



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

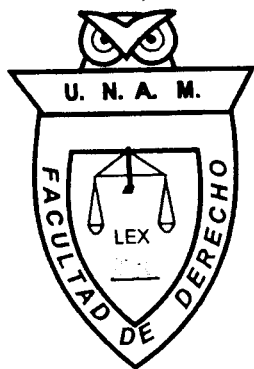
**FACULTAD DE DERECHO**

**LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL  
POST MORTEM**

**TESIS**

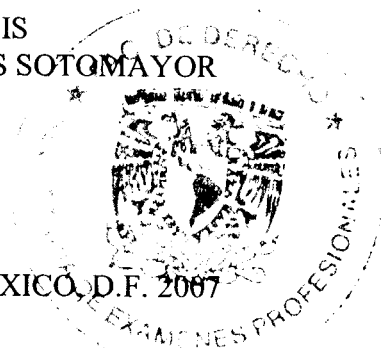
**PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:  
HÉCTOR ULISES LÓPEZ GÓMEZ**



**DIRECTOR DE TESIS  
MTRA. MARÍA ELODIA ROBLES SOTOMAYOR**

**CIUDAD UNIVERSITARIA MÉXICO, D.F. 2007**





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## Agradecimientos

*Dios.*

Muchas gracias por haberme regalado esta nueva vida  
y por permitirme trabajar para este país, que me has enseñado a amar.

*Universidad Nacional Autónoma de México.*

*Facultad de Derecho.*

Gracias por equiparme para el proyecto de vida que está adelante.

*Mamita y Javier.*

Los amo.

Su vida y ejemplo son uno de los grandes fundamentos, muchas gracias.

*Maestra María Elodia Robles Sotomayor.*

Estoy profundamente agradecido por su dirección y apoyo en la elaboración de este trabajo.

*Licenciado Salvador Martínez Calvillo.*

*Juez Decimotercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal.*

Sin su incondicional apoyo y consejos hubiera sido imposible llegar hasta aquí.

# LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM*

## Introducción

### Capítulo uno.

#### 1. Conceptos preliminares.

1.1.	Concepto filosófico de persona.	1
1.2.	Concepto jurídico de persona.	5
1.3.	Distinción entre persona y cosa.	11
1.4.	Utilitarismo y personalismo.	15
1.4.1.	Teorías utilitaristas.	15
1.4.2.	Teorías personalistas.	17

### Capítulo dos.

#### 2. La fecundación artificial *post mortem*.

2.1.	Objetivo.	19
2.2.	Técnicas.	21
2.2.1.	Inseminación artificial homóloga.	22
2.2.2.	Fertilización <i>in vitro</i> .	22
2.2.3.	Congelación de embriones.	22
2.2.4.	Congelación de espermatozoides.	23
2.2.5.	Fecundación artificial <i>post mortem</i> .	23
2.3.	Consentimiento y delimitación.	25
2.4.	Admisibilidad.	30
2.4.1.	Quiénes propugnan su radical prohibición.	31
2.4.2.	Quiénes permiten la fecundación <i>post mortem</i> .	34
2.4.3.	Posición ecléctica o intermedia frente a la procreación artificial <i>post mortem</i> .	35
2.5.	Titularidad y disposición del material genético del <i>de cujus</i> .	36

### Capítulo tres.

#### 3. Derecho comparado.

3.1.	Estados Unidos de América.	43
3.2.	España.	47
3.3.	Argentina.	52
3.4.	Francia.	53
3.5.	México.	55

**Capítulo cuatro.**

**4. Debate jurídico filosófico en torno a la  
fecundación artificial *post mortem*.**

4.1. Derecho a fundar una familia y pertenecer a ella.	65
4.2. El consentimiento en el proceso de fertilización <i>post mortem</i> .	71
4.3. El destino de los embriones en el caso de la fertilización <i>post mortem</i> .	76
4.4. La inseminación <i>post mortem</i> como una práctica que impacta el derecho a procrear.	89
4.5. La dignidad humana como límite de la tecnología.	94
4.6. El derecho y la conciencia como parámetros de actuación.	102

<b>Reflexiones finales.</b>	111
-----------------------------	-----

<b>Bibliografía.</b>	117
----------------------	-----



## Introducción

Al iniciar el presente estudio, llama la atención la celeridad en producirse los acontecimientos en materia de reproducción humana. Puede suceder que, al introducirse el lector en el complejo y vertiginoso mundo de las nuevas técnicas de reproducción asistida esté ya obsoleto lo aquí señalado; por cuanto debe tenerse presente que la materia tratada aún no ha terminado su ciclo; sólo se ha iniciado, quedando muchos enfoques por descubrir, discutir y analizar.

La complejidad del tema radica en que, en nuestro ordenamiento jurídico no hay ninguna normativa que se aboque en forma particular y exhaustiva a regular el modo de concepción implicado en la fecundación artificial *post mortem*; práctica derivada de las nuevas técnicas de procreación asistida y eje del presente trabajo. Así, el dilema consiste en estudiar y sin legislación positiva específica y concreta las consecuencias jurídicas y morales entre otras, de la fecundación artificial póstuma, buscando hasta donde sea posible en la normativa del derecho comparado y la doctrina las eventuales soluciones en torno a la problemática jurídica, social y moral de los así concebidos.

La mayor evidencia de que la concepción *post mortem* es una realidad es la vida de los niños nacidos por esta técnica. Un considerable número de publicaciones han reportado ya diversos casos en los que se ha logrado la concepción usando el esperma de un hombre muerto. Pero ¿son estos registros los únicos casos de fecundación póstuma, o es que podrían existir más niños concebidos aun después de la muerte de su padre? Ninguna estadística es tan confiable como para saber cuántas mujeres han sido inseminadas y se han convertido en madres después de la muerte de su pareja, o al menos, tener en mente la ejecución futura de dicho fenómeno. Sin embargo, podemos estar seguros de la posibilidad de llevar a cabo estas prácticas de fecundación artificial en virtud de los avances en la tecnología, mismos que han hecho de la fecundación *post mortem* una innegable realidad.

En efecto, el factor fundamental que habilita la fecundación *post mortem* es sin duda la tecnología. La posibilidad de congelar el esperma y que éste conserve su

capacidad reproductiva existe desde la década de los cuarentas. La crioconservación es hoy una práctica común. Una vez congelado, el esperma es capaz de preservarse casi indefinidamente; hay científicos que no pueden asegurar con exactitud cuántos años puede mantenerse el material genético en ese estado, sin embargo, afirman que por lo menos puede conservarse diez años sin que éste sufra alteraciones genéticas.

De esta manera, ante el complejo mundo de las técnicas de reproducción humana asistida y el acelerado avance tecnológico en el campo de la medicina y de la biotecnología, el hombre no sólo ha adquirido la capacidad de intervenir en la esfera íntima de la pareja, sino que se ha erigido en dador de la vida, en lugar de servidor de ella, generando al lado de la procreación de modo humano una serie de artificios eficaces que han afectado los principios que se tenían por ciertos e inmutables, que provocan como contrapartida el cuestionamiento de los modelos clásicos de vida social y fundamentalmente la vulneración al principio de la dignidad humana.

Es por las razones anteriormente descritas que hemos juzgado necesario definir los criterios básicos que conduzcan a la adecuada regulación de dichas prácticas, ponderando la dignidad del individuo, tanto en relación a los límites de disposición de su propio material genético, como de aquéllos calificados por la tecnología para efectuar la manipulación de ese material.





# LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM*

## Capítulo uno

### 1. Conceptos preliminares.

#### 1.1. Concepto filosófico de persona.

Podemos afirmar que existen casi tantas concepciones de la persona, como elementos constituyen su existencia. Muchos han sido los estudiosos del propio ser humano que han tratado de establecer un concepto de persona que comprenda su aspecto más íntimo y distintivo. El hombre es concebido como razón, como voluntad, como sentimiento, como instinto, etc. En efecto, dentro de este extenso contexto que la doctrina ofrece, nos damos a la tarea de puntualizar y analizar lo que algunos de los autores han establecido para conjugar así los aspectos que arrojen las bases que nos ayuden a desarrollar nuestro propio tema de estudio.

Es totalmente cierto que en la actualidad cualquier hecho médico, tanto en el ámbito de la ciencia e investigación, como en el de la praxis clínica cotidiana tiene inevitablemente a la persona humana como su punto de referencia. Así, nos parece que para lograr comprender el alcance de las ciencias modernas y de las más recientes investigaciones que afectan la vida humana, como lo es la fecundación artificial *post mortem*, uno de los conceptos clave que se debe considerar sobre muchos otros, es el concepto de persona.

Definitivamente, para poder comprenderla en su expresión más íntima, debemos aprender a la persona dentro del rango ontológico que ella ofrece, así como considerarla dentro del mundo de valores en el que ésta se desenvuelve y que da definición a sus propios fines.

Parece innegable la estrecha vinculación que existe entre el tratamiento filosófico, jurídico y sociológico que resulta cuando hablamos de la persona y ésta como

el objeto de meditación de nuestro estudio. Fernández Sessarego apunta en este sentido lo siguiente:

“La filosofía ha centrado su atención sobre el sujeto que conoce y se conoce; en el Derecho está vigente la expresión que aparece en el comienzo del Digesto y que pertenece al jurisconsulto Hermogeniano: “*Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit...*” Es decir, que el Derecho tiene su causa en el hombre. Y la Sociología, por su parte, se ocupa de la dimensión social del sujeto humano. Es evidente la necesaria conexión de estas tres disciplinas que tienen que ver con el hombre, aunque enfocándolo desde diversos ángulos. Por ello no se puede prescindir, al tratar de la persona en el Derecho, de referirse, aunque sea someramente, a la concepción filosófica de la persona, máxime que las diversas teorías que se han formulado en el campo jurídico se han enraizado, deliberadamente o no, en la Filosofía. La solución jurídica implica la filosófica. Le está subordinada.”<sup>1</sup>

Efectivamente, aun cuando es claro que existe esta estrecha correlación entre estas tres disciplinas, trataremos de exponer a la persona desde el punto de vista que la filosofía y el derecho ofrecen, a fin de conocerla, como ya lo hemos expresado, dentro del contexto que nos permita comprender su naturaleza y fines.

Son dos los rasgos que encontramos fundamentales en el estudio filosófico de la persona, a saber: Persona como ser libre y dotado de autonomía, y persona como conciencia. Pacheco Escobedo, adhiriéndose a la concepción planteada por Boecio, apunta que la persona es una substancia individual de naturaleza racional, subrayando que es éste rasgo de racionalidad el que le dota de autopertenencia y disposición de sí misma, que dentro del mundo de valores que le rodea, le hace libre.<sup>2</sup> En efecto, pensamos que la persona como ser libre se determina por principios y valores. Ingresa así el albedrío en la caracterización de la persona, confiriéndole una especial dignidad y

---

<sup>1</sup> Fernández Sessarego, Carlos. La noción jurídica de persona. Ed. San Marcos, Perú, 1962, pág. 23.

<sup>2</sup> Pacheco Escobedo, Alberto. La persona en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Panorama, 1ª edic., México, 1985, pág. 17.

diferenciándola de otras sustancias individuales no dotadas de razón. Es esta la razón ejercitada dentro del contexto de los valores lo que determina su capacidad de decisión, haciendo efectiva la autonomía que le enviste.

Pareciera pues, que el proyecto en sí es elección, libertad que se afirma con la conciencia del valor, y “no puede ser de otro modo, pues si no somos libres dejamos de ser persona. Y la libertad es el atributo que más nos acerca a la divinidad.”<sup>3</sup>

La persona es entonces un ser libre, un ser que es libertad y que se inserta en un mundo de valores, que nos lleva a apreciar la dignidad especial de la persona por sobre el individuo y las cosas.

Resulta así la persona una especial calidad de ser, destinada a ser libre, a ser responsable y a realizar un proyecto vital, único e intransferible, de acuerdo a valores. La libertad distingue a la persona de los animales y de las cosas, y esta persona, como ser libre, se realiza con las cosas y con los otros hombres, estimando, valorando. Libertad para insertarse en el mundo de los valores a fin de hacer su ser a través de un proyecto vital, en una dimensión de coexistencia. Es así como el ser libre que se proyecta estimando, adquiere la dignidad y el rango de persona.

Habiendo identificado a la persona en su contexto de autodisposición, nos encontramos entonces con el deber de conciencia que le reviste, deber que determina su propia conducta. La persona es en esencia un ser pensante, consciente de sí, se da cuenta de que existe. Sin embargo, esta conciencia humana del ser no es suficiente, sino que debemos apuntar que el hombre es además un ser moral, que está colocado entre exigencias y deberes de un carácter ideal. Es decir, la persona no sólo es consciente de lo que es, sino de lo que debe ser.

El mundo de los valores es el campo de proyección en el que se determina y define la conciencia humana y las acciones que de ésta derivan. Cuando el hombre se propone la realización de un fin, es porque dentro de su propia reflexión lo califica como

---

<sup>3</sup> Caso, Antonio. La persona humana y el Estado totalitario. México, 1941, págs. 208-209.

valioso. Así, la conciencia humana tiene que ser comprendida en función de los valores que son los fines de su actividad.<sup>4</sup>

Es este actuar en donde el deber cobra verdadero sentido en la medida en la que tiene como referencia un fin reconocido como valioso, lo que convierte a la persona en un ser dotado de moralidad. Es precisamente en razón de su calidad moral que el hombre adquiere la categoría de persona.

Si bien la autonomía moral juzga al hombre como persona, ésta no debe confundirse con la libertad moral del hombre, tal como lo expone el maestro Samuel Ramos:

“...la determinación axiológica no es el factor de esta libertad. A menudo se ha creído, en filosofía, que la libertad moral sólo tiene cabida en un mundo que se mueve teleológicamente. Pero a la más superficial reflexión, se advierte que esto es imposible...si de los valores emanara una obligación necesaria, el hombre sería, en relación con ellos, un autómatas que cumpliría, de un modo perfecto, su misión de realizarlos. Pero tal determinación es sólo una exigencia ideal, que la voluntad puede desatender. En principio, el hombre está en la posibilidad de rebelarse al deber que los valores le imponen.”<sup>5</sup>

Es precisamente en este sentido que podemos afirmar que la libertad de la persona se proyecta en este doble sentido, respecto a la ley natural y respecto a la determinación axiológica.

Es cuando el sujeto realiza un espontáneo ejercicio de su voluntad más íntima, cuando actúa, siente o reflexiona con plena libertad, que se da a sí mismo el carácter de persona. Y esta persona, en su dimensión de coexistencia, interesa a eso que llamamos derecho. Es nada menos que el centro del derecho.

---

<sup>4</sup> Para mayor abundamiento, véase Ramos, Samuel. Hacia un nuevo humanismo. Programa de una Antropología Filosófica. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1940, págs. 66-67.

<sup>5</sup> *Ibid.*, págs. 106 y 115.

La trascendencia de las técnicas de inseminación y fecundación artificiales desarrolladas hoy en día, nos obliga, si no a conceptuar a la persona de manera perfectamente acabada, por lo menos sí a calificar las posiciones más definidas en torno al concepto que se tenga de persona, pues el respeto a la misma y el carácter inviolable de su dignidad resultan ser, como lo veremos en lo sucesivo, los límites infranqueables de la acción médica y tecnológica.

Esta aproximación filosófica a la noción de persona es de sustancial importancia para la elaboración de una teoría jurídica de la persona. Perderla de vista supone construir una ciencia deshumanizada, en la que se ha desterrado al hombre; una pura construcción lógica.

## 1.2. Concepto jurídico de persona.

Tan pronto como aparece el hombre, surge también el derecho.

Definitivamente, todo hombre es persona y éste es un postulado que en nada depende de la norma jurídica. No podemos ignorar los principios de los que el derecho natural reviste al individuo; el hombre es persona por ser sustancia individual, por su capacidad de reflexión y por el ejercicio de su propia conciencia, el hombre existe en sí mismo.

Aun cuando destacamos esta coincidencia en la que el hombre y el derecho aparecen, en un sentido estrictamente conceptual, la persona humana es anterior al derecho en tanto que éste nace con el propósito fundamental de servirle a aquélla.

Es en este sentido que el maestro Pacheco Escobedo analiza, estableciendo con toda claridad que:

“...el Derecho recibe como un postulado, como un dato previo a su misma existencia a la Persona, con sus características naturales, que el Derecho no debe modificar sino por el contrario, debe de respetar y promover, para cumplir con su propia finalidad de implantar la Justicia en

la convivencia humana. La finalidad de Justicia del orden jurídico no se puede lograr sino a base de respetar y promover los valores de la persona individual. Como persona, el hombre goza de una dignidad propia y natural, superior al Derecho y que éste no puede rebajar ni despremiar.”<sup>6</sup>

Es en función de lo anterior que podemos concluir que la persona humana es el centro del propio orden jurídico; es la persona la razón de existir del derecho. Es esa persona a la que los estudiosos del derecho le han dado formalmente definición y que constituye la razón de ser del propio orden normativo; sin ella el derecho perdería la razón de su existencia.

La definición básica que el derecho arroja, es la que establece que la persona es quien puede ser sujeto de derechos y obligaciones. Sin embargo, podemos ver en diferentes capítulos de la historia de la humanidad que no todo el ser humano ha sido considerado persona. El ejemplo más claro de esto es la institución de la esclavitud. En el Derecho Romano, los esclavos no eran considerados personas, pues eran considerados cosas, para los romanos los esclavos eran *res privatae*.<sup>7</sup>

Según el jurista alemán Gustav Radbruch, “el concepto de persona es una categoría necesaria y con valor universal, no fundada por la experiencia ni limitada por ella de la consideración jurídica”.<sup>8</sup> Asegura también que el concepto jurídico que se analiza proporciona a los individuos una igualdad indestructible; “el concepto de persona es un concepto de igualdad”.<sup>9</sup>

Asegura Radbruch que el ser persona es un acto de personificación del orden jurídico.<sup>10</sup> Es en este mismo sentido que el maestro Eduardo García Maynez afirma:

---

<sup>6</sup> Pacheco Escobedo, Alberto. *Op. Cit.*, pág. 25.

<sup>7</sup> Petit, Eugéne. Derecho Romano. Ed. Porrúa, México, 2004, pág. 168.

<sup>8</sup> Radbruch, Gustav. Filosofía del Derecho. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 169.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pág. 170.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pág. 171.

“Se da el nombre de sujeto, o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes”.<sup>11</sup>

Al decir que el ser persona es una personificación del orden jurídico, Radbruch se refiere a que la persona es sujeto de los derechos que le confiere el orden jurídico, por lo cual podemos afirmar que es una personificación de dicho orden. Para entender esto con mayor claridad, es necesario saber que el hombre, jurídicamente, no es persona en cuanto a ser viviente compuesto por un cuerpo y un alma, sino porque él, ante el parecer del orden jurídico, se manifiesta como un fin en sí.

Al analizar la opinión de los hermanos Mazeaud, establecen que “el ser humano, dotado de personalidad, es apto para ser sujeto de derechos y obligaciones;...posee lo que se denomina la capacidad de goce.”<sup>12</sup> Cabe destacar en este punto que la personalidad es un atributo que trae consigo la persona. De esta manera, la personalidad se adquiere desde el nacimiento, o incluso desde su concepción, siempre y cuando el producto nazca vivo y viable. Esto lo encontramos sustentado por el artículo 22 de nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal.<sup>13</sup> Al respecto, los hermanos Mazeaud escriben:

“La criatura humana recibe la personalidad desde su nacimiento, o incluso desde su concepción, con la condición de que nazca viva y viable.”<sup>14</sup>

En este aspecto nos encontramos con discrepancias en la doctrina. Muchos aseguran que una criatura nace viva en el momento en el que hay presencia de aire en sus pulmones, otros defienden que para que se considere a una criatura como nacida viva debe sobrevivir estando completamente separada del claustro materno; para los romanos, por ejemplo, el llanto del bebé era prueba plena de que el mismo había

---

<sup>11</sup> García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, México, 2005, pág. 271.

<sup>12</sup> Mazeaud, Henri Léon y Jean; Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera, Volumen II, Los Sujetos de Derechos. Las Personas. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959. pág. 7.

<sup>13</sup> “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.”

<sup>14</sup> Mazeaud, Henri Léon y Jean. *Op. Cit.*, pág. 8.



nacido con vida. Para los efectos legales en el Distrito Federal, según el artículo 337, sólo se tiene por nacido al que después de desprendido de manera total del claustro materno sobrevive 24 horas, o al infante que es presentado vivo ante un juez del Registro Civil.<sup>15</sup>

Es importante destacar que tanto los hermanos Mazeaud como nuestra ley sustantiva establecen que la personalidad se pierde, únicamente, por la muerte.

Anteriormente, la realidad era otra. En el pueblo romano, un deudor podía perder la personalidad al ser reducido a la condición de esclavo, cuando claramente todavía gozaba de vida. Más tarde, en la Francia Napoleónica, las personas condenadas a prisión sufrían lo que en ese momento se conocía como “muerte civil”. De esta manera, su sucesión se abría y se le tenía por muerto para la ley, perdiendo así por completo su personalidad.

Para los juristas franceses Marcel Planiol y Georges Ripert, se le llama persona, en el lenguaje jurídico, a los seres capaces de tener derechos y obligaciones.<sup>16</sup> Establecen también que desde la abolición de la esclavitud, todo ser humano puede ser considerado persona.<sup>17</sup> Al igual que los hermanos Mazeaud, estos juristas claramente establecen que, aunque todo ser humano puede ser considerado persona, esta facultad solamente aplica para las criaturas que nacen vivas y viables.<sup>18</sup> Establecen también que la única manera como la personalidad puede ser perdida es a través de la muerte, pero ésta, aunque destruya la personalidad una vez existente, no impide que continúe produciendo efectos, tal puede ser el caso de una sucesión testamentaria.<sup>19</sup>

Por su parte, el jurista mexicano Rafael de Pina Vara establece:

---

<sup>15</sup> “Artículo 337.- Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante un juez del Registro Civil...”

<sup>16</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Primero: Las Personas. Ed. Cultural, Habana, 1927, pág. 3.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pág. 4.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. 6.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pág. 7.

“...en el tecnicismo jurídico los sujetos del derecho reciben el nombre de personas. Las personas son los únicos posibles sujetos de derecho. Persona es el ser de existencia física o legal capaz de derechos y obligaciones.”<sup>20</sup>

Aquí el maestro de Pina nos habla de otro tipo de personas, las legales, también llamadas morales. Existen teorías que dicen que este tipo de personas son ficción (Teoría de la Ficción); nuestro Código Civil regula su existencia en los artículos 25 al 28. No obstante, al no ser este tipo de personas el objeto del estudio del presente capítulo, no entraremos en más detalle. De Pina coincide con los juristas mencionados con anterioridad en que se debe considerar la personalidad como capacidad jurídica (capacidad de goce).<sup>21</sup>

No se puede dejar de mencionar la opinión del maestro Ignacio Galindo Garfias. Él define este concepto con la siguiente aseveración:

“Al Derecho sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el Derecho toma en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido se dice que es persona, el sujeto de derechos y obligaciones.”<sup>22</sup>

La importancia del concepto de persona, según Galindo Garfias, es que éste es el centro imprescindible de otros conceptos fundamentales, además la personalidad le da al individuo la capacidad de actuar en el campo del Derecho.<sup>23</sup> En efecto, en nuestra opinión es de enorme importancia definir a la persona de tal forma que contemos con los elementos fundamentales que nos permitan el desarrollo de nuestro trabajo, ya que reiteradamente nos remitiremos a la persona como el eje central en torno al cual gira la temática de nuestro estudio.

