO.

Como lo menciona el maestro Manuel Chávez Asencio⁸³ atendiendo al estado familiar de la mujer, esta forma tiene estrecha relación con la mujer que se preste para procrear un hijo que no tenga ningún elemento de ella o no casada con pareja estable o concubinato.

Las opiniones al respecto son muy diversas respecto a que si tiene derecho la mujer soltera, divorciada o viuda a recurrir a la inseminación artificial o si únicamente las mujeres casadas pueden hacer uso de las técnicas de reproducción asistida y en su caso si derecho a procrear es un derecho individual o familiar, o bien argumentos de índole psico-social, como el trastorno que pudiera sufrir el hijo privado a priori de su padre, o la angustia de la mujer estéril a la que se le niegue en un momento dado la posibilidad de ser madre.

La generalidad de los tratadistas se inclina a favor de que solamente las personas casadas tengan derecho de perpetuar la especie humana, en virtud de que, el matrimonio es la única fuente lícita de la familia. Existe la tendencia para que todo niño que venga al mundo se críe en el seno de una familia plena, es decir, aquella que se integre por un padre y una madre, por considerar que tal es el ambiente más propicio para su desarrollo integral. Al respecto, el jurista Chávez Asencio señala:

“procrear un hijo fuera de matrimonio (por medidos naturales o artificiales), implica una ilicitud tanto del punto de vista moral como jurídico, pues se contrarían los principios éticos que reservan para el matrimonio la procreación”, y agrega: “Con mayor razón, debe considerarse ilícita la fecundación artificial fuera del matrimonio y, al ser ilícito, debería establecerse una sanción desde el punto de vista

⁸³ Manuel F. Op. Cit., Pág. 25.

*penal, para aquellos médicos que se prestan a fecundar a una mujer soltera, viuda o divorciada, porque la sociedad y el Estado están interesados en que la procreación se haga dentro del matrimonio*⁸⁴.

En un sentido opuesto, han surgido comentarios aislados que insisten en señalar que este derecho de la mujer es un privilegio individual, atendiendo a los de moda derechos reproductivos, que no debe restringirse argumentando cuestiones morales o la necesidad de que la solicitante integre una pareja conyugal, ya que nadie puede garantizar la permanencia en el matrimonio.

Como puede advertirse, el tema es polémico, pero a juicio nuestro el Derecho Constitucional Mexicano vigente no contempla tal problema, ya que de conformidad con el párrafo segundo del Artículo Cuarto de la Constitución Federal: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos”, motivo por el cual se concluye que, tanto las mujeres casadas como las solteras pueden recurrir válidamente a los métodos de la fecundación asistida, sin limitar esta atribución a determinadas personas, en razón de su estado civil, credo religioso, edad o cualquiera otra situación de hecho o de derecho.

Ante el interés de una mujer por una maternidad en estas circunstancias, debemos conocer las motivaciones que se tienen para ello, como también las condiciones de vida de la persona interesada. En el caso de la mujer soltera o viuda deben analizarse circunstancias muy particulares, que aparejan importantes connotaciones éticas. Invocando el principio de autonomía o el derecho a la autodeterminación, la mujer sin esposo o compañero acude a la ciencia para lograr tener un hijo sin intermediación directa del varón, es decir, sin mediar el acto sexual o sin comprometer a otro. El fin buscado es gestar un hijo de su sangre; una reproducción extramarital. A primera vista es un fin bueno, sin embargo; las normas y las costumbres aceptadas por nuestra sociedad prescriben que los hijos deben nacer de padres conocidos dentro de un hogar estable. No basta el simple deseo, la

⁸⁴ Idem., pag. 33

autodeterminación. Las variantes que podrían utilizarse para darle cauce a la maternidad de la soltera o la viuda con la deducción de las implicaciones legales y morales son:

1. La fertilización podría hacerse con óvulo de la interesada y espermatozoide de donante desconocido. El producto de tal unión asistida será ante la ley, es decir, ante la sociedad, un hijo sin padre.
2. la fertilización podría también hacerse con óvulo de la interesada y espermatozoide de donante conocido, pero que no autorizó el procedimiento. Sería entonces un hijo no reconocido, de padre conocido, con implicaciones asimismo legales y emocionales.
3. Finalmente, la fertilización podría hacerse con óvulo y espermatozoides de donantes desconocidos o simplemente la gestación tendría su inicio con la transferencia al útero de un embrión abandonado o cedido por una pareja cuya identidad sólo conocen los que manejan los registros del banco de embriones. Se trataría de una maternidad gestacional, o de una adopción *sui generis*, pues, sin existir ningún vínculo, ese hijo adoptivo sería gestado y parido por la mujer adoptante.

Por lo expuesto atrás, no queda duda de que la reproducción asistida en mujer soltera o viuda es susceptible de ser cuestionada moralmente. El médico que la lleve a cabo dejará a la vista que puede más el afán de lucro que su responsabilidad social. Igual podría decirse del que la practica para complacer el querer de una pareja de lesbianas, no obstante haya quienes defiendan el derecho que tienen los homosexuales de llevar su vida a su manera y de buscar los medios para lograr su felicidad. Si se analiza la situación con simple criterio utilitarista, esa posición podría ser válida moralmente. Dado que lo que buscan con la maternidad la mujer soltera, la viuda y la lesbiana es lograr su felicidad, la reproducción asistida estaría justificada. Pero como se halla de por medio otra persona; en este caso el hijo, con la maternidad no se estaría buscando propiamente su felicidad. Es de suponer que, por ausencia de medio familiar adecuado, sería un hijo lleno de problemas legales y

emocionales, ya que el grupo familiar carecería de la dualidad marital compuesta por madre-padre.

La fecundación asistida de una mujer soltera hace posible y objetiva la eliminación de la figura paterna, con la consiguiente reducción del hombre a mero proveedor de material biológico. Eso nos pone frente a una situación radicalmente nueva, sobre la cual es indispensable reflexionar fríamente, más allá de todo prejuicio. Se ve claro que tener un hijo es cada vez más una decisión femenina. Porque es cierto que en el nuevo modelo matriarcal, el matrimonio no es esencial y el intercambio de socios sexuales hace que, en el ámbito social, sólo se pueda reconocer con seguridad la maternidad, no la paternidad; lo que para el hombre hace que sea imposible asumir otro papel que el de mero fecundador de la mujer lo que se asemejaría con cualquier otra especie del mundo animal. Al debilitar la figura del padre, la fecundación asistida a mujeres solteras, pone en riesgo la misma paternidad, la vacía desde dentro de su identidad pues refuerza solamente los vínculos establecidos entre el hijo y la madre, que frente al hijo, es la única que puede reivindicar propiamente una "paternidad" objetiva. Pensemos en lo que significará para la vida de un niño el nunca poder saber de dónde viene, o a quien debe el color de sus ojos porque nació de un donante anónimo para complacer el instinto de maternidad de su madre y su derecho al hijo.

3. DESPUES DE MUERTO UN CONYUGE.

Mediante el procedimiento de la Inseminación Artificial Homóloga, y a partir de técnicas de congelación de gametos y embriones, es viable que una mujer pueda concebir a un hijo, que genéticamente es del marido, en forma posterior a la disolución del vínculo matrimonial, por la muerte de aquel; para eso, el semen se congela, mediante la tecnología criogénica, guardándose el esperma por una cantidad indeterminada, hasta posteriormente, salir de la congeladora, para realizar la concepción.

No debe confundirse la fecundación póstuma con la posmortem, ni sus efectos naturales de la filiación consistentes en ser hijo póstumo e hijo posmortem.

En la filiación póstuma, existe nacimiento del descendiente del cuius, en un término que comprende de ciento ochenta días a trescientos días después de la muerte padre. En cambio la filiación posmortem puede ser por un término mayor al de trescientos días, pudiendo inclusive ser hasta de años.

De ahí la necesidad de regularizar esta situación jurídica, para efectos de derecho sucesorio. Así como definir la situación jurídica en el que pudiera encontrarse los gametos o los embriones congelados.

4. MATERNIDAD SUSTITUTA.

El término "maternidad subrogada" proviene de la traducción de la expresión inglesa "surrogated motherhood". También puede llamarse "maternidad sustituta", "maternidad de arriendo", "arriendo de útero", "gestación subrogada"., Podemos definir esta figura como: "La gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por encargo de una pareja (o de una sola persona) a quienes se les entregará el recién nacido como hijo propio, sin embargo; esta ha sido por el informe Warnock del Reino Unido como "la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca".

La subrogación es un término utilizado en el derecho de las obligaciones. Se dice que la subrogación real es cuando se sustituye bienes por otros bienes; mientras que la subrogación personal, es la sustitución de personas (especialmente del acreedor).

Esta técnica que posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, puede desarrollarse con las siguientes variantes:

- A. Maternidad subrogada respecto del producto de la fusión del espermatozoide y el óvulo de la pareja. Aquí solo se presenta la prestación del útero por parte de una mujer.
- B. Maternidad subrogada respecto del espermatozoide u óvulo de donante con autorización previa de la otra parte. Aquí se dona espermatozoides u óvulos de una persona extraña a la pareja y se encarga la gestación a una mujer fértil.
- C. Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento de la pareja. Se dona espermatozoides y óvulos por persona distintas de la pareja y la criatura se gesta en el útero de una mujer fértil extraña.
- D. Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento mutuo de la pareja con la particularidad que la donante del óvulo es la misma mujer que prestara el útero.

También puede darse un caso que despierta un rechazo indiscutido y que sería la circunstancia de una pareja homosexual que a través de la maternidad subrogada pueden lograr conseguir un hijo, sin la intención de hacer uso de la institución de la adopción. De esta forma se estaría manipulando el cuerpo de la mujer y la finalidad de la procreación y, por otro lado, se estaría tratando a la criatura como una cosa, con el objeto de satisfacer una necesidad, muy noble, de querer ser padre. Pero en este caso el hijo sería un medio para lograr un fin, en circunstancias que el hijo debe ser un fin en sí mismo y no un medio.

Lo que caracteriza a la maternidad subrogada es la existencia de un "acuerdo" o "contrato" entre quien acepta dentro de su útero a una criatura y la pareja o persona que se lo encarga.

Los requisitos para que se configure la maternidad subrogada son:

1. Existencia de un encargo a una mujer fértil (madre subrogada), para que procrea y dé a luz a una criatura.

2. Percepción de un beneficio pecuniario por parte de de la madre subrogada, si así se acordó.
3. Obligación de la madre subrogada de inseminarse con el semen del marido de la mujer contratante o de aceptar la implantación de un embrión formado por Fertilización in vitro, con gametos de la pareja o de un tercero donante.
4. Renuncia por parte de la madre subrogada a todos los derechos filiales, respecto de la criatura que ha gestado y la obligación de entregarla a quien o quienes le hicieron el encargo.

El caso jurisprudencia más célebre es el conocido con el nombre de "Baby M", en los Estados Unidos. Los hechos fueron los siguientes:

“En febrero de 1985, la señora Mary Beth Whitehead firmo un contrato de maternidad subrogada, aceptando ser inseminada artificialmente con el esperma de William Stern y entregar el niño a su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. Al mismo tiempo, aceptaba ser sometida a una amniocentesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había "encargado", bajo pena de perder el precio convenido. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz a una niña (Melisa, de donde deriva el nombre del caso) y la entregó, sin reticencias, a los Stern, quienes decidieron confiársela "a título provisorio y para su salud moral". Ella conservó a Melisa durante cuatro meses, sin intención de entregarla a los Stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial. En marzo de 1987 un juez declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Diez meses después, la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey la restableció en sus derechos y declaró nula adopción hecha por la señora Stern. La niña fue declarada legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern. Fundándose en el interés superior de la menor, la Corte decidió que ella residiría normalmente con el matrimonio Stern, pero que la madre subrogada --que era la madre genética--,

tenía un derecho de visita (Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227)⁸⁵.

Existe un precedente de la Suprema Corte de California, Estados Unidos, quien por mayoría, resolvió que cuando, a raíz de un acuerdo de maternidad sustitutiva, un cigoto formado por los gametos de un esposo y una esposa es implantado en el útero de otra mujer, aquellos cónyuges son los padres naturales del niño, y que tal solución no afecta la Constitución de California ni la federal, ni tampoco el orden público. Con este fundamento confirmó la resolución que consideró padres genéticos, biológicos y naturales del niño a los cónyuges, y no a la mujer que lo había llevado en su seno, y que el contrato de maternidad sustituta era válida y exigible. El voto minoritario sostuvo que tales acuerdos exigen mostrar consideración suprema debe ser el bienestar del niño que el acuerdo ha hecho posible. En razón de ello, se aconsejaba la revocatoria de la decisión y la devolución de los autos a origen para determinar la paternidad en discusión sobre la base de los mejores intereses de la criatura(S.C.J. de California, Estados Unidos, 20-5-93, "Johnson c/Calvert", J:A: 1995-I-440)⁸⁶.

⁸⁵ Andorno, Roberto. Bioética y dignidad de la persona . Editorial Tecnos, Madrid. 1998, p.142 y 143.

⁸⁶ Revista de Derecho privado y comunitario, No.9. Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina p.397 y 398.

Capítulo IV.

Adecuaciones a la legislación Federal Mexicana.

A. En la sociedad.

Independientemente de las causas habituales de la incapacidad reproductiva humana apuntadas con anterioridad, la infertilidad tiende a aumentar por las características de mundo moderno, puesto que se agregan, entre otras; el posponer embarazos para edades mas avanzadas, la integración de las mujeres al terreno laboral y la exposición de las mismas a la exposición a agentes nocivos, donde lo que destaca el estrés, cuyos efectos de carácter psicosocial que se producen desequilibran la vida individual de la persona con proyecciones en sus relaciones sociales en general, incluyendo con la pareja.

“no queda reducida únicamente al plano biológico; tiene repercusiones en la vida de la pareja y en la vida social”⁸⁷.

Dado que en el Estado mexicano nadie esta obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe, se tiende a ejercer los denominados derechos reproductivos, como parte del catalogo de los derechos humanos; que son una expresión de los valores y aspiraciones del ser humano, equiparables al derecho a la vida, al derecho a la libertad, al derecho a formar una familia, al derecho al desarrollo, entre otros.

Como colorario, esos derechos reproductivos surgen en la Conferencia de Teherán de 1968, cuando, por primera vez se estableció que los progenitores tienen un derecho intrínseco a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y a obtener la información necesaria para ello; de los cuales la

⁸⁷ Gafo, Javier Op. Cit pag. 56.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸⁸ proporciona la base legal internacional más concreta para los derechos reproductivos, precisamente por ser el único instrumento internacional que habla, de manera específica, de la planificación familiar. Efectivamente, en el Artículo 12 de esta Convención se establece, entre otras cosas, que los Estados parte deben garantizar, en igualdad de circunstancias, el acceso de las mujeres a los servicios de atención médica, en los que se comprenden los relacionados con la planificación de la familia, y en el Artículo 16 se establece que, en la familia, la mujer debe tener los mismos derechos que el varón, entre otras cosas, para decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de los hijos.

En este sentido considero que en México existe un marco normativo que garantiza los derechos reproductivos a todos los individuos en general.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su Artículo Primero:

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y condiciones que ella misma establece.”

Respecto a la interpretación de este artículo el Maestro Ignacio Burgoa nos explica claramente el ámbito de su aplicación, cuya protección se extiende a todo aquel individuo, percibiendo a este como aquel que goza de la capacidad de goce y ejercicio que se encuentre dentro del ámbito espacial de aplicación de la carta magna.

“El alcance personal de esta garantía se extiende a todo individuo independientemente de su condición particular congénita o adquirida, ya sea en cuanto a su raza, sexo, estado jurídico, etc., y que se encuentre dentro del territorio nacional,

⁸⁸Adoptada por el Gobierno Mexicano el 7 de Noviembre de 1967.

*posibilitando y capacitando al gobernado de ser titular de los derechos públicos subjetivos que ella contiene.*⁸⁹

Claramente el derecho a la procreación lo establece en su artículo Cuarto, al asumir:

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

Este artículo otorga total respeto a la libertad de procrear obligando a las autoridades a respetar esos derechos públicos instituidos a favor de los gobernados, es decir; a no generar acto de autoridad alguno que imponga el número de hijos que deba tener una pareja.

Sin que se incurra en un acto violatorio de ese valor universal, la Constitución Federal aplica una política de planificación familiar de persuasión tendiendo a inducir en las parejas una conciencia responsable en cuanto a la procreación de los hijos, mas no prohíbe la libertad de procrear. En este sentido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el párrafo tercero de su Artículo Cuarto señala :

“Toda persona tiene derecho a la protección a la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y Entidades Federativas en materia de salubridad general conforme a lo que dispone la Fracción XVI del Artículo 73 de esta Constitución”.

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

⁸⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales .Editorial Porrúa. Mexico. 2003.Trigesima sexta Edicion.p 261.

“XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración, salubridad general de la Republica.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el País, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.”

Por otra parte, el Artículo 122 en su apartado C establece la competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; y en la base primera, Fracción C, inciso i), señala expresamente la competencia en materia de salud.

“Artículo 122. Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo.

Son autoridades locales del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal se integrará con el número de diputados electos según los principios de mayoría relativa y de representación proporcional, mediante el sistema de listas votadas en una circunscripción plurinominal, en los términos que señalen esta Constitución y el Estatuto de Gobierno.

El Jefe de Gobierno del Distrito Federal tendrá a su cargo el Ejecutivo y la administración pública en la entidad y recaerá en una sola persona, elegida por votación universal, libre, directa y secreta.

El Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura, con los demás órganos que establezca el Estatuto de Gobierno, ejercerán la función judicial del fuero común en el Distrito Federal.

La distribución de competencias entre los Poderes de la Unión y las autoridades locales del Distrito Federal se sujetará a las siguientes disposiciones:

C. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases:

BASE PRIMERA.- Respecto a la Asamblea Legislativa:

i) Normar la protección civil; justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno; los servicios de seguridad prestados por empresas privadas; la prevención y la readaptación social; la salud y asistencia social; y la previsión social;”

De la lectura de estos preceptos se deja clara la concurrencia federal y estatal en materia de salud; que es de aplicación en toda la República la Ley General de Salud cuyas disposiciones son de orden público e interés social; además de ser el ordenamiento que establece las bases y modalidades de esa concurrencia, por lo que reitero no existe inconveniente para llevar a cabo una serie de adiciones a la Ley General de Salud o bien el que se promulgue una Ley de Reproducción Asistida o un Reglamento que aborde todas aquellas conductas que se dan en torno a esta práctica, primeramente en el sentido de institucionalizar estudios primarios de infertilidad en todas las parejas que así lo soliciten, en virtud de que el término investigación se refiere y cae dentro de los parámetros del Reglamento de Investigación para Salud.

En este sentido tenemos ejemplos a nivel mundial de países a la vanguardia:

En España la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de Diputados de 1986, de la cual se origina el llamado Informe Palacios⁹⁰ con 150 recomendaciones que a su vez sirvieron de base para las leyes 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida y 42/1998 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de Células, Tejidos u Órganos.

En el año de 1982 el gobierno inglés formó una Comisión para el Estudio de la Fertilización Humana; de la que se derivó el Informe Warnock, publicado en julio de

⁹⁰ Aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión el día 10 de abril de 1986, p.p. 197 a 216

1984; del que se desprendieron 60 recomendaciones, de las cuales dos de ellas son importantes:

a) Aceptar la experimentación en embriones hasta el día 14 posterior a la fecundación.

b) La exigibilidad de los contratos de maternidad sustituta.⁹¹

En 1990 se crea la Ley sobre Fertilización y Embriología Humana que en 1991 entra en vigencia; a través de ella nace el Consejo de Fertilización Humana y Embriología (Human Fertilisation and Embryology Authority, HFEA.) como autoridad competente en la materia; este Consejo entre otras facultades es quien otorga los permisos y las licencias convenientes a los centros que atienden problemas e infertilidad.

Por su parte Alemania al igual que México; no ha regulado las técnicas de reproducción asistida pero cuenta con una legislación penal estrictamente protectora del embrión in vitro. La Ley sobre protección del embrión humano⁹², surge del informe denominado Benda publicado en 1985. La Ley establece una serie de prohibiciones relativas a la utilización, manipulación e investigación con embriones Humanos.⁹³

Los Estados Unidos a nivel Federal cuentan por una parte con la ley conocida como Clinical Laboratory Improvement Amendments Act, que data de 1998, la cual señala los estándares de calidad que deben tener los laboratorios que practican pruebas de diagnóstico; y por la otra la Fertility Clinics Success Rate and Certification Act, de 1992, en la que se marcan los estándares mínimos que deben de cumplir las clínicas de fertilización humana, en su realización así como el manejo y utilización de material genético; obligando a las clínicas a publicar de forma periódica estadísticas respecto a los logros y fracasos obtenidos.

⁹¹ Itziar Alkorta, Idiákez. Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Colección de Monografías Aranzadi. Navarra. 2003. p. 98.

⁹² Aprobada el 16 de noviembre de 1990 con vigencia apartar del primero de enero de 1991.

⁹³ Ídem. p. 113.

La National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Comisión Nacional de Leyes Uniformes) ha generado leyes adoptadas de forma total o parcial por 20 parlamentos estatales como la Uniform Parentage Act; y la Uniform Status of Children of Assisted Conception Act, la cual ha sido adoptada por dos estados.

Los Estados de Florida, Virginia y New Hampshire han regulado las técnicas de Reproducción asistida, sin embargo las clínicas abundan en los Estados donde no existe regulación.

En el caso de México existen tres ordenamientos legales emanados del Congreso conforme a la Fracción XVI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluyendo la Ley General de Salud, que forman el marco jurídico actual de la Fertilización Asistida; pero ninguno de ellos regula de manera directa y completa las técnicas de procreación artificial.

En esta tesitura la Ley General de Salud del siete de febrero de 1984 reproduce lo dispuesto por nuestra Carta Magna al enunciar:

“Artículo 67.-Segundo párrafo “Los servicios que se presten en la materna constituyen un medio para el ejercicio de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos, con pleno respeto a su dignidad.”

Este artículo es tan amplio que deja abierta la posibilidad a las parejas y a los equipos médicos de utilizar de forma indiscriminada las técnicas artificiales de procreación por lo que considero debiera practicarse como un último recurso dadas las consecuencias que implican:

- Tendrán como finalidad la intervención médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando o imposibles de realizar y a su vez podrán utilizarse también para la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o

hereditario, cuando estén justificadas porque exista un riesgo serio de transmisión al hijo, y sea factible hacerlo con suficientes garantías.

Asimismo la Ley Sanitaria mexicana fomenta se apliquen recursos para abatir la infertilidad humana al señalar:

“Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:

Fracción IV El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.”

Asimismo; el Artículo Tercero determina como materia de salubridad general el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células – en las que se incluyen las sexuales –; y el Artículo 13 en su Fracción II del Apartado A señala que esta materia le corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaria de Salud.

Derivados de la Ley General de Salud están el Reglamento de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos del 20 de febrero de 1985; y el ya mencionado de Investigación para Salud del 6 de enero de 1987 y diversas Normas Oficiales que se mencionaran mas adelante.

En México; ante la insuficiente regulación de las Técnicas de Fertilización Asistida por falta de una opinión jurídica mas abierta, participativa y solidaria se ha omitido abordar profundamente los problemas suscitados por en progreso biológico y medico; y sus repercusiones en la sociedad y sus sistemas de valores; es de cuestionarse si se hace el bien con el menor daño posible; realmente se ponderan éticamente la utilidad y resultados de su aplicación, es respetado el paciente y todos aquellos que tienen algo que ver con esa relación medico-paciente, como lo son los familiares de este, la clínica, de seguridad social, los equipos profesionales, otros.

Por ello considero necesario se regule la viabilidad de los procedimientos determinando específicamente una clasificación clara de las técnicas permitidas ya que en México ninguna de nuestras leyes establece una clasificación que agrupe el tipo de técnicas ni tampoco se establece una definición exacta de lo que son; es decir, aquellas mediante las cuales la unión de las células germinales o la implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer se llevan a cabo mediante manipulación artificial; ya que como lo mencionamos en el Capítulo Segundo del presente trabajo, únicamente el Artículo 40 del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud en su Fracción XI define a la Fertilización Asistida:

“como aquella en que la inseminación artificial es homóloga o heteróloga e incluye la fertilización in vitro”.

La inseminación con sus dos variantes es una especie de fertilización, por lo tanto con señalar el género fertilización no habría por qué referirse, además, a la especie de inseminación; incluso como ya lo mencione se omite que deben ser aplicadas en personas con problemas de infertilidad cuando se hayan descartado otras terapéuticas por inadecuadas o ineficientes, y en que casos como medidas de prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditarias, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas. En esta tesitura sugiero que se especifiquen con una clasificación clara que tipo de técnicas deben ser permitidas y que como ejemplo la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida ya citada considera utilizables:

- la Inseminación Artificial;
- la Fecundación In Vitro y
- la Transferencia de Gametos a las Trompas de Falopio.

Tocando el tema de las clínicas, estas funcionan sin que exista una estricta vigilancia por parte de alguna instancia que vigile el cumplimiento de requisitos sanitarios relacionados con las actividades de fertilización artificial.⁹⁴

“Es muy común que en todas las profesiones se encuentren individuos carentes de ética y en el asunto que nos ocupa existen quienes no ven a este padecimiento como un problema de salud pública, sino como inmenso y lucrativo campo de oferta u demanda en torno a la infertilidad, ahí todo se vale con tal de conseguir parejas infértiles o con problemas de concepción. Incluso, hay centros y clínicas en reproducción asistida que ofrecen comisiones a los médicos ginecólogos por pareja enviada o recomendada; y es que los ginecólogos son los primeros especialistas médicos que supuestamente tienen el contacto pareja. No es todo, al amparo de las lagunas legales en la materia, especialistas y quienes se arrogan esta especialidad, suministran fuertes dosis de costosos medicamentos en los que también ganan comisión o revenden ellos mismos, que provocan en las mujeres una gran producción de óvulos, que después de ser fecundados con el espermatozoide de su pareja, se implantan en el útero para lograr el desarrollo del embrión. Lo grave, es que a las mujeres les son extraídos gran cantidad de óvulos, que al quedar en poder de la clínica son congelados y nadie sabe su posterior uso o destino. De hecho, la pareja no sabe a

⁹⁴ Trafico de Embriones. Los Reporteros.esmas.com. Entrevista al Doctor Alfonso Gutierrez Najjar

*ciencia cierta si el hijo es suyo o de otros padres biológicos.*⁹⁵

En México derivado de lo dispuesto por la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los Servicios de Planificación Familiar se establece:

“6. Identificación de casos de esterilidad e infertilidad

6.1 Conducta a seguir

6.1.1 Aquellas parejas que soliciten atención primaria a la salud, por esterilidad o infertilidad, deben recibir información acerca de salud reproductiva, sexualidad y características del periodo fértil. El médico debe recabar, en las primeras consultas, la historia clínica de ambos integrantes de la pareja, con especial énfasis en la historia menstrual de la mujer, así como el registro de su temperatura basal, durante dos ciclos. Siempre que sea posible se efectuará la documentación de la ovulación y el análisis del semen.

6.1.2 Estudio y seguimiento de los casos

Se deberá realizar por personal especializado. Preferentemente en unidades hospitalarias de segundo o tercer nivel”.

Desgraciadamente esta Norma Oficial únicamente marca un procedimiento técnico a seguir en casos como infertilidad o esterilidad, pero de ninguna forma aborda situaciones como las siguientes y que considero deben ser plasmadas en adiciones

⁹⁵ www.imagenmedica.com.mx

a la Ley General de Salud o bien en una nueva Ley de Reproducción Asistida o un Reglamento:

- Efectuar inseminación intrauterina hasta por un máximo, considero de seis ciclos, medio año, tiempo suficiente para saber si la técnica es la adecuada y rinde resultados positivos;
- Homóloga en principio y heteróloga en los casos que así lo ameriten o cuando la mujer carezca de pareja. En este segundo supuesto deberá acudir a centros autorizados por la Secretaría de Salud, como bancos de gametos humanos.
- Como tercera alternativa, en caso de no lograrse el embarazo en hospitales del Estado, brindarse orientación y apoyo a las parejas o a las mujeres acerca del procedimiento de adopción.

Asimismo se aplica el Acuerdo por el que se establecen las bases para la Instrumentación del Programa Nacional de Certificación de Hospitales⁹⁶, el que de manera genérica establece:

“TERCERO. Para el cumplimiento del presente acuerdo toca al Consejo:

II. Determinar los criterios que deberán cumplir los hospitales certificados, los que se publicaran en el Diario Oficial de la Federación dentro de los sesenta días siguientes a la entrada en vigor del presente Acuerdo.

Los criterios deberán atender las características de los establecimientos, a la naturaleza de los servicios, al grado de complejidad de unos y de otros, a la capacidad instalada y a la tecnología que se aplique, entre otros”

⁹⁶ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de abril de 1999.

En lo que compete al Consejo de Salubridad General a que alude el citado Acuerdo, considero dista mucho de certificar el buen funcionamiento de Clínicas de Fertilización Asistida al ser muy genérico y omitirse normas, considero; como las siguientes:

- Los centros de reproducción privados deberán contar con un compromiso por escrito de las parejas que accedan a estos programas, en el sentido de intentar procrear mas de un hijo, para poder así fertilizar mas de tres óvulos y que tenga sentido la crioconservación, buscando con ello que no existan embriones sobrantes.
- Certificar a los centros de reproducción asistida que se adecuen a las normas internacionales aceptadas para su operación.
- Certificar a los centros de reproducción asistida que lleven un registro pormenorizado de procedimientos, así como de los resultados finales.
- Certificar a los centros de reproducción asistida que publiquen anualmente, en algún medio de comunicación nacional, estadísticas de los resultados en términos de fracasos y embarazos logrados y recién nacidos vivos, en relación con el número de casos atendidos, y que serán verificados por la autoridad sanitaria correspondiente.

Derivado del citado Acuerdo por el que se establecen las bases para la Instrumentación del Programa Nacional de Certificación de Hospitales, surgen los Criterios para la Certificación de Hospitales los que dicen:⁹⁷

“SEGUNDO.- Para obtener la Certificación del Consejo de Salubridad General los hospitales interesados deberán reunir los requisitos que para cada área se señalan en el presente instrumento, y de acuerdo al tipo de hospital de que se trate.”

⁹⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 1999. Modificados por diverso publicado el 13 de junio de 2000

Considero muy pobre lo que existe a este respecto, en cuanto al contenido. Es necesario agregar otras atribuciones a dicho Consejo o bien crear otro Consejo que aborde la fertilización Humana y la cuestión de Embriológica, respecto a las siguientes ideas:

- Que dependa de la Secretaria de Salud y que esta nombre a sus integrantes, tomando en consideración a aquellos mexicanos reconocidos en la investigación y practica sobre la materia.
- Que de entre sus atribuciones se encuentre el determinar los requisitos que deben cumplir las clínicas de fertilización asistida humana, así como el manejo y utilización de material genético y embriones.
- Determinar qué clínicas de fertilización asistida humana podrán efectuar procedimientos de alta complejidad de acuerdo a los estándares autorizados.
- Otorgar y revocar permisos para crear, almacenar o utilizar embriones; centros de fertilización asistida y personas autorizadas para realizarla, desarrollar proyectos de investigación y verificación de resultados.
- Coadyuvar en la creación de centros regionales con tecnología de vanguardia en apoyo a hospitales públicos para que estos sean eficientes, abatir costos y garantizar calidad y buenos resultados.

A este respecto, como se menciona en el Capitulo que precede, no obstante la existencia de Normas Oficiales Mexicanas y Los Criterios para la Certificación de Hospitales regulan precariamente actividades de rutina en hospitales, sin especificar los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida como los Bancos y laboratorios de áreas de inseminación artificial y unidades de fecundación en vidrio y bancos para aquellos casos de menos de catorce días después de la fecundación.

La Ley General de Salud Mexicana prevé:

“ART. 315.-Los establecimientos que requieren autorización sanitaria son los dedicados a:

.. III. Los bancos de órganos, tejidos y células, y

IV. Los bancos de sangre y transfusión.

La Secretaria otorgará la autorización a que se refiere el presente artículo a los establecimientos que cuenten con el personal, infraestructura, equipo, instrumental e insumos necesarios para la realización de los actos relativos, conforme a lo que disposiciones de esta Ley y demás aplicables.”

Se infiere a la existencia de bancos células, entendiendo por estas, acorde con la Fracción III del mismo Artículo, como componentes que forman el cuerpo humano, distintas a las a las que dan origen a un embrión al disponer:

“ART. 314.- Para efectos de este titulo se entiende por:

I. Células germinales, a las células reproductoras femeninas y masculinas capaces de dar origen a un embrión.

Al no existir conforme a ley, formalmente hablando, bancos de gametos, mucho menos bancos de embriones, dejando vagamente regulado lo siguiente:

“ART. 318.- Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a los dispuesto por esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan”.

En este sentido, se sugiere regular los bancos de gametos y embriones que cuenten entre otros con todos los datos biológicos de los donadores en el primero de los casos o padres genéticos para tener la certeza de la realidad biológica del menor.