---

<sup>20</sup> De Pina Vara, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1956, pág. 200.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 208.

<sup>22</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa, México, 1983, pág. 303.

<sup>23</sup> *Ibid.*, págs. 305 y 306.

Galindo Garfias defiende la postura del nacimiento y muerte de la personalidad; asegura también que el Derecho Positivo Mexicano no reconoce otra causa de extinción de personalidad diferente a la muerte.<sup>24</sup> Sin embargo, establece que el *nasciturus* (el que va a nacer), en tanto no ha nacido, no ha adquirido aún personalidad, adquiriéndola únicamente después de que el nacimiento se haya producido cumpliendo determinados requisitos como los establecidos en el artículo 337 de nuestro Código Civil.<sup>25</sup>

Existe en este aspecto un tema que es de vital importancia, la extinción de la personalidad. Ya ha quedado claro que la única manera reconocida por el Derecho Positivo Mexicano para la extinción de la misma es la muerte, pero para poder comprobar que la muerte se ha llevado a cabo implica, según Galindo Garfias:

“...la comprobación del hecho biológico de la cesación de toda vida orgánica, cesación que se manifiesta en la paralización definitiva, irreversible, de las funciones del aparato circulatorio, a consecuencia de que el corazón ha dejado de latir total o definitivamente.”<sup>26</sup>

Asimismo, la Ley General de Salud establece en su artículo 343 lo relativo a la pérdida de la vida humana:

“Artículo 343.- Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando:

- I. Se presente la muerte cerebral, o
- II. Se presenten los siguientes signos de muerte:
  - a. La ausencia completa y permanente de conciencia;
  - b. La ausencia permanente de respiración espontánea;
  - c. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y
  - d. El paro cardíaco irreversible.

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, págs. 310 y 313.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pág. 310.

<sup>26</sup> *Ibid.* pág. 314.

Como vemos, el criterio que este precepto establece resulta aún más amplio, si atendemos a cada uno de los supuestos fácticos que pueden determinar la cesación de la vida humana.

¿Cuál es la importancia en distinguir los derechos de los nacidos a los que tienen los concebidos pero no nacidos? La respuesta es relativamente sencilla, el concebido obtiene algunos derechos, sobre todo tras la muerte de alguno de sus progenitores (generalmente el padre), entre los que podemos nombrar el derecho a ser instituido heredero, según lo acredita los artículos 1314 y 1638 del Código sustantivo invocado; la posibilidad de ser designado legatario (artículo 1391); la posibilidad de recibir donaciones establecido en el artículo 2357 del Código en mención; entre otras. No obstante lo anterior, para que el concebido pueda ser sujeto de estos derechos debe nacer dentro de un margen de 180 a 300 días de gestación. El motivo es simple, si el concebido nace después de los 300 días, se puede presumir que el infante no es del occiso, y si nace antes de los 180 días de gestación se puede considerar que no es viable ya que es extremadamente difícil que un producto de menos de 180 días de gestación pueda sobrevivir las 24 horas señaladas por el artículo 337 del Código sustantivo.

Después de comprobar la estrecha vinculación que existe entre el punto de vista que ofrece tanto la filosofía como el derecho, respecto de la persona, es menester puntualizar la distinción de ésta respecto de las cosas, con el propósito fundamental de no caer en el riesgo de reducir al individuo a una categoría que desvirtúe su esencia ontológica; esencia que el derecho deberá destacar y salvaguardar.

### 1.3. Distinción entre persona y cosa.

En la sociedad actual parecen advertirse dos tendencias que han impactado de forma directa y definitiva a la persona humana. Por un lado nos encontramos con la creciente concientización de la dignidad de ésta y de los derechos que han sido producto de esa dignidad. Y por el otro, una tendencia que pareciera completamente contraria y opuesta, misma que nos parece resultado de las nuevas conquistas

tecnológicas de la ciencia y que pretenden llevar al hombre a un estado de satisfacción, en donde él mismo ha sido conducido a un estado de “cosificación”.

Es dentro de este marco tecnológico que nos encontramos con esta clara ambivalencia, en la que surge una especie de confianza fundada en las expectativas que la ciencia ofrece y también con una sensación de temor y actitud condenatoria ante las consecuencias no deseadas de ella.

Así, una de las cosas que nos resulta obligada, es establecer la pauta que permita la armonización de este conflicto, la cual sin duda lo constituye la distinción entre personas y cosas, distinción basada en la dignidad humana.

El hombre se destaca de toda la naturaleza en que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación. El hombre no se limita a su propia existencia, sino que la existencia es suya; el hombre es capaz de modificar y definir su propio existir. Esta capacidad pareciera implicar una exigencia de respeto, de consideración que no se tiene frente a una cosa. Es este dominio sobre su propia vida y esta superación, la raíz de la dignidad de la persona.

Indudablemente, ha sido al final de la Segunda Guerra Mundial cuando la dignidad humana adquirió su momento culminante. La humanidad que estaba saliendo de uno de los más terribles conflictos trataba de iniciar una nueva era cuya convivencia encontraría su más profundo fundamento en la dignidad humana.

Este principio de dignidad inherente a la persona humana es la que condiciona la actividad del Estado. En opinión del jurista Jesús González Pérez, el Estado tiene que respetar en todos los casos la dignidad de la persona humana, y no sólo tiene que observar este respeto, sino que también debe promover las condiciones que la hagan posible y tratar con los posibles obstáculos que impidan su plenitud.<sup>27</sup> Pareciera entonces que todo orden jurídico tiene como presupuesto tácito la consideración de la persona como fin de todas las instituciones y actividades sociales.

---

<sup>27</sup> González Pérez, Jesús. La dignidad de la persona y el derecho. Ed. Civitas, España, 1986, pág. 59.

La dignidad de la persona humana no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo; creencias u opiniones, va más allá de la edad y de la salud mental. Incluso, trasciende el comportamiento; no importa lo que haga el hombre, por muy reprobada que sea su conducta, seguirá siendo persona con la dignidad que ello implica. Sin embargo, a lo largo de su historia el hombre no siempre se ha desarrollado sobre esta plataforma de igualdad en la que hoy nos comportamos.

En el Derecho Romano encontramos la figura de la esclavitud. Los esclavos estaban sometidos a la autoridad de un dueño, a su *dominus*.<sup>28</sup> Esta consideración aproximaba su situación a la de las cosas, toda vez que el dueño tenía completo poder de vida y de muerte sobre el esclavo. Sara Bialostosky establece categóricamente que el esclavo en la época romana no tiene personalidad jurídica.<sup>29</sup>

Ignacio Galindo Garfias por su parte expone la diferencia entre persona y cosa en los siguientes términos:

“El vocablo “persona”, en su acepción común denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra “hombre”, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo.

“En este sentido, el vocablo comprende una porción de seres que por sus cualidades específicas, intelectuales y morales, se diferencian de todos los demás seres vivientes y por supuesto de las cosas inanimadas.”<sup>30</sup>

Continúa el maestro Galindo Garfias y establece que “hay una distinción esencial entre persona y cosa. La persona puede ser sujeto, pero no objeto, de una relación jurídica. A la inversa, la cosa puede ser objeto, pero no sujeto de una relación de derecho.”<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Petit, Eugéne. *Op. Cit.*; pág. 78.

<sup>29</sup> Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990, pág. 55.

<sup>30</sup> Galindo Garfias, Ignacio; *Op. Cit.*; pág. 301.

<sup>31</sup> *Idem.*, pág. 301.

Conforme a nuestra legislación, podemos concluir que la diferencia fundamental entre persona y cosa es que aquélla goza de capacidad jurídica para involucrarse en negocios jurídicos y ser así sujeto de derechos y obligaciones, mientras que el objetivo principal de la cosa es brindarle un servicio a la persona. Pensar en colocar a la persona en una situación que no apunte a exaltar o al menos respetar la dignidad que le enviste, sería reducirla a la condición de cosa, ya que se estaría pretendiendo la satisfacción propia a través del otro, como lo es el caso de la fecundación artificial *post mortem*; hipótesis en la que se procura la satisfacción de las necesidades afectivas a través de la concepción de un hijo superpóstumo<sup>32</sup>. La cosa, por su misma naturaleza, no puede gozar de capacidad. El orden jurídico es utilizado por la persona, mientras que la cosa es únicamente el objeto hacia el cual dirige su acción.

Podríamos afirmar en este punto que dentro de los caminos que las nuevas técnicas de reproducción asistida plantean, se hace indispensable partir de la concepción unitaria de la persona, esto es, aquélla que defiende la dignidad y respeto de toda vida humana; y tal como lo describe Narciso Martínez Morán:

“...es necesario también comprender en el término de persona a todo ser humano, el cual, por el hecho de ser cualitativamente diferente de todos los entes que le rodean en el universo, posee, en el orden de la naturaleza, una dignidad substancial. Y tal dignidad es el fundamento de la titularidad de los derechos humanos que le son inherentes, derechos que deben ser reconocidos y respetados a todos los seres humanos, es decir, a toda persona.”<sup>33</sup>

La consideración de que todo ser humano, por el único hecho de serlo reviste la calidad de persona, es verdaderamente una de las máximas conquistas de los sistemas jurídicos contemporáneos y debiera ser colocada al margen de todo cuestionamiento. Discutirlo pone en peligro la dignidad, el bienestar y aún la subsistencia del hombre.

---

<sup>32</sup> Nos referimos así al hijo que es resultado de la inseminación del óvulo con el espermatozoide congelado de la pareja finada; o bien, en la implantación de embriones fertilizados *in vitro* en el vientre de la esposa con posterioridad a la muerte de su pareja, quien aportó el gameto para la fertilización.

<sup>33</sup> Martínez Morán, Narciso. Biotechnología, derecho y dignidad humana. Persona, dignidad humana en investigaciones médicas. Ed. Comares, España, 2003, pág. 20.

#### 1.4. Utilitarismo y personalismo.

Hemos destacado el papel que le reviste al orden jurídico como guarda de los principios que implican la dignidad humana y el desarrollo de los mismos. Es esta dignidad la que le da al individuo el rango de persona. El valor que la dignidad aporta a la persona va más allá de la sola existencia, pues le otorga dominio sobre su propia vida, convirtiéndola en un fin en sí misma y jamás en un medio. Como quedó señalado en el punto anterior, las cosas son simples medios, y están ordenadas a las personas, dispuestas a su beneficio. Es así como las personas, aunque puedan estar supeditadas unas a otras, nunca se constituirán entre sí en relación de medio a fin, pues la dignidad que les es inherente reclama absoluto respeto y jamás debieran ser instrumentadas.

El sentido de respeto hacia la persona humana y su dignidad adquieren un relieve especial cuando nos enfrentamos con las doctrinas fundamentales que definen este criterio, a saber, las teorías utilitaristas y personalistas.

##### 1.4.1. Teorías utilitaristas.

Esta corriente de pensamiento da al individuo la categoría de producto con poca importancia, y lo constituye sólo como un instrumento que estará al servicio de actividades y realizaciones superiores, tales como la propia actividad científica y del Estado, cuando su tendencia a aumentar la felicidad de la comunidad pueda ser mayor que la tendencia a disminuirla.

Por utilidad se entiende la propiedad de cualquier objeto por la que tiende a producir beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad, o lo que es lo mismo, a prevenir el perjuicio, el dolor, el mal o la infelicidad de aquel cuyo o interés se considera; si es la comunidad en general, la felicidad de la comunidad; si es un individuo particular, la felicidad de ese individuo.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Bentham, Jeremy. Antología. Ed. Península, Edición de Joseph M. Colomer, Barcelona, 1991, pág. 45.



La concepción utilitarista del hombre lo ha considerado como un ser instrumentalizable para el alcance de fines extrapersonales, reduciendo su esquema al de hombre-cosa, hombre-masa y hombre-medio. El utilitarismo ha justificado la conducta humana, cualquiera que ésta sea, con la ambigua noción de placer. Cuando el placer es equiparado a beneficio, ventaja, provecho, bien o felicidad, advertimos un peligroso parámetro para definir la conducta y los juicios morales del individuo. Esto permite interpretar la noción de utilidad como la aceptación de los más diversos contenidos o fines, y si la búsqueda de felicidad de cada individuo implica la más personal definición de autopreferencia, caeremos necesariamente en la reducción de la naturaleza y dignidad humanas.

No podemos ignorar que una visión meramente utilitarista del hombre es desarrollada ulteriormente por la teoría económica y en general las teorías de la elección racional en las ciencias humanas, que parte de la asignación hipotética a los individuos de una motivación de autopreferencia o persecución de lo que cada uno estima subjetivamente que es su propio interés.<sup>35</sup> No nos es extraño el hecho de que este planteamiento basado estrictamente en la autopreferencia pueda conducir a las conductas más irracionales y egoístas, esto es, la prevalencia de intereses minoritarios por encima del orden colectivo.

Es de esta manera como la esfera de las consecuencias sustituye fácilmente o al menos invade la de los principios, y el utilitarismo se sitúa en el área en la que los efectos o consecuencias se ponderan, apuntando a lo que ha sido la línea principal de desarrollo del pensamiento moral contemporáneo. Dentro del esquema moral que la corriente utilitarista plantea, el escepticismo resalta y descubre la necesidad de una evaluación de los actos humanos no por la intención de sus protagonistas o la supuesta bondad de los principios en los que se basan, sino por sus consecuencias, que a menudo son distintas de las que el autor intentaba conseguir.

---

<sup>35</sup> *Ídem.*

Por otro lado, una definición tan amplia del propio interés tiene que ser restringida de algún modo y en contraste, buscar el bienestar social, en donde la actividad del orden jurídico se avoque a crear y velar por las condiciones colectivas dentro de las cuales se pueda definir de una manera objetiva el propio bienestar y realización, con sus diferentes contenidos y evitar así el egoísmo al que conduce una visión estrecha y miope del beneficio personal.

#### 1.4.2. Teorías personalistas

Para esta doctrina, las instituciones de derecho, sociales y culturales, no son sino simples medios que se han constituido para el desarrollo del hombre y la realización de su persona. Coincidimos con el hecho de que el hombre, en función de la dignidad que le implica, y sólo por el hecho de serlo, jamás podrá ser reducido, bajo ninguna circunstancia a la categoría de instrumento para el logro de fines extrapersonales.

Así es como el maestro Roberto L. Andorno, lector de Ferrando Mantovani claramente establece que la concepción personalista del hombre justamente nos permite entender a éste como hombre-persona, hombre-valor, hombre-fin, y como tal no instrumentalizable respecto de intereses extrapersonales, sin admitir excepción.<sup>36</sup>

Respecto de las prácticas de fecundación artificial, continúa señalando el autor, son técnicas que implican por sí mismas lesiones al derecho a la vida y a la dignidad del hombre. Definitivamente, este tipo de prácticas (que analizaremos más adelante), suponen en su base una “cosificación” del hombre desde el primer momento.<sup>37</sup>

Es de vital importancia continuar con la tarea de profundizar en la búsqueda de respuestas adecuadas a las interrogantes sobre el ser y el destino del hombre, pues sólo de esta manera podremos aportar soluciones a los nuevos y graves problemas que nos plantean hoy los avances de las ciencias médicas, como lo es el caso que en este trabajo estudiamos. Para poder hablar de las nuevas técnicas de reproducción asistida,

---

<sup>36</sup> Andorno, Roberto L. Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos. Núm. 26, Pamplona, 1991, pág.14

<sup>37</sup> *Ídem*.

y los cuestionamientos que plantean en las estructuras más básicas de la persona, se hace necesario contemplar a ésta dentro del contexto de los valores, en donde se comprendan la dimensión ética y jurídica que le son inherentes; sólo de esta manera podremos huir del utilitarismo y del pragmatismo, que afirman que no todo ser humano es persona, restringiendo así la titularidad de los derechos humanos sólo a algunos hombres.

Lo aceptemos o no, los dilemas planteados por la ciencia suelen poner en juego la esencia misma del hombre en cuanto a persona, que se resiste a ser tratada como cosa, es decir, a la cosificación a la que apunta el ser mismo de la persona si no se define y se marcan los límites que permitan ver con claridad hasta dónde el propio ser humano puede ser objeto de la investigación científica.

Efectivamente, el ser humano ha comenzado a ser visto y corre el peligro de ser reducido a la categoría de cosa, que se puede moldear o presentar como un objeto técnico sujeto a la voluntad de quien despliega la actividad científica libre de acotamientos. “De esta manera, el hombre deja de ser sujeto para convertirse en objeto.”<sup>38</sup>

Particularmente, coincidimos con el argumento de que la fecundación artificial *post mortem* conduce al riesgo de reducir al hecho biológico de la procreación a una notable despersonalización, puesto que el material genético que ésta implica y por consecuencia el resultado de ella son reducidos al menos inconscientemente al estado de cosa, objeto de negocio e incluso de intercambio mercantil, razón por la cual nos avocaremos en lo sucesivo a comprender de una forma clara en qué consisten estas prácticas científicas y su repercusión sobre el individuo y su calidad de persona.

---

<sup>38</sup> Adorno, Roberto. Bioética y dignidad humana. Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 52.

## Capítulo dos

### 2. La fecundación artificial *post mortem*.

#### 2.1. Objetivo.

Hasta hace algún tiempo, la adopción era la solución más común para las parejas que sufrían de esterilidad femenina, masculina o mixta.

Se señala que la adopción generosa, razonada y decidida en conjunto por los adoptantes es algo admirable, una vocación que madura, que se decide entre ambos y que a ambos compromete, perfecciona y realiza. Sin embargo, en el mundo actual su efectividad se ha visto disminuida en forma importante y notoria debido a que en nuestra sociedad encontramos cada vez mayor aceptación de las madres solteras que conservan y educan a sus hijos, a la importante y creciente difusión de sistemas anticonceptivos y el aumento del aborto, situaciones que permiten controlar el tamaño de la familia y que por ende inhiben la motivación hacia la adopción. Asimismo, no podemos ignorar lo largo y engorroso de los trámites para la adopción, aunado a que el lugar ya alcanzado por la mujer en el mundo laboral la obliga a competir arduamente con el hombre, paso a paso en la escala del éxito, donde al menos en nuestra sociedad no hay aparentemente tiempo y espacio para dedicarse a formar una familia y esperar volver a tomar su lugar anterior. Igualmente, también ha influido en forma decisiva la actitud de los patrones o empleadores que en general miran sin simpatía los permisos pre y post natales.

Ante este panorama, el interés por el desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción asistida ha ido en aumento. Los avances médicos a este respecto son espectaculares, por cuanto han hecho posible que la reproducción de seres humanos pueda lograrse en forma “agenital”, es decir, prescinde de la cópula carnal. En este sentido la posibilidad de procreación sin contacto genital y por lo tanto, sin que exista vínculo de ninguna especie entre el varón que proporciona el semen fecundante (como lo es el caso que ocupa nuestro estudio), y la mujer que aporta el óvulo a fecundar,

impone la revisión obligada de algunos principios jurídicos trascendentales y fundamentales, tales como el derecho a la procreación, a pertenecer a una familia debidamente constituida y los nexos jurídicos y de carácter moral entre los miembros de la familia.

En este contexto, es preciso citar las palabras que el profesor Lombarda Vallauri escribe en relación con estas cuestiones creadas por la tecnología genética:

“... el problema es cuantitativamente minúsculo (la célula y el embrión), políticamente minúsculo (seres humanos sin voz, sin voto, sin fuerza contractual), económicamente minúsculo (las cantidades que del gasto público se destinan para estas investigaciones, son insignificantes). Es un problema que concierne a las parejas estériles, a algunos individuos deseosos de descendencia y algunos otros seres vivientes... y sin embargo el problema es crucial, porque se encuentra íntimamente ligado a la esencia del ser humano.”<sup>39</sup>

Entonces, el problema que se plantea es el límite razonable de dominio de la naturaleza por parte del hombre, comportamiento que conlleva graves riesgos.

La procreación artificial se ve como la panacea para todos los problemas y es así como asistimos a una verdadera revolución ética, moral y jurídica; en donde se aprecia una desarticulación entre el amor conyugal y el acto sexual.

La procreación artificial es un procedimiento de manipulación, mediante el cual, prescindiendo de la cópula, se obtiene el mismo resultado; es decir, la generación de un nuevo ser viviente. Su finalidad en principio, es remover el obstáculo de la esterilidad del matrimonio o de la pareja que se convierte en un elemento de frustración y desencanto, por cuanto los hijos constituyen una esperanza humana, la fructificación de un proyecto de vida en común. En este sentido, “las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para

---

<sup>39</sup> Lombardi Vallauri, Luigi. Manipulación. Genética y Derecho. Revista de Derecho Civil No. 1. Buenos Aires, Enero – Febrero 1985, pág. 3.

facilitar la procreación, cuando otras terapias se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.”<sup>40</sup>

## 2.2. Técnicas.

La inseminación artificial es aquél procedimiento terapéutico, cuyo objetivo es vencer los obstáculos existentes para la procreación y que consiste en la introducción del elemento activo (semen) del marido, del varón de la pareja o de un donante, obtenido previamente -como muestra fresca o previamente congelada- en los órganos genitales femeninos por medio de instrumentos especiales, distintos de la cópula normal.

Javier Hagenbeck Altamirano la define como:

“La colocación de semen capacitado dentro de la cavidad uterina. Este semen puede ser obtenido tanto del esposo o bien de un donante, llamándose inseminación homóloga y heteróloga respectivamente. Previo a la inseminación artificial, la mujer puede, o no, pasar por un proceso de estimulación ovárica.”<sup>41</sup>

Lesy Annette Irizarry Pagán explica que “consiste en la introducción de semen a la vagina mediante actos diferentes al coito.”<sup>42</sup>

Por su parte, Gloria Moreno Botella señala:

“La inseminación artificial es el hecho médico mediante el cual se introduce en el aparato genital femenino el semen previamente recolectado, es decir, es el modo de introducir el esperma del varón en el

---

<sup>40</sup> Moro Almaraz, María de Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pág. 348.

<sup>41</sup> Hagenbeck Altamirano, Javier. La bioética. Un reto del Tercer Milenio, pág. 146.

<sup>42</sup> Irizarry Pagán, Lesy Annette. Implicaciones jurídicas de la inseminación artificial *post mortem*. Revista de Derecho Puertorriqueño. Pontificia Universidad Católica de Derecho Puertorriqueño. Escuela de Derecho, Vol. 39, Número 1, 2000, pág. 168.

organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación pero distinto a la forma natural.”<sup>43</sup>

Para efectos prácticos de nuestro estudio, hablaremos de manera general de la inseminación artificial de tipo homólogo, también llamada autoinseminación; de la fecundación *in vitro*; de la congelación de embriones y de la congelación de esperma; todas ellas técnicas implicadas en la fecundación *post mortem*.