“Con ello quedaría resguardado no sólo el derecho de los padres biológicos a tener otros hijos sin incurrir en los costos emocionales, psicológicos y económicos que las técnicas de fertilización implican sino también el derecho de la persona por nacer, el derecho a la identidad del niño, el respeto al resguardo de su realidad biológica sino que además se brinda una nueva alternativa a las parejas cuyas causas de infertilidad pueden ser recíprocas y desconocidas, sin acudir a la fecundación heteróloga; la congelación salva a los embriones frescos de la destrucción, cuando no se los puede transferir por dificultades surgidas o por exceso de número. Pero el salvamento sería auténtico si después se garantizara a cada embrión la posibilidad de reiniciar su camino de diferenciación y perfeccionamiento hacia la madurez y el nacimiento, máxime si tomamos en cuenta que los bancos de embriones se convertirán en un gran negocio que se sumará al actual de alimentos congelados, cuyo consumo también será recomendado para evitar riesgos de bacterias, etc.”⁹⁸

Considero importante legislar lo siguiente:

- Autorizar la certificación y autorización para operar primeramente a bancos de gametos humanos, que tendrán la obligación de demostrar que llevan acabo controles fidedignos que demuestren el buen estado de salud de los donantes,

⁹⁸www.comunidad.vlex.com./dergenetico/

así como los mecanismos para determinar que no existe multiplicidad de muestras de uno solo.

- Demostrar que existe un registro detallado que contenga los datos del procedimiento efectuado en cada muestra.

Recapitulando de nueva cuenta los antecedentes en lo relacionado al mes de febrero del 2005 en que nació el primer bebé procreado por la técnica del óvulo congelado cuyo costo fue de aproximadamente 30 mil pesos.

Parece ser que con esta práctica se cosifican los gametos; cosa es todo cuanto se encuentra en la naturaleza, exceptuando en ser humano. Los bienes son objetos corporales o incorporeales susceptibles de tener un valor. A este respecto nuestra legislación civil señala:

“Artículo 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza por disposición de la ley.

Artículo 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley. Las que ella declare irreductibles a propiedad particular.”

La aparición del donante genera un conflicto de paternidad biológica y formal, entre el padre o la madre biológica portadora del gameto, y el padre o madre quien reciba ese parentesco formal y socialmente.

Se ha cuestionado el hecho de que si realmente existe un derecho inalienable a la disposición del propio cuerpo. Un ámbito en el que se común encontrar donaciones de algún elemento humano es en órganos, tejidos, transfusiones de sangre, que producen un menoscabo en la integridad física del individuo que los aporta, sin embargo, aunque sea motivo de objeción o falta de interés o información por parte

de algunas personas al no reconocer el derecho sobre la propia persona, este acto se justifica por motivos filantrópicos, social por el bien de la persona. En el tema que se atiende la problemática radica en si la donación de células germinales, se puede tratar de la misma manera que las otras donaciones, o se supone es un acto que sin causar un daño en la integridad física, esta amparado por la ley. Como se vera; la Ley General de Salud considera a los gametos “productos” y su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud dice “serán considerados como productos del cuerpo humano los excretados y células germiales”. La disposición de estas células “se llevará acabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaria .”

Sobre este hecho, en México, se es sujeto de tutela legal desde que se da la fecundación, por tanto al ser los gametos la materia para la fecundación y de acuerdo al derecho que pudiese asistirle a todo individuo de disponer de su propio cuerpo, considero que la donación de células germinales seria valida debidamente encausada como en otros países.

”entre ellos Alemania, España, Francia, donde se utilizan contratos gratuitos, formales y secretos entre el donante y los centros debidamente autorizados por las leyes sanitarias; es salvaguardar el bien común, la justicia y seguridad, en virtud de que estos hechos no solo producen efectos en le esfera intima de la pareja, sino que también generan consecuencias en cuestiones de interés social como lo es la demográfica y el estado civil de los nacidos y las relaciones paterno-filiales.”⁹⁹

En cuanto a los gametos, estos llevan la vida y los elementos genéticos de un nuevo ser humano, solo deben de ser transmitidos por donación. La legislación de salud los califica como “órganos, tejidos y productos” de seres humanos. Los gametos femeninos y masculinos y el embrión humano no son cosa que pueden estar en el

⁹⁹ Moro Almaraz, Ma. Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación “In Vitro”. Editorial Bosh. Barcelona.1988.p. 61

mercado o bienes que se pueden adquirir, no son objeto de comercio y mucho menos de apropiación, no han sido hasta el momento incluidos como bienes susceptibles de estar dentro del comercio en la legislación civil o excluidos de tal categoría jurídica, por lo que técnicamente nada sería objetable en tanto no se oponga a ello las aún vigentes moral y buenas costumbres que deben no estar ausente de todo acto so pena de nulidad, esto es, privación de los efectos tenidos en miras al contratar.

Hechos como el de febrero del 2005 mencionado solo tienen una categoría: onerosos porque interviene una sociedad comercial, como lo son la mayoría de las clínicas, y no sólo los servicios médicos, sino que los gametos del donante anónimo y hasta el embrión mismo, sujetos o incluidos en el precio.

“Algunos de los equipos médicos acuden a la donación de gametos como un gesto solidario de quien regala algo que le sobra para que otros tengan la posibilidad de ser padres. En realidad, la donación como tal, no existe. El donante cobra por su contribución de gametos, y la pareja que los recibe, también debe pagar por ellos. El médico media entre la oferta y la demanda. La ciencia hace hoy posible el embarazo en los casos que hasta hace poco tiempo no era posible bien que los costos reservan esta posibilidad para unos pocos; afortunadamente en el Sector Salud, el Hospital de Perinatología de la Ciudad de México entre otros públicos, efectúan tratamientos de Fertilización Asistida, registrándose un alto número de pacientes atendidos”¹⁰⁰

Por lo anterior creo que la donación de gametos y embriones deberá adecuarse a los siguientes extremos:

- Nunca deberá tener el carácter lucrativo y comercial;

¹⁰⁰Diario La Cronica. Jorge Kahwagi Gastine. D.F. 14 de marzo del 2003.

- Deberá ser realizada únicamente por personas mayores de edad, en buen estado de salud psicofísica y genética ; con libertad y capacidad para decidir, que sea siempre voluntaria, y sin ningún tipo de coacción o inducción sobre los donantes, que la realizarán dando consentimiento escrito una vez que son aceptados como tales y han sido informados sobre sus fines y consecuencias;
- De un mismo donador de semen u óvulos no podrán nacer más de 6 hijos.

Por su parte, la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico establece para los prestadores de servicios médicos de carácter público, social y privado:

“5.6. En todos los establecimientos para la atención médica, la información contenida en el expediente clínico será manejada con discreción y confidencialidad, atendiendo a los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica y sólo podrá ser dada a conocer a terceros mediante orden de la autoridad competente, o a Comisión Nacional de Arbitraje Médico, para arbitraje médico.”

En el tema relativo a la donación del semen, considero que en cuanto al donante del líquido seminal es necesario tanto proteger a esa persona cuya voluntad no fue la de adquirir una paternidad sino únicamente hacer una donación pura y simple. Pero al protegerlo, no podemos ni siquiera sugerir su protección sin antes amparar al hijo posible, pues el principio de justicia concede igualdad a ambas partes y ésta no puede ser la excepción. Luego, debemos salvaguardar al donante del semen de sus obligaciones hacia el hijo posible, pero siempre y cuando éste no tenga padre ya; esto evitaría la doble paternidad y en caso no tener padre el hijo posible, tampoco lo dejaría sin protección.

A este respecto considero importante ser más específicos:

- La identidad del donante deberá ser mantenidos en el anonimato pero deberán ser advertidos del derecho que tienen el o los hijos nacidos de su donación a obtener información general y en su caso conocer su identidad en circunstancias extraordinarias que impliquen el peligro de la vida del hijo.
- También hay que limitar estrechamente tanto los derechos del hijo posible como las obligaciones del donante, restringiéndolas únicamente a proporcionar alimentos en caso de ser aquél incapaz o, de ser capaz, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, responsabilidad que se ampliaría de demostrarse que el hijo posible se encuentra capacitándose para algún oficio o profesión, en la inteligencia que para tener ese derecho, el hijo posible deberá acreditar que es alumno regular, pues sería injusto que, ya siendo mayor de edad, el donante de semen se haga responsable del hijo posible cuando no justifique su permanencia en el centro escolar como alumno que aprovecha debidamente ese beneficio, señalando expresamente que estas obligaciones se harán efectivas sólo en caso de no existir otra persona pariente de la madre o del padre legal que ejerza la patria potestad, la que en tal situación, sería ejercida por el donante de semen y, sobre todo, excluir a éste hijo de los derechos que le otorgan las fracciones I y II del artículo 389 del Código Civil Federal que dispone:

“Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre o ambos tiene el derecho:

I. A llevar el apellido de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.”

Añadiendo que lo señalado, deberá ser informado obligatoriamente al donante de semen por la administración del banco de semen a fin que éste sepa las posibles obligaciones a que se puede ver inmiscuido.

- Los donantes no podrán conocer el destino final de los gametos y renunciar a cualquier reclamación posterior al nacimiento.

- El hijo que nazca procedente de semen de donante, tendrá acceso por sí o por sus representantes legales a cierta información general acerca de éste para conocer su identidad genética, al alcanzar la edad de 18 años; o antes como excepción si existe peligro para la vida del hijo.
- Los registros que se imponga a los bancos y centros de reproducción privados deberán permanecer bajo su custodia y solo podrá ser consultada por un consejo, como se vera mas adelante como propuesta, quien se comprometerá a garantizar la confidencialidad de los registros.

En México, jurídicamente existe un derecho a la disposición del cuerpo, y está reconocido en el artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que señala:

"El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

Por su parte la Ley General de Salud Mexicana considera:

"Artículo 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título.

Artículo 321. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Artículo 322. La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte”.

Por lo que queda expuesto, en México, jurídicamente existe un derecho a la disposición del cuerpo humano, in vivo e in mortis, pero para fines de trasplante; dándole un tratamiento distinto a las células germinales de otras células consideradas como componentes según la fracción III del artículo 314 como se observa:

“Artículo 314.- Para los efectos de este título se entiende:

I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;”

Luego dice:

III. “Componentes, a los órganos, los tejidos, las células y substancias que conforman el cuerpo humano, con excepción de los productos;”

Pero mas adelante dispone:

“Artículo 318.- Para el control sanitario de los productos y la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte

aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan.”

Por una parte se hace una efectiva distinción entre ambos tipos de células; sin embargo, irresponsablemente se deja a estas a la interpretación de la Ley en general, lo digo de esta forma porque considero faltó iniciativa por parte del legislador en detallar la donación de células germinales, por lo que considero importante que se mencione lo siguiente:

- La donación de embriones solo operará en aquellos que tengan menos de 14 días de fertilizados.

Lo considero así por las variadas opiniones que intentan marcar el punto de partida de la vida humana; etapa previa al de embrión que se caracteriza con la aparición de la cresta neural que constituye el primer paso para la constitución del tejido nervioso. A partir de este momento se marca la línea divisoria de aquel embrión que devendrá 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.

- Se permitiría la congelación de gametos y embriones menores al término señalado solo con el consentimiento plenamente informado de los donantes, quienes estarán al tanto y podrán el destino final de ellos.
- En el caso de las parejas, esta podrá efectuar la donación de embriones, que se encuentren en crioconservación, con fines reproductivos, con las mismas obligaciones que se imponen a los donadores de gametos.

En la práctica médica, el número de óvulos recolectados presenta la oportunidad de producir varios embriones, es de esperar que no todos llegan a nacer, porque no son transferidos al útero materno, en virtud de que previo a estos uno ha cumplido

con la intención de la ciencia y de la madre al quedar embarazada, esto es muy común en la Fertilización in Vitro en la que se retiran de la mujer varios óvulos o la inducción ovárica para producir varios óvulos en esta, como es el caso de la Fertilización in Vitro con Transferencia de Embriones

Estos embriones supernumerarios , representan un verdadero problema para aquellos que de una u otra forma tienen que aportar sus conocimientos para determinar el destino final de aquellos. En el terreno de los hechos la pareja puede optar por transferir la totalidad de ellos, a riesgo de tener un embarazo múltiple, o puede elegir transferir algunos y dejar otros embriones para futuros implantes. En tal caso, y atendiendo a lo dispuesto por la Legislación Civil Mexicana, esos embriones no son vistos propiamente como personas, pero sí como un individuo ya concebido y que por lo tanto entra bajo la tutela del derecho.

“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.”

En vista de lo anterior, no podemos admitir la posibilidad de su descarte o destrucción, por ello la única opción viable es su criopreservación o congelamiento por determinado tiempo, que no es otra cosa que una especie de manipulación genética , al paralizar deliberadamente el proceso vital para reemplazar el vientre materno por un envase de nitrógeno líquido a 196 grados bajo cero, atentando contra su dignidad; sin embargo, permitirá evitar someterse a nuevos procedimientos llegado el caso de querer la pareja más hijos. De ser así; tiene que tenerse especial cuidado de que la misma mujer no se someta de nueva cuenta a estas técnicas, de lo contrario se estaría frente a un efecto multiplicador de sus propios óvulos. La congelación, prescindiendo de la peligrosidad de la metodología para la integridad y la supervivencia del embrión, constituye en sí misma una lesión de la dignidad de la criatura humana y del derecho del embrión a desarrollar su teleología inmanente o

finalidad inherente a él. La congelación bloquea el desarrollo de esta existencia y podría ser justificada si fuera el único medio para tutelar la subsistencia de una vida naciente que se encontrara accidentalmente en peligro, pero no ciertamente si es puesta directamente en peligro por manipulaciones.

En México, no se ha legislado prácticamente nada sobre que se puede y que no se puede hacer con los embriones sobrantes. Se entiende por la Constitución Federal que son individuos a los que no se puede privar de la vida y de su libertad.

A este respecto considero necesario hacer una abstracción de dispositivos que por su naturaleza tienen cierta vinculación entre ellos con efectos sobre el embrión.

El artículo primero de nuestra carta magna establece:

“En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse si no en los casos y con las condiciones que ella misma establece”

En esta tesitura el alcance jurídico de esta garantía individual es que todo individuo es el destinatario ó sujeto activo en cuya persona opera, indica la protección de los derechos fundamentales del hombre que se caracterizan por su relación universal con la naturaleza del ser humano, esta misma disposición constitucional, es trasladada al ámbito civil, ya que el código Civil vigente, en su artículo 22, también de forma alguna al abordar el término individuo, le da un valor jurídico a la vida del ser humano desde su concepción. Aunado a los citados artículos, vemos que el Artículo 14, de nueva cuenta dispone:

“Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad ó de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante Juicio seguido ante tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

Es inconcuso que dicha garantía independientemente de ir dirigida a las personas con capacidad de goce o de ejercicio, también se refieren al individuo en general. Considerando que el término “ nadie “ demarca desde el punto de vista subjetivo la extensión de esta garantía individual protege al ser concebido.

No obstante lo anterior, en inobservancia a los dispositivos jurídicos citados las técnicas de fertilización in vitro llevan en sí la pérdida o muerte de embriones, y los que sobreviven son congelados por semanas, meses o años, vedándoseles el derecho de adquirir la capacidad jurídica por el nacimiento alrededor de 36 a 40 semanas después de ser concebido.

En este sentido propongo:

- El semen podrá congelarse, conservarse y depositarse en bancos de gametos autorizados, durante cinco años. La congelación de óvulos no debe autorizarse con fines terapéuticos hasta que se demuestre científicamente su éxito.
- Deberá contarse con un compromiso por escrito de las parejas que accedan a técnicas de alta complejidad, en el sentido de intentar procrear más de un hijo, para poder así fertilizar hasta tres óvulos y que tenga sentido la crioconservación, favoreciendo a que con ello no existan embriones sobrantes.
- La crioconservación deberá tener una duración máxima de cinco años, pasados estos años del depósito de gametos o embriones congelados, éstos quedarán a disposición de los bancos correspondientes.
- Donación del embrión a otra pareja infértil.

Hasta ahora la práctica dentro del procedimiento conocida como diagnóstico preimplantatorio se limita a la detección de anomalías cromosómicas y a mutaciones responsables de ciertas enfermedades, aunque también se puede determinar el sexo. De esta manera se pueden escoger para su implantación aquellos embriones seleccionados por la ausencia de anomalías detectadas, o por el género deseado, eliminando los demás o dedicándolos a fines no reproductivos como lo es para la investigación.

Parece que se regresa a la época del III Reich en que las esterilizaciones masivas respondían a ideologías racistas y eugenésicas en aras de un perfeccionamiento biológico del ser humano, carentes de todo aval científico

Esta modalidad eugenésica es potencialmente ilimitada, porque puede ponerse al servicio de las fantasías paternas sobre tener niños perfectos o en casos de parejas infértiles sometidas a fertilización en vidrio que quieran asegurar a su descendencia la ausencia de ciertas anomalías genéticas y cromosómicas o en parejas fértiles con riesgo de transmisión de enfermedades genéticas que prefieren este método menos traumático que el habitual de diagnóstico prenatal y eventual aborto e incluso en parejas que desearan seleccionar un embrión a implantar con el sexo deseado. Se puede pensar que queda en manos del especialista incluso para descartar portadores sanos que nunca manifestarían la enfermedad delicada.