#### 2.2.1. Inseminación artificial homóloga:

Es la técnica dirigida al logro de una concepción humana mediante la transferencia a las vías genitales de una mujer casada del semen previamente tomado del marido o concubino. La doctrina biomédica señala que en este caso, el esperma o semen procede del esposo o pareja establecida de la mujer inseminada.

#### 2.2.2. Fertilización *in vitro*:

La fertilización *in vitro* es un término genérico que denomina varios métodos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad. El método más frecuentemente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización *in vitro* con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquél procedió. En otras palabras, en vez de fertilizar, *in vivo*, la fertilización es *in vitro*. Un segundo método es una variación del primero, en cuanto el semen fecundante proviene de un tercero o donante.

#### 2.2.3. Congelación de embriones:

Es frecuente que en la realización de la fecundación *in vitro* se obtengan varios óvulos fecundados (generalmente siete u ocho embriones). Sin embargo, en la

---

<sup>43</sup> Moreno Botella, Gloria. Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. Vol. VII, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1991, pág. 82.

práctica, no pueden implantarse más de cuatro, pues de lo contrario se disminuyen considerablemente las posibilidades de un embarazo, y se aumenta el riesgo de embarazos múltiples. Los llamados embriones “sobrantes” o “supernumerarios” se congelan. Este tipo de práctica expone a los embriones a graves riesgos de muerte o de daño en la integridad física, o incluso en el propósito de destruirlos en caso de no resultar necesarios para los fines que se desean.<sup>44</sup>

A partir de esta técnica se puede disponer de una reserva de embriones. Si la mujer no logró un embarazo en el primer intento, se usarán los embriones congelados para una futura implantación.

#### 2.2.4. Congelación de esperma:

Este procedimiento consiste en mantener células animales en nitrógeno líquido a 194 grados bajo cero. El frío intenso suspende toda actividad química y las células se fijan. Si se ha cuidado de bajar la temperatura progresivamente y de poner los espermatozoides en un medio adecuado, la estructura fina de las células se mantiene perfectamente y luego de un recalentamiento progresivo recuperan su actividad como si nada hubiera sucedido. Los espermatozoides recuperan su movilidad y su poder fecundante.

El perfeccionamiento de esta técnica ha conducido a la creación de los denominados bancos de esperma. La existencia de estos bancos ha facilitado la aplicación de la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones con mayor eficacia.

#### 2.2.5. Fecundación artificial *post mortem*:

La expresión “fecundación artificial *post mortem*” designa realidades diversas, pero que tienen en común el hecho de que una mujer procee utilizando células germinales provenientes de un varón que ha fallecido.

---

<sup>44</sup> Garza Garza, Raúl. Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles. Valoración moral de las técnicas y sistemas de reproducción asistida. Ed. Trillas, México, 2000, pág. 212.



La fecundación *post mortem* como tal, constituye una subespecie que se inicia a partir del desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción asistida y particularmente de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* con transferencia de embrión cuando tiene lugar después de muerto el marido o varón de la pareja estable, y la mujer desea tener un hijo o descendencia de la persona fallecida y solicita ser inseminada con su semen (que ha sido depositado en un banco para tal efecto) o que le transfieran los embriones (resultantes de una fecundación *in vitro* congelados) para poder llevar a cabo la gestación de un hijo.

De esta manera, podemos decir que son los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido.

Así, en la actualidad es posible que una mujer dé a luz un hijo concebido con semen del esposo o varón de la pareja conservado en los bancos de espermatozoides (congelación de espermatozoides o crioconservación), luego de la muerte del mismo; con las consiguientes implicaciones no sólo éticas, morales, religiosas, sociales; sino también jurídicas como lo son entre otras las de filiación, patria potestad, donaciones, sucesiones, etc.

Entonces, para que se dé la procreación artificial *post mortem* es necesario que se den los siguientes supuestos:

Que exista una procreación no natural, no coital por cualquiera de las técnicas que lo permiten, es decir, sea por inseminación artificial o por fertilización *in vitro* con transferencia de embrión, puesto que si se trata de una fecundación coital, estaríamos frente a la figura del hijo póstumo. Es necesario que el progenitor fallecido haya tenido la voluntad, siquiera tácita, de asumir la paternidad o maternidad respecto del niño que resulte de la inseminación artificial, de la fertilización *in vitro* o del embrión crioconservado destinado a la implantación. Se necesita que uno o ambos progenitores que iban a asumir la paternidad o maternidad mueran antes de la fecundación o del inicio de la gestación del niño, si se trata de una inseminación artificial, o antes de la

implantación del embrión si se trata de una fertilización *in vitro* con transferencia de embrión. Por último, se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto.

### 2.3. Consentimiento y delimitación.

Una mujer de 22 años, residente en Marsella, Francia, exigió la impregnación con espermatozoides de su esposo, quien había muerto por cáncer el año anterior. El banco de espermatozoides rehusó la solicitud porque “el marido no había dado instrucciones de esa naturaleza.” La prensa local escandalizó. La iglesia se opuso. Los legisladores tuvieron la oportunidad de emitir argumentos filosóficos.<sup>45</sup>

Como se observa, las primeras dificultades en orden a la congelación de espermatozoides y embriones surgen en aquellos supuestos en que el marido o varón de la pareja fallece sin haber dejado disposición expresa acerca de su utilización o destino. En tales casos, la interrogante es si podría la viuda o compañera reclamar el derecho a ser inseminada artificialmente con semen de su marido o compañero fallecido, o pedir que se le transfieran los respectivos embriones congelados, arguyendo cumplir de esta manera con la póstuma voluntad de su marido.

La opinión mayoritaria sostenida por la doctrina considera o estima que toda posible respuesta debe quedar condicionada a si el marido o varón de la pareja expresó o no su consentimiento para que a su cónyuge o mujer se le practicase una fecundación después de su muerte. Se señala que si el marido o varón no ha dispuesto expresamente qué se hará con sus gametos después de su muerte, la mujer no podrá aducir una especie de derecho hereditario sobre el semen, pues éste no es cosa susceptible de disposición *mortis causa* o de apropiación a título sucesorio. Sólo la propia persona puede decidir sobre el uso y destino de sus aptitudes genéticas.

---

<sup>45</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. La fecundación *in vitro* y la filiación. Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 181.

No deberían admitirse, como suele suceder, demandas tendentes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda o compañera. Según la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas, debería disponerse la destrucción de los gametos para evitar cualquier controversia que eventualmente se plantease.<sup>46</sup>

Al respecto, consideramos que el simple depósito de semen, sin declaración de voluntad alguna sobre su destino o utilización en caso de muerte, no autoriza a la viuda o conviviente a utilizar los gametos del fallecido para su propia fecundación, y ello aunque el depositario pensase usar su esperma con ese fin para el caso de vivir, pues el deseo de procrear un hijo no se asimila con el deseo de traer al mundo un niño huérfano. Además, la disponibilidad del semen por parte de la mujer se extinguiría con la disolución del matrimonio, que sobreviene por la muerte del varón.

Por último, la relación entre una persona y su material genético es estricta o exclusivamente personal. En este sentido, no es dable pensar que otros puedan tomar decisiones autónomamente, como derecho y con voluntad propia sobre el uso de tal material genético, para consentirlo o para prohibirlo; lo que no excluye que alguien, tras la muerte del interesado, esté legitimado para actuar haciendo respetar su voluntad. El criterio fundamental ha sido, sin embargo, el de respetar la voluntad de la persona a la que pertenece el material genético. Tal voluntad de consentir el uso del propio material genético *post mortem* tendrá eficacia si no fue revocada.

En este sentido, en Francia se presentó la situación descrita sintéticamente al comienzo, que se conoció con el nombre de *Affaire Parpalaix*.<sup>47</sup>

En el verano de 1981, la pareja formada por Corinne Richard y Alain Parpalaix se conoció. Poco después a él le diagnosticaron un cáncer de tipo testicular cuyo tratamiento podría eventualmente dejarlo estéril. Aconsejado por sus médicos, Alain Parpalaix decidió depositar su semen en el Centro de Estudios y Conservación del Esperma, "CECOS", en París. Durante los dos años siguientes, él se sometió al

---

<sup>46</sup> *Ibid*, págs. 176 y 177.

<sup>47</sup> S. Knaplund, Kristine. *Postmortem Conception and a Father's Last Will*. *Arizona Law Review*. Vol. 46, Num. 1, Tucson, Arizona, spring 2004, pág. 94.

tratamiento respectivo y después de mucho postergarlo, la pareja contrajo matrimonio el 23 de diciembre de 1983. Dos días después de navidad, Alain murió. En febrero del año siguiente, su esposa Corinne se contactó con el director de “CECOS” y solicitó a este centro que se le entregaran los tubos que contenían el semen congelado de su marido para ser inseminada con él y poder concebir un hijo suyo.

“CECOS” contestó que no podía entregar el semen sin la aprobación del Ministerio de Salud, el que decidió revisar el caso. Como mientras la autoridad no resolviera el asunto en cuestión, nada podía hacerse. En mayo de 1984 la viuda y los parientes del difunto decidieron ejercer una acción judicial, demandando al banco de congelación por la entrega del semen, argumentando que éste es una secreción del cuerpo humano, y no forma parte de él, razón por la cual no tiene existencia civil y fue depositado en “CECOS” como una cosa. Entonces, al igual que cualquier objeto depositado en un banco, debía ser devuelto a los herederos del depositante en caso de que éste muriera. El demandado por su parte, sostenía que los fluidos secretados por el cuerpo humano no son iguales que las cosas muebles y por tanto no se les aplica ese estatuto. Los espermatozoides no son una cosa, pues tienen el poder de dar vida. La viuda no tiene derecho sobre el semen, como no lo tiene sobre las orejas o pies de su marido difunto.

El Ministerio Público en tanto, opinó que los espermatozoides no son un objeto sobre el cual pueda reclamarse un derecho hereditario, pues se trata de un portador de vida, expresión genética de la libertad fundamental de las personas de poder o no dar la vida.

Así el caso, el Tribunal de *Grand Instance* de *Creteil*, en su sentencia de 1 de agosto de 1984, concedió a la viuda –interpretando la voluntad tácita del marido- la facultad de disponer del semen de su marido que había sido depositado por éste en el “CECOS”, en previsión de la esterilidad que podía originarle su enfermedad y con el fin-deseo de asegurar la posibilidad de procrear.

La sentencia estimó que el convenio entre Parpalaix y el “CECOS” era un contrato atípico, que establecía la obligación de conservar, restituir o entregar el

esperma a quien iba destinado. “Las circunstancias especiales del matrimonio, el testimonio de la viuda y de los parientes en relación a los deseos del difunto establecieron sin equívocos la voluntad formal del marido muerto de dejar a su cónyuge, madre de un niño común, ya sea que la concepción de este niño sobrevenga mientras él viva o después de su muerte.”<sup>48</sup> Además indicaba dicha sentencia que no se podían aplicar las reglas del contrato de depósito –en relación con el semen guardado en el establecimiento-, porque no se trataba de cosa *in commercium*, “sino de una secreción que contiene el germen de la vida y destinada a la procreación de un ser humano.”<sup>49</sup>

Tampoco era una donación de órganos, según la ley francesa, en atención a la diferente naturaleza del semen y los órganos del cuerpo. El semen portador de vida está ligado a una libertad del ser humano, la de dar vida o no darla. En definitiva, los gametos no son cosas ni derechos, no pueden ser objeto de herencia propiamente, ni de disposición sin autorización por otro que no sea el cedente.

Agrega la sentencia, que “ni las condiciones de conservación o entrega del esperma del marido fallecido, ni la inseminación de la viuda están prohibidas, ni incluso previstas por un texto legal reglamentario.”<sup>50</sup> A este respecto, el tribunal sólo consideró que el problema planteado era el de reclamar un derecho sobre los tubos de ensayo que contenían el semen. No se pronunció sobre si podría efectuarse la inseminación *post mortem*, o sobre la legitimidad del hijo nacido por esta práctica; situaciones que a nuestro parecer se destacan dentro de la problemática que la fecundación *post mortem* plantea y que el derecho no sólo no debe ignorar, sino que está llamado a tutelar y proteger.

En relación a la situación que se presenta cuando existe un embrión congelado que ha sobrevivido a la muerte del padre, pareciera no haber duda en cuanto a la obligación del centro de implantarlo a la madre superviviente, si ella lo solicita. En caso contrario, el centro tendría dos eventuales posibilidades: eliminar o destruir el embrión o

---

<sup>48</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *Op. Cit.*, pág. 95.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Idem.*

entregarlo a otra mujer para que se lo transfieran –la llamada donación de embriones-, con lo cual no se respetarían los legítimos derechos del concebido no nacido respecto al derecho a la vida y a nacer en la propia familia de sangre.

“Ahora, si el marido o compañero no hubieran expresado su consentimiento en relación a que a su cónyuge o mujer se le transfiera el embrión congelado, ésta podrá pedirlo en razón de que el embrión fue concebido estando vivo el marido y al autorizar el marido o compañero la fecundación *in vitro* con transferencia de embrión, podría entenderse que el consentimiento comprende tanto la fecundación *in vitro* como la transferencia de éste a la mujer.”<sup>51</sup>

Es innegable el hecho de que la experiencia recogida en otros países demuestra que, en ocasión de tener que someterse el varón a una intervención quirúrgica de alto riesgo, o a la aplicación de tratamientos radiológicos que pueden derivar en infertilidad o ante la realización de un viaje o una tarea peligrosa, se ha acudido al congelamiento de su semen, dejando aquél expresada la voluntad de que, en caso de morir, su esposa sea inseminada.

Si esto sucediera hoy en México, ante el vacío de nuestra legislación, la criatura que resultara de esa inseminación sería hijo del marido prefallecido de su madre. El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, presume que es hijo del marido de la madre el nacido hasta trescientos días después de la muerte de aquél; pero aunque después ya no rija la presunción de paternidad matrimonial, igualmente podrá demostrarse que es hijo del marido de la madre en virtud de la utilización de su semen. De manera que nos encontraríamos con una figura jurídica atípica. Como se advierte, y en función de las consecuencias que de ella se derivan, este tema requiere también una solución legislativa específica, ya que nuestra Ley General de Salud es omisa en cuanto a esta hipótesis. Pero previo a resolver sobre tales consecuencias, debe llegarse a una conclusión acerca de la admisibilidad o no del congelamiento de semen con fines de inseminación *post mortem*.

---

<sup>51</sup> *Ibid* .pág. 180.

Definitivamente, la posibilidad de admitir esta inseminación se fundaría en el respeto a la libertad individual, que en este caso se expresa a través del deseo de trascender, al menos a través de los hijos, que todos los hombres pueden llegar a tener.

Lo anterior debe ser analizado desde la perspectiva del interés del menor, ya que desde todos los ángulos es posible advertir que a través de este procedimiento se crea un hijo de antemano huérfano; es decir, que incluso previo a su gestación, está ya predeterminado a llegar a un hogar que pareciera no el óptimo, pues carecería de padre. De esta manera, nuestro criterio se funda en el hecho de ponderar y privilegiar el interés del niño cuando entra en colisión con otros intereses. Ante toda la problemática que se deriva de esta práctica de inseminación, no debemos olvidar que el Derecho de Familia es un conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución y la organización de las relaciones familiares. Es nuestra labor como juristas anticipar los problemas que puedan surgir y tratar de buscar posibles respuestas a estas nuevas controversias.

#### 2.4. Admisibilidad.

Es contundente el hecho de que la viabilidad de la fecundación *post mortem* es un tema que ha suscitado una viva polémica en la actualidad. Las ideas o principios en debate son de una parte el derecho a la procreación que pueda tener toda persona, expresión de su libertad personal y sexual que le permite disponer como mejor le parezca de sus aptitudes genéticas, y de otro lado el derecho a la salud (de lo que derivaría que sólo para corregir enfermedades como la esterilidad estaría justificada la fecundación asistida). Los intereses encontrados son los de la mujer viuda a tener un hijo por medio de esos procedimientos, y el del hijo, que tendría derecho a tener padre y madre, y una familia estable.

Bajo el supuesto de inseminación de la mujer viuda con semen de su marido ya fallecido, o la implantación en su útero del embrión fecundado *in vitro* con semen de su esposo (que es el que merece el auténtico calificativo de fecundación asistida *post*

*mortem*), la doctrina se ha pronunciado básicamente en tres sentidos respecto a la admisibilidad o no de la misma:

- Quienes propugnan su radical prohibición.
- Quienes permiten la fecundación *post mortem*.
- Posición ecléctica. Los que han entendido que no se puede prohibir la fecundación *post mortem*, pero sí debe privarse al nacido por ese procedimiento de adquirir ciertos derechos como son los derechos sucesorios respecto de la persona cuyo fallecimiento se toma en consideración.

#### 2.4.1. Quienes propugnan su radical prohibición.

Es ésta la postura dominante en razón de la necesidad de que el niño tenga un padre y una madre desde su nacimiento. Se esgrime como argumento fundamental la convivencia que el niño desarrolle en el seno de un hogar compuesto de padre y madre, en el cual pueda identificar claramente los roles masculino y femenino. Nacer y vivir sin padre va en contra del interés y bienestar del niño.

Asimismo, se rechaza esta práctica por considerarla contraria al respeto de la dignidad que la persona se merece y por existir un abuso de las facultades sobre el propio cuerpo y las capacidades generativas.

Al respecto, Patricia López Peláez apunta:

“La respuesta no es sencilla; la protección de la parte más débil se impone, desde luego, pero quizá el derecho del hijo no sea tanto tener padre y madre que le acompañen físicamente, como el de que le



proporcionen unas mínimas condiciones para su correcto desarrollo, más importante que el número de progenitores.”<sup>52</sup>

Sin duda alguna, en función del derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad, quizá podría una mujer aducir que necesita para el desarrollo de su personalidad un hijo de su marido fallecido, y una maternidad que la muerte frustró. Sin embargo, como lo mencionaremos en nuestro último capítulo, pensamos que no hay un derecho absoluto a la maternidad, ni un derecho limitado a disponer del propio cuerpo, ni tampoco estas técnicas son un modo alternativo de procreación a disposición de todos en cualquier situación; el derecho al libre desarrollo de la personalidad viene limitado, como todo derecho, por el interés y el derecho de los demás; y así, la mujer no puede someter su cuerpo a prácticas, por nobles que sean, de las que pueda nacer un hijo, sin pensar en éste, en su dignidad y en sus derechos.

Si bien no hay límites a la libertad individual de procreación natural, sí pone el derecho límites y especiales requisitos a la creación artificial de una relación de filiación a través de la adopción; y habida cuenta de que también es artificial, en mayor o menor grado, la filiación que se busca por medio de las fecundaciones asistidas, puede comprenderse que no sea ilimitada la libertad individual para obtener hijos por ese procedimiento no natural; el llamado “derecho a una familia estable” que se maneja para la adopción y que justifica que se halle sometida a ciertas condiciones y control legales, es también aplicable en estos casos. En definitiva, no hay argumentos suficientes en apoyo de un derecho a la fecundación *post mortem*.

No sirven comparaciones como se ha pretendido con los hijos póstumos, que nacen muerto el padre; hecho que sobreviene antes del nacimiento, sin que pudiera preverse ni evitarse que el hijo no cuente en su desarrollo con la figura paterna en su educación. En la fecundación *post mortem* en cambio, se estarían concibiendo sujetos después de muerto uno de sus progenitores.

---

<sup>52</sup> López Peláez, Patricia. Relaciones civiles derivadas de la fecundación *post mortem*. Boletín de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Segunda Época, Número 6, Madrid, 1994, pág. 114.

Desde otro punto de vista, otra de las razones que se dan para prohibir la procreación artificial *post mortem* es que las técnicas de fecundación asistida van dirigidas esencialmente o tienen por objeto principal combatir la esterilidad en el matrimonio. Si se permitiera la fecundación *post mortem* se estaría produciendo una distorsión en la finalidad terapéutica de las técnicas reproductoras, puesto que ya no se trataría de remediar el problema de esterilidad de la pareja, sino de satisfacer “más allá de sus propias vidas un deseo cumplido póstumamente de paternidad, instrumentalizando al hijo como simple medio subordinado a los intereses personales y no como una finalidad *per se*, con legítimo derecho a acceder en el seno de una familia.”<sup>53</sup> Además, “con la muerte del marido este vínculo desaparece y ya no tiene sentido hablar de remediar el problema de esterilidad de la pareja.”<sup>54</sup>

Como suele suceder ante las situaciones en las que los derechos de las partes pueden entrar en colisión, la respuesta no es simple ante la casuística que puede presentarse. ¿Tiene derecho el marido en vida a facultar que a su fallecimiento su mujer pueda ser inseminada con su semen? ¿En un plazo concreto o sin éste? ¿Tiene derecho el marido en vida a imponer que a su fallecimiento la mujer sea inseminada con su semen? ¿Tiene la mujer obligación moral de respetar dicha voluntad? ¿Qué derechos pudieran oponerse frente a la fecundación *post mortem* en defensa de los legítimos derechos del hijo? ¿Si se llevara a cabo la fecundación *post mortem* no habría una cierta dejación de las obligaciones de asistencia paterna?

En nuestra opinión, basada desde un punto de vista ético, que ha de reflejarse en el plano del deber ser del derecho, -aunque una ley determinada lo llegue a permitir- el marido no debe tener derecho en vida a facultar a su mujer para que a su fallecimiento pueda ser inseminada con su semen. Menos aún el marido tiene derecho a imponer que a su muerte su mujer sea inseminada con su material genético, pues ello resultaría contrario a los más elementales principios sobre los que se asientan tanto la institución matrimonial como la de la filiación. La primera por cuanto un hijo no puede ser fruto de la intimidación moral por parte de uno de los cónyuges, sino del amor entre

---

<sup>53</sup> Lledó Yagüe, Francisco. *Fecundación artificial y derecho*. Ed. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 192 - 193.

<sup>54</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *Op.cit.*, pág. 169.

los mismos, como expresión de la libertad. La segunda, porque el hijo se encontraría privado “intencionalmente” de padre. Lo que equivaldría a colocarle frente a la vida en una situación de desigualdad en relación con otros y privarle del entorno natural familiar. Por supuesto que la mujer no tiene la obligación de “aceptar” ser fecundada con el semen de su marido para cumplir con la voluntad de éste expresada en vida para después de su muerte. La tercera, porque el hijo tiene ciertos derechos de los que no puede verse privado de forma intencional por sus padres o alguno de ellos; entre éstos se destaca lógicamente el derecho a desarrollarse de manera armónica e integral en el seno de una familia, y a no verse privado de la asistencia del padre.

La facultad de engendrar vida es inherente a la persona del progenitor, esta facultad debe considerarse extinguida con su muerte, de lo contrario, de autorizarse la fecundación *post mortem*, se quebraría de algún modo la incondicionalidad de la procreación del hijo.

#### 2.4.2. Quienes permiten la fecundación *post mortem*.

Esgrimen como principal argumento la defensa del cumplimiento de la voluntad del causante a hacer extensiva después de fallecido su capacidad procreadora, no considerando la muerte como causa suficiente para determinar la extinción o caducidad de los consentimientos en relación a la utilización de su material reproductor para facilitar la fecundación *post mortem*.