Actualmente es muy común escuchar de embarazos múltiples, situaciones en las que el seno materno, alberga muchos embriones, esto como ya lo mencione, debido a la hiper-estimulación ovárica aplicada en casos de infertilidad. A este respecto no puedo dejar de pensar que se trate de justificar con la muerte espontánea de los embriones en el útero, por nacimiento prematuro de los fetos sin esperanza de vida o bien en los casos que lleguen a la etapa del nacimiento con dificultad obstétrica la utilización de varios embriones para el fin buscado por las técnicas de fertilización asistida, por lo que yo recomendaría que esa se aplique con la debida pericia y precaución, ya que en caso contrario se pone en peligro la vida tanto de la madre como de los concebidos.

“En particular, la Fecundación in Vitro en la que se tiende a implantar más de un embrión se corre el riesgo de obtener embarazos múltiples.”¹⁰¹

Considero necesario tener mas cuidado y vigilar muy de cerca el debido respeto al embrión, desde su concepción como lo prevé nuestra legislación, no permitiendo que

¹⁰¹www.jornada.unam.mx

esa reducción embrionaria que no es otra cosa, considero; que un aborto selectivo se origine en ámbito del avance tecnológico por considerarla una eliminación voluntaria de un ser indefenso

“En estos casos los médicos suelen recomendar la reducción embrionaria bajo la idea de que con ella se da un pronóstico más favorable para otros embriones, y que de llevarse a la práctica incurren en abortos selectivos de embriones. Es común que se incurra en la reducción embrionaria a sugerencia del propio especialista apoyado por el temor del paciente al no estar preparado a un parto de esa naturaleza y a las responsabilidades futuras que ello conlleva. Para el sector médico la reducción embrionaria bien practicada es una opción importante en virtud de que es mejor a que no hacer nada y abandonar a la mujer en su deseo de ser madre, sin embargo, la ley lo prohíbe.

En México no se descarta la posibilidad de que se realicen reducciones embrionarias de forma clandestina sin las mínimas condiciones médicas y de higiene que representa un grave peligro para la mujer.”¹⁰²

No existe disposición legal alguna específica para el caso de embriones no utilizados para implantar en una determinada mujer. Sin embargo, la Ley General de Salud puede ser aplicada para regular la situación jurídica del embrión fecundado in vitro. Esta ley tiene dentro del Título Décimo Cuarto "Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida" el Capítulo I "Disposiciones Comunes", Capítulo II "Donación", Capítulo III "Trasplantes", Capítulo IV "Pérdida de la Vida" y Capítulo V "Cadáveres" donde el Capítulo primero expresa:

¹⁰²Idem.

"Artículo 314. Para efectos de este título se entiende por:

V. Destino final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactividad de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta ley y demás disposiciones aplicables."

Luego, encontramos que la Ley regula todo lo relacionado con el manejo de materia orgánica de seres humanos, haciéndolo aplicable al embrión:

"Artículo 314. Para efectos de este título se entiende por:
VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

"Artículo 318. Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto por esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan."

Para el caso que tratamos, es especialmente importante lo dispuesto en el artículo 342:

"Artículo 342. Cualquier órgano o tejido que haya sido

extraído, desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito y que sanitariamente constituya un desecho, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final se hará conforme a las disposiciones generales aplicables, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o de investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán disponer de ellos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud, en los términos de esta ley y demás disposiciones generales aplicables.”

De la armonización de estas disposiciones legales se concluye que el embrión no utilizado para una implantación en particular debe incinerarse, salvo que se requiera para docencia o investigación, en cuyo caso se podrá conservar o remitir a una institución docente autorizada. La Ley se refiere en general al "embrión" y no especifica si se trata solo del fecundado en el cuerpo de la mujer, o también del obtenido en forma extracorpórea.

"Donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir" (ubi lex non distinguit nec distinguere debemus), reza un antiguo principio de hermenéutica jurídica. Además, la funcionalidad de una ley requiere de una interpretación progresiva de la misma.

Por otro lado es necesario destacar un aspecto muy importante: El Código Penal Federal no tipifica delito alguno atribuible a quién destruye embriones humanos cuándo están fuera del cuerpo femenino o a quien los use para la investigación, es decir, no existe delito sin ley y tampoco hay pena sin ley que la establezca. No existe, en este caso, delito de aborto, porque éste se produce mediante la interrupción de la preñez, siendo sujeto activo el que hiciere abortar a una mujer

quedando excluido, entonces, todo embrión que esté fuera del cuerpo femenino, según lo marcan los siguientes numerales de la norma punitiva federal:

”Artículo 329. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. “

”Artículo 330. Al que hiciere abortar a una mujer se le aplicará de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.”

Estoy de acuerdo en que los embriones sobrantes creados mediante fertilización en vidrio en vez de descartarlos, solo sean destinados a la investigación de enfermedades pero considero necesario se propusiera:

- Que Consejo General de Salud o el Consejo de la fertilización Humana y la cuestión de Embriología, propuesto en paginas atrás, sea el encargado de autorizar u otorgar licencias para la creación de embriones para la investigación relacionada con la medicina regenerativa para la curación de enfermedades humanas. Asimismo sería la encargada de comprobar sus beneficios.
- La investigación o experimentación con embriones, así como cualquier intervención sobre el embrión vivo, solo se hará con fines diagnósticos y terapéuticos en beneficio del mismo.
- Aprobar la investigación en embriones en vidrio vivos hasta los 14 días de vida, previo consentimiento de la pareja de la que proceden, bajo la debida regulación.

a) Además, si son viables:

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

b) Si son no viables solo en casos en que se demuestre científicamente que no puede realizarse en el modelo animal; se acepta cualquier tipo de investigación autorizada (con fines distintos a los señalados en el apartado anterior).

En otro sentido; por lo que respecta al rubro de la investigación, en México la Ley General de Salud dispone:

“ART 68.- Los servicios de planificación comprenden:

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción”.

Parece ser que el ámbito personal de aplicación de la disposición en cita se refiere básicamente a la investigación en seres humanos. A este respecto cabe hacer algunas precisiones de lo que se considera persona.

Definir "persona", ha llevado a los filósofos de todos los tiempos, a una incesante búsqueda, que aún hoy, no ha sido resuelta en su totalidad. Ya en el siglo VI, Boecio, definía a la persona como "sustancia individual de naturaleza racional", inspirándose, quizá, en Aristóteles, que caracterizaba al hombre como un animal racional. En el Renacimiento, en cambio, aflora un sentimiento individualista por el cual el hombre es forjador de su propio destino. En el siglo XVII, se caracteriza al hombre como un "ser en relación consigo mismo" y con Descartes, "transcende la idea del hombre como ser pensante". Ya en el

siglo XVIII, Kant, definió al hombre como un "ser con un fin en sí mismo", atribuyendo a la persona un valor absoluto. Husserl, en el pasado, definió a la persona como "un incesante devenir". Otros como Marx y Engels, la muestran como un "ser productivo". Pensadores de nuestro siglo, (como Ortega y Gasset; Scheller, Mouniere, etc.) han seguido embarcados en esta incesante búsqueda.¹⁰³

Considero estas citas bastante ilustrativas y relacionadas con los temas que se abordan en virtud de tratarse de una criatura racional que analiza su entorno y lleva a cabo conductas encaminadas a conseguir satisfacciones a través de la producción de situaciones que se traducen en bienestar. En este mismo sentido, se salvaguarda ese proceso como parte inherente a su propia naturaleza.

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal establece:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”

Para poder tener un mejor entendimiento es necesario retomar el punto relativo al comienzo de la vida, pero de forma anticipada considero que la vida humana comienza en el momento en que el óvulo y el espermatozoide fusionan sus núcleos, existiendo desde este momento una nueva identidad que se diferencia del cuerpo de la madre, poseyendo potencialidad y autonomía genética para dirigir su propio desarrollo. No es, como ya mencione ni del padre, ni de la madre, sino un nuevo ser humano que se desarrolla con absoluta originalidad e irrepetible; de la consideración expuesta, esta vida es no considerada una persona, como lo dispone el artículo 22

¹⁰³ www.salvador.edu.ar

Código Civil aludido no obstante señala ciertas características que le hacen ser protegido por el derecho.

Recapitulando lo ya expuesto en el aspecto biológico en páginas atrás y como lo mencione en su oportunidad considero necesario citar textualmente de forma sumaria lo que considere más importante del desarrollo embrionario para poder entender el inicio de la vida dentro de los primeros 14 días y que sirven de pauta para determinar que desde su inicio se originan los criterios para combatir aquellos que le niegan vida al concebido dentro de ese lapso de tiempo.

a.- gameto-fecundación- cigoto

"En este proceso están implicadas dos células extraordinariamente dotadas y teleológicamente programadas: un óvulo y un espermatozoide. La cronología de este proceso múltiple se inicia inmediatamente cuando el espermatozoide se adhiere al compacto revestimiento extracelular del óvulo, la zona pelúcida... El primer espermatozoide que alcanza el débil espacio perivitelínico, situado entre la zona pelúcida y la membrana plasmática del oocito, dando paso al englobamiento del espermatozoide en el oocito.

A continuación de la fusión entre el esperma y el oocito, el segundo se vuelve extraordinariamente activo e inicia una cascada de eventos que culminan en el impulso del desarrollo embrionario.

Se ha formado una nueva célula: el cigoto o embrión unicelular."¹⁰⁴

b.- cigoto-mórula blastocito-anidación

¹⁰⁴ <http://www.bioeticaweb.com/content/view/115/45/>

“Esta nueva célula comienza a operar como un sistema único, un ser viviente ontológicamente unitario, esencialmente similar -si bien con alguna peculiaridad- a todas las otras células en fase mitótica...haber descrito la complejidad de las reacciones químicas que preparan este «microincubador» para el nuevo organismo durante su desarrollo precoz, hace observar que esta notable cápsula de fertilización es necesaria «para la protección al inicio del desarrollo, cuando se establecen los ejes embrionarios.

La reorganización del nuevo genoma, que representa el principal centro de información para el desarrollo del nuevo ser humano y para todas sus funciones ulteriores, es la más importante entre las muchas otras actividades de esta nueva célula... sabemos que entre tres y seis horas desde la incorporación del espermatozoide comienzan a organizarse los microtúbulos que se disponen como aureola y el oocito completa su meiosis II con la expulsión del segundo globo polar. Mientras los pronúcleos masculino y femenino siguen condensándose y se acercan el uno al otro, el DNA se duplica, los microtúbulos del pronúcleo masculino prosiguen su expansión hasta circunscribir entre ambos los dos pronúcleos, que se verifica en torno a las quince horas de la fecundación... Alrededor de una hora y media después, en la primera fase mitótica, los cromosomas masculinos y femeninos se condensan separadamente, mientras que en la estructura de los microtúbulos son visibles claramente los polos del primer huso mitótico. Los cromosomas se alinean en el ecuador del huso y se distribuyen de modo ordenado en el citoplasma que ha comenzado a dividirse, hasta que sean formadas, con el complemento de la citodiéresis, dos células, cada una dotada

de una pareja del genoma entero, que permanecen unidas íntimamente formando el embrión de dos células.

. . .hay que distinguir entre tres períodos: (1) del cigoto al blastocisto; (2) del blastocisto al disco embrionario; y (3) del disco embrionario al feto.

En efecto, en el estadio de 2-8 células éstas quedan unidas entre sí mediante microvillis y puentes citoplasmáticos intercelulares que facilitan la transmisión de señales entre célula y célula, absolutamente necesaria para un acrecentamiento ordinario. Este contacto llega a ser altamente adhesivo en el estadio de 8-32 células, llamado de mórula... Esta heterogeneidad llega a ser más evidente todavía en el quinto día después de la fecundación (sexto o séptimo ciclo celular) cuando aparece el blastocisto, formado por alrededor de 64-128 células. . Por tanto, pueden distinguirse el ectodermo primitivo y el endodermo... Cuando el embrión alcanza el útero, y antes del comienzo del proceso de implantación, el blastocisto emerge («hatching») del revestimiento de fertilización y puede adherirse libremente al epitelio endometrial uterino, generalmente en la parte superior de la pared posterior del útero.”¹⁰⁵

c.- anidación-feto .

“Cuando el embrión alcanza el útero, y antes del comienzo del proceso de implantación, el blastocisto emerge («hatching») del revestimiento de fertilización y puede adherirse libremente

¹⁰⁵ Idem.

al epitelio endometrial uterino, generalmente en la parte superior de la pared posterior del útero.

Está ahora bien definido [16] que la implantación, que en la especie humana parece iniciarse nada más el embrión ha entrado en el útero, implica una serie de estímulos y respuestas integradas, es decir, un diálogo activo entre las células maternas y las células del blastocisto: hecho que supone, por consiguiente, un rol activo para ambos...

Simultáneamente a estos acontecimientos, en el período denominado «ventana de implantación», entre el sexto y el decimocuarto día de la concepción, el embrión prosigue extensamente los sucesivos pasos de la diferenciación. En torno a los ocho días de edad, en el blastocisto -que alcanza un diámetro de cerca de 0,1 mm... Al décimo día se da origen al corion, del que se desarrollará la placenta. Entre el undécimo y el decimocuarto día, del citotrofoblasto que rodea al embrión se proyectan en el sincitiotrofoblasto pequeñas masas de tejido, donde éstas continuarán creciendo hasta formar las vellosidades coriónicas, mientras el disco embrionario alcanza los 0,15-0,20 mm de diámetro, rodeado por el corion. Finalmente, alrededor de 14 días después de la fertilización, en el extremo caudal del embrión, aparece un denso grupo de células, denominado estria primitiva, que marca la formación de un tercer estrato de células, el mesodermo.

El disco embrionario, una estructura altamente compleja compuesta por gran cantidad de células, representa un punto de llegada altamente significativo entre los estadios iniciales del desarrollo precoz del nuevo ser humano, y también un

punto decisivo para su futuro desarrollo. En efecto, durante las tres semanas siguientes, en este disco embrionario, se define el diseño general del cuerpo (body plan) y se inicia el modelado (patterning) de los diferentes órganos y tejidos,

En la quinta semana de gestación, cuando la longitud del embrión es algo inferior a 1 cm, están ya presentes -aunque en estado primario- la estructura del cerebelo, del corazón y de algunos trazos pulmonares, gastro-entéricos y urinarios, y se inicia la diferenciación sexual; en la sexta semana los miembros en esbozo son claramente visibles, y en la séptima semana la forma del cuerpo es completa.”¹⁰⁶

Existen variadas opiniones que intentan marcar el punto de partida de la vida humana; así tenemos quienes dicen:

“...es que hasta el 15º día de la fecundación o, al menos, hasta la implantación -que se inicia aproximadamente al 5º-6º día de la fecundación desde un punto de vista ontológico, el embrión humano no puede ser considerado un individuo.”¹⁰⁷

Existen cuatro razones que apoyan esta opinión:

“a primera razón es que el embrión, en los primeros estadios del desarrollo y hasta el estadio del disco embrionario, sería simplemente un «amasijo de células genéticamente humanas», un «montón de células individuales y distintas»,

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

cada una de las cuales es una «entidad ontológicamente distinta en simple contraste con las otras»¹⁰⁸

Estas afirmaciones son contrarias con los aspectos científicos que he citado, por consiguiente considero que no solo no tiene base biológica sino la contradice, hay vida latente aunque no hay tejido cerebral, no solo el pre-embrión es un individuo, al que se le podría intervenir en su cuerpo vital, es un ser, un ente humano con vida pero no un ser humano o persona.

La segunda razón:

“...la propuso inicialmente la reconocida investigadora de la embriología del topo, A. MacLaren. Ella considera que, hasta cerca del día 14^o desde la fecundación, sólo tiene lugar una preparación de los sistemas protectores y nutritivos requeridos para cubrir las futuras necesidades del embrión. En efecto, sólo al 15^o día tras la fecundación aparece la estría primitiva, que es una entidad espacialmente definida, llamada disco embrionario, que «puede desarrollarse directamente en un feto y después en un niño» . Fue precisamente éste el motivo que la indujo a introducir el término «pre-embrión», para designar el embrión humano desde el momento de la fertilización hasta el 14^o día del desarrollo.”¹⁰⁹

A este respecto se puede considerar simplemente, recordando lo expuesto atrás, que el disco embrionario es, una estructura celular organizada, pienso que el

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem.

proceso de vida es inexorable. No se deja vencer, a menos que el hombre lo interrumpa arbitrariamente.

“La tercera razón para negar el estatuto de individuo al cigoto y al embrión precoz, al menos hasta la implantación, es que la coexistencia embrión-madre es una condición necesaria para que un embrión perteneciente a la especie humana pueda adquirir el carácter de individuo humano y llegar a ser un miembro de la comunidad humana [51] . Esta condición, según algunos autores, se puede verificar sólo en la implantación.”¹¹⁰

Considero a este argumento sin fundamento. La existencia común del embrión con la propia madre se inicia mucho tiempo antes de la implantación, es decir, desde el momento en el que inicia su camino a lo largo de la trompa.

En conclusión, por las razones antes referidas, la opinión de que el embrión humano no puede ser considerado un individuo hasta la implantación o hasta el día 15º de la fecundación, para mí no tiene un fundamento sólido e insostenible, además, ratifico mi posición al respecto de que la vida comienza desde el momento mismo de la concepción.

En México esta muy claro el aspecto de investigación en embriones, esta permitida realizarse en muertos y vivos bajo las siguientes prevenciones de la Ley General de Salud, en primer término Artículo 55 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud remite a estas actividades al Título Decimocuarto de la Ley General de Salud, que describe lo relacionado a donación, trasplante y pérdida de la vida al señalar:

¹¹⁰ Idem.

“ART. 55. Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de estos serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto por el Título Décimo Cuarto de la Ley y este Reglamento.”

De acuerdo a la interpretación de las definiciones que le da el citado Reglamento a los términos óbitos, fetos, nacimientos muertos, tienen como común denominador muerte, bajo las condiciones en que para la ley han perdido la vida.

Según el Artículo 343 de la multicitada Ley Sanitaria:

“ART. 343.- Para los efectos de este Título; la pérdida de la vida ocurre cuando:

I. Se presente muerte cerebral, o...”

Por lo tanto, lo dispuesto por el Artículo 68 de la Ley General de Salud, al igual que su similar 56 se refieren a la persona humana, que sale del tema, por ser distinta, al ser por nacer.

“ART 68.- Los servicios de planificación comprenden:

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción”.

“ARTICULO 56.- La investigación sobre fertilización asistida solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra

manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere con el del investigador.”

*“Artículo 314. Para efectos de este título se entiende por:
V. Destino final, a la conservación permanente, inhumación incineración, desintegración e inactividad de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta ley y demás disposiciones aplicables;“*

Luego, encontramos que la Ley regula todo lo relacionado con el manejo de materia orgánica de seres humanos, haciéndolo aplicable al embrión:

”Artículo 314. Para efectos de este título se entiende por:

VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;”

Para el Reglamento de Investigación en Materia de Investigación para la Salud es:

“Artículo 40.

Fracción III. Embrión es el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la décimo segunda semana de gestación.”

Finalmente el Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos lo define como:

“Artículo 6.

Fracción XII. Embrión es el producto de la concepción hasta la décimo tercera semana de gestación.”

Este último Reglamento establece otras definiciones como célula y células germinales, tejido y órgano. También establece la prohibición para el uso de tejidos embrionarios o fetales para cualquier finalidad.

El Artículo 55 del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud establece que

“ Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de estos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el Título Décimo Cuarto de la Ley- Donación, trasplante y pérdida de la vida – y en este Reglamento”.

Para los casos que se tratan, es especialmente importante lo dispuesto en el artículo 342:

“Artículo 342. Cualquier órgano o tejido que haya sido extraído, desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito y que sanitariamente constituya un desecho, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final se hará conforme a las disposiciones generales aplicables, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o de investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán disponer de ellos o remitirlos a instituciones

docentes autorizadas por la Secretaría de Salud, en los términos de esta ley y demás disposiciones generales aplicables.”

De la armonización de estas disposiciones legales se concluye que el embrión no utilizado para una implantación en particular debe de ser destruido por incineración, salvo que se requiera para docencia o investigación, en cuyo caso se podrá conservar o remitir a una institución docente autorizada.

Cabe agregar que desviaciones como clonación, partenogénesis, fisión gemelar, elección de sexo, fecundación Inter-especies, fusión de preembriones y eugenesia, están controladas por el Código Penal para el Distrito Federal de la siguiente forma:

“ARTICULO 154.- Se impondrá de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual termino para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I. Con finalidad distinta a la eliminación de enfermedades graves o raras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. Fecundación de óvulos con cualquier fin distinto de la procreación humana; y

III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.”

Por otro lado en lo que corresponde a embriones vivos, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud se refiere a la investigación en seres humanos al disponer:

“ARTICULO 13.- En toda investigación en que el ser humano sea objeto de estudio, deberán prevalecer el criterio de respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar.”

Deja abierta la posibilidad de intervenir al embrión de la siguiente forma:

ARTICULO 3º.- La investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan:

I. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos de los seres humanos;

II. Al conocimiento entre los vínculos entre las causas de enfermedad, practica médica y la estructura social;

III. A la prevención y control de problemas de salud;”

Con base en lo expuesto considero que de acuerdo a las etapas que comprenden el desarrollo embrionario esa investigación esta autorizada a realizarse dentro de los primeros 14 días de haberse efectuado la fertilización únicamente para fines de diagnósticos o terapéuticos, o si está encaminada al avance en el control de la fertilidad, sin que lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión, respetando su esencia en virtud de que como ya lo mencione en México existe vida humana a partir de la concepción al disponerse en la legislación sanitaria.

Como un ejemplo de lo anterior en que la etapa mas propicia para hacer investigación y dentro de los 14 días se da en la aplicación de la medicina genómica en la terapia genética, plateando los beneficios de lo que se llama clonación terapéutica con las células troncales o células madre –stem cells- necesarias dentro de la terapia genética, frente a la rechazada clonación reproductiva. Derivado de la reproducción sexual natural como ya se ha explicado en lo que se refiere a la fecundación, cada célula de las primeras fases del proceso- dentro de la etapa que comprenden los primeros 14 días después de la fertilización-, es totipotente; es decir, capaz de ella sola dar origen a un organismo completo de la especie en

cuestión, es aquí donde están las células madre o totipotentes y de aquí pasa esa característica al embrión. Con base en lo anterior es posible la extracción células troncales utilizables en terapias regenerativas; es decir, para la creación de tejidos y eventualmente órganos. Ciertos organismos de carácter internacional se han pronunciado respecto a las investigaciones en genética humana, entre ellos la UNESCO, la Organización Mundial de la Salud y el Consejo de Europa del que se deriva el Convenio de los derechos humanos y la Biomedicina que establece:

“que no podrá realizarse intervención alguna sobre el genoma humano si no es con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos y a condición que no tengan por objeto modificar el genoma de la descendencia”¹¹¹

A este respecto la Ley General de Salud prevé:

“ART. 98. En las instituciones de salud, bajo responsabilidad de los directores generales o titulares respectivos de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética.”

“Actualmente se llevan en México investigaciones relacionadas con las células y tejidos, en particular con cromosomas y genomas humanos y animal.¹¹²

En este tenor la Ley solo se limita a definir, como ya lo vimos, conceptos como células, tejidos, embriones o reproducción artificial, elementos que están involucrados con la clonación y células madre, pero no hace referencia al tema.

¹¹¹ www.bibliojuridica.org/libros/1/478/8

¹¹² Idem.

Al no estar estrictamente regulada la Fertilización Asistida en México lo convierte en un paraíso genético para llevar trabajos sobre clonación reproductiva que es hasta ahora rechazada.

B. En la familia.

Considero importante señalar que el contexto familiar ha venido cambiando con el paso del tiempo. En muchos países la familia es tutelada por el derecho constitucional; México no es la excepción, puesto que el artículo Cuarto, en la segunda parte del párrafo primero, de la Constitución Mexicana se dispone:

“El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia.”

No obstante ello, es muy común observar que los vínculos grupales o colectivos de solidaridad que existen dentro de ella se han venido debilitando, dando paso a su individualización, es decir; por ejemplo ante cuestiones como el matrimonio, la elección de una profesión, el desarrollo laboral, entre otros, eran actividades que cada persona debía realizar dentro de la estructura familiar, ahora se realizan por cada persona en el marco individual, incluso la decisión de concebir una nueva persona puede llevarse a cabo fuera de esa comunicación solidaria y sin la intervención directa o física de otro individuo, debido a los avances técnicos en materia de salud reproductiva.

Esta forma de individualización de las sociedades también ha cambiado las pautas matrimoniales; actualmente las parejas han retardado de forma importante la edad en que se casan y que, en esa misma medida, se ha visto retrasada la edad en que tienen hijos, si es que los tienen. Este es uno de los cambios más recientes en el ámbito de la familia.

No podemos adoptar legislativamente una determinada forma de familia que sea la única reconocida legalmente en tanto que es la única congruente con una determinada moral, dejando a un lado una serie de fenómenos que ya están teniendo lugar en la sociedad mexicana. Por tanto, el cumplimiento cabal del mandato del Artículo Cuarto Constitucional exige que el legislador sea muy flexible en la tutela legislativa de las distintas formas familiares que existen en la actualidad.

La Constitución ordena proteger a la familia, pero no dice qué debe entenderse por tal; por tanto obliga al legislador a proteger a todo tipo de familia. No solamente al núcleo familiar derivado de una unión matrimonial o una unión estable entre personas de distinto sexo, sino también las uniones de personas del mismo sexo, respecto de las cuales no habría base constitucional alguna para darles un tratamiento distinto jurídicamente del que reciben las parejas heterosexuales. En México prevalecen los prejuicios religiosos y las visiones conservadoras que sostienen que solamente puede haber un modelo de familia y que ese modelo se debe construir sobre la base del matrimonio heterosexual.

Ese tratamiento igualitario también debe permanecer en la aplicación de los avances de la ciencia médica y de la tecnología que han tenido un impacto importante en muchos aspectos de la vida familiar, como el ya mencionado de las cuestiones reproductivas, que inciden de forma notable en el ámbito del derecho constitucional.

Efectivamente, en el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican el replanteamiento de algunos principios de la paternidad. Sabemos que, en nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta; que, para el derecho, el padre es el marido de la madre; que, según nuestras normas, a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre. Sin embargo, la Fertilización Asistida nos enfrenta a hechos que cuestionan estos principios que parecían incuestionables, como la investigación del vínculo paterno-materno-filial y que desarticulan los mismos conceptos de maternidad y paternidad.

Se han desarrollado prácticas que para algunos son consideradas inmorales, que tienden a desarticular el concepto de Salud Reproductiva, bajo el punto de vista de

que solo las mujeres casadas pueden acudir a ellas. En efecto, me refiero al caso de la mujer soltera, viuda o pareja lesbiana que con base a su derecho de autodeterminación y a su deseo de tener un hijo extramaritalmente se somete a la ayuda técnica para obtenerlo, con su óvulo y espermatozoide de donante desconocido, conocido que no autorizó el procedimiento o con óvulo y espermatozoides de donantes desconocidos, comprados en un banco de gametos.

Generalmente se tiende a pensar que solamente las personas casadas tengan derecho de perpetuar la especie humana, en virtud de que, el matrimonio es la única fuente válida de la familia. Existe la tendencia para que todo niño que venga al mundo se críe en el seno de una familia plena, es decir, aquella que se integre por un padre y una madre, por considerar que tal es el ambiente más propicio para su desarrollo integral

Contrariamente, sostengo que ese derecho de la mujer es un privilegio individual, que no debe restringirse argumentando cuestiones morales o la necesidad de que la solicitante integre una pareja conyugal, ya que nadie puede garantizar la permanencia del matrimonio, pero también se pone en peligro al acto conyugal; conjuntamente con la eliminación de la figura paterna, dejando esta de tener sentido pues refuerza solamente los vínculos establecidos entre el hijo y la madre, en consecuencia se reduce al hombre a únicamente proveedor de material genético, aunque el hijo sea hecho al sustituirse el acto conyugal, sin sexualidad, dejándose a la mujer la decisión de tener un hijo.

No obstante esta contradicción considero que nuestra Constitución Federal es muy clara, ya que de conformidad con el párrafo segundo de su Artículo Cuarto:

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

Ante tal descripción, no cabe duda que tanto las mujeres casadas como las solteras pueden recurrir válidamente a los métodos de la fecundación asistida, sin limitar esta

atribución a determinadas personas, en razón de su estado civil, credo religioso, edad o cualquiera otra situación de hecho o de derecho.

En este sentido en lo que se refiere a la relación con la mujer no casada, soltera, viuda o divorciada, igual para el caso, capaz y mayor de edad, no existe impedimento legal alguno que prive a dicha mujer del derecho de recurrir a la inseminación o fertilización artificial. El hijo así concebible sería, para la ley, un hijo fuera de matrimonio, con todos los derechos y obligaciones que tal filiación comprende. La mujer podrá reconocerlo expresamente y registrarlo en el Registro Civil como suyo, en los términos del artículo 60, que indica:

”Artículo 60. Para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo fuera del matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el artículo 44, haciéndose constar la petición. La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los Tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código.

Además de los nombres de los padres se hará constar en el acta de nacimiento su nacionalidad y domicilio

En las actas de nacimiento no se expresará que se trata en su caso de hijo natural.”

Así, el hijo adquirirá derecho de los dos apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre él la patria potestad; madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentario y sucesorio tal y como lo indica el artículo 389 federal que nos indica:

”Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.”

C. En la pareja.

La infertilidad y esterilidad impactan psicológicamente en forma distinta tanto al hombre como a la mujer, aunque todavía se estila depositar la incapacidad reproductiva en la mujer, pero deseando en lo común, llegar a ser padre o madre, en caso contrario con un significado psicosocial negativo, el hecho biológico de la ausencia de descendencia es un hecho universal, que, de alguna u otra forma, se trata casi siempre de ocultar o de remediar, para salvaguardar los planes que giran alrededor de ese derecho que parecía inalienable, el tener hijos y formar una familia, no sin antes de padecer efectos psicológicos como la sorpresa preguntándose porque y pensando que es una situación transitoria aferrándose a la esperanza de un embarazo cercano, eludiendo las preguntas en ese aspecto por parte de su sector social cercano. La agresión es otro de los efectos; se modifica el choque emocional y la dificultad de aceptar la realidad. Sin embargo estas situaciones se convierten en agresión hacia la pareja, sus familiares, a el medico y hasta a la sociedad en

general. Al sufrir la pareja, se llega a conductas de autodestrucción del cuerpo que no puede engendrar o al cónyuge porque es un inútil; aislándose, pues así evitan el sentirse cuestionados, rechazados, el confrontar a los que sí han podido tener hijos, culpándose y consintiendo a aquel que goza de salud reproductiva a que se una a alguien quien si pueda hacerlo o ir aceptando su incapacidad para concebir, al igual que cuando se pierde a un ser querido, aceptando la incapacidad y tomando a la relación sexual nuevamente placentera, al no ligarse a la reproducción, pues ya no es obligatoria.

“Resulta sorprendente la ingenuidad con que se dice a la pareja estéril que adopte para solucionar su disfunción, y también el argumento de que los métodos de reproducción -inseminación homóloga incluida- deben ser radicalmente evitados por ser contrarios a la ética de la procreación, como si ésta pudiera reducirse al simple acto de la fecundación, y no tuviera relevancia ni el embarazo ni el parto, como tampoco la protección y educación amorosa de los hijos, entendidos como momentos de un mismo proceso”,¹¹³

A este respecto considero que las técnicas artificiales de procreación, de algún modo, son consecuencia de la pretensión de superar la infertilidad, eliminando esos efectos, contribuyendo a que el deseo de tener un hijo sea realidad como un derecho natural y derecho humano previsto en el segundo párrafo de ya aludido Artículo Cuarto de la Constitución Federal:

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

También prevista en el artículo 162 del Código Civil para el Distrito al enunciar:

¹¹³ SOTO LAMADRID, Miguel. Biogenética, Filiación y Delito. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990. Págs. 13 a 18.

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos”, agregando; “ que por lo que toca al matrimonio ese derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

Considero que ambos artículos son acertados, ya que de acuerdo a su interpretación permiten el uso de las técnicas de reproducción asistida en mujeres en general con capacidad legal para solicitarla, y en el caso concreto con el derecho que tiene el cónyuge de ser informado de ese interés de la mujer y de manifestar su consentimiento también informado, libre y por escrito; toda vez que el acto de procreación, debe ser un acto consensado entre los ambos consortes, si uno de estos no fue consultado al respecto, la ley le permite ejercitar la acción de divorcio. Sin embargo, como ya lo dije este precepto normativo, si bien tutela la libertad de los cónyuges a decidir cuando y como procrean, también deja sin protección alguna, al producto de la fecundación con una familia disuelta, en contravención a las diversas disposiciones jurídicas de orden nacional e internacional que protegen a la infancia; por lo que el número de embriones utilizados, en el caso de técnicas de alta complejidad debe ser el mas adecuado para asegurar el embarazo, tratando siempre de evitar embarazos múltiples o embriones sobrantes.