Este sector de la doctrina sostiene que de la misma manera como el ordenamiento jurídico no exige la reunión de requisito o condición alguna a quienes pretenden ser padres por procedimiento natural, ni garantizan, ni siquiera teóricamente el sustento de los derechos mínimos primarios y fundamentales a ningún hijo, pareciera que bajo una debida reglamentación de la fecundación asistida póstuma se lograrían mejores resultados incluso para el menor concebido por tal procedimiento.

Además señalan que con ese mismo argumento, el evitar que un niño viva sin padre, debería prohibirse que pueda serlo enfermo con una enfermedad de carácter

irreversible, u otros casos semejantes, prohibición imaginable por razón del derecho a la dignidad personal y a la intimidad personal y familiar.<sup>55</sup>

Para Alkorta Idiákez la libertad reproductiva constituye un factor tan importante para el bienestar de las personas, que sostiene que tanto la moral como el derecho deberían establecer una fuerte presunción a favor del respeto de las decisiones procreativas de cada uno. Ante la posibilidad de que la mujer viuda sea inseminada a través de métodos artificiales con el semen de su marido, sostiene Alkorta que el deseo de tener hijos se explica por la necesidad de la mayoría de experimentar la felicidad de ser padres, es decir, de crear una familia que suponga una conexión con el pasado y con el futuro de uno mismo. “Es ésta una facultad de enorme trascendencia para la vida y para el bienestar personal del individuo. La libertad reproductiva, en general, debe entenderse como un importante elemento integrador de la libertad personal de cada individuo.”<sup>56</sup>

En definitiva, el argumento fundamental de quienes predicán la permisión de la fecundación *post mortem*, es el hecho de que existen intereses legítimos dentro de esta figura, y que además no se ha podido determinar qué norma nos llevaría en todo caso a prohibir la fecundación *post mortem*. No es fácil, en opinión de esta tendencia doctrinal, encontrar un precepto constitucional para apoyar en forma directa, la existencia de un derecho efectivo a la fecundación artificial *post mortem*; pero tampoco para denegarla en términos generales. Ante tal situación se impone el principio de libertad de la persona, protegido como un derecho primario general.

#### 2.4.3. Posición ecléctica o intermedia frente a la procreación artificial *post mortem*.

En esta tercera postura, más bien ecléctica, están los que consideran que la fecundación *post mortem* no se puede prohibir, aunque no sea una situación deseable,

---

<sup>55</sup> López Peláez Patricia. *Op. cit.*, pág. 114.

<sup>56</sup> Alkorta Idiákez, Itziar. Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado. Ed. Aranzadi, España, 2003, pág. 70.

pero que sí debe privarse al hijo nacido de este tipo de fecundación de derechos sucesorios respecto de la persona cuya muerte se toma en consideración.

Se considera que cualquiera que sea la solución que se adopte, es necesario recordar que cualquier prohibición o toda restricción al respecto, por muy coherente que resulte, pierde toda su validez cuando el nacimiento se produce. Entonces, lo que resultará cuestionado, no será la decisión arbitraria de la madre que condenó a su hijo a la orfandad por razones sentimentales –por muy respetables que éstas sean- sino el rezago legislativo, la grave ausencia de preceptos que justifiquen la prohibición o permisión de esta práctica de fecundación alternativa.

#### 2.5. Titularidad y disposición del material genético del *de cuius*.

Durante el período posterior a la muerte de uno de los miembros de la familia, ésta se encuentra en una crisis cuya característica principal es una serie de disturbios emocionales. La ansiedad caracteriza el período de adaptación y estabilización a una nueva realidad, un nuevo ambiente en ausencia de uno de los padres de familia. La muerte es para todos una transición difícil y el período de adaptación varía de acuerdo a las personas afectadas. La desesperación y el deseo de prolongar la “vida” del fallecido, hace posible que la viuda solicite ser inseminada con el semen previamente congelado, o bien a ser implantada con los embriones concebidos *in vitro* en vida de su marido o concubino. Ante la ausencia de legislación, cabe cuestionarnos si se le debe prohibir a la mujer el derecho a procrear de quien fuera su marido.

Si la viuda se insemina artificialmente en un período relativamente corto, posterior al deceso del esposo, nacería el niño cobijado bajo la presunción del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, pues nacerá dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> “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.”

Como lo mencionamos con anterioridad, en 1984 en Francia, en el caso *Affaire Parpalaix*, una joven viuda demandó a un banco de espermatozoides pidiendo la devolución del semen congelado de su difunto esposo luego de transcurrido su fallecimiento. La joven ganó el caso y logró un embarazo con las células germinales de su esposo ya muerto. Nació un niño por inseminación artificial unos dos años después de muerto su padre.

Después de este caso, los bancos de semen europeos colocan en sus contratos estipulaciones que indican que el esperma no podrá ser utilizado sino en presencia y con el consentimiento de la persona de quien proviene.

En Estados Unidos, en el caso *Hecht v. The Superior Court of Los Angeles County*<sup>58</sup>, las partes involucradas (la viuda y los hijos de un matrimonio anterior) se vieron envueltos en un litigio muy largo y doloroso. Primero se disputaron la propiedad del semen del difunto, un hombre llamado William Kane, tiempo después se planteó un litigio paralelo al primero, donde se discutía la posibilidad de distribuir el fluido genético entre las partes. Finalmente, se cuestionó ante los tribunales los derechos que tendría el menor producto de la fertilización con los espermatozoides del padre muerto.

Otro caso singular fue el llamado *Hall v. Fertility Institute of New Orleans*<sup>59</sup>, en el que se discutió el derecho de las partes respecto del semen congelado de un difunto. En este caso la señora St. John era la novia de Hall; un hombre que tendría que ser sometido a un tratamiento de quimioterapia. Derivado de ello se gestó la gran probabilidad de una esterilidad sobrevenida por el impacto de dicho tratamiento, razón por la cual el señor Hall tomó la decisión de preservar su semen para una fecundación e implantación ulterior. Fue la novia quien financió todos los gastos que se derivaron del proceso de congelación del semen, pero la inseminación tuvo que ser pospuesta.

Ante la fe de un notario público, el señor Hall otorgó un contrato de donación del semen a favor de su novia. En propias palabras del notario, el señor Hall se encontraba

---

<sup>58</sup> *Ibid*, pág. 58.

<sup>59</sup> Reilly, Cynthia. *Constitutional Limits on New Mexico's In Vitro Fertilization Law*. *New Mexico Law Review*. The University of New Mexico School of Law. Vol. 24, Num. 1, Albuquerque, New Mexico, Winter 1994, págs. 141 - 142.

en plenitud de sus facultades mentales al momento de la donación; esto aunado al testimonio de sus compañeros de tratamiento contra el cáncer, quienes sostuvieron que él siempre indicó que el motivo por el cual no se casaba era su posible muerte a consecuencia del cáncer, pero que había tomado la decisión de congelar su semen por mantener el deseo de tener hijos con su novia.

En este caso de Hall la madre del difunto solicitó que el semen fuera destruido, o en todo caso fuera entregado al Estado. Al mismo tiempo, un hijo producto de un matrimonio anterior deseaba que los restos de su padre muerto (lo que incluía los espermatozoides crioconservados) fueran incinerados. Argumentaba que en el caso de que efectivamente su padre hubiera abrazado el anhelo de tener hijos con su novia, hubiese contraído matrimonio y tenido hijos previamente al tratamiento de quimioterapia.

Por otro lado, la hermana del difunto alegaba que él no era responsable de sus actos, pues estaba bajo los efectos de los medicamentos y la influencia de su novia. Asimismo sostenía que Hall le había expresado personalmente su deseo de tener hijos en el momento en que se recuperara de su enfermedad, pero que en ningún momento le indicó que el semen congelado sería inseminado en su novia.

Ante esta problemática, el tribunal mantuvo el *status quo* del material genético hasta que pudieran ser definidas y determinadas la capacidad e intención de Hall en el caso en su fondo.

Una situación aún más sorprendente y significativa para efectos de nuestro estudio es la posibilidad de que a un individuo, después de su fallecimiento se le pueda extraer semen e inseminar posteriormente a una mujer. Este caso ocurrió en Estados Unidos de América, en la ciudad de los Ángeles en 1995. Después de treinta horas de la muerte del señor Bruce Vernoff, su viuda decidió someter el cuerpo de su finado esposo a una intervención quirúrgica con el propósito de extraer semen de sus testículos y posteriormente inseminarse. Aproximadamente quince meses después, la

señora Vernoff se inseminó y resultó fecundada; el resultado fue el nacimiento de una niña el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve.<sup>60</sup>

La situación planteada nos lleva a cuestionarnos, entre otras, las siguientes interrogantes: ¿Bajo qué entorno familiar, social y jurídico ha de enfrentarse la menor? ¿Debe ser tratada esta situación de manera análoga a aquélla en la cual el gen reproductor masculino fue extraído y preservado en un banco de semen previo a la muerte? ¿Puede una persona disponer del material genético de otra? ¿Pueden ser considerados los espermatozoides como propiedad?

Los gametos (espermatozoide y óvulo), desde un punto de vista estrictamente biológico, son células reproductoras o germinales producidas en los testículos y ovarios, respectivamente y como tales son un elemento del cuerpo humano, potencialmente creadores de vida humana. Caracterizados los gametos por su potencialidad para producir vida humana, son elementos que parecieran resistirse a una calificación. “Se señala que son cosas, como cosa es todo aquello que no es persona, pero no admiten el libre tráfico de estas cosas. Otros consideran que los gametos no son *extra commercium*, puesto que una cierta circulación se admite e incluso se favorece. Disienten los que consideran que los gametos no son cosas porque son una *res extra commercium*. También se sostiene que los gametos son simples células.”<sup>61</sup>

Se entiende que el gameto goza de un *status* análogo al del resto de las partes corporales, incluso cuando éste se independiza del cuerpo. Pero adicionalmente, se reconoce en el gameto una potencialidad germinal y una definición genética que trasciende a los derechos corporales de su productor biológico. En principio, pertenece a su productor biológico y sólo a éste corresponde decidir su destino. Sin embargo, no es aceptable que éste sea dispuesto para fines diferentes a la reproducción humana en vida de ambos padres, o a la investigación dentro de ciertos límites.

---

<sup>60</sup> *Dead Man's Sperm Fathers Baby, Urologist Claims Birth Is a First in the United States*. pág. 56.

<sup>61</sup> Yevenes Hervera, Claudia. *Inseminación artificial e inseminación extrauterina. Alcances médicos, éticos y jurídicos*. Santiago, 1995, pág. 86.



De otra parte, se señala por un sector de la doctrina, que tanto el semen como los óvulos una vez extraídos son jurídicamente cosas. Si bien antes de su extracción constituyen parte de la persona y son por lo tanto, inescindibles de la consideración personal y existencial del sujeto, pero una vez que se separan del cuerpo, dejan de formar parte de él y son susceptibles de constituir el objeto de las relaciones jurídicas. De este modo, “los gametos serían cosas, porque son susceptibles de apropiación útil e individualizada, pero de tráfico restringido por su especial condición y calidad.”<sup>62</sup> Así, al tratar de determinar la naturaleza jurídica de los gametos, debe partirse por resaltar su carácter de células regenerables que cumplen una función extracorpórea: la reproducción.

En este sentido, mientras se encuentren en el organismo humano –asegura este sector de la doctrina-, forman parte del propio cuerpo del hombre, pero a partir de su extracción pasan a ser cosas, en tanto objetos materiales que por la función que la naturaleza les ha adjudicado no pueden ser objeto de cualquier relación jurídica, sino sólo de aquéllas que no comprometan la moral y las buenas costumbres, por lo que si bien son cosas, no tienen valor comercial, aunque sí jurídico y científico.<sup>63</sup>

Una tendencia más próxima al utilitarismo incluso, se ha mostrado en favor a la concesión de una libertad amplia en el empleo de la biotecnología, particularmente han opinado que el semen puede ser controlado a voluntad de la persona con autoridad de disposición sobre el mismo.<sup>64</sup>

La consecuencia de esta posición es que “los gametos, además de ser cosas, son cosas consumibles, ya que no puede hacerse con ellos el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Esta destrucción corresponde a la circunstancia de que con su uso, dejan de ser lo que eran (gametos) para pasar a ser otra cosa distinta (embriones).”<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *Op. cit.*, pág. 68.

<sup>63</sup> Córdoba, Jorge Eduardo y otro. Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes. Lecciones y ensayos 11. Ed. Alveroni, Córdoba, Argentina, 2000, pág. 28.

<sup>64</sup> Alkorta Idiákez, Itziar. *Op. cit.*, pág. 70.

<sup>65</sup> Yevenes Hervera, Claudia. *Op. cit.*, pág. 87.

Debemos señalar en relación a este punto, que esta nueva tendencia se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano por considerarse como fuera del comercio, es decir, está fuera de los actos que implican la transmisión de los derechos. La exclusión del cuerpo humano de las convenciones jurídicas emana del hecho de que éste, al igual que todo lo que constituye los atributos de la personalidad, no es un bien susceptible de ser apropiado, y por consiguiente, está excluido de los actos de disposición. No es otra cosa dentro del dominio del tener, muy por el contrario, el ser humano se encuentra en el dominio del ser.

Otros autores consideran que los gametos no son cosas en sentido jurídico, difieren de otros productos humanos y sólo el titular puede disponer de ellos dentro de los límites fijados, con finalidad médica y solidaria.<sup>66</sup> Es menester calificar jurídicamente a los gametos; el material genético humano no puede considerarse objeto de propiedad, puesto que al ser inescindible del propio sujeto, participa de los derechos inherentes a él. La cesión o transmisión de la titularidad y la capacidad de decisión sobre los gametos serían nulas de pleno derecho, puesto que la titularidad de las células germinales sencillamente no puede ser transmitida, dado que toda facultad exclusiva de decisión sobre la suerte de los gametos permanece siempre en la esfera del sujeto del que proceden. Dicho de otra forma, en la medida en que la capacidad procreativa se considera un atributo de la personalidad del sujeto, debe excluirse el uso que no haya sido expresamente autorizado por el titular. En consecuencia, la muerte del sujeto extingue de forma natural su capacidad de control sobre la dimensión procreativa de su personalidad y hace imposible emplear sus gametos con fines de procreación; esto es, que la libertad fundamental del sujeto a planificar la propia reproducción sin injerencias externas tiene un límite natural, que es el final de la propia vida.

Apoiados en la opinión de Maricruz Gómez de la Torre Vargas, podemos concluir que los gametos son de difícil ubicación, debido a que son fuerzas genéticas

---

<sup>66</sup> Moro Almaraz, María de Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y fecundación *in vitro*. Ed. Tesys, España, 1988, pág. 144.

del individuo con potencial para producir vida. Desde el punto de vista jurídico, no son cosas, porque no son susceptibles de dominación patrimonial.<sup>67</sup>

Desde esta perspectiva, la posibilidad de manipular gametos presupone un poder de disposición; es por eso que en función de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas, estimamos ilegítima la disponibilidad del semen depositado por el finado, ya que conforme a lo expuesto, la titularidad sobre el mismo se extinguiría en todo caso junto con la persona. Una posición a favor sería contraria al orden público y violatoria de las buenas costumbres, además de que atentaría contra la dignidad humana y podría conducir a la degeneración de la conducta social.

La obtención de semen de las personas fallecidas podría convertirse en un negocio lucrativo. ¿Qué nos garantiza que en caso de que esta práctica cobrara auge, que no habrán personas inescrupulosas que busquen beneficiarse económicamente al obtener material reproductivo masculino?

---

<sup>67</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *Op. cit.*, pág. 69.

## Capítulo tres

### 3. Derecho comparado.

Como lo hemos apuntado, son diversos ya los casos que se han registrado respecto de la fecundación artificial *post mortem*. México tiene hoy la posibilidad de contemplar este nuevo fenómeno social y en base a las posturas adoptadas en otras naciones, nos proponemos establecer una propia, a fin de que el derecho no se vea rebasado por esta dinámica social y tecnológica contemporáneas.

#### 3.1. Estados Unidos de América.

El desarrollo de la tecnología en materia de infertilidad durante la década de los setentas en los Estados Unidos abrió la puerta a muchas parejas infértiles a la posibilidad de ser padres. La infertilidad y su tratamiento se han expandido vertiginosamente a lo largo de la sociedad y cultura americanas. Cerca del diez por ciento de las parejas en los Estados Unidos han presentado problemas de infertilidad, o bien se enfrentan ante la posibilidad de sufrir una causa superveniente que conduzca por lo menos a uno de los padres a una situación de esta índole, lo cual ha incrementado en un gran porcentaje el número de tratamientos tendentes a lograr la procreación. Particularmente, las técnicas de fertilización *in vitro* y fecundación *post mortem* se han visto especialmente desarrolladas.

Contrariamente a lo que ocurre en Europa, los servicios de salud americanos gozan de una amplia libertad para aplicar las técnicas e invenciones reproductivas que ofrece el mercado. Incluso, hay quienes consideran que los Estados Unidos se mueven dentro de una casi total ausencia de controles, basados sólo en el apoyo y promoción del progreso científico y en el establecimiento de reglas y mecanismos en la práctica tecnológica.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> M. Linden, Justice Allen, *et. al.*, *Protection of life. Biomedical Experimentation Involving Human Subjects*. Law Reform Commission of Canada. Ottawa, Canada, 1989, pág. 15.

Las leyes que establecen los estándares clínicos para las pruebas aplicables a los usuarios de la tecnología procreativa y al material genético en ellas empleado son la *Clinical Laboratory Improvement Amendments Act* de 1988 y la *Fertility Clinics Success Rate and Certification Act* de 1992.<sup>69</sup>

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha reconocido la libertad de procrear como un derecho fundamental, colocando este derecho como uno de los derechos fundamentales del hombre, cobijado en el derecho a la intimidad.<sup>70</sup> En 1972 este tribunal amplió la norma enunciando que el derecho a la intimidad es el derecho del individuo casado o soltero a estar libre de intromisión gubernamental injustificada que afectan a su persona. No reconocerle el derecho a un individuo, casado o soltero, a decidir engendrar o dar a luz a un niño, sea por concepción natural o a través de las técnicas de reproducción asistida, conlleva una violación a su derecho a la intimidad y una intromisión indebida del Estado en su vida privada y familiar.

El derecho de una viuda a inseminarse artificialmente con el semen de su marido fallecido se encuentra entonces cobijado bajo el derecho a la intimidad, protegido constitucionalmente. Una mujer puede determinar, sin la intromisión del Estado americano, en qué momento y de qué manera procreará a sus hijos. Si la procreación es parte del derecho a la intimidad, debemos entender que todo individuo goza de esta protección. La intromisión en la vida privada sólo ha de sostenerse cuando así lo requieran los intereses públicos apremiantes. En este sentido, al ser el derecho a procrear un derecho fundamental con protección constitucional, sólo se podría justificar la intervención del Estado si se está causando un grave daño a los intereses de terceros y si la regulación establecida por éste es el medio menos restrictivo de proteger esos intereses.

En relación a este punto, en el caso de la inseminación *post mortem* cabría cuestionarse el tipo de daño que puede derivarse por esta práctica, el interés apremiante que pudiera justificar la intervención estatal y definitivamente, cuál sería la

---

<sup>69</sup> Alkorta Idiakez, Itziar. *Op. cit.*, pág. 94.

<sup>70</sup> Reilly, Cynthia. *Op. cit.* pág. 130.

solución menos restrictiva que el Estado americano puede adoptar para aliviar los intereses en pugna.

Se ha reconocido en nuestro país vecino del norte que entre los daños causados por este tipo de técnica reproductiva se encuentran la incertidumbre jurídica y la orfandad de derechos del menor concebido, el derecho a la integridad corporal del difunto y los derechos de terceros que podrían ser afectados. Entre los intereses apremiantes del Estado, consideramos que se encuentra la protección de los mejores intereses del *nasciturus*. Por lo anterior, parte de la doctrina americana ha sostenido que la solución menos restrictiva es prohibir expresamente la práctica de la inseminación *post mortem*, ya que con esta solución no se está violando el derecho de un individuo a inseminarse; no se está privando de la oportunidad de tener un hijo que podría engendrarse por otros medios. Además, se están ponderando intereses sociales, esto es, evitar que nazcan hijos con limitaciones en sus derechos y que se atente contra los derechos de terceros.

A esto hay que añadir las leyes promulgadas por los parlamentos estatales americanos que cubren una gran variedad de aspectos relacionados con la medicina reproductiva.

La mayoría de los estados de Estados Unidos de América cuentan con normas relativas a la determinación de la filiación del nacido con ayuda de la tecnología reproductiva; sin embargo, son menos frecuentes las leyes que regulan la disposición de los embriones congelados y el control clínico de los gametos depositados en bancos de esperma. Las disputas sobre la disposición del material genético se regulan básicamente a través del *Common Law*. El Tribunal Supremo Americano no ha tenido oportunidad para pronunciarse definitivamente sobre estos temas, por el contrario, los tribunales estatales han resuelto numerosos litigios relativos a la aplicación de la tecnología reproductiva. Incluso, la promoción y apoyo de las investigaciones con células madre, ha sido un factor que alienta también la conservación de embriones *in vitro* con fines científicos.

Así, ante el importante vacío legislativo en los Estados Unidos, la regulación de la mayoría de los problemas que plantea la fecundación asistida ha quedado abandonada a la reglamentación profesional. Para muchos de los juristas americanos esta situación no tiene nada de particular. Para John Robertson, la regulación de la tecnología reproductiva resulta incluso excesiva, y en cualquier caso, superior a la de muchas especialidades médicas; por lo que no advierte la necesidad de promulgar más reglas sobre la materia. Para él, el empleo de la medicina procreativa debe ser libre.<sup>71</sup>

Para un sector minoritario, la regulación de la medicina reproductiva resulta insuficiente, ya que los tratamientos de fertilidad no son equiparables a cualquier otro tratamiento médico. En su opinión, la intervención sobre la reproducción humana trasciende los intereses puramente individuales y debería ser regulado considerando el interés público.

De cualquier manera, en los Estados Unidos la inseminación artificial con los gametos del cónyuge fallecido ha constituido un foco importante de controversia. Sólo son tres los Estados de la Unión Americana que han articulado una reglamentación específica a este fenómeno, Florida, Virginia y Dakota del Norte. Recientemente, los tribunales americanos se han visto obligados a resolver numerosas solicitudes de concepción póstuma.

Uno de los casos más conocidos ha sido el de William Kane, un abogado de Yale que depositó cincuenta muestras de semen en un banco de los Ángeles California antes de suicidarse.<sup>72</sup> Este renombrado abogado dispuso en su testamento que a su muerte, su novia, una mujer llamada Deborah Hecht, podría disponer de los gametos para ser inseminada y tener un hijo común. Unos meses más tarde este hombre se suicidó. La anterior esposa del señor Kane y sus hijos no tardaron en impugnar el testamento solicitando la destrucción de los gametos depositados. Sostenían el argumento de que el nacimiento de un hijo superpóstumo alteraría el equilibrio familiar y generaría al mismo tiempo un grave equilibrio emocional y financiero para los hijos ya nacidos.