No obstante esa obligación de alguno de los consortes de manifestar su deseo al otro de acudir al auxilio de la ciencia para procrear, también es obligación del especialista en medicina reproductiva informar a la pareja sobre las alternativas existentes. De tal forma a este respecto la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del Expediente Clínico publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999 referente a la atención medica en general en establece:

“5.5. Los prestadores de servicios otorgarán la información verbal y el resumen clínico deberá ser solicitado por escrito, especificándose con claridad el motivo de la solicitud, por el

paciente, familiar, tutor, representante jurídico o autoridad competente”.

De esta información verbal se derivaran las cartas compromisos las cuales se definen por la propia Norma aludida de la siguiente forma:

“4.2. Cartas de consentimiento bajo información, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal, mediante los cuales se acepte, bajo debida información de los riesgos y beneficios esperados, un procedimiento médico o quirúrgico con fines de diagnóstico o, con fines diagnósticos, terapéuticos o rehabilitatorios.

Estas cartas se sujetarán a los requisitos previstos en las disposiciones sanitarias, serán revocables mientras no inicie el procedimiento para el que se hubieren otorgado y no obligarán al médico a realizar u omitir un procedimiento cuando ello entrañe un riesgo injustificado hacia el paciente”.

Esto no es otra cosa que llamado Consentimiento Informado. Esta medida de origen anglosajón ha sido aceptada por el mundo occidental y reivindica los derechos civiles desde la Segunda Guerra Mundial, concretizándose en el área médica en los años setenta en la Carta de los Derechos de los Enfermos.¹¹⁴

“El consentimiento informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a

¹¹⁴ American Hospital Association, A Patient's Bill of Rights, 6 febrero de 1973.

continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos.”¹¹⁵

Considero que la persona tiene el derecho de disponer de partes de su cuerpo, si ello redunde en su salud y bienestar corporal. Es obligación proporcionar información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas de reproducción humana o sean donantes o receptores de gametos y embriones humanos, sobre los aspectos o implicaciones posibles de las técnicas como pueden ser los resultados previsibles o sus riesgos; esa información y asesoramiento deberá ser extensiva a cuentas consideraciones de carácter jurídico, biológico, ético o económico, lo requieran para emitir consentimiento con efectos hacia la pareja y los servicios de fertilización asistida.

Es necesario sea previsto en Ley ese consentimiento bajo los siguientes extremos:

- El consentimiento libre y responsable que otorgue la mujer deberá tener por objeto la inseminación artificial o la Fertilización In Vitro y la Transferencia de Gametos a las Trompas de Falopio o técnicas afines y también considero pueda revocarlo en cualquier momento de su realización, pero esta situación considero no se perfecciona como objeto si lo percibimos como elemento de algún acto consensual al no estar todavía permitidas las clases de técnicas permitidas
- La inseminación artificial o la Fertilización In Vitro u otras técnicas afines realizadas con semen de donante, en el caso de parejas estables o matrimonio deberán hacerse también con consentimiento expreso y escrito del varón de la pareja correspondiente, siendo la forma recomendable la escritura pública o un juicio de jurisdicción voluntaria

¹¹⁵Gracia, Diego, Fundamentos de bioética, España, Eudema Universidad Manuales, 1989, Pag. 119.

- La fecundación en vidrio con óvulos de donante deberá hacerse con el conocimiento y consentimiento escrito previos tanto de la mujer como del varón con el que forma pareja o matrimonio, en la misma forma del punto anterior.

En cuanto al resultado de la aplicación de estas técnicas de procreación impactan en los niños nacidos con estas técnicas de procreación en cuanto al parentesco, en México el artículo 293 Código Civil para el Distrito Federal amplía la descripción de este respecto a su anterior redacción en los siguientes términos:

“El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre las personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan”.

Con dicha prescripción se sobrentiende el desconocimiento legal de la paternidad y filiación, entre el donador del espermatozoides y el óvulo, con el producto de la fecundación asistida, sin embargo; considero pertinente se adicionara este artículo con lo siguiente:

- Cuando en su origen hayan participado donantes anónimos; los niños nacidos con estas técnicas de procreación, tendrán los mismos derechos que los niños concebidos, de forma natural y tienen derecho a exigir la protección de sus padres legales;
- Se inscribirán en el registro local sin que conste ningún dato sobre su origen biológico.

En cuanto a la paternidad se dispone que los padres que consientan la reproducción asistida, con la donación del espermatozoides a cargo de una tercera persona, no podrán en ningún momento ejercitar acción de desconocimiento de la paternidad, lo anterior, de conformidad al segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil del Distrito Federal, que dispone:

“Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso de tales métodos”.

Sin embargo, dicha disposición no se encuentra debidamente regulada, al omitirse la forma en que debe extenderse ese “consentimiento expreso”.

Por otra parte; el artículo 327 de la legislación civil mexicana permite la fecundación posmortem, en los siguientes términos:

“Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge”.

Esta disposición adolece de una deficiencia legislativa, toda vez que de acuerdo a la interpretación de la citada legislación, se entiende por consentimiento expreso, el que señala el Artículo 1803, como aquel que se manifiesta verbal, escrita o por signos inequívocos, que puede hacer uno de los cónyuges en vida, lo que generaría una serie de conflictos judiciales, ante la ineficacia del legislador, al no señalar concretamente, mediante que forma debe extenderse ese consentimiento expreso, considero se adicionara de la siguiente manera:

- Este deberá ser legalmente consentido por el donante ante fedatario público a través de escritura pública o sentencia recaída en un juicio de jurisdicción voluntaria, o bien, una disposición testamentaria.

Por otra parte también se incurre en una omisión al no señalarse en termino mediante el cual, el cónyuge sobreviviente pueda hacer valer su derecho a fecundar con espermatozoides del cónyuge fallecido, pues deja abierta la posibilidad de que pueda hacerlo en cualquier tiempo, lo que significaría también inseguridad jurídica en el derecho sucesorio; dicha disposición, en vez de conceder un derecho a la procreación; esta generando una inseguridad jurídica a la sociedad, especialmente a la familia y a los menores producto de la fertilización asistida, colocando a estos en estado de indefensión por lo que respecta a los derechos derivados del parentesco con su padre.

Dicho precepto legal debe prescribir de forma clara la forma legal en que se debe manifestar el consentimiento, que sea de forma legal o signos inequívocos, sino por escritura pública, debiendo señalar:

- El plazo para ejercitar ese derecho al cónyuge sobreviviente de seis meses a partir de la muerte del difunto.

Según el sistema jurídico tradicional que nos rige, la filiación se basa en un dato de hecho: el vínculo biológico. Puede haber casos en que haya un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico filial: cuando un hijo es procreado fuera del matrimonio y no se puede determinar quién es el padre. Pero no se da, según nuestro derecho, el caso contrario, esto, que exista filiación sin vínculo biológico. Siempre que haya un vínculo jurídico filial, existirá la presunción del vínculo biológico que lo sustenta el artículo 324 del Código Civil Federal el cual indica:

”Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Así las cosas, la reglamentación que el legislador formula sobre la filiación parte de tres postulados:

1. Cualquier nacimiento es necesariamente fruto de la cópula física entre un hombre y una mujer;
2. La maternidad se determina por el hecho del parto y, por tanto, es indudable (*mater semper certa est*); y
3. La paternidad sólo puede ser conocida a través de la investigación de las relaciones sexuales que la madre ha tenido con el padre durante la época legal de la concepción; ésta se calcula con base en la fecha del nacimiento.

Actualmente, es un hecho real la separación entre el acto sexual y la procreación. Esto puede asumir dos formas: puede haber acto sexual sin procreación, dadas las técnicas anticonceptivas, y puede haber procreación sin conjunción carnal. Asimismo, un hijo puede nacer de una mujer que no sea su madre desde el punto de vista genético cuando un óvulo ajeno fecundado, es implantado en el útero de aquélla que dará a luz. Me refiero a la Maternidad Sustituta la cual ha sido ya abordada por algunas legislaciones entre ellas la española con su Informe Palacios e Inglesa con el informe Warnock. En la primera se dispone que el contrato del cual se derive sea nulo de pleno derecho, por lo que la filiación de los hijos nacidos de la gestación por sustitución será determinada por el parto, en tanto que la segunda prevé la exigibilidad de los contratos de maternidad sustituta y cuenta con una ley específica sobre la maternidad de sustitución: Acta de acuerdos o disposiciones de subrogación de 1985. En ella condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí; es decir, no prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios. La ley de 1991 reconoce como madre legal a la mujer que alumbre al niño, siendo el padre del niño responsable legalmente de él, a no ser que aquel pueda probar que el niño nació sin su consentimiento.

Este tipo de procreación supone dos actos teóricamente separables entre sí:

- a) contrato con la mujer estéril, soltera o casada y su marido, si lo tiene, y la mujer que proporcionará el vientre para que sea implantado el embrión de aquéllos hasta el momento del nacimiento y dará luz al hijo; y
- b) entrega del niño a la pareja cuya mujer es estéril, o a la mujer soltera.

No es novedad de nuestra época este tipo de acuerdo: tal vez, el primer ejemplo que se registra aparece en la propia Biblia con el nacimiento de Israel:

“Saray, esposa de Abram, no le había dado hijos pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar. Y dijo Saray Abraham: “Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava y únete a ella, haber si yo tendré un hijo por medio de ella.” Abram hizo caso a las palabras de su esposa.”¹¹⁶

Sin embargo, afirmo terminantemente que esta forma de procreación no está legalmente permitida de acuerdo con el sistema jurídico mexicano. El contrato que llevaría a cabo la mujer o pareja estéril con la llamada madre subrogada puede ser gratuito ú oneroso, según se realice o no mediante precio convenido. Pero en ambos casos sería inexistente para el Derecho y ninguna de las partes podría ejercer acción alguna tendiente a obtener su cumplimiento. El Código Civil Federal dispone:

“Artículo 179. Para la existencia de un contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato”.

¹¹⁶ Génesis 1.2

A su vez, el diverso 1825 establece:

“La cosa objeto del contrato debe: que la cosa objeto del contrato debe: 1. Existir en la naturaleza; 2. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y 3. Estar en el comercio.”

Considero que la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio. Un contrato de esta especie sería inexistente según nuestras leyes civiles; cualquiera de las partes podría arrepentirse de lo pactado y no habría forma de exigir el cumplimiento.

Para la Ley mexicana la madre es la que lleva al hijo en su vientre y da a luz al hijo. A este respecto el Código Civil Federal indica:

“Artículo 360. La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.”

Por su parte, las normas sobre el Registro Civil también se basan en el parto para establecer la maternidad, según el artículo 54 al 76 de la norma civil federal.

Si la madre subrogada fuese casada, el hijo habido por encargo de otra pareja sería hijo legítimo de la subrogada y de su esposo, por el juego de las normas legales analizadas en párrafos precedentes; es decir, el esposo es el padre del hijo dado a luz por su esposa.

Por otra parte, no existe forma jurídica alguna para que el hijo procreado por encargo pase a ser hijo del matrimonio de la mujer estéril. El Código Penal Federal tipifica como "Delitos contra el Estado Civil y Bigamia" ubicados en el Título Décimo Sexto, Capítulo Unico:

"Artículo 277. Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos a los que con el fin de alterar el estado civil, incurran en alguna de las infracciones siguientes:

I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no será realmente su madre;

II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;

III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando su nombre o suponiendo que los padres son otras personas;

IV. A los que sustituyan un niño por otro, o cometan ocultamiento de infante; y

V. Al que usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden."

Por su parte, el Código Civil Federal ordena:

“Artículo 60. La madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo.”

Quedaría solamente el recurso de dar al niño en adopción de acuerdo a los siguientes preceptos civiles:

“Artículo 87. Extendida el acta de adopción, se anotará la de nacimiento del adoptado, y se archivara la copia de las diligencias relativas poniéndole el mismo número de acta de adopción.”

“Artículo 394. El menor o incapacitado que hayan sido adoptados podrán impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.”

“Artículo 405. La adopción puede revocarse:

I. Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oirá a las personas que presentaron su consentimiento conforme al artículo 397, cuando fuere domicilio conocido, y a falta de ellas, al Ministerio Público y al Consejo de Tutelas;

II. Por ingratitud del adoptado.”

“ Artículo 410. Las resoluciones que dicten los jueces, aprobando la revocación, se comunicara al juez del Registro Civil del lugar en que aquella se hizo para que se cancele el acta de adopción.”

Considero estos artículos muy limitados, no rompe los lazos con la familia de origen, es revocable y es impugnabile en ciertos casos, lo que no llena las expectativas de una pareja que desea asumir a un hijo como propio hasta sus últimas consecuencias. La maternidad subrogada constituye en México una forma civilmente inexistente y eventualmente delictuoso de obtenerse descendencia para la mujer estéril en el estado actual de las normas jurídicas mexicanas. Al respecto, queda mucho por hablar, toda vez que es obvio que tanto la "madre subrogada" o "legal" como la "genética" o "natural" tienen derechos sobre el hijo: ésta, porque lleva sus genes y cromosomas y la otra porque fue la que efectivamente lo formó en su vientre y lo trajo al mundo

Considero necesario cambiar la estructura legal en la que actualmente y por siglos ha descansado el orden jurídico, iniciando un proceso con la participación médicos, abogados, químicos, sociólogos, filósofos, para con base en los resultados obtenidos se propongan reformas a fin de proporcionar justicia a los involucrados. En esas condiciones, puede adicionarse el Capítulo I "De los hijos de matrimonio", Del Título Séptimo "De la Paternidad y Filiación", Del Libro Primero "De las personas", del Código Civil Federal :

- Otorgar la patria potestad a la mujer y al marido, si lo hubiera, que acrediten haber otorgado los medios genéticos para la procreación del hijo o hija cuya paternidad se reclame de ocurrir la muerte de la madre de aquél o aquélla y de su esposo- me refiero a la legal-, si lo hubiere, y no exista pariente que reclame el ejercicio de la patria

Lo anterior sin dejar de analizar el asunto en materia penal, donde sería pertinente excepcionar de cualquier responsabilidad penal a la "madre genética" en caso de presentar como suyo al hijo nacido por fertilización artificial, ubicando para tal caso, la adición en la fracción I del artículo 277 del Código Penal Federal, bajo las siguientes consideraciones:

Actualmente dice:

“Artículo 277. Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre; “

La propuesta de excepción sería:

- Esta responsabilidad no se aplicará a la mujer y al esposo, si lo hubiere, de acreditarse que para la procreación del hijo o hija aquéllos otorgaron los medios genéticos y la fertilización se realizó por fertilización artificial.

D. En el concebido.

Para iniciar el presente acápite es indispensable citar lo dispuesto por nuestra Carta Magna en su Artículo Primero que dispone:

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Por su parte el Artículo 14 añade:

“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad...”.

Considero que con la intervención de biotecnologías en las Técnicas Artificiales de Reproducción Humana Asistida se comprometen derechos fundamentales del nasciturus.

En efecto, el derecho a la vida como primero y presupuesto del resto de los derechos fundamentales es el primero que se vulnera. Debe tenerse en cuenta la situación especial que se genera después de los 14 días de la fecundación, es decir, en etapa de embrión humano, en cuyo caso su creación y destino depende de la decisión de otros: progenitores y equipo médico.

En la Constitución no está contemplado que al embrión, incluso al obtenido mediante una fertilización en vidrio, se le pueda privar de la vida o de la libertad, me refiero a la libertad que tiene de desarrollarse biológicamente, en cuyo caso al ser sometido a técnicas de crioconservación se le priva de la libertad de desarrollarse pues sigue vivo, pero tampoco está claramente contemplado el estatuto jurídico del embrión.

Con estas técnicas también considero de atenta al respeto que merece todo individuo en cuanto al respeto que se le debe en su dignidad e integridad física, es decir; al embrión humano como un sujeto de derecho portador de derechos fundamentales debe ser considerado en igualdad de condiciones con el resto de los protagonistas implicados. Considerarlo como un fin en sí mismo y no como un instrumento sujeto a la decisión de otros, nos conduce al respeto del valor máximo: la humanidad y su inviolabilidad.

“El bien protegido de esos derechos de la personalidad, no es la persona en sí misma, sino su dignidad personal, no tanto en cuanto se relacionan con la persona, sino en tanto son materia de tutela jurídica, contra abusos y usurpaciones de otros sujetos. Tales derechos de la personalidad quedan objetivados y surgen como bienes jurídicos y por tanto son la materia de derechos subjetivos. En la protección de la personalidad concurren tanto el interés público como el privado a través de la protección civil y penal en el derecho y conservación de la vida, el derecho a la

integridad corporal, el derecho sobre su propio cuerpo y salud, el derecho a la libertad, entre otros.”¹¹⁷

De acuerdo con artículos constitucionales ya aludidos, independientemente de la forma de concepción natural o en el laboratorio mediante un acto técnico, el individuo merece protección y por lo tanto se entendería que aparte de que no se puede matar, no puede usarse para experimentar y tampoco ser congelado, idea que se reproduce en el Código Civil dice:

“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”.