---

<sup>71</sup> Robertson, John. *Children of Choice: Freedom and The New Reproductive Technologies*. pág. 96.

<sup>72</sup> Alkorta Idiákez, Itziar. *Op. cit.*, pág. 367.

El juez de primera instancia falló precisamente en este mismo sentido; Deborah apeló el pronunciamiento judicial y argumentó que Kane era el titular de los gametos depositados en el banco de esperma, razón por la cual podía disponer de ellos dentro de los límites de la moral y el derecho.

En una decisión final, y basado en casos anteriores a este, el tribunal declaró que el esperma ocupaba una categoría de propiedad intermedia, al considerar su potencial de crear vida. Deborah había heredado el veinte por ciento de los bienes de Kane, razón por la cual el tribunal de apelación resolvió darle tres muestras de semen congelado.

### 3.2. España.

Por lo que a España se refiere, podemos decir que cuenta con una de las legislaciones más avanzadas en el tema, casi a la vanguardia en la reglamentación jurídica de las denominadas técnicas de reproducción asistida. En este sentido, el vacío legislativo que debido a los recientes adelantos científicos existía en España, ha sido colmado con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la Ley 42/1988 de 22 de diciembre, que contempla la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, completando así la Ley 30/1979 de 27 de octubre, y disposiciones complementarias sobre extracción y trasplante de órganos, que no contempla la posibilidad de realizar la donación y trasplantes de embriones y fetos humanos, regulación de evidente necesidad como consecuencia de la aplicación de las modernas técnicas de reproducción asistida.<sup>73</sup>

En España se estableció con toda puntualidad que en el caso de que el programa de inseminación artificial o de fertilización *in vitro* se iniciara antes de fallecer el marido y constara su específica autorización para llevarla a cabo, el hijo así concebido se consideraría como matrimonial y de ambos progenitores. Era hijo del

---

<sup>73</sup> Moreno Botella, Gloria. Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. Vol. VII, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1991, pág. 92.



difunto al haber nacido por obra de dos personas casadas. Se reconoce de este modo al hijo que se concibe como propio, aunque nazca con posterioridad a su muerte.

A este respecto, la Ley Número 35 de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida reguló en su artículo 9, los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido y de fertilización *in vitro* con transferencia de embrión cuando el embrión se ha formado con el óvulo de la mujer sobreviviente y el semen del marido. Pero al mismo tiempo estableció una limitación expresa para estos casos en dos de sus artículos:

“Artículo 9.1.- No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.”

“Artículo 9.2.- No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o en testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.”

De este modo, la legislación española ha equiparado el hijo nacido por fecundación *post mortem* con el hijo nacido dentro del matrimonio. Es una ficción legal, puesto que en la fecundación *post mortem* no se da ninguno de los presupuestos exigidos por el Código Civil Español.

Se entiende además que el semen del marido sea depositado en un banco de esperma, crioconservado o bien que lo esté un preembrión producto de óvulos de la mujer y espermatozoides del marido, en los términos que establece el artículo 11 de la referida Ley.

Así, conforme a la legislación española, para que sea posible la fecundación *post mortem* es preciso el consentimiento del esposo, manifestado en escritura pública o testamento; que el material reproductor, ya sea éste semen o el embrión obtenido con semen del marido y óvulo de la esposa, proceda del marido, lo cual excluye la fecundación *post mortem* con semen de donante. Además, que la fecundación se efectúe dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del esposo.

No obstante, el legislador extiende la posibilidad de fecundación *post mortem* también a parejas no casadas, pues en el apartado tres del artículo 9 del comentado precepto establece:

“Artículo 9.3.- El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del art. 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.”

Como se puede apreciar, el proceso es idéntico, pero para la atribución de la paternidad se precisa que al no existir la presunción del nexo matrimonial, que el consentimiento del varón sirva para constatar, como documento indubitado, sin que esto perjudique la acción que permita la reclamación de paternidad.

En el caso de la fecundación póstuma, la legislación española establece que será posible la realización de dicho supuesto solamente en el caso de que el marido haya consentido en escritura pública o en testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar así a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Es decir, se demanda el cumplimiento de una serie de requisitos, mismos que implican –como lo mencionamos-, que previamente el esperma del marido esté depositado en un banco de esperma, congelado o crioconservado, o bien que lo esté un

preembrión procedente de los óvulos de la mujer y espermatozoides del marido, mismos que se reducen a lo siguiente:

- Consentimiento expreso del esposo, manifestado en escritura pública o testamento.
- Que el material genético que se utilice proceda del marido, excluyendo de esta manera la fecundación *post mortem* con semen de donante. Si bien la ley únicamente se refiere al material reproductor del marido, se ha incluido también el embrión obtenido con semen del marido ahora fallecido y óvulo de la esposa.
- Que la fecundación se efectúe estrictamente dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del esposo. Evidentemente, la fijación de este plazo pretende evitar permanentes situaciones de pendencia respecto a las relaciones jurídicas que pueden nacer con la muerte del esposo.

Como podemos apreciar, la Ley 35/88 adopta una posición intermedia, que se caracteriza por prohibir inicialmente el empleo de la fecundación artificial *post mortem*, y admitir excepciones a la regla general, condicionadas al cumplimiento de las exigencias que hemos puntualizado hasta este momento.

Así, como regla general, en el artículo 9.1 de la Ley, citado en líneas anteriores, sólo se admite el empleo de estas técnicas en vida de los dos esposos. Habiéndose cumplido los presupuestos de este apartado, nos parece que se evitan aspectos de inseguridad de descendencia, y se armoniza esta situación con los moldes del derecho sustantivo en relación a los llamados hijos póstumos, pues lo que en verdad se genera es un hijo de esta clase. Se precisa en la referida Ley, para la declaración de paternidad del padre premuerto, que a su fallecimiento se haya iniciado la concepción, y esto ocurre tanto si se ha iniciado de manera natural como si se ha hecho de manera asistida.

De esta manera, dentro del marco que ofrece la legislación española, no existe un problema extremo para la atribución de paternidad en este supuesto, pues se producen los mismos efectos que en la postumidad por vía natural. Únicamente como un caso excepcional, hemos estudiado ya que la Ley admite el supuesto que ha sido llamado con la expresión de hijo superpóstumo, esto es, el caso del hijo concebido por la madre después del fallecimiento de su esposo, y para cuya concepción se ha sometido, a la muerte del marido, a la inseminación con su semen o a la implantación de embrión procedente de ambos.

Entre los principios generales que trata la Ley 35 de 1988, se destacan los siguientes:

- La Ley se extiende a la regulación de las técnicas de reproducción asistida humana, en concreto, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones y la transferencia intratúbica de gametos, cuando se encuentren científica y clínicamente sanitarios.
- El fin fundamental de la Ley es la lucha contra la esterilidad humana, aunque también aparece como instrumento para la prevención de enfermedades genéticas y para la investigación.
- Toda mujer, casada o soltera, puede ser usuaria de estas técnicas. Si es casada, además de su consentimiento, requerirá el de su marido.
- Se admite expresamente la fecundación *post mortem*, dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del marido.
- Se permite la técnica de crioconservación durante un plazo máximo de cinco años.

### 3.3. Argentina.

En la década pasada se discutieron en Argentina una serie de proyectos de ley que han pretendido regular las técnicas de reproducción humana asistida.<sup>74</sup> El factor común en estos proyectos es la indicación de que dichas técnicas tienen como propósito la actuación médica ante la esterilidad humana y el facilitar la procreación cuando otros medios han sido descartados. Además, se ha establecido que pueden ser usuarios de estos procedimientos las parejas heterosexuales y las mujeres que cuenten con el consentimiento de su esposo.

Estos proyectos han prohibido de manera categórica la práctica de la inseminación con el semen del marido o concubino fallecido. Este criterio se extiende al señalar que no se podrá determinar legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas y el marido o concubino fallecido, cuando el material reproductor del hombre no se hallare en el útero de la mujer a la fecha de la muerte del varón o cuando el nacimiento ocurra después de trescientos días del fallecimiento.<sup>75</sup>

En la doctrina argentina, los planteamientos en torno a la inseminación artificial *post mortem* y las técnicas de procreación asistida en general están en pleno debate. Podemos decir que el criterio unánime argentino se ha inclinado a la admisión de la aplicación de dichas técnicas exclusivamente para remediar problemas de fertilidad, y

---

<sup>74</sup> Cabe aclarar que de esta enunciación algunos proyectos habrían perdido el estado parlamentario por el tiempo transcurrido desde su presentación, y que existe un proyecto con media sanción de la Cámara de Senadores de Argentina desde el mes de julio de 1997:

- a) Proyecto de los senadores R. Laferriere y C. Storani, que data de 1991.
- b) Proyecto de Ley de regulación de la aplicación de nuevas técnicas de diagnósticos, terapéuticas, industriales y de investigación en la evolución biológica de la especie humana y de su medio ambiente.
- c) Proyecto de los diputados Carlos F. Ruckauf y Alberto Iribarne, de 1993.
- d) Proyecto del diputado Juan P. Cafiero, de 1993.
- e) Proyecto del diputado Alberto A. Natale, de 1993.
- f) Proyecto de los diputados Graciela Camacho y José M. Corchuelo Blasco, de 1993.
- g) Proyecto de los diputados Claudio R. Mendoza y Silvia E. Troyano, de 1993.
- h) Proyecto del diputado Carlos A. Romero, de 1993.
- i) Proyecto de los diputados González Grass, Orquin, Parente y Vicchi, de 1993.

<sup>75</sup> El artículo 253 del Código Civil Argentino presume que es hijo del marido de la madre el nacido hasta trescientos días después de la muerte de aquél; pero aunque después ya no rija la presunción de paternidad matrimonial, igualmente podrá demostrarse que es hijo del marido de la madre en virtud de la utilización de su semen. El artículo 3282 del citado cuerpo legislativo, este hijo carecería de derechos hereditarios. De manera que nos encontraríamos con una figura jurídica atípica.

sólo después de que se compruebe el fracaso de toda otra terapia o de que éstas fueren descartadas por su ineficacia.

A lo anterior debe sumarse el requisito de los destinatarios: parejas heterosexuales estables, y la negativa rotunda a la posibilidad de ejercer estas prácticas para investigación, como también fuera del ámbito de la pareja, esto es, por mujeres solteras, viudas o divorciadas, por los problemas éticos, psicológicos, jurídicos y sociales que traería aparejado el nacimiento con vida en estos casos: todo ser humano nace con la necesidad y el derecho a tener un padre y una madre, y no se le puede negar *ab initio* esa posibilidad. No se puede perder de vista que se trata de una persona por nacer; el interés primero que debe tener el legislador es el niño que viene al mundo.<sup>76</sup>

#### 3.4. Francia.

En lo que respecta a Francia, se ha proyectado en el contexto internacional como uno de los Estados en los que ha existido una gran preocupación e iniciativa por lograr una correcta regulación en cuanto al tema de la inseminación artificial en general.

Como lo mencionamos en el capítulo anterior, los tribunales galos a lo largo de su más reciente historia, han resuelto una serie de casos de fecundación póstuma, referidos tanto a solicitudes de inseminación como de implantación de embriones. Uno de los más famosos y que encontró eco a nivel mundial fue el caso *Parpalaix*, en el que el Tribunal de Toulouse sentenció a que el banco de gametos conocido como “CECOS” restituyera el semen depositado, al argumentar fundamentalmente que había quedado expresada sin lugar a dudas la voluntad del donante en ese sentido.

Uno de los primeros proyectos que se formularon fue la iniciativa de ley de 18 de mayo de 1984<sup>77</sup>, cuyo texto contenía únicamente nueve artículos que giraban en torno a los siguientes principios:

---

<sup>76</sup> Córdoba, Jorge Eduardo y otro. *Op. cit.*; págs. 35 y 36.

<sup>77</sup> Moreno Botella, Gloria. *Op. cit.*, pág. 90 - 91.

- El concebido es sujeto de derecho justo desde el momento de la concepción, teniendo la categoría de ser humano, digno de protección y respeto.
- Se prohíbe expresamente el tráfico comercial de embriones o fetos, ya estén vivos o muertos.
- Las técnicas de inseminación artificial sólo se han de justificar ante causas de esterilidad en los esposos.
- Se prohíbe la congelación de embriones, con excepción de los casos en los que un comité ético de valoración los estime procedentes.

Posteriormente, se promulgó la Ley de 1994, la cual prohibió la inseminación *post mortem* con gametos o embriones procedentes de una persona fallecida. Sin embargo, el Consejo de Estado en Materia de Salud Pública estudió la posibilidad de permitir la implantación de embriones creados con anterioridad a la muerte del varón, sosteniendo como principal argumento la ponderación de la dignidad humana a través de la protección que el embrión merece, objetivo que se logra a través de esta posibilidad antes que por la vía de la donación de embriones.

El Consejo de Salud Pública francés ha informado que el promedio de solicitudes de inseminación *post mortem* no excede el de tres por año, razón por la cual dicho organismo se ha inclinado por admitir esta práctica dentro de los límites temporales, así como de advertir la necesidad de modificar las reglas del *Code Civil* relativas a la presunción de paternidad y en materia de sucesión.

La propuesta presentada consiste en añadir un nuevo artículo que establezca que en el caso de fallecimiento del varón, los embriones concebidos podrán transferirse a la viuda que así lo solicite, al menos seis meses después del deceso y antes de que transcurran dieciocho meses.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Alkorta Idiakez, Itziar. *Op. cit.*, pág. 367.

### 3.5. México.

En nuestra nación la medicina ha abrazado en buena medida las técnicas de inseminación artificial y cuya práctica es generalizada, sin embargo pareciera que el derecho se ha visto rebasado y no ha logrado adecuarse a los cambios que al respecto se han generado. Las fecundaciones extracorpóreas en México son ya una realidad, resultado de la necesidad de dar tratamiento a los problemas de reproducción humana.

Sin embargo, desde los inicios de estos procedimientos han emergido serias dificultades en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, frente a la posibilidad de la fertilización asistida como una respuesta a las parejas con problemas de reproducción. Así, las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en un texto legislativo.

Nuestra Constitución en su artículo 4º se refiere al derecho que le reviste a toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. La Ley General de Salud de 1984 reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4º de la Constitución, regula asimismo el apoyo y fomento de la investigación científica en materia de anticoncepción, infertilidad humana y planificación familiar.

Derivados de la Ley General de Salud se publicó el Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos; y el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud publicado en enero de 1987, cuyo capítulo IV se refiere a la fertilización asistida. Estos tres textos legislativos emanados del Congreso son los que establecen el marco jurídico de fertilización asistida aplicable a toda la República, no obstante, ninguna ley regula de manera directa y amplia la inseminación artificial póstuma.

La Ley General de Salud incluye presupuestos para la utilización de técnicas de reproducción asistida, con la inclusión del concepto de células germinales como aquéllas células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un



embrión.<sup>79</sup> Se norma con ello la posibilidad de su utilización para efectos terapéuticos, de docencia o de investigación, al ser definido también el concepto de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos como el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, para los fines señalados.<sup>80</sup>

De esta manera podemos señalar que la inseminación efectuada con el espermatozoides del esposo aplicado a su esposa no presenta ningún problema jurídico en particular, ya que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial, que se ajusta a las reglas generales aplicables para los trasplantes establecidas por la Ley General de Salud. Del mismo modo, la legislación civil estimará que el hijo concebido mediante esta vía es producto de matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural.

Los problemas empiezan a surgir cuando estamos en presencia de una inseminación con espermatozoides donado por un tercero; si ésta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada; o bien si la inseminación se realiza con los gametos del esposo fallecido, esto es, una fecundación póstuma.

Señala Luis Díaz Müller dentro de la obra Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos:

“Más allá de las consideraciones éticas, se deben sumar las normas jurídicas, cuyo espíritu es el de proteger adecuadamente los derechos de todos los actores implicados, de las personas que solicitan el método, de los hijos nacidos a través del mismo, y de los terceros que pueden o no intervenir, donantes y madres sustitutas. La nueva realidad es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas de derecho civil que ya

---

<sup>79</sup> Así lo establece el artículo 313, fracción I de la Ley General de Salud.

<sup>80</sup> Artículo 313, fracción V, Ley General de Salud.

resultan incompletas o simplemente ineficaces. Así, por ejemplo, con base en la legislación vigente y ante la posibilidad de la fecundación *post mortem* se plantea la situación de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal pero jurídicamente extra-matrimonial si su nacimiento tuviera lugar después de los trescientos días posteriores a la muerte del esposo, plazo que señala el Código Civil (artículo 324, fracción II) para presumir que se trata de hijo de los cónyuges.”<sup>81</sup>

Efectivamente, cabe cuestionarse si las normas que actualmente forman nuestro cuerpo jurídico en materia civil y familiar se podrían aplicar y dar una respuesta satisfactoria ante las diversas interrogantes que plantea la fecundación artificial *post mortem*, o bien, es necesaria la creación de normas específicas que satisfagan y respondan a los novedosos pero complejos planteamientos que se están presentando en la medida en que el avance científico y tecnológico se despliega.

Como lo menciona Díaz Müller, México se encuentra actualmente dentro del contexto de los avances y aplicaciones tecnológicas, terreno en el que las disposiciones en las materias que les son aplicables resultan tan generales que nos encontramos con más lagunas y deficiencias que con una estructura normativa que pueda respaldar la realidad que plantea el desarrollo del obrar científico, realidad de la cual nuestro país no puede permanecer alejado.

Como podemos advertir, surge el viejo problema de las lagunas del ordenamiento jurídico. Son diversos los efectos jurídicos que brotan de la procreación artificial *post mortem*. Primeramente, podemos mencionar que las leyes vigentes que regulan la filiación<sup>82</sup>, por ejemplo, se basan en la procreación vía contacto sexual y no han podido prever que la generación pueda tener lugar fuera de él. La moderna tecnología reproductiva produce el colapso de principios y axiomas jurídicos que hasta ahora se tenían por absolutos: la regla *mater semper certa est*, la presunción de

---

<sup>81</sup> Díaz Müller, Luis. Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994, pág. 57.

<sup>82</sup> El artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal, define la filiación como la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo; formando el núcleo social primario de la familia...

paternidad del marido, la presunción de derecho sobre la duración del embarazo (entre 180 y 300 días), el principio de la inalienabilidad del estado civil, la consanguinidad del parentesco y los órdenes genealógicos.

Cuando se promulgó nuestro Código Civil, sencillamente era imposible que se comprendiera la procreación sin que mediara el acto de relación carnal. El problema es que la ley va muy atrás de los hechos y además normalmente regula situaciones pretéritas, y cuando terminen las discusiones y la norma jurídica esté en condiciones de actuar, los científicos ya habrán cambiado el panorama conocido.<sup>83</sup>

No podemos cerrar los ojos ante esta nueva realidad, sea o no aconsejable la fecundación póstuma, es posible recurrir a ella y que nazcan hijos superpóstumos por este procedimiento. Una cuestión fundamental que nos plantea la fecundación artificial post mortem, es la de determinar la filiación del nacido, para saber si es o no hijo del fallecido, pues de ello dependerá la atribución de los derechos de los que pueda ser titular.

Aunque la problemática que plantea la filiación del así nacido escapa al objeto de este trabajo, pero en términos generales, sí nos parece evidente que en base a los diferentes principios constitucionales de no discriminación, de dignidad, de justicia y equidad, la situación jurídica del nacido por fecundación asistida *post mortem* debe ser, si no idéntica -pues entendemos que en algunos supuestos no podrá serlo del todo-, al menos lo más próxima posible a la del nacido por procreación natural. En este sentido, una vez producido el nacimiento, y determinada la filiación respecto del fallecido, no debe haber diferencia de derechos y obligaciones por razón del tipo de filiación, creada antes o después de la muerte del progenitor, conforme lo establece el artículo 338 bis del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>84</sup>

En definitiva, determinada la filiación se crea un vínculo de parentesco entre el nacido y el fallecido, y los parientes de éste, del que se derivan una serie de

---

<sup>83</sup> Para mayor abundamiento, véase Panatt Kyling, Natacha. Problemática jurídica que originan los bebés de probeta. Gaceta jurídica, Núm. 58, Santiago, 1985, págs. 21-24.

<sup>84</sup> Artículo 338-Bis. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

consecuencias jurídicas, como lo son el derecho a los apellidos, el derecho-deber de ejercicio de la patria potestad, el derecho a los alimentos, y de manera especial, la problemática de la determinación de los derechos sucesorios respecto del progenitor premuerto.

Respecto de esta última hipótesis, no todos los autores están de acuerdo en reconocer al nacido por fecundación *post mortem* derechos sucesorios respecto de su padre premuerto. Fundamentalmente se argumentan dos razones para adoptar esta postura: la necesidad de que exista el causahabiente en el momento del fallecimiento del causante, como requisito de capacidad sucesoria, y la situación de incertidumbre que se crearía en los derechos de otras personas al hacerlos depender del nacimiento de un hijo del autor de la herencia incluso años después de su fallecimiento. Independientemente de su rechazo o admisibilidad, resulta obvia la necesidad de crear los lineamientos legales que nos permitan librar las enormes confusiones en las que podría derivar la falta de una legislación especializada.

Así, podemos advertir que no obstante nuestra legislación contempla y regula la fertilización asistida, ningún cuerpo legislativo o reglamento lo hace de forma directa y amplia, sino más bien podemos afirmar que dicha regulación resulta insuficiente ante la impresionante dinámica en la que se desarrolla la sociedad y la investigación científica en relación al enorme campo de la fertilización asistida.

Nuestra legislación actual sin embargo, establece los principios bajo los cuales se deben realizar las investigaciones encaminadas a la fertilización y a la ingeniería genética.

La Ley General de Salud establece:

“Artículo 100.- La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:

“I. Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su

posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;”

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, señala lo siguiente:

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

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

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

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

Estas directrices deberán marcar el actuar profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, y en general a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos.

Es importante subrayar el criterio establecido por el artículo 56 del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud:

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

En el año de 1997 los legisladores del Estado de Tabasco respondieron a varias interrogantes derivadas del tema de la inseminación artificial a través de la reforma al Código Civil para su Estado. Su intención fue la de hacer de la legislación civil

tabasqueña una de las más actuales y modernas del país. Este código legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y cualquier otro método de reproducción asistida, pero los limita a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.

Dicho código establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. También reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre sustituta o subrogada.

El Código Civil para el Estado de Tabasco contempla varios aspectos relevantes indisolubles de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, esta aproximación legal sin precedente nacional no contempla otras implicaciones de la reproducción asistida, como lo es la inseminación artificial *post mortem*, entre otras.

En México, tanto la Ley General de Salud en el título específico, como el Reglamento de la Materia, regulan la Investigación para la Salud; sin embargo, no existe referencia alguna a la investigación con embriones o el destino que habrá de acompañarles en el caso de crioconservación.

La Ley General de Salud, como lo estudiamos, se limita simplemente a definir a las células germinales como las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión, y define a éste como el producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la décimo segunda semana de gestación.<sup>85</sup>

En lo concerniente a los establecimientos que se dediquen a la extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células, así como la disposición que se haga sobre éstos, los artículos 327 y 319 de la mencionada ley, preceptúan sólo ciertas prohibiciones o limitaciones para la utilización de óvulos y espermatozoides, conforme al siguiente texto:

---

<sup>85</sup> Artículo 314 de la Ley General de Salud.

“Artículo 327.- Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de transplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.”

“Artículo 319.- Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la ley.”

Asimismo, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación establece:

“Artículo 43.- Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; *de la utilización de embriones, óbitos o fetos*; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y su cónyuge o concubinario...previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso...”

Nos cuestionamos el hecho de que una mujer, habiendo probado la expresión de voluntad de su pareja fallecida en el sentido de inseminarla con su esperma o implantar los embriones formados con el material genético de ambos en su útero, pueda imponer esta voluntad en ese sentido. ¿Sería entonces que el consentimiento otorgado puede trascender los derechos e incluso la dignidad de quien pretende ser concebido o implantado? El artículo antes transcrito pareciera precisamente habilitar a la mujer y respaldar el consentimiento otorgado para el logro de un nacimiento superpóstumo. Corremos el peligro de atribuirle al consentimiento una relevancia jurídica trascendental a fin de ser constitutivo de filiaciones especiales.

Así, la regulación en la Ley General de Salud y el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud sobre la fertilización asistida resulta general y dispersa.

Finalmente, en cuanto al destino de los embriones sobrantes de las técnicas de fertilización asistida sólo expresa en el artículo 314, fracción V de la multicitada Ley lo siguiente:

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

“V. Destino final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células..., incluyendo los embriones y fetos en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables.”

Conformes con la opinión de Ingrid Brena Sesma, la vaguedad de la terminología que este precepto legal emplea, produce al parecer más incertidumbres que aclaraciones.<sup>86</sup>

El derecho establece medios de control extraordinarios cuando surgen situaciones en las que la solución jurídica ideal pareciera perderse de vista, como lo es el caso de la procreación póstuma. En efecto, la reglamentación penal, concretamente el Código Penal para el Distrito Federal ha incluido un título de manipulación genética, y en su artículo 149, este ordenamiento expresa que “a quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes se les impondrá de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días de multa.”

Resalta aquí un cuestionamiento total. No obstante que el Código Penal para el Distrito Federal sanciona la disposición de las células germinales<sup>87</sup> en sentido contrario a los fines autorizados por los donantes, en ningún cuerpo de leyes se especifican cuáles pueden ser esos fines que los donantes son capaces de autorizar.

Como lo citamos en líneas precedentes, el artículo 327 de la Ley General de Salud prohíbe el comercio con células germinales, y el artículo 56 del Reglamento en

---

<sup>86</sup> Brena Sesma, Ingrid. Células troncales. Aspectos científicos-filosóficos y jurídicos. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pág. 187.

<sup>87</sup> Conforme a la fracción I del artículo 314 de la Ley General de Salud, las células germinales son las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.



Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos establece que las células germinales no pueden ser empleados como materia prima con fines industriales.<sup>88</sup>

Podemos entonces concluir que en nuestro país y conforme a la legislación aplicable, la inseminación artificial es considerada como un método cuyo propósito fundamental es remediar problemas de infertilidad o una abierta imposibilidad para la procreación. En ninguno de los casos deberá ser utilizada para fines distintos a la procreación.

Derivado de lo anterior, afirmamos que nuestra normatividad no contempla la inseminación artificial *post mortem* como un método alternativo para la procreación ni tampoco es específica en lo que se refiere a todas las interrogantes y situaciones que pudieran llagar a plantearse como resultado de la actividad médica en este campo.

---

<sup>88</sup> Artículo 56.- El empleo de los productos de seres humanos como materia prima con fines industriales, se ajustará a las disposiciones sanitarias que regulen el proceso de que se trate.

## Capítulo cuatro

### 4. Debate jurídico filosófico en torno a la fecundación artificial *post mortem*.

#### 4.1. Derecho a fundar una familia y pertenecer a ella.

La familia es al presente, la institución social de la cual ha dependido la existencia de toda la sociedad humana. Es la familia la célula original de la vida social. En sentido jurídico, la familia se traduce en el conjunto de personas vinculadas por el matrimonio o por el parentesco. No obstante, la familia tradicional ha evolucionado en respuesta a la revolución en los valores éticos y morales, a los problemas económicos y culturales y a los constantes cambios que hoy afectan a la sociedad.

En la actualidad, una familia o el conjunto de personas denominado como tal puede estar constituido por ambos padres o solo uno de ellos, o bien, por personas que no están conectadas biológicamente. En adición a los cambios señalados, es evidente que hoy la ciencia aumenta las posibilidades de que estos cambios y enfoques crezcan aún más.

Somos testigos de cómo cada día surgen y se desarrollan nuevas invenciones y tecnologías que afectan a los individuos y a la institución familiar. Las investigaciones científicas relacionadas con la genética han evolucionado vertiginosamente. Como resultado de los adelantos científicos y tecnológicos, al presente contamos con ya varios métodos de fecundación, los cuales en su origen buscaban asistir a aquellas parejas capacitadas para afrontar la responsabilidad de una familia y que sin embargo, no tenían la capacidad de procrear en forma natural.

Anteriormente, el padre y la madre eran de manera exclusiva quienes a través de la unión física íntima fecundaban sus células sexuales y gestaban a un niño dentro del seno familiar. Las prácticas científicas y su popularidad alcanzada han propiciado que algunos conceptos como el de madre, padre y fecundación sean redefinidos.

Actualmente es posible la separación del acto sexual y la reproducción; cabe la posibilidad de manipular y preservar embriones, como también es una realidad el nacimiento de una criatura producto de la extracción del semen de su padre muerto. De cada posible vertiente surgen nuevas interrogantes y conflictos en el ámbito ético, en el social y sin duda también en el ámbito jurídico. El tema de un pretendido derecho a la procreación (que estudiaremos más adelante), está íntimamente ligado a aquello que entendemos por familia, pues es evidente que un concepto amplio de ésta que pudiera incluir a cualquier persona, hombre o mujer, y su posible descendencia, sea por los medios que sea, supondría un criterio útil para afirmar la existencia no sólo del derecho a procrear, sino también el derecho para utilizar los medios naturales o artificiales posibles para tal fin, sin tener la necesidad de tener que constituir una pareja heterosexual.

Estas técnicas han significado esa puerta que brinda aliento a personas que anhelan ser padres, pero la escasez o falta de regulación de las mismas da lugar a la manipulación y abuso por parte de otras personas con propósitos distintos. Los nuevos conocimientos y prácticas en las técnicas de reproducción plantean múltiples interrogantes que exigen respuestas legales relacionadas con el derecho a la procreación, la filiación, la nueva estructura familiar, entre otras.

El derecho a formar una familia se ha enfocado desde el punto de vista del adulto, de las personas que consideran tener el derecho a reproducirse, lo cual sin duda ha llevado a considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. La cosificación del ser humano ha sido uno de los precios que se han tenido que pagar en beneficio de la procreación artificial.

No negamos el respeto al derecho de una mujer a fundar su propio núcleo familiar, pero sí creemos en cambio, que esa voluntad debe encontrar límites que conlleven a la formación de una familia que si bien le reviste la categoría de libertad, también tendrá que ser responsable.

Hay quienes se inclinan por sostener que no resulta lícito establecer límites a esta voluntad de procrear, sino por el contrario, argumentan que este derecho de

procreación no debe ser cuestionado si ha de ejercerse libre y responsablemente.<sup>89</sup> Asimismo, respecto a la mujer sola que ha recurrido a estas técnicas y el posible hijo así concebido, argumentan que no es viable pensar en proteger al descendiente “potencial”, pues por el hecho de ser potencial no es real, es una “inexistencia”, y resultaría desorbitado plantear que los derechos de una inexistencia (el descendiente que se desea tener, aunque ni con las técnicas pueda garantizarse que ello va a ser posible) prevalezcan sobre los de una persona (la mujer sola), que es a su vez el único sujeto de derechos. Además, argumentan que las familias monoparentales son una evidencia en el mundo entero, sin que pueda acreditarse que la socialización de los hijos sea en ellas inferior a la de los nacidos en parejas (casadas o no), pues la cotidianeidad beneficia al descendiente cuando vive en familia con solo uno de ellos, habitualmente la madre.

Este acento en la voluntad de procrear de la mujer, desde su libertad y responsabilidad, que en el fondo pareciera respaldar también la práctica de la fecundación póstuma, nos parece que ignora categóricamente la reconocida influencia del ambiente familiar sobre el menor, preferentemente respecto a su educación, esto es, su desarrollo personal, pese a cualquier teoría que hoy se pudiera desarrollar. De ahí que nos parezca que pensar en un derecho absoluto a procrear sólo atiende a una de las partes implicadas (en nuestro estudio la mujer), y se desinteresa de otras, al menos tan dignas de respeto como ella, tal es el caso del hijo. No podemos si quiera pensar que éste carece de derechos, pues le merece una tutela efectiva y un padre conocido, el derecho a educarse en igualdad con otros, ¿o es que el derecho a la mujer de procrear, es más fuerte que el derecho del hijo, de manera que llegue a limitar incluso las expectativas de un desarrollo psicológico y afectivo de éste en un entorno adecuado como lo es la familia?

Por otro lado, llegar a establecer esa dialéctica entre un ser real, dotado de existencia como lo es la mujer, frente a ese ser calificado de “potencial” y de “inexistencia” que es el hijo, le priva o por lo menos limita en mucho el debido respeto

---

<sup>89</sup> Para mayor abundamiento, véase Porras del Corral, Manuel. Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos. Ed. Caja Sur, Córdoba, Argentina, 1996, pág. 111.

que ese ser merece, al tiempo que no se tienen en cuenta los deberes que implica una libertad responsable, ni las consecuencias que el ejercicio de nuestras acciones han de generar para otros seres. ¿Es que sólo se deben tener en cuenta los derechos de la mujer y no los deberes de ésta?

Planteamientos de esta categoría colocan en entredicho elementales criterios de moralidad y racionalidad. Apenas una breve consideración axiológica nos permite ver que dichos valores en ninguna manera resultan absolutos. Si las instituciones como la patria potestad y la adopción que aparecieron en el derecho romano para beneficiar al *pater familiae* o al que no tenía descendencia que recibiera su herencia, fueron transformándose en instituciones que cada vez se preocupaban más por el bienestar de los hijos, no podemos pensar en que no exista razón para que la inseminación artificial no atienda preferentemente los derechos del menor que nazca como resultado de una inseminación artificial, por encima de cualquier otro derecho.

En estos últimos años como en ningún otro momento, se han hecho escuchar voces de mujeres exigiendo de los poderes públicos el reconocimiento de ciertos derechos, en aras del progreso -como puede ser el derecho a la libertad de procrear al que aquí nos referimos- y se les facilite a través de las nuevas técnicas el poder hacerlos efectivos.

Lo anterior contrasta con el silencio de aquéllos que no tienen voz o que carecen de portavoces eficaces, en todo caso, estamos frente a una cuestión que exige un sabio y notable equilibrio con vistas a armonizar e integrar en una solución justa los distintos intereses de las posibles partes en conflicto.

Es definitivo que el menor que nace como resultado de una inseminación artificial realizada por una madre soltera, aún con el semen de su finado esposo o pareja, nace sin padre. No podemos dejar de reconocer que existen miles de madres solteras embarazadas involuntariamente o madres viudas, pero éstas hoy experimentan circunstancias fortuitas, y no posibles tragedias que se han manufacturado deliberadamente. Nos afirmamos en lo expuesto aquí frente al hecho que pudiera resultar una contradicción jurídica y social que por un lado se permita la investigación

de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio con la indudable intención de constituir relaciones biparentales y que por otro lado se esté propiciando el nacimiento de los hijos sin padre, como resultado de las técnicas de fecundación póstumas, tema de nuestro trabajo de investigación.

No basta con que el niño se encuentre en un ambiente afectuoso. Es indudable que casuísticamente un niño nazca sin padre y que esté rodeado del ambiente adecuado para lograr un desarrollo físico y emocional favorable, pero debemos aceptar que casos aislados no pueden expresarse como reglas de carácter general. Del mismo modo, puede existir una madre soltera que agobiada por la maternidad y sin contar con la indispensable ayuda paterna, desarrolle un trato incluso hostil hacia el menor que su potestad tutela.

Particularmente, en el posible caso de la fecundación *post mortem* consideramos que el concebido que resulta de la aplicación de dichas técnicas, es considerado como un objeto de gratificación personal para la mujer que pretendiera mantener un vínculo con su finada pareja. Una de las razones de ser de la legitimación es no sólo ordenar las relaciones de los hijos con los padres, sino integrar al menor en todo un grupo familiar que lo relaciona con el parentesco tanto paterno como materno; en el caso de nuestro estudio, nos parece indudable que se le niega al menor no sólo el derecho a su padre, sino a toda la filiación paterna que con ello se deriva.

El impacto psicológico que resulta del desconocimiento de los orígenes genéticos sobre una persona sana se destacan por encima de todo cuestionamiento. Crecer en un núcleo familiar integral y estable determina también la buena sociabilización del menor. Hoy la separación de éste de alguno de sus padres, se justifica únicamente en casos de necesidad o cuando la convivencia pudiera causarle algún perjuicio mayor.

En este sentido, a la sociedad le incumbe determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco a fin de establecer los nexos jurídicos y derivar así los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos que son considerados parientes. Además, la preocupación e incluso la responsabilidad de la sociedad recaen sobre las circunstancias en que los menores nacen y se desarrollan, toda vez que esos menores,

a final de cuentas forman parte y son responsabilidad de la sociedad, razones por las cuales podemos afirmar que en el fondo subyace un interés público en el bienestar del menor, que estaría condenado al fracaso si la fecundación artificial *post mortem* encontrara las vías tanto en la legislación como en la sociedad para su práctica reconocida y autorizada.

A primera vista, pudiera parecer que el derecho debería esperar a que los propios fenómenos sociales le impulsaran a establecer el marco jurídico que regule las conductas que se generan dentro del dinamismo social y tecnológico; sin embargo, al considerar los casos que ya se han registrado dentro de otros ordenamientos legales y la aún ambigua solución que frente a ellos se ha pretendido plantear, pensamos que nuestro cuerpo legislativo puede aprovechar la experiencia de otros Estados y darse a la tarea de desplegar un esfuerzo permanente y progresivo hacia la protección y exaltación de los valores que desarrollen a la persona en su más alta expresión.

Debemos aceptar que quienes hoy tienen la facultad y responsabilidad de transmitir vida, deberán también cumplir con la elevada misión de procurar la salud no sólo física, sino también emocional -como lo es en el caso de nuestra hipótesis de estudio- dentro de un marco que favorezca su educación, la creación de una conciencia de sus deberes y derechos sociales y éticos; tarea que únicamente se podrá desarrollar dentro del sano contexto que el núcleo familiar ofrece.

Es en función de lo hasta aquí expuesto que consideramos que carece de todo sentido el sólo intento de iniciar la existencia de una persona con posterioridad al fallecimiento de uno de sus potenciales progenitores, ya que respecto a su sano desarrollo psicológico, emocional y social, no podría justificarse el concebir a un hijo deliberadamente huérfano, transgrediendo de inicio el derecho que tiene todo ser humano a nacer en un hogar con padres que han establecido una unión exclusiva, definitiva, libremente aceptada y públicamente reconocida.

#### 4.2. El consentimiento en el proceso de fertilización *post mortem*.

Sin duda alguna, la relación médico paciente ha sufrido una transformación considerable debido a diversos factores de naturaleza jurídica, científica y social, relación en la que el significado y la eficacia del consentimiento ha adquirido una nueva dimensión frente a las implicaciones de la libertad terapéutica y la responsabilidad que se deriva de la actividad médico-quirúrgica.

Actualmente en el campo de la biotecnología, resulta imposible hablar de la expresión del consentimiento sin que esté acompañado de la información médica adecuada. El consentimiento informado apunta como uno de los temas más complejos de la práctica médica. En este tema confluyen varios factores como lo son el principio de la autonomía de la voluntad, el papel de los derechos humanos, la reacción de defensa ante posibles abusos médicos, etc.

Paralelamente a la evolución científica y tecnológica, se han gestado cambios sociales en estos escenarios que han concluido en el establecimiento de una nueva relación entre médico y paciente que pasa de una relación de jerarquía a una situación de igualdad entre ambos. Esta nueva relación se desarrolla en el momento en que el paciente tiene acceso al conocimiento científico, que anteriormente parecía monopolio del médico, y que hoy se traduce en el reconocimiento de los derechos del paciente.

La confluencia de los factores anotados, junto con las nuevas jerarquías sociales y jurídicas que se establecen respecto de los derechos fundamentales, han desembocado en que las decisiones terapéuticas pasen de ser un derecho facultativo a un derecho del paciente. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad pregona que todo acto médico es moralmente aceptable, no tanto por el hecho de que se realice en beneficio del paciente, sino porque se deriva de su libre elección. Nuestra sociedad añade hoy por hoy una conciencia más profunda de los derechos humanos, de los que resulta más claro que el primer deber del médico es el respeto de los derechos y de la opinión del paciente.



El consentimiento bajo información se traduce fundamentalmente como una instancia moral antes que como una obligación jurídica, razón por la cual podrá garantizar el bien del hombre sólo en la medida en que se base en el conocimiento y en el valor de la vida humana. En esta nueva relación entre médico y paciente existe una dimensión ética en la que el consentimiento de éste no puede dejarse de considerar, y asume un significado mucho más profundo cuando el deber del médico se funda en obrar por el interés global de la persona.

Muchos han sido los autores que se han encargado de subrayar que el consentimiento del paciente debe ser informado para ser válido, condición difícil de cumplir para el paciente que por lo general desconoce la plenitud de las modalidades del diagnóstico, los riesgos, la finalidad del tratamiento propuesto, los beneficios y las posibles opciones terapéuticas.

No obstante, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, el paciente se transforma como quien asume el control y toma las decisiones. Este cambio de actitud no resulta tan simple, pues implica que el sujeto cuente con un cambio de libertad integrada por varios elementos, que en opinión de Ingrid Brena Sesma<sup>90</sup>, se resumen en los siguientes:

- Información suficiente y adecuada sobre su estado de salud y sobre las alternativas terapéuticas a su alcance, así como de sus riesgos, ya que de no ser así, se impediría el ejercicio de una verdadera elección.
- Capacidad para analizar la información y para comprender los alcances y significado de las decisiones, pues de nada serviría recibir la información si no se está en la posibilidad de procesarla y entenderla.

---

<sup>90</sup> Brena Sesma, Ingrid y otro. Segundas jornadas sobre globalización y derechos humanos: bioética y biotecnología. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, México, 2004, pág. 15.

- Contar con un equilibrio interno aceptable, el cual supone no encontrarse con trastornos depresivos o bajo sentimientos de culpa o inferioridad tan graves que obstaculicen o impidan una toma de decisión saludable.
- Ausencia de coerciones externas, cualquiera que sea su fuente, ya sea médica o que provenga de su entorno familiar o social.

Resulta claro que bajo estos supuestos, el principio de autonomía indica que el individuo, en función de los factores que constituyen su persona, como lo son su cultura, ideales, creencias y proyectos, puede tomar decisiones. Pero ¿qué sucede cuando estamos frente a la posibilidad de la inseminación *post mortem*? ¿Puede haber una manifestación de voluntad generadora de vida aún cuando aquélla se haya extinguido? ¿Se debe dejar de reconocer la autonomía de la voluntad de quien ha dejado su material genético con un fin generador de vida? ¿Es posible tomar una decisión de tal magnitud para las partes implicadas de forma anticipada y prevalecer aún después de la muerte? ¿Puede una mujer que ha perdido a su pareja contar con el equilibrio emocional adecuado y con la capacidad de comprensión necesaria para decidir concebir en forma póstuma y entender la trascendencia de una decisión de tal categoría?

Toda la doctrina ha insistido en la particular importancia que tiene el consentimiento del generador del semen en el proceso de la fecundación *post mortem*. En países como España, se ha establecido en términos generales que este consentimiento debe ser específico, indubitado, personalísimo y de naturaleza revocable. Sin embargo, en todo caso, pensamos que en los procesos *post mortem* generalmente no será posible tal revocación, porque la voluntad del premuerto, una vez muerto, es inmodificable; otra cosa sería que tras ese testamento o escritura aparezca otro instrumento en que se revoque su decisión.

Debemos insistir en el hecho de que no podemos obviar que si se permite la práctica de la inseminación *post mortem* estaríamos trayendo al mundo un niño huérfano de padre y de derechos. El problema no es la existencia de semen

congelado, sino el tratamiento o uso que se le dé al mismo, máxime con posterioridad a la muerte de su productor.

Como lo expresamos ya en el segundo capítulo de nuestro trabajo, la mayoría de la doctrina se ha inclinado por hacer depender la condición de usar el semen del esposo finado a la expresión indubitada de su consentimiento en ese mismo sentido. Sin embargo, sostenemos que no obstante que este consentimiento haya quedado expresado, no se podrán ejercer derechos hereditarios sobre el semen crioconservado, pues éste escapa a la categoría de cosa y por tanto no podrá ser objeto de apropiación sucesoria.

No obstante lo anterior, en el caso de la fecundación artificial *post mortem* a través de la implantación de embriones concebidos *in vitro* en el útero de la mujer viuda, el escenario aparece aún más complejo. Ha quedado fuera de toda objeción que en este caso no estamos frente a algo, sino a alguien; los embriones son personas. Si se les dejara vivir, el desarrollo de su personalidad encontraría serios obstáculos que ya hemos apuntado, pero ¿qué hacer con los embriones sobrantes? Se han destinado a la congelación, se han dado en adopción o simplemente se almacenan. Nos pronunciamos en contra de la concentración de personas congeladas. “En publicación reciente se ha comunicado que en un centro de fertilización en Francia hay 10,000 embriones congelados y no saben qué hacer con ellos.”<sup>91</sup>

El principio elemental de la moral y el derecho establece que hay que dar y respetar a cada quien lo suyo. Un embrión sólo tiene su propia vida y ésta tendrá que ser respetada. Son responsables de esta vida quienes aportaron los gametos y quienes los manipularon para lograr la fertilización. Argumentar la expresión del consentimiento nunca será bastante como para disponer de la vida de otra persona; vida que el derecho está llamado a tutelar.

---

<sup>91</sup> Fernández del Castillo, Carlos. ¿Embrión o persona? La bioética. Un reto del tercer milenio. Universidad Panamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, II Simposium Interuniversitario, 1ª. edic; México, 2002, pág. 124.

La expresión del consentimiento que apunta a la fecundación después de la muerte, en todo caso, no debería tener tal peso que pueda vulnerar la integridad de quien es concebido. En este supuesto, nos encontramos con que aún cuando los padres hayan recibido la información más completa al respecto, manifestar el consentimiento sobre la disposición del material genético no podría contar con el peso que tendrá la vida de la persona que se pretende engendrar. Ser padre es mucho más que ser pareja, supone asumir la responsabilidad en nombre de quien no tuvo la oportunidad de elegir la vida ni escoger a los padres. Por tanto, es nuestro deber, ante quien aun no existe, el esforzarnos para controlar lo que está en nuestras manos, impedir una realidad conflictiva y evitar que surjan elementos que atenten contra la existencia misma del individuo. Lo más conveniente sería desistir de la idea de tener un hijo mediante inseminación *post mortem*.