En este artículo se le da categoría de nasciturus al individuo concebido y no nacido, independientemente del nombre que se le otorgue embrión, preembrión o producto de la concepción. Agrega el Artículo 337 del Código Civil establece:

“Para los efectos legales, sólo se reputa nacido al feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil”.

Si retomamos lo que el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud que expresa en el Artículo 56:

“La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de

¹¹⁷ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Decimoquinta Edición. Mexico. 1997.p.339.

vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere con el del investigador”.

El punto ético-jurídico fundamental se encuentra en el reconocimiento de la cualidad humana del embrión y, por ende, en la convicción de que el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la formación del cigoto, exige el respeto incondicional que se debe al ser humano en su totalidad corpórea e incorpórea. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde su concepción y, por lo tanto, desde ese momento se le deben reconocer los derechos de la persona, entre los cuales, ante todo, está el derecho inviolable a la vida que tiene todo ser humano.

En México con el fin de contar con principios éticos mínimos de aplicación obligatoria en la investigación y en la prestación de los servicios de salud, con el propósito de que la sociedad cuente con mayor certidumbre en esas actividades se creó la Comisión Nacional de Bioética por Acuerdo Presidencial¹¹⁸ que de forma inicial establece:

“Artículo 1º.- Se crea con carácter permanente la Comisión Nacional de Bioética, la cual tendrá por objeto promover el estudio y la observancia de valores y principios éticos para el ejercicio tanto de la atención médica como de investigación en la salud.”

Entre otras facultades encontramos:

“Artículo 2º.- Para el cumplimiento de su objeto corresponderá a la Comisión:

¹¹⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2000

I. Proponer una guía ética para la atención médica y la investigación;

II. Fijar los criterios o principios éticos mínimos que deberán observarse para la atención médica en las instituciones públicas y privadas de salud;

III...

IV. Fomentar el respeto a los principios éticos en la actividad médica;”

También se ve afectado derecho a tener una familia genética, no obstante los esfuerzos hechos por el legislador como ya se ha mencionado en páginas anteriores como la filiación post mortem, el uso de las técnicas para madres solteras y/o parejas homosexuales, en las que nunca se dará; biológicamente hablando, un vínculo filial completo: materno y paterno.

Puedo presumir la existencia de daños a la salud del embrión por negligencias del equipo médico. No resulta difícil imaginar algún error en cuanto al control de calidad del material genético utilizado de un tercero dador o por deficiencias en el análisis de la muestra el la que portador de anomalías las traslada al embrión, en cuyo caso será responsable el equipo médico. Resulta comprometido primeramente el derecho a la integridad física y después con el paso de tiempo de forma psicológica, cuando tenga capacidad para preguntar su origen.

En este sentido considero entran en juego las distintas dimensiones de la propia identificación del individuo, cuyo desarrollo se dirige a la tutela del derecho hacia todo el abanico de sus derechos fundamentales, entre los cuales se vulnera: el derecho que tiene de conocer su origen biológico, es decir; su pertenencia a determinada familia que le corresponde conforme a su realidad biológica. Su identificación genética que abarca el patrimonio genético heredado de sus

progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible y su identidad filiatoria con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

“En la persona humana existe un evidente e insoslayable interés existencial para que se reconozca socialmente en todo cuanto ella “es” que se respete su verdad personal; es decir que no se alteren o desnaturalicen todos y cada uno de sus atributos y características de lo que constituye su propio perfil.”¹¹⁹

¹¹⁹ Fernandez Sessarego, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.p. 231.

CONCLUSIONES

Resumen, y propuestas.

Primera.- La capacidad para engendrar hijos desde la antigüedad e incluso actualmente ha sido motivo de dogmas desde las religiones abraicas que de cierta manera obligaban a engendrarlos, tradición que con el tiempo estuvo relacionada con la perdurabilidad de cultos familiares, como fue el caso de Grecia y Roma. El contar con descendencia trascendió en la esfera jurídica de los individuos creándose leyes dirigidas a los solteros invitándolos a contraer matrimonio y procrear hijos. En culturas de Mesoamérica, los hijos eran necesarios para mantener un número constante de componentes masculinos para mantener imperios. Ante el interés de contar con descendencia, en varias culturas alrededor del mundo existieron rituales para fomentar la fertilidad o ayudar a las mujeres que no concebían hijos. A partir del siglo XVI es cuando se comienza bajo un método científico a aplicarse la inseminación artificial en animales y hasta el siglo XVIII se aplican en la especie humana. En la época contemporánea el hecho más trascendente se observa en 1978 cuando nace en Inglaterra el primer ser humano por fertilización in vitro. En México los años de 1978, 1986 y 2005 son importantes; pues marcan etapas trascendentes en la aplicación de técnicas de procreación artificial.

Segunda.- La biología de la procreación humana muestra que el inicio de la vida conlleva una serie de procesos continuos e irreversibles que dan origen a una realidad única, con una potencialidad propia y autonomía genética distinta de las vidas que le dieron origen, desde la penetración espermatozoide en el óvulo para luego producirse la fusión de ambos y dar forma al cigoto; para después dividirse en dos y dar origen a lo que se conoce como embrión implantándose en el útero dentro de cuarto y sexto día. Se le comienza a llamar feto a partir de la sexta u octava semana después de la fecundación.

Tercera.- En México un número alto de parejas padecen de infertilidad o esterilidad, términos usados como sinónimos, sin embargo; el concepto infertilidad se determina

como la incapacidad de la pareja o de la mujer para llevar a término la gestación de un producto vivo, después de dos años de relaciones sexuales sin anticonceptivos, en tanto que la esterilidad se denomina a la incapacidad para lograr un embarazo por medios naturales en un lapso de doce meses de relaciones sexuales sin anticonceptivos.

Cuarta.- Los avances en la materia han posibilitado alternativas para las parejas con alguna afección reproductiva. De su aplicación surge la inquietud e incertidumbre sociales en relación con sus posibilidades y consecuencias. Ya no solo se utilizan como alternativa de procreación, sino que le permiten el disponer de varios óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro, su manipulación con fines de diagnóstico, terapéuticos, de investigación, o de ingeniería genética, beneficiosos para el individuo y la humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, originan cuestionamientos con alcances sociales, éticos, biomédicos y jurídicos. Estos avances científicos, van delante del derecho, que se retrasa en regular las consecuencias de aquellos, se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos que intervienen en la realización de estas técnicas y su adaptación del derecho donde proceda particularmente en gametos utilizados, donantes de células progenitoras, las receptoras de las técnicas, la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar como la estimulación ovárica, crioconservación de gametos y preembriones o individuo después de los 14 días de fecundado, diagnóstico prenatal, entre otras. En atención a lo expuesto considero necesario:

- *Aprobar una legislación que regule las técnicas de fecundación asistida, así como la investigación y experimentación que de aquellas puedan derivarse. En su defecto, y hasta entonces deberían expedirse Normas Oficiales Mexicanas precisas.*
- *Se deberá señalar que técnicas de reproducción humana asistida serán permitidas y especificar que estén justificadas y autorizadas y se realicen en centros o servicios sanitarios y por equipos calificados y legitimados para ello.*

- *La legislación deberá tener en cuenta los intereses en conflicto de las mujeres receptoras, de los padres legales, de los donantes, de los futuros hijos, de los centros sanitarios y de los colectivos profesionales que realicen o intervengan en la realización de estas técnicas.*
- *Deberá legislarse sobre la cualidades y protección jurídica de los gametos y de los embriones humanos, considerando a estos últimos desde su origen y hasta su extinción natural, no provocada caprichosa ni arbitrariamente.*
- *Garantizar tanto al hombre como a la mujer, soltero o casado el secreto sobre su esterilidad.*
- *Reglamentar sobre las condiciones en que se puedan congelar los gametos o embriones con garantías para su integridad y viabilidad, y sobre las manipulaciones de que puedan ser objeto.*

Quinta.- Es contradictoria la situación que asume el niño o hijo en las técnicas de reproducción asistida. Existen diversos intereses entre el hombre y la mujer de tener hijos así como de los donantes que pueden ser opuestos si deseara que se reconozca su relación biológica con el hijo. Por una parte, constituyen el objetivo de ellas y por otra, como un producto. Por ello propongo:

- *La inseminación artificial y la fecundación artificial deben tener como finalidad la intervención médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando sea imposible de realizar.*
- *Estas técnicas deberán aplicarse solamente cuando haya posibilidades de éxito y no supongan riesgo para la salud de la madre o la descendencia.*
- *Estas técnicas sólo podrán realizarse en personas mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica y genética.*
- *Debe ser obligatoria una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas de reproducción humana, por una parte de carácter jurídico, biológico, ético o económico sean donantes o receptores de gametos y embriones humanos, además de las implicaciones posibles de las técnicas como pueden ser los resultados previsibles o sus riesgos.*

- *La mujer debe firmar libre y responsablemente su consentimiento para la aplicación de las técnicas y podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización.*

Sexta.- Jurídicamente el reconocimiento de métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y bienestar reproductiva esta dirigido a todo individuo; aunque veo que tradicionalmente en México se considera al matrimonio como el único estado legítimo para procrear hijos, por ser en la mayor parte de los casos el ambiente mas adecuado para su desarrollo, por otro lado percibo la existencia del derecho de autodeterminación de la mujer y su deseo de tener un hijo a través de la técnica. En México no solo los matrimonios pueden concebir bajo la aplicación de técnicas artificiales. De acuerdo al Artículo Cuarto de la Constitución Federal las personas solteras, viudas o incluso parejas del mismo sexo, pueden someterse a estas técnicas. Sin embargo, con ello se tiende a eliminar voluntariamente la figura paterna o materna, dejando de tener sentido la paternidad o maternidad, colocando al hombre como suministrador de material genético y a la mujer reduciéndola a algunas funciones biológicas como prestadora de óvulos y de útero, sin descartar posibles excesos, por ello es conveniente:

- *Recomendar un límite de edad para la procreación utilizando estas técnicas, atendiendo el aspecto biológico del individuo.*
- *Quienes vayan a ser asistidos por estas técnicas de procreación no podrán escoger los donantes, debiendo confiar su elección al mejor criterio del equipo médico que realiza las técnicas; garantizando este que los donantes tengan la mayor similitud con las personas asistidas, y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y con el varón de pareja o matrimonio que constituyen.*
- *Las receptoras de gametos o embriones y el varón que forme la pareja estable o matrimonio, tienen derecho a conocer determinadas características del donante, pero no su identidad.*

- *La mujer y su pareja tienen derecho a ser informados sobre las pruebas que se hayan realizado al o a los donantes elegidos para contribuir a la realización en ella de estas técnicas.*
- *Podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique.*
- *Para autorizar una gestación en la mujer sola por estas técnicas, se valorará previa y razonablemente si la mujer reúne las condiciones precisas para gestar, mantener y educar dignamente al futuro hijo, y para facilitarle el adecuado ambiente de bienestar, evitando que pueda ser vejado o discriminado socialmente por causas ostensibles y notorias inherentes a la mujer.*

Séptima.- Considero que en México los casos fertilización asistida, en sus diversas formas, tienden a aumentar; originando el surgimiento de nuevas clínicas, y con ello el aumento del costo por tratamiento con resultados no del todo favorables para quienes tienen la necesidad de acudir a ellas. Es el sector privado es el que esta poco vigilado, en virtud de que existen únicamente Normas Oficiales Mexicanas y Criterios para Certificación de Hospitales que regulan actividades rutinarias, pero ninguna establece específicamente requisitos técnicos y funcionales para la autorización. Por ello propongo:

- *Agregar otras atribuciones al Consejo de Salubridad General o bien crear otro Consejo que aborde la fertilización Humana Embriología, respecto a las siguientes ideas:*
- *Que dependa de la Secretaria de Salud y que esta nombre a sus integrantes, tomando en consideración a aquellos mexicanos reconocidos en la investigación y practica sobre la materia.*
- *Que de entre sus atribuciones se encuentre el determinar los requisitos que deben cumplir las clínicas de fertilización asistida humana, como el estar*

dirigidas por un médico o titulado superior calificado en las materias específicas que realicen, garantizar la buena práctica de estas técnicas, los centros y servicios deberán contar con el equipamiento y medios precisos, humanos y materiales, deberán someterse al control de calidad y la evaluación de sus actividades que los bancos de gametos y embriones formen una unidad específica en los centros o servicios en los que se realizan las técnicas de fecundación asistida, así como el manejo y utilización de material genético y embriones como el transporte de gametos o embriones entre los centros o servicios que realicen estas técnicas.

- *Promover un registro nacional de centros o servicios que realizan estas técnicas de procreación, a disposición de los usuarios y determinar que clínicas de fertilización asistida humana podrán efectuar procedimientos de alta complejidad de acuerdo a reglas autorizadas.*
- *Otorgar y revocar permisos para crear, almacenar o utilizar embriones; centros de fertilización asistida y personas autorizadas para realizarla, desarrollar proyectos de investigación y verificación de resultados.*
- *Coadyuvar en la creación de centros regionales con tecnología de vanguardia en apoyo a hospitales públicos para que estos sean eficientes, abatir costos y garantizar calidad y buenos resultados.*

Octava.-En el ámbito nacional existen algunas Normas Oficiales supletorias para regular las técnicas de fertilización asistida. Es necesario regular la actividad de los especialistas dando certeza jurídica a quienes acuden a ellos para contrarrestar su afección reproductiva y subsecuentemente garantizar la aplicación de tratamientos adecuados, por lo que:

- *Los equipos médicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán ser calificados y contarán con el equipamiento necesario.*
- *Los equipos médicos tendrán que contar con consentimientos de los donantes, de las receptoras y en su caso de los varones del matrimonio o pareja que constituyan, anticipadamente y por escrito*

- *Los equipos médicos serán responsables si violan el anonimato de los donantes, si realizan mala práctica con los gametos o embriones o con las técnicas de fecundación asistida o por omitir procedimientos que pudiesen haber impedido la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.*
- *El equipo médico que hayan actuado adecuadamente no será responsable de los problemas que estas técnicas puedan derivarse, siempre que las técnicas hayan sido realizadas correctamente y que las personas estén debidamente informadas de las posibles eventualidades y riesgos.*
- *El equipo médico que hayan actuado adecuadamente no será responsable de los hijos nazcan con defectos psicofísicos, siempre y cuando esos defectos tengan igual incidencia en el embarazo normal, los cuales deberán comunicarse previamente a las personas sometidas a estas técnicas.*
- *El equipo médico que actúe adecuadamente no será responsable de los daños que puedan producirse en los gametos o embriones, tanto frescos como congelados.*
- *Los equipos médicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios, y para evitar la transmisión de enfermedades infecciosas, hereditarias o genéticas, o de cualquier otro factor que pueda originar daños a la mujer o al futuro hijo.*
- *El equipo médico y el personal que trabaje en estos centros y servicios estará obligado a guardar el secreto de los donantes y de las personas a las que se realicen estas técnicas.*

Novena.- En la reproducción artificial donadores de gametos, quienes con un supuesto desinterés contribuyen con los padres para que estos alcancen el hijo anhelado. La realidad es que la donación como tal no existe. En México, la Ley General de Salud refiere la donación en materia de órganos, tejidos, transfusiones de sangre , que producen un menoscabo en la integridad física del individuo y a los gametos como las llama células germinales las que se sujetarán a las normas técnicas que la Secretaria de Salud emita. Lo cierto es que esas normas técnicas no

existen. Es necesario se generen Normas oficiales Mexicanas hasta en tanto se cree una nueva Ley o se adecua la ley federal vigente, al respecto sugiero:

- *La donación de gametos y embriones humanos nunca tendrá carácter lucrativo y comercial, se podrá compensar a los donantes los gastos que pudieran originarse por aquéllas, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de traslado.*
- *Se deberán prohibir las instituciones, ajenas a los centros sanitarios autorizados para realizar las técnicas de fecundación asistida, que trafiquen con gametos o embriones humanos.*
- *Las personas que trafiquen mercantilmente con embriones o gametos humanos deben ser sancionados.*
- *La donación de gametos o de embriones será realizada únicamente por personas mayores de edad, en buen estado de salud psicofísica y genética y con libertad y capacidad para decidir.*
- *Los estudios sobre selección de donantes, y en el caso de utilización de material genérico fresco para uso inmediato, se realizarán en la medida de lo posible con la misma amplitud que cuando el material se va a congelar.*
- *La donación de gametos o embriones será siempre voluntaria, y se realizará sin vicio de consentimiento de los donantes, que la realizarán dando por escrito una vez que son aceptados como tales y han sido informado sobre sus fines y consecuencias.*
- *Cada hombre o mujer que donen semen y óvulos, respectivamente, y también si conjuntamente donaran embriones, deberán comunicar si están casados o forman pareja estable o no. Cuando ocurra lo primero, deberán hacer la donación con consentimiento del otro miembro al que están vinculados.*
- *Los donantes de gametos y embriones deberán ser mantenidos en el anonimato, custodiándose la historia clínica referencia en los Centros y Servicios Sanitarios previamente autorizados con la exigencia del más estricto secreto, pero deberán ser advertidos del derecho que tienen el o los hijos*

nacidos de su donación a obtener información general y en su caso conocer su identidad en circunstancias extraordinarias que impliquen el peligro de la vida del hijo.