Respecto a contar con la capacidad para analizar y entender la información médica obtenida a fin de comprender los alcances y significados de las decisiones respecto de la inseminación *post mortem*, estamos convencidos que aun en el caso de contar con todas las condiciones ideales dentro de este supuesto (como si pudiera ser posible evaluar estas condiciones anticipadamente), que construyan el entorno del futuro hijo, no podemos dejar de calificarla como una planificación deliberada y anticipada de la orfandad, de la integración del niño en una estructura familiar constituida sólo por uno de los padres, reprobándola además, porque contraría la esencia terapéutica de estas técnicas, pues ya no se estaría remediando la esterilidad irreversible de la pareja, a menos que se dijera que el padre sigue siendo estéril puesto que está muerto, lo cual es un absurdo.

Ante la ausencia de una construcción legislativa adecuada en México respecto a este tema, suponemos que en el caso en que se llegara a permitir esta técnica de inseminación asistida (como es el caso de otros países), de acuerdo a la contundencia de las recriminaciones anotadas en los párrafos que anteceden, una ley así sencillamente multiplicaría los efectos de la orfandad.

Por último, en cuanto a que el consentimiento suponga un equilibrio interno aceptable y que se encuentre libre de coerciones externas, pensamos que tratándose de la fecundación artificial póstuma, carecería de las condiciones mencionadas, ya que el uso de esta técnica escapa definitivamente de cualquier finalidad terapéutica, puesto que a través de ella no se trata de establecer una alternativa al problema de la esterilidad de la pareja, sino de realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad, manipulando al hijo como un simple medio o instrumento en aras a la consecución de un interés personal; consentimiento en el que resulta muy cuestionable la ausencia de elementos coercitivos que lo vicien, ya que ante la expectativa de maternidad que la pareja pudiera experimentar bajo la sombra de la memoria de su pareja fallecida, el consentimiento podría resultar muy forzado y confuso.

El fundamento de la gran importancia que actualmente se otorga al consentimiento radica en la autodeterminación del sujeto, considerado como derecho fundamental en todas las Constituciones modernas. Sin embargo, la eficacia del consentimiento sólo puede expresarse mientras no se esté en aquellos supuestos en los que se entra en conflicto con otros derechos, como sucede en el caso de la inseminación *post mortem*, en el que la vida de un nuevo individuo se levanta como el bien que ha de ponderarse y que vendrá a establecer límites a cualquier tipo de expresión de voluntad que pudiera vulnerar el derecho del niño que se pretende engendrar.

Finalmente, reflexione y piense: ¿Cómo se sentiría si hubiese nacido producto de la inseminación artificial, utilizando el semen criopreservado o extraído de “su padre”, quien, previo al momento de su muerte, expresó su deseo o consentimiento de procrearlo? Desde esta perspectiva el hijo podría, en el mejor de los casos, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre.

#### 4.3. El destino de los embriones en el caso de la fertilización *post mortem*.

Una de las consecuencias más notorias de todos los cambios y avances médicos en materia de reproducción asistida es que la figura del embrión humano ha cobrado, si

es posible, mayor importancia que nunca. Si tenemos en cuenta además que buena parte de los avances de los nuevos procesos biotecnológicos implican necesariamente la utilización de células embrionarias, no es exagerado afirmar que el embrión es en realidad, el mayor afectado por el nuevo panorama científico al que debemos enfrentarnos. Ningún tema parece más estremecedor que el de los embriones excedentes.

Sin duda, la investigación está abriendo perspectivas seductoras, pero también preocupantes. Aun cuando son diversos los planteamientos y retos que la ciencia propone, muchos de ellos son inciertos frente a la gran cantidad de las interrogantes que permanecen sin respuesta. Las oportunidades son evidentes e inducen a muchos a desconocer los riesgos, pero cualquiera que sea la situación en la que nos encontremos, no podemos olvidar que la vida es un don que debe ser concebido conforme a la dignidad tanto del sujeto que la recibe, como de los sujetos que la transmiten.

Desde este punto de vista, surgen múltiples dilemas que necesitan de una adecuada respuesta normativa: ¿Cabe servirse del embrión humano para facilitar el progreso y desarrollo de la ciencia a través de su manipulación y experimentación? ¿Debe ser considerado el resultado biológico de la fusión de las células germinales humanas como un ser investido de fines, que debe ser protegido con la misma intensidad que los demás individuos ya nacidos o puede ser considerado como un mero instrumento u objeto al servicio de otros intereses?

La concepción de embriones *in vitro* ha generado un amplio y polémico debate sobre las consideraciones éticas, morales, religiosas, jurídicas y sociales, pero al mismo tiempo ha contribuido al conocimiento científico respecto de los mecanismos fisiológicos y bioquímicos relacionados con la fertilización y estados iniciales de desarrollo, que ha volcado a científicos hacia la colaboración y estudio en este campo de la medicina reproductiva.

Como lo mencionamos en nuestro segundo capítulo, la fecundación póstuma implica también la implantación en la mujer de un embrión con el semen de su esposo o

pareja fallecido, trayendo así, frente a la condición temporal del hombre, la posibilidad de prolongar sus agentes vitales más allá de su propia existencia.

La fecundación *in vitro* es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar, en principio, algunos tipos de esterilidad, aunque como lo hemos podido ver, es una técnica implicada también en los procesos de fertilización póstuma. “Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de laboratorio, cuando esto no se ha logrado por el mecanismo natural,”<sup>92</sup> es decir, se extrae un óvulo de los ovarios de la mujer para proceder luego a su fertilización con espermios del varón en un medio extracorpóreo.

Como complemento de la fertilización *in vitro*, se presenta la transferencia de embriones, consistente en trasladar uno o más huevos fecundados en medio extracorpóreo al útero de la mujer para que se inicie en dicho lugar la gestación.

Entonces, para proceder a la realización de la fertilización *in vitro*, es preciso:

- Disponer del semen de un hombre.
- Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado.
- Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación *in vitro* se produzca.

En síntesis, la fertilización *in vitro* se caracteriza porque la fecundación del óvulo se efectúa fuera del vientre materno. Más tarde, el embrión resultante se implanta en el útero de la mujer para una gestación normal. Es una procreación sin unión sexual, mediante el encuentro *in vitro* de células germinales extraídas previamente del varón y de la mujer.

---

<sup>92</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *Op. cit.*, pág. 15.

Es importante hacer notar que si bien los gametos masculinos y femeninos son preparados (pre-incubados) para su encuentro final, la fertilización es exclusivamente responsabilidad de la capacidad fertilizante de los espermatozoides y la capacidad del ovocito de ser fertilizado; pero lo que queda al margen de toda discusión es que la fertilización del óvulo *in vitro* y el crecimiento del embrión humano en el laboratorio, son ya una realidad que nos coloca en una nueva situación como humanidad.

Es frecuente que en la realización de la fertilización *in vitro* se obtengan varios óvulos fecundados (generalmente siete u ocho embriones). Sin embargo, en la práctica, no pueden implantarse más de cuatro, pues si no disminuyen considerablemente las posibilidades de un embarazo, y se aumenta el riesgo de embarazos múltiples. Los llamados embriones supernumerarios o sobrantes, se congelan.

Entonces, a partir de esta técnica se puede disponer de una reserva de embriones. Se ha comprobado que si se transfieren más embriones a la madre, existen más posibilidades de embarazo, por eso se estimulan los ovarios, para lograr así varias ovulaciones en un solo ciclo. Así se consigue recoger por laparoscopia a veces más de diez óvulos, siendo lo habitual recoger entre seis y nueve. No obstante, como el riesgo de gemelaridad es alto con la transferencia de más de tres embriones, generalmente los centros congelan los restantes para implantarlos en un ciclo siguiente. Cuando se logran más embriones, se guardan congelados para una segunda implantación, mas cuando la primera anidación es un éxito, porque se logra el embarazo, los embriones congelados resultan excesivos.

Sea el caso del logro de los embriones para una primera o para una segunda implantación, nos encontramos en el supuesto en el que el hombre que aportó el semen para que dicha fecundación pudiera realizarse con éxito muere justo antes de dicha implantación; en este momento es cuando los cuestionamientos parecen multiplicarse y aparentemente la mujer viuda cuenta con la posibilidad de mitigar el sentido de pérdida que normalmente sobreviene ante la pérdida de su pareja con la expectativa real de ser implantada con los embriones producto de la combinación genética de ambos



progenitores. ¿A quién le corresponde, desde un punto de vista ético y legal tomar la decisión acerca del destino de esos embriones? ¿Tiene derecho el embrión no implantado a ser implantado en el útero de la productora del óvulo? ¿O, simplemente, el embrión no implantado carece de derechos por sí mismos, aun cuando es objeto de una especial protección?

Mucho se ha discutido, sin poder llegar todavía a un consenso definitivo, acerca del destino de los embriones que comúnmente se les ha denominado sobrantes, supernumerarios o excedentes.

La respuesta a estas interrogantes rebasa el marco trazado por las normas civiles que reconocen un determinado estado de protección o de derechos en el concebido. Baste citar el caso de los embriones sobrantes o descartados en las técnicas de asistencia reproductiva y su conservación criogénica para un uso diferido.

En relación a esta técnica, el doctor Alberto Costoya señala que:

“...sabiendo que los embriones son una potencialidad de vida, tengo una dificultad ética para decidir cuál se traspasa y cuál se congela. Pero yo sería partidario de discutir la posibilidad de crioconservar pronúcleos. Porque en el desarrollo del embrión hay que distinguir dos etapas: la primera, en la que el espermio penetra al óvulo y aproximadamente doce a dieciocho horas después aparecen los pronúcleos, cuando los veintitrés pares de cromosomas de cada uno se ordenan frente a frente sin hacer contacto. Y una segunda etapa, en que surgen dos células diferentes, cuando se aparean los cromosomas que estaban frente a frente. Desde el punto de vista celular y del intercambio cromosómico y genético, el estado de pronúcleo es anterior a que se produzca intercambio cromosómico y surja una célula diferente. Y, por lo

tanto; congelar pronúcleos no debiera ser demasiado distinto de conservar espermios.”<sup>93</sup>

Por su parte, el doctor Ricardo Cruz-Coke considera al respecto lo siguiente:

“...no puede haber criopreservación porque queda abierto un espacio para la experimentación que desembocaría en un microaborto.”<sup>94</sup>

Sin perjuicio de las citas transcritas, somos de la convicción de que aún cuando la congelación de embriones se realice para mantener en vida al embrión, constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, por cuanto les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física, les priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna, al tiempo que les coloca en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones.

Además, este procedimiento presenta dificultades en el caso de la muerte de sus padres antes de efectuar la transferencia.

En una primera síntesis, las prácticas de experimentación –que pueden dañar o destruir al embrión-, las que suponen un retraso en su implantación, como la congelación de embriones humanos para su mera observación científica; todas estas prácticas –como el cultivo indiscriminado de embriones para, después de una selección técnica, transferir sólo los más aptos- no reconocen al embrión la cualidad de vida humana al vulnerar la inalienable dignidad de la persona humana.

La definición de la condición jurídica del embrión no toca exclusivamente a la preservación de ciertos derechos corporales fundamentales o del derecho a ser gestado y a nacer, sino que conlleva a las par importantes cuestiones de índole patrimonial que no pueden ser claramente resueltas a la luz del estado actual de la legislación.

---

<sup>93</sup> Costoya, Alberto. Embriones congelados: “Genocidio”. Ed. Época, Núm. 3.404., Año 10, Santiago, 1996, págs. 3-4.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pág. 10.

El derecho civil, y muy particularmente el derecho de familia de nuestros días se encuentra en la vertiente de una nueva concepción de los derechos de la personalidad y particularmente de los derechos corporales. En el caso que comprende nuestro trabajo de investigación, cabe preguntarse en qué medida corresponde a la mujer que sobrevive al sujeto productor de los gametos utilizados para que ésta fuera inseminada o implantada con los embriones *in vitro*, el derecho de disponer de ellos, y habiendo dado respuesta a lo anterior, cómo conciliar ese derecho con el derecho de los hijos a conocer y establecer su identidad familiar cuando con toda flagranza se les podría privar de la posibilidad de pertenecer a un núcleo familiar estable y definido. Como podemos ver, cabe cuestionarse en qué medida puede el sujeto que produjo el gameto decidir su conservación para fines reproductivos diferidos, incluso póstumos, y cuáles serían sus efectos en el orden civil. Hoy en día las técnicas de conservación de los gametos masculinos y, más recientemente, de los embriones concebidos *in vitro*, permite construir las más variadas hipótesis de modos heterodoxos de procreación.

Podríamos concluir en base a lo estudiado hasta este punto, que el gameto goza de un *status* análogo al del resto de las partes corporales, incluso cuando éste se independiza del cuerpo. Pero adicionalmente, se reconoce en el gameto una potencialidad germinal y una definición genética que trasciende a los derechos corporales de su productor biológico. En principio, este derecho pertenece a su productor biológico y sólo a éste corresponde decidir su destino. Sin embargo, no ha sido generalmente aceptado que éste sea dispuesto para fines diferentes a la reproducción humana o a la investigación dentro de ciertos límites, y en forma particular, nos encontramos con la colisión de diversos intereses y derechos cuando hablamos de la titularidad de los gametos crioconservados para su utilización posterior a la muerte de quien los produjo.

Dentro del contexto descrito en las líneas precedentes, nos enfrentamos con el complejo caso del destino que habrá de acompañar a los embriones que fueron generados *in vitro* y congelados para su posterior implantación en el útero, pero ahora de una mujer cuya pareja estable o esposo ha fallecido. ¿Tiene el derecho el *nasciturus* a ser implantado en el útero de la productora del óvulo?

Frente a la congelación de embriones, se ha presentado el grave problema de qué hacer con ellos si éstos finalmente no son implantados en la madre que reclama su implantación en su útero, no obstante la muerte de quien aportó el semen para que los embriones efectivamente pudiesen ser concebidos en medios extracorpóreos. En la práctica, existen cuatro alternativas frente a esta situación: destruirlos, usarlos para experimentación, conservarlos en bancos para fines comerciales, o bien donarlos a parejas estériles. En general, se rechazan las primeras tres posibilidades por considerarlas moralmente reprobables; y se ha estimado que la última situación, la donación, es una buena alternativa para las parejas infértiles que no han logrado producir embriones propios. En este caso, se dice que se da una suerte de adopción pre-natal. Según algunos médicos, aquí existe la ventaja de que se crean vínculos entre el padre adoptivo y el hijo desde la gestación misma.

En la primera de las prácticas reconocidas (la investigación con embriones), se plantea una problemática cuya discusión no queda limitada a las esferas científicas o médicas, sino que abarca también la filosofía, el campo jurídico, y la opinión pública en general. Es evidente entonces, que no se trata de un problema puramente ético, sino que trasciende a cuestiones básicas de la sociedad que requieren de un tratamiento público.

Por supuesto que el complejo asunto de la investigación con embriones no adquiriría una dimensión mayúscula si se pudiera renunciar a ella. En tal caso, los problemas se podrían evitar omitiendo o hasta prohibiendo incluso la investigación. Sin embargo, la praxis anuncia una realidad enteramente distinta, pues es evidente que la investigación con embriones cumple importantes funciones dentro de las ciencias médicas. ¿Estamos dispuestos a pagar como humanidad un precio tan alto por el llamado beneficio colectivo? ¿Cómo podríamos entonces juzgar el progreso científico frente a un manifiesto retroceso moral y ético?

El tremendo impacto ético que se vislumbra frente a la investigación con embriones humanos despliega una problemática de tensiones entre las oportunidades médicas que brinda y los riesgos éticos y jurídicos que no admiten fácilmente

soluciones que no son en nada sencillas. Se desarrolla así el debate en torno a la investigación con embriones y la protección que ellos merecen; dilemas que al parecer son imposibles de compatibilizar. El reto que tenemos delante se resume en hallar las reglas y los límites para la coexistencia de ambos, si fuera posible.

Es evidente que muchas cuestiones científicas sólo pueden ser estudiadas en embriones, o al menos sólo en ellos pueden estudiarse particularmente bien. La investigación con embriones ha demostrado ya su eficacia, la moderna medicina de reproducción y fertilización no estaría en su actual estado de avance sin ella. Aun cuando la investigación con embriones sólo constituye un campo apenas marginal si se tiene en cuenta la gran cantidad de proyectos de investigación dentro de la medicina, desde la perspectiva científica, renunciar a este tipo de investigación necesariamente conllevaría considerables pérdidas para las ciencias biológicas y médicas y sus aplicaciones en la medicina.

La pregunta acerca de la condición humana de los embriones, dotados de todos sus valores y cualidades personales, no es trivial y resurge periódicamente. Existe el grave peligro de que el embrión en su estado inicial no sea reconocido como ser humano pleno, en particular cuando se trata de perseguir objetivos importantes como el desarrollo de nuevas formas de reproducción, y habiendo logrado éstas, el de técnicas científicas que se traduzcan en terapias con las que se podrían curar enfermos para los que hoy no existe cura.

Hay quienes se inclinan a pensar que para poder precisar la condición jurídica del embrión humano, es necesario definir el momento en que la personalidad de éste se determina.<sup>95</sup>

El planteamiento ha desembocado en la distinción, hoy aceptada en algunos ordenamientos jurídicos, entre preembrión, y embrión humanos. En el primer caso, no obstante constituir un ser concebido, y potencialmente una vida humana dependiente

---

<sup>95</sup> Para mayor abundamiento, véase Madrid Ramírez, Raúl. La bioética. Un reto del tercer milenio. Universidad Panamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. II Simposium Interuniversitario. 1ª edic., México, 2002, pág. 99.

del proceso de implante y gestación, no suele ser considerado como sujeto activo de derechos, pero sí un bien jurídico objeto de una especial protección. Se ha sostenido que el preembrión lo constituye el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero.<sup>96</sup> De esta manera, científicamente se sostiene que hasta el día catorce no hay vida o condición humana y puede por esa razón actuarse sobre esa materia con fines distintos a la procreación. Como se puede notar, la figura del preembrión ha nacido no para promover la vida del concebido, sino básicamente para justificar su muerte o destrucción.

El dilema se centra en que el número de embriones sigue creciendo al tiempo que se levantan voces que reclaman una solución, pero sin que exista por lo menos una suspensión en la producción de embriones. Muchos son los científicos que se presentan como creadores de vida, y terminan hablando de muerte como el remedio al alcance pero fuera de toda aprobación ética y moral. Citamos las palabras de Jaime Sáinz, que al respecto declara:

Suponer que el embrión no vive propiciamente hasta la implantación, resulta tan pintoresco como sería suponer que el feto no vive hasta que respira aire atmosférico. Más claro, cuando impiden el desarrollo embrionario evitando la implantación, lo que hacen es lo mismo que impedir el desarrollo del recién nacido por falta de oxígeno y nutrición. No implantar los embriones es interrumpir el proceso que, sin ese impedimento conduciría al nacimiento de un hijo y crearlos con el conocimiento de que es probable que no se aniden es permitir la formación de embriones con un fin diferente a la procreación y, aceptarla ahora cuando se sabe que exceden las posibilidades de adopción es una ligereza.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Esta ha sido la definición que la legislación española ha desarrollado en la exposición de motivos de la Ley 35/1988.

<sup>97</sup> Sáinz, Jaime. Revista de Investigaciones Jurídicas. ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?. Escuela Libre de Derecho. Año 23, Núm. 23, México, 1999, pág. 357.

Actualmente sabemos que en el momento de la fecundación, se fijan las bases de un nuevo individuo a partir de los dos genomas del óvulo y el espermatozoide. Al ocurrir la fecundación de la célula femenina, el nuevo individuo ha quedado genéticamente determinado. Por lo tanto, no existen argumentos valederos que justifiquen desplazar el comienzo de la protección de la vida hasta un momento posterior.

En efecto, subrayamos que le cigoto, mórula, preembrión o embrión resulta ser un mismo ser, es una persona, y por el hecho de serlo goza de la dignidad que hemos apuntado a lo largo de nuestro estudio. El inicio de la vida humana no es comparable al inicio de la vida de un animal o vegetal. La persona humana no es algo, sino alguien que ha sido engendrado. Fundamentalmente, nuestro argumento sostiene que el cigoto que se forma con la fusión de los gametos masculino y femenino no es más un órgano de la mujer, sino es una vida humana desde ese momento, y somos de la convicción que el reconocimiento de la vida humana como un bien superior margina cualquier tipo de disposición sobre ella. Seguir un criterio diferente supondría ausencia de honestidad, abuso y una alarmante indiferencia hacia el futuro del embrión.<sup>98</sup>

Aun cuando el embrión depende fisiológicamente de la madre uterina, posee desde el inicio de su existencia una independencia funcional que lo diferencia de los órganos u otros tejidos del cuerpo de la mujer. El llamado preembrión, el embrión y el feto se mantienen en el cuerpo de la madre de modo temporal, de manera que el derecho de la mujer a disponer del embrión es diferente al derecho a la autodeterminación de su propio cuerpo.

El embrión en cambio, ya es considerado como feto a los fines de la protección legal como un específico sujeto de derechos condicionado a su nacimiento con vida. Algunas reglamentaciones administrativas consideran que existe feto, en sentido amplio, únicamente después de su implante.

---

<sup>98</sup> Señala Jaime Sáinz en su artículo ¿Qué hacer con los embriones sobrantes? que en al final de la década pasada, en Francia se echaron cerca de cinco mil embriones al vertedero, y que en Cataluña se ofrecían mil embriones para su adopción, mismos que nadie quiso. La adopción, en su opinión, no es ya el destino probable para los mismos, sino en definitiva la investigación con ellos.

Esta concepción nos lleva a rediscutir con mayor rigor y profundidad cuál es el verdadero *status* de la potencialidad del llamado preembrión. Nos sitúa necesariamente, en el escenario de un dilema para nada despreciable y superfluo.

Si el preembrión tiene el derecho a la vida (potencialmente) en conflicto con los derechos corporales de los productores de los gametos, pero este derecho a la vida surge de la decisión o disposición de esos agentes productores de dar lugar a la fertilización en las condiciones por ellos consentidas, la única manera de salvaguardar aquél derecho a ser implantado en el útero de la madre genética sería impidiendo la fertilización cuando el propósito sea el implante que escape al supuesto de remediar la esterilidad de la pareja, siempre que se cuente con el material genético de la pareja establecida. Esto nos conduce a pensar que es necesario aceptar que los derechos existen en la medida en que existan las condiciones de su actualidad. Los gametos masculino y femenino pueden dar lugar a un embrión, pero mientras esto no ocurra, no podemos hablar de derechos del embrión. La actualización de esa expectativa no puede tener efectos retroactivos sin incurrir, en la paradoja de la fecundación artificial póstuma.