- *Los donantes no deberán conocer la identidad de la receptora, y viceversa.*
- *Los donantes de gametos y embriones, en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad, salvo en los casos en que no exista otra persona pariente de la madre o del padre legal que ejerza la patria potestad, la que en tal situación, sería ejercida por el donante de semen y, sobre todo, excluir a éste hijo de los derechos que le otorgan las fracciones I y II del artículo 389 del Código Civil Federal, proporcionando alimentos en caso de ser aquél incapaz o, de ser capaz, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, responsabilidad que se ampliaría de demostrarse que el hijo posible se encuentra capacitándose para algún oficio o profesión*
- *De un mismo donante de semen u óvulos, respectivamente, sólo deberían nacer como máximo seis descendientes, y en una misma Entidad, hasta que este número se determine por Ley.*
- *Se debe prohibir develar la identidad de los donantes de gametos o embriones, y de los receptores. Sólo cuando se den circunstancias extraordinarias que importen un comprobado peligro para la vida del hijo, debería ceder el secreto de la donación en aras de aquel interés, sin que ello implicara reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante.*
- *No será divulgada ninguna información respecto de los donantes o de los receptores, o de las exploraciones o técnicas de que hayan sido objeto, para ningún fin, salvo que los receptores o los hijos nacidos soliciten información general sobre los donantes que no incluya su identificación.*
- *Organizarse un registro nacional de donantes de gametos y embriones, así como de las muestras de material reproductor humano, así como las pruebas efectuadas.*

- *El registro nacional de donantes de gametos y embriones de ser posible deberá consignar cada uno de los hijos nacidos de los distintos donantes, la identidad de las parejas o personas receptoras y su localización territorial.*
- *Se garantizará a los donantes de gametos o embriones que el material reproductor donado nunca será objeto de comercio y que su utilización será la acordada expresamente al hacer la donación.*
- *El semen podrá congelarse, conservarse y depositarse en bancos de gametos autorizados, durante el tiempo que la Ley determine y con las garantías que se señalen. Hasta que no exista normativa, el tiempo máximo de congelación se deberá establecer en cinco años.*
- *La congelación de óvulos no deberá autorizarse con fines terapéuticos hasta que se demuestre científicamente como realizable, con las garantías precisas.*
- *Tales criterios de permanencia de las muestras en el banco de gametos podrán ser modificadas por indicación del Consejo de Salubridad General o bien Consejo que aborde la fertilización Humana y Embriología propuestos, en base a los nuevos conocimientos o avances técnicos y de forma reglamentada.*

Décima.-Con las técnicas de alta complejidad se da paso a descartes, reducciones embrionarias y diagnósticos preimplantarios con los que se viola concurrentemente el derecho a la vida y con ello resulta inoperante la protección jurídica para todo individuo desde la concepción.

Décima primera.- En México no se ha legislado sobre el hecho de que hacer con los embriones supernumerarios que en la práctica medica son descartados aunque no obstante, por ello considero en el menor de los daños optar y reglamentar por crioconservación, aunque con esta medida se afectarían algunos aspectos, como el derecho de identidad de la futura persona, dicho de otra forma; conocer su origen biológico, pero creo que este es lo mejor, bajo los siguientes puntos:

- *Deberá comunicarse a la pareja que se a someta a procedimientos avanzados, el número de embriones sobrantes y su manipulación posterior para la congelación, conservación y depósito.*
- *Los embriones sobrantes, no transferidos al útero, podrán ser congelados y depositados en los bancos de embriones autorizados al efecto, por un máximo de cinco años, hasta que el tiempo de congelación sea fijado por ley.*
- *Pasados los cinco años del depósito embriones congelados, éstos quedarán a disposición de los bancos correspondientes.*
- *Hasta que se legisle al efecto, la duración de la congelación de los embriones podrá ser modificada reglamentariamente por indicación del Consejo de Salubridad General o bien Consejo que aborde la fertilización Humana y Embriología propuestos en consideración a nuevos avances científicos y técnicos.*
- *El posible cambio en le tiempo de congelación de los embriones deberá notificarse a la pareja que los produjo, salvo que los hubiera donado.*
- *.Los embriones congelados y almacenados en el banco de embriones que no hayan sido donados a éste, o se encuentren en el plazo de congelación establecido, serán patrimonio de la pareja que los produjo para tener descendencia, la cual podrá disponer de ellos durante el tiempo reglamentado, para una nueva gestación.*
- *Los embriones que queden a disposición del banco correspondiente sólo podrán ser utilizados para transferencia cuando sean implantables, en las condiciones que legalmente se establezcan, que en ningún caso podrán suponer comercialización de los mismos, o para investigación autorizada.*
- *Las parejas con embriones sobrantes y congelados, deberán expresar su voluntad por escrito sobre aquellos, para el caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, de divorcio, de contraer de enfermedades concretas o cuando deseen donarlos. Si hubieren fallecido, los embriones sobrantes pasarán a disposición del banco de embriones.*

- *Los gametos o embriones deberán ser revisados periódicamente, en los tiempos que reglamentariamente se estimen.*
- *Donación del embrión a otra pareja infértil.*

Décimo segunda.- En México la investigación en embriones esta prevista por el Artículo 55 de la Ley General de Salud siempre y cuando vaya encaminada como lo dispone el diverso 68; “al apoyo y fomento de la investigación en materia de infertilidad” y al 3º de su Reglamento en Investigación para la Salud;” para el conocimiento de los procesos biológicos”; pero en materia de Fertilización Asistida la condiciona el Artículo 56 “al punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere del investigador.”Considero esta última disposición demasiado vaga por lo que es pertinente que se señale:

- *La investigación y la experimentación sólo se autorizará en embriones no implantables.*
- *Los embriones sólo pueden ser objeto de investigación y experimentación científica positivas hasta el día catorce de su fecundación, y cuando existan señales de su imposibilidad de implantación en el útero de la mujer, por trastornos biológicos o anomalías.*
- *La investigación o experimentación sobre embriones sólo serán posibles si están autorizados legalmente por el Consejo de Salubridad General o bien Consejo que aborde la fertilización Humana y Embriología propuestos, quien deberá tener conocimiento de los trabajos a desarrollar.*
- *Cualquier investigación sobre embriones no implantables tendrá como finalidad el beneficio del individuo y el avance de la ciencia.*
- *La investigación y experimentación en embriones deberá contar con el consentimiento de la pareja de la que son sobrantes, una vez que haya sido informada de los fines que se persiguen.*

- *Los embriones no podrán ser mantenidos in vitro, para el caso de las técnicas complejas más de catorce días desde que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que estuvieren congelados.*
- *Los embriones que hayan sido objetivo de investigación no deberán desarrollarse más de catorce días, descontando de ellos el tiempo en que pudiera haber estado congelados.*
- *Se prohibirá la transferencia de embriones al útero de una mujer, cuando hayan sido objeto de investigación.*
- *Se prohíbe utilizar gametos humanos para producir embriones, si hubieren sido objeto de investigación y experimentación, y su transferencia a una mujer.*
- *Durante la vida intrauterina, el embrión o el feto engendrados por estas técnicas de fecundación asistida o por vía natural, no podrán ser objeto de investigación si no es con una finalidad de atender anomalías fetales graves a fin de interrumpir voluntariamente embarazo.*

Décimo tercera. Considero valido abordar los casos de maternidad substituta en beneficio del niño así nacido bajo los siguientes términos:

- *Otorgar la patria potestad a la mujer y al marido, si lo hubiera, que acrediten haber otorgado los medios genéticos para la procreación del hijo o hija cuya paternidad se reclame de ocurrir la muerte de la madre legal de aquél o aquélla y de su esposo, si lo hubiere, y no exista pariente que reclame el ejercicio de la patria.*
- *Eximir de responsabilidad penal a la mujer y al esposo, si lo hubiere, de acreditarse que para la procreación del hijo o hija aquéllos otorgaron los medios genéticos y la fertilización se realizó por fertilización artificial, para los casos de alteración del estado civil que prevé la fracción I del artículo 277 del Código Penal Federal al en los casos de reclamar al hijo, merece la pena abordar el asunto desde diversas perspectivas, sobre todo desde el punto de vista científico y legal.*

Décimo cuarta.- Considero limitado lo dispuesto en materia de parentesco por el artículo 293 Código Civil para el Distrito Federal en cuanto dispone *“También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan.”*; por lo que considero pertinente se adicionara con lo siguiente:

- *Cuando en su origen hayan participado donantes anónimos; los niños nacidos con estas técnicas de procreación, tendrán los mismos derechos que los niños concebidos, de forma natural y tienen derecho a exigir la protección de sus padres legales;*
- *Se inscribirán en el registro local sin que conste ningún dato sobre su origen biológico.*
- *Este deberá ser legalmente consentido por el donante ante fedatario público a través de escritura pública o sentencia recaída en un juicio de jurisdicción voluntaria, o bien, una disposición testamentaria.*

Esta última propuesta debe ser aplicada también para el caso de la fecundación posmortem.

Bibliografía.

ÁLVAREZ, MAYDA. Combatir la infertilidad, Editorial Aguilar, Madrid, 1996.

ARANGIO RUIZ, VICENZO. Instituciones de Derecho Romano. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1986.

BERRI, PEDRO N. Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en reproducción humana, en Lacadena, Juan J. y otros: La fecundación artificial. Ciencia y ética, PS Editorial, Madrid, 1985.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. Editorial Purrua. Trigésimo sexta edición. México. 2003.

CÁRDENAS QUIROZ, CARLOS. Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina. Facultad de Derecho Pontificia, Universidad Católica de Perú.

CASTELAZO L., J. A. y CALDERO - J. Historia de la obstetricia y la ginecología en Latinoamérica.

CHAVERO, ALFREDO. México a Través de los Siglos. Historia Antigua y de la Conquista.. Editorial Cumbre, S. A. México D.F. 1987. Tomo I.

EURÍPIDES: "Ion", en Las diecinueve tragedias, Editorial Porrúa, México, 1989 .

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.

GAFO, JAVIER, CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M., HUIGERA, GONZALO, HORTAL, AUGUSTO, LACADENA, JUAN R., LÓPEZ DE LA OSA, E., VIDAL, MARCIANO E.

YZQUIERDO, MARIANO. Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho, UPCM, Madrid, 1986.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Decimoquinta Edición. México. 1997.

GARZA GARZA, RAÚL . La toma de decisiones en situaciones difíciles. Editorial Trillas. Mexico. 2003.

GRACIA, DIEGO Fundamentos de bioética, Eudema. Universidad Pontificia Comillas, Madrid . Manuales, España 1989.

GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Editorial Porrúa. México 1995.

HURTADO OLIVER, JAVIER, Una aproximación a la inseminación artificial para la procreación humana, Revista Judicial Jalisciense, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. 2, Núm. 2, Enero-Abril de 1992.

ITZIAR ALKORTA, IDIAKEZ. Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Colección de Monografías Aranzadi. Navarra. 2003

LOYARTE DOLORES. Procreación Humana Artificial.: Un desafío Bioético. Editorial Desalma. Buenos Aires. 1995.

MANUEL F. CHAVEZ, ASECIO. La familia en el Derecho. Editorial Purrua, S.A. México. 1989.

MARTINEZ, ANTONIO R. "La infertilidad y sus tratamientos", en El derecho ante la procreación artificial, varios autores, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1997.

MARINEAU IDUARTE, MARTHA., IGLESIAS GONZALEZ, ROMAN. Derecho Romano. Editorial Harla. México. 1998.

MARTINEZ CALCERRALDA, LUIS. La nueva inseminación artificial. Madrid. 1989

MORO ALMARAZ, MA. de JESUS. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro. Editorial Bosh. Barcelona. 1988.

NICHOLSON, ROBERTO (comp.): Esterilidad en la mujer, en Soluciones médicas y psicológicas de los problemas del matrimonio, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971.

LEÓN FETT, PEDRO. Distintos aspectos del problema de la inseminación artificial en seres humanos. Su interés jurídico, especialmente en cuanto a la filiación. Cuadernos de los institutos. Boletín 1963-III-IV No. 87. Córdoba.

LLEDO YAGÜE. Breve discurso sobre Bioética y Derecho. La revolución Biogenética versus Sistema Familiar. Universidad de Deusto.

LOYARTE, DOLORES. Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Editorial Depalma. Buenos Aires.1995.

PÉREZ, AURORA Preparación del abogado en el tema de familia, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 1, Abeledo-perrot, Buenos Aires, 1989.

PÉREZ DE SALAZAR J. L. Ginecobstetricia prehispánica, Ediciones Sandoz de México, S.A., México, DF.1963.

PEREZ DUARTE, ALICIA. Derecho de la Familia. Fondo de Cultura Económica. México. 1994.

PLATÓN. Las leyes o de la legislación. Editorial Porrúa, México, 1975.

RAVINOVICH-BERKMAN, RICARDO. Derecho Romano. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001

RAMOS R., VECIANA DE. La eutelegenesia ante el Derecho Canónico.

RIVEREND Y BRUSONE, EDUARDO. Paternidad sin padre. Revista Cubana de Derecho. Enero, Marzo de 1957. No.

SOTO LAMADRID, MIGUEL. Biogenética, Filiación y Delito. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990.

VENTURA SILVA, SABINO. Derecho Romano. Editorial Purrua. México. Décimo sexta Edición. 2000.

VIDAL, MARCIANO, ELIZARI, JAVIER Y RUBIO, MIGUEL. El don de la vida. Ética de la procreación humana, PS Editorial, Madrid 1987

WOOD, CARL Y WESTMORE, ANN .Fecundación "in Vitro", Fontanera ella, Barcelona, 1983.

YUNGANO, ARTURO R. Manual teórico práctico de derecho de familia, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1989.

LEGISLACIÓN MEXICANA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Salud y su Reglamento en Investigación para la Salud.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Acuerdo por el que se establecen las bases para la instrumentación del programa nacional de certificación de hospitales publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de abril de 1999.

Acuerdo presidencial por el que la comisión nacional de bioética publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2000.

Criterios para la certificación de hospitales. publicados en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 1999. modificados por diverso publicado el 13 de junio de 2000.

OTRAS FUENTES INFORMATIVAS.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Informe Palacios aprobado en el pleno del congreso de los diputados en su sesión el día 10 de abril de 1986.

Ley sobre protección del embrión humano aprobada el 16 de noviembre de 1990 con vigencia apartar del primero de enero de 1991.

American hospital association, a patient's bill of rights

Diario La Cronica. Jorge Kahwagi Gastine. D.F. 14 de marzo del 2003.

Diario El Universal. México, D.F. 31 de enero , 2004.

Diario El Universal. México. D.F. 15 de enero de 2005.

Diario La Jornada. Carmen Lira Saade. México D.F. 28 de febrero de 2005

Nosotros, Órgano Informativo del ISSSTE. No. 32. año 3. marzo 2000

La sexualidad humana. Nuevas perspectivas del pensamiento católico. Estudio realizado por la Catholic Theological Society of America. Ediciones Cristiandad. Madrid, España. 1978

Institución sobre el respeto de la vida naciente y la dignidad de la procreación.

Antiguo testamento.

Diccionario Enciclopédico de Teología Moral. Tercera edición. Ediciones Paulinas. Madrid. España. 1978.

Enciclopedia Jurídica Ameba. Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1980.

Diccionario de la Real Academia española. Madrid. 1970.

Diccionario de la Lengua Real Academia Española. Madrid. 1970.

Trafico de embriones. Los reporteros.esmas.com

<http://www.golf.com.mx>

<http://www.arqueologos.org>.

[http://www.revista médica](http://www.revista_médica)

<http://mensual.prensa.com>

<http://hemi.nyu.edu>

<http://www.foros.gob.mx>

<http://www.eped.edu.mx>

<http://www.gyrhonline.com>

<http://www.biologia-en-internet.com>

<http://es.wikipedia.org>

<http://www.bioetica.com.mx>

<http://www.imagenmedica.com.mx>

<http://www.comunidad.vlex.com./dergenetico/>

<http://www.jornada.unam.mx>

<http://www.salvador.edu.ar>

<http://www.bioeticaweb.com>

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/478/8>