En fin, el peligro que conlleva flexibilizar la protección de embriones en beneficio de otros objetivos muchas veces aceptados y en apariencia legítimos como lo pueden ser la cura de enfermedades o el alivio de padecimientos, es grande y está promovido por la investigación médica, de la cual forma parte la investigación con embriones. Es asunto vital tener en cuenta el riesgo que se genera al momento de valorar los objetivos que se persiguen en la investigación. Nadie pone en duda las buenas intenciones de la mayoría de los científicos; sin embargo, la ambivalencia del progreso científico determina con frecuencia que el bien esté indefectiblemente asociado con el mal.

La ciencia y la investigación con embriones encierran serios riesgos, aunque la intención sea aprovechar las oportunidades. Este doble aspecto debe considerarse especialmente en aquellas áreas en las que el ser humano mismo se convierte en objeto de la investigación, como ocurre en el campo de la investigación con embriones.



Un peligro especial de la investigación con embriones es la tentación de considerarlos como meras acumulaciones de células humanas o material biológico que podría ser aprovechado para otros fines distintos al de la reproducción. Es necesario evitar a toda costa que esto siga ocurriendo. Debemos proponernos firmemente y desde el comienzo a todo intento por debilitar la protección de la vida, que puede llevarnos a entrar en un terreno resbaladizo e incierto.

Ante el complejo dilema de los embriones excedentes debe procurarse ante todo, su implantación uterina para que desemboque en lo que naturalmente está programado para ser; aunque en el caso de la reproducción póstuma no se cuenten con las condiciones idóneas para que suceda en el escenario que privilegie el desarrollo de esa existencia, pero ante la realidad de su existencia, debería procurarse su implantación por encima de su destinación a la adopción (que es un destino más noble que el de la procuración del progreso, el bienestar o la salud de la humanidad), el congelamiento prolongado (con lo cual no dejan de ser una simple reserva de vida, que simplemente aplaza la solución real del asunto, la investigación, o en el peor de los supuestos, a su destrucción).

Pero sobre todas las consideraciones, creemos que es urgente que se regulen de manera mucho más precisa las técnicas de reproducción asistida, a través de lo cual se establezcan incluso medidas precautorias, como lo es el que se puedan fecundar sólo los óvulos que se van a anidar y lograr con ellos el embarazo, es más, fecundar un solo óvulo y anidar un solo embrión en vida de ambos progenitores, con lo que se hace posible alcanzar la procreación.

Proclamamos la necesidad de frenar la producción de embriones, que bajo el pretexto de no impedir los adelantos científicos se siguen generando, cuando en realidad debemos ponderar la vida de un ser humano que espera concluir el período de gestación.

#### 4.4. La inseminación *post mortem* como una práctica que impacta el derecho a procrear.

Uno de los mayores bienes de la humanidad lo constituye la posibilidad de transmitir vida y sin duda este valor encuentra su acción más perfecta en el amor de la pareja. Actualmente, a nadie le resulta extraño que el hombre, con todos los medios que tiene a su alcance, trate de vencer las dificultades que se presentan en el terreno de la procreación.

El tema de la procreación como nunca antes se expone como uno de los tópicos más debatidos, respecto del cual se han esgrimido varias posiciones.

Existen sectores de la doctrina que entienden que la mujer tiene un derecho fundamental a procrear. Se señala que éste es un derecho derivado de varios derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y a la integridad física. Sin embargo, este supuesto derecho se encuentra sometido a múltiples factores ajenos, condicionados por procesos de la naturaleza humana y no sometido del todo a la voluntad del hombre. Por más que el ser humano sea libre para tener relaciones sexuales, muchas veces por problemas físicos, psíquicos o de incompatibilidad no podrá engendrar un hijo.

Desde otra perspectiva, hay juristas que consideran que existe un derecho a la procreación, pero que su ejercicio adquiere un carácter mancomunado, pues por sus propias características es un derecho de procrear con alguien; es decir, el derecho existe en cada uno, pero su ejercicio está condicionado a que exista otra voluntad concordante, que aporte el otro elemento necesario, el otro gameto para que se produzca el hecho. En este sentido, advertimos que el derecho a la procreación acarrea consigo la dificultad de conciliar el derecho de la pareja o de la mujer a tener descendencia y el de los hijos a venir al mundo con las mayores garantías posibles como parte más débil que ha de ser especialmente protegida. Al tratar de conciliar el derecho de la mujer a procrear y el del hijo a venir al mundo con las mayores garantías, hay que tener presente que el hijo es un valor en sí mismo, y no un bien útil que está al

servicio de los deseos o intereses de la madre. La maternidad debe estar en función del hijo y no al contrario.

No podemos pensar que el derecho a procrear pueda resultar un derecho tan absoluto e ilimitado que pueda extenderse a prácticas como lo es la inseminación póstuma, la cual no sólo genera evidentes problemas jurídicos y sobre todo psicológicos, sino que aún desvirtúa la relación padre, madre e hijo, y lesiona el principio básico de la familia, ya que se estaría alentando el derecho a la realización de los actos propios de la generación, sin que quede comprendido dentro del contexto exigible el resultado positivo del acto reproductor.

Sin embargo, nos parece que una posibilidad que no debe ser despreciada, favorable a la inseminación artificial, sin que en ésta quede comprendida la inseminación *post mortem*, es el caso de la pareja que no puede tener hijos a través de la relación sexual, situación en la que se deberá adoptar como criterio de valoración, el bien global de las personas implicadas, privilegiando el bienestar del hijo que pueda nacer a través de una intervención de esta categoría.

Como lo hemos mencionado en capítulos anteriores, la obtención y fines del esperma depositado es un tema respecto del cual habrá que legislarse, con el fin de garantizar en lo posible la exclusión de abusos o prácticas que pongan en riesgo el bien de las partes involucradas en tales procesos, considerando que en estos casos la sola manifestación del consentimiento tendente a la práctica de la fecundación póstuma no ha de ser suficiente, pues tal como lo expresamos en nuestro segundo capítulo, la mujer no podrá argüir derechos hereditarios sobre el semen, ya que no es ésta cosa susceptible de apropiación sucesoria. Asimismo, se deberán establecer criterios que definan con mayor claridad el destino de los gametos crioconservados, pues la destrucción de los mismos tampoco nos parece que sea una alternativa que respete el libre ejercicio del derecho a la procreación y evitar así controversias futuras.

A nuestro parecer, el derecho a procrear implica la posibilidad de realizar los actos tendentes a engendrar, pero no significa necesariamente un derecho incondicional al hijo. No por ser persona se tiene derecho a un niño, sino que se tiene

la posibilidad de intentar engendrar uno. Es más, la propia noción de “derecho al hijo” es contradictoria, porque implica reducir al hijo a la condición de cosa debida y negarle su dignidad de persona. Es así como la imagen del niño que se desprende de las técnicas de reproducción artificial póstuma es la del “hijo remedio”<sup>99</sup>, producto del deseo y la tecnología. Las intervenciones artificiales sobre la procreación *post mortem*, tienden a convertir al hijo en un objeto de consumo para satisfacer diversos deseos.

Quien pretende procrear un hijo sólo por mera satisfacción biológica, emocional o egoísta sin considerar los derechos fundamentales que envisten al hijo desde su concepción, sale del contexto de la justicia y el derecho, pues pensamos que nadie puede anteponer la primacía de la generación biológica sobre la psicológica. El solo hecho de buscar un hijo a toda costa, delata la falta de equilibrio del ambiente en el que éste estaría destinado a nacer.

No se puede negar el hecho de que al pasar por alto el modo natural de inseminación, la ciencia puede proporcionar una mejor posibilidad para que la semilla del marido fertilice el óvulo de su mujer; es cierto que esto tiene que suceder en el contexto de una relación de amor marital, pero el acto físico de la unión sexual natural no parece ser una necesidad absoluta y determinante, si existe la intención y sobre todo no se pierde el sentido de una mutua relación de amor. Nos parece entonces que no puede descartarse como inmoral toda inseminación intraconyugal, máxime cuando no daña la dignidad de la persona y puede aportar un bien a la pareja y a su descendencia; sin embargo, ha de ser pensada y realizada como último recurso asistencial para la vida de la pareja.

Sin embargo, en el caso particular de la procreación artificial *post mortem*, las consideraciones señaladas en el párrafo anterior parecieran desaparecer. En este procedimiento mantener el sueño del hijo anhelado parece lícito porque es posible técnicamente, pero la procreación de un hijo por el espermatozoides de un hombre muerto cuya filiación biológica deberá ser establecida, aunque aquél no lo conozca, procede de una

---

<sup>99</sup> Tal es la terminología usada por Ingrid Brena Sesma en su obra *El derecho y la salud*.

concepción eminentemente reductora de la persona humana y de una valoración excesiva de su constitución biológica.

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

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

Entonces, se puede afirmar que no existe un derecho a la procreación por parte de la mujer. Lo que sí existe es un derecho al libre y ordenado ejercicio de la sexualidad y en este ejercicio concreto cabe o no la posibilidad de procrear.

Por su parte, el derecho al libre ejercicio de la sexualidad se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida privada, que a su vez, deriva del derecho fundamental que tiene todo ser humano al libre desarrollo de la personalidad.

El rol de las nuevas técnicas de procreación asistida es proporcionar los medios hábiles para remover alguno de los obstáculos que impone la esterilidad, pero al mismo tiempo se hace uso de tales recursos para procurarse en forma segura el resultado de la procreación, o bien se dispone y transfieren los elementos biológicos precisos para que, con la mediación o intervención médica y científica, se desarrolle la voluntad generadora en forma ilimitada e inescrupulosa. Pero no hay que olvidar que el fin no justifica los medios; y todos ellos no aparecen lícitos aunque conduzcan a un mismo resultado aparentemente legítimo.

Lo señalado adquiere plena validez en la procreación artificial *post mortem*, que escapa absolutamente a cualquier parámetro moral. Pero en definitiva, sea cual sea la amplitud de la concepción de la libertad de procreación, no puede prescindirse de una

correlativa responsabilización. Es aquí donde el derecho está legitimado para regular aquellos resultados de la voluntad de los particulares.

Sin embargo y no obstante lo señalado precedentemente, la interrogante aún subsiste: ¿Es legítimo o no tener un hijo a través de las nuevas técnicas de reproducción asistida?

Un aspecto que nos parece que no puede escapar a nuestro estudio es la posibilidad de establecer límites al derecho de procreación. En este punto se requiere un análisis exhaustivo que determine qué acciones científicas deben ser consideradas legítimas y cuáles no, y esa decisión habrá de ser sancionada, en forma conjunta, por las instituciones públicas, particularmente el Estado. Se trata, por tanto, de dar cabida a un juicio valorativo o ético, que necesariamente estará por encima de las cuestiones sobre la factibilidad técnica de los procedimientos biomédicos. De este modo, no parecerá posible autorizar el uso de las técnicas de fecundación póstuma, por cuanto el niño carecería de un entorno familiar y social seguro que le de acogida, ya que nadie puede asegurar que esas condiciones pudieran llegar a superarse.

Lo anterior es así y subrayamos que en el caso de la inseminación artificial *post mortem*, el hijo concebido a través de dicha técnica de procreación artificial sencillamente estaría al margen de cualquier garantía familiar y desarrollo personal adecuados. Es por esto que el derecho a procrear debe ser contemplado también desde un punto de vista pasivo, esto es, como una protección contra cualquier atentado contra la vida humana y no como un derecho activo a crear vida solamente. El problema entonces resulta ser el determinar si el derecho a procrear, debe prevalecer sobre otras exigencias éticas o culturales que también desempeñan un papel importante en el bienestar del niño a nacer.

Afirmamos en atención a lo expuesto que no puede plantearse un derecho a la procreación en términos absolutos, pues automáticamente se abre la puerta para establecer un criterio que conduzca a la excesiva cosificación del hijo, ya que esa marcada concepción patrimonialista, que constituye un peligro del cual hemos advertido a lo largo de nuestro estudio, se traduciría en el consiguiente derecho a tener

un hijo que ni siquiera deriva del propio vínculo matrimonial. Es el matrimonio, desde un punto de vista ético, el único vínculo del cual pudiera derivar el derecho a realizar los actos naturales aptos para la generación de un nuevo ser.

Llegados a este punto, la polémica se centra en la colisión de derechos, esto es, el del hijo a integrarse en una relación con padre y madre; y el interés de la mujer a su maternidad.

En cualquier caso, pensamos que por razón del bien del hijo es necesario postular como exigencia ética el ámbito del matrimonio como el lugar adecuado para la procreación. Esta ponderación de derechos es evidente frente a la imposibilidad de afirmar que cualquier individuo en cualquier estado civil tiene derecho a la procreación, y ello por dos razones fundamentales: por la unión indisoluble entre donación conyugal y transmisión de la vida humana, y por el bien del hijo cuya realización plena opera en el ámbito familiar. Es el bien del menor que se pretende concebir el que deberá gozar del más alto de los privilegios, pues como juristas debemos pretender garantizar el bienestar de aquél que no puede defenderse por medios o recursos propios.

#### 4.5. La dignidad humana como límite de la tecnología.

A lo largo de los últimos años, hemos asistido atónitos a la consecución de una serie de descubrimientos científicos que han cambiado radicalmente las circunstancias en las que han de desenvolverse ciencias como la medicina, la biología, o la genética. El desarrollo de las técnicas de reproducción asistida tan prometedoras han modificado sustancialmente muchas de nuestras ideas acerca de lo que es posible y lo que no lo es, siendo así que cada día resulta más complicado distinguir la realidad de la ficción.

Actualmente, en el campo de las nuevas tecnologías biomédicas, se corre el riesgo de atentar en contra de la dignidad humana, que pareciera constituir el fundamento de todos los derechos humanos. Aunque parezca una labor imposible, es absolutamente imprescindible clarificar el concepto de dignidad humana, porque sólo así podremos tener un panorama que nos permita determinar qué es ética y

moralmente posible en el campo de las investigaciones científicas en general, pero particularmente en las investigaciones cuyo objeto directo son los seres humanos.

Han sido numerosos los atentados que, en nombre de la ciencia, se han realizado contra la dignidad humana. Ha sido de manera especial en la primera mitad del siglo XX cuando la historia de la experimentación sobre los seres humanos ha tomado en ocasiones caminos contrarios a la dignidad humana, en muchas ocasiones bajo un desordenado y desmedido afán de contribuir al progreso de la ciencia o de alcanzar un protagonismo a cualquier costo, cayendo en conductas irresponsables, en otras. Traemos a la memoria los experimentos realizados en la Alemania del Tercer *Reich*, o de las víctimas en los ensayos médicos de Alabama en 1932, que constituyeron un claro ejemplo de estos abusos.<sup>100</sup>

La ciencia y la técnica médicas han sido recibidas positivamente cuando se traducen en los recursos que han ayudado a la especie humana en la tarea de la reproducción; sin embargo, en la actualidad existen un conjunto de nuevas intervenciones médicas que favorecen la transmisión de la vida humana que plantean enormes interrogantes: ¿Vale la pena favorecer tales intervenciones? ¿Es la ciencia el único criterio en el progreso humano? ¿Todo lo que puede hacerse tecnológicamente es conveniente hacerlo moralmente? ¿Puede desplegarse un quehacer científico y tecnológico aun por encima de un valor estable e inalterable como lo es la dignidad humana?

---

<sup>100</sup> En la Alemania del Tercer *Reich*, los médicos nazis que participaban activamente en los asesinatos o tomaron parte en los experimentos con los deportados clamaron por la legitimación moral de sus actos en nombre del progreso científico. Ellos pretendieron contribuir al progreso científico mediante prácticas clínicas y de investigación al servicio de una causa digna: la depuración de la raza. Hoy no sólo tenemos pruebas, sino también testimonios contundentes que nos enseñan que lo único que conseguimos como humanidad fue la degradación del ser humano y de la propia investigación científico-médica. Más tarde, a principios de los años setenta, salió a la luz una noticia que ha conmovido a la humanidad durante varias décadas: Los experimentos de Tuskegee en Alabama de 1932; durante cuarenta años, se había estado investigando en los Estados Unidos el desarrollo de la sífilis sobre un grupo que excedía los cuatrocientos negros pobres que padecían esta enfermedad contagiosa, la cual, una vez que les fue diagnosticada, fueron mantenidos sin tratamiento para estudiar la evolución de la misma en el hombre. Dejarlos sufrir y morir en nombre de la ciencia, constituyó un trato que como calificativo menos vejatorio es de atrocidad e indignación para aquellos pacientes y una inmoralidad flagrante para el autor de semejantes prácticas. ¿Qué ciencia puede justificar el sufrimiento y la muerte de los seres humanos ante la mirada contemplativa de los investigadores?



Las nuevas técnicas de reproducción artificial han demostrado su plena capacidad de afectar los componentes substanciales de la vida. La obtención de embriones en el laboratorio mediante la fecundación *in vitro* significó una verdadera revolución de la tecnología y dibujó delante del derecho el reto de encauzar de manera adecuada esa nueva realidad científica. “El espectacular logro de la biotecnología de conseguir la fecundación extracorpórea o *in vitro* del óvulo de la mujer privó al mismo tiempo al nuevo ser resultante de su protección originaria en el vientre materno y le dejó expuesto a toda suerte de manipulaciones con fines de experimentación e investigación.”<sup>101</sup> Asimismo, la posibilidad de concebir un hijo con posterioridad a la muerte es una realidad que pareciera pertenecer aún al campo de la ficción, pero cuyas consecuencias e implicaciones en nuestra sociedad son vigentes. Ante todo este despliegue tecnológico, que pareciera crecer más allá de lo que se pudo imaginar hasta hace algunos años, se hace necesaria la convicción de que tanto la ciencia como el progreso tecnológico deben quedar subordinados al más absoluto respeto de la dignidad humana como aquélla cualidad que debe ser atribuida a la persona desde el mismo momento de la concepción, y que por ello ha de ser tutelada con toda la amplitud que permite el ordenamiento jurídico.

Este esencial principio de respeto a la vida humana servirá como la premisa básica para el enfoque de todas las cuestiones que puedan plantearse en relación con las técnicas de fecundación asistida, y en especial, ante la fecundación artificial *post mortem*.

Al estudiar en nuestro primer capítulo la posición que encuentra la persona frente a las dos tendencias doctrinales que la califican como un fin o como un medio, subrayamos que la dignidad del individuo le otorga ese dominio sobre sí mismo, lo que lo convierte sin duda en un fin en sí mismo. Aun cuando puedan supeditarse unas a otras, la persona nunca debería ser reducida a un instrumento que está al servicio de otros, en atención a esa dignidad que le acompaña por naturaleza.

---

<sup>101</sup> Lanzarote Martínez, Pablo. Cuadernos de bioética. Revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica. No. 60, vol. XVII, 2ª edic., España, 2006, pág. 153.

La esterilidad sin duda es una de las grandes limitaciones que han marcado la vida de muchas parejas. Es un aspecto negativo, una carencia que no sólo tiene su impacto en el campo biológico, sino también tiene repercusiones en la vida de la pareja y en la vida social, por lo que todos los esfuerzos encaminados a vencer esta dificultad, en principio son dignos de elogio.

Es obvio que la fecundidad no se puede destacar como la única finalidad de la pareja. Cuando la procreación no es posible, no por eso la vida conyugal pierde su valor y sentido, más cuando al alcance se tiene como opción a la adopción, que perfectamente puede ser el medio para suplir la carencia de fecundidad biológica, por lo que las técnicas de reproducción asistida no se tienen que considerar como la única opción.

No obstante, la pareja que decide tratar de vencer las dificultades de la esterilidad no puede perder de vista algunas exigencias éticas que han de ser respetadas en la búsqueda por tener hijos. No existe un derecho ilimitado de todo ser humano a transmitir vida por cualquier medio y a cualquier precio.

La ciencia no puede ser el objeto de los tributos que muchos están dispuestos a pagar y que ponen en riesgo el respeto a la dignidad del hombre. El principal límite ético que encuentran la ciencia y la tecnología ante la fecundación artificial *post mortem*, es el valor que tiene en sí el hijo que se pretende. Como lo hemos anotado anteriormente, el hijo no es un bien útil que sirve para satisfacer las necesidades; más bien es un valor en sí mismo. Pensamos que es la gratitud y no la utilidad la ley en la transmisión de la vida humana.

Cuando se trata de poner de manifiesto las consecuencias de las nuevas técnicas de reproducción asistida, se debe ponderar el carácter personal del hombre y su dignidad. Consideramos que el respeto a la persona en su concepción más amplia y el carácter inviolable de su dignidad, resultan ser los límites infranqueables de la acción en cuanto a la aplicación tecnológica sobre la vida humana.

Entendemos que el principio de dignidad consiste fundamentalmente en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo y no puede ser nunca tratado como un mero objeto o medio a la disposición de los fines de otros. La dignidad de la persona describe el valor intrínseco a todo ser humano. La dignidad no es conferida por la sociedad ni por cualquier otra autoridad, por lo tanto no puede ser quitada. Sin embargo es indispensable trabajar en función de que sea respetada y en ninguna manera amenazada.

Habiendo estudiado en nuestros capítulos anteriores las implicaciones éticas, morales y filosóficas en torno a la persona, así como la necesidad de subrayar la base de respeto, consideración y particularmente la dignidad que le reviste, a fin de evitar convertirla en un medio instrumentalizable, sino apuntarla siempre como un fin, concluimos que el conocimiento del hombre acerca de sí mismo influye decisivamente sobre su modo de obrar, razón por la cual debemos reflexionar de nuevo sobre el ser humano y recordarle la nobleza de su ser.

En efecto, uno de los fenómenos más sobresalientes en la actualidad es la ambigua situación de la dignidad humana ante el quehacer científico y tecnológico. Se ha corrido el riesgo de caer en el envilecimiento, cosificación y degradación humanos, que resultan ser claros síntomas de la crisis contemporánea. Hoy en día estos atentados en contra del hombre, realizados aparentemente en nombre de su dignidad, han sido los factores que apuntan hacia el desconocimiento de ésta, pues la han hecho descansar sobre la actividad del hombre y no sobre la excelencia del hombre como tal.

El hombre es valioso en función de la consideración respecto de sí mismo, no por su utilidad o por cualidades en cuanto a ser un medio para la obtención de un fin, por noble que éste sea. El hombre se configura como un bien en sí mismo, como un valor, como un ser dotado de nobleza y dignidad intrínsecas. Esta noción de dignidad guarda una estrecha relación con la idea de la protección de la vida y la prohibición de su instrumentalización. El imperativo de la protección de la vida humana y la prohibición de instrumentalizar a la persona se desprenden de manera directa de la dignidad que le enviste. Toda violación a la protección de la vida y toda

instrumentalización es de enorme incidencia porque lesiona siempre la dignidad humana.

La recta comprensión de la procreación humana no pierde de vista los límites de lo humano, asume las carencias de la naturaleza, si bien lucha por vencerlas cuando la expectativa de éxito es razonable. Consideramos que es necesario tomar en cuenta la moralidad de la acción con que se lleva a cabo la intervención tecnológica en el caso de la inseminación artificial *post mortem*, particularmente cuando ésta pudiera llegar a lesionar, aunque sea en una mínima parte, la dignidad constitutiva del ser humano.

Las prácticas de inseminación no pueden ser consideradas desde un punto de vista exclusivamente biológico y médico, olvidando el aspecto moral y de dignidad que deben dirigir este quehacer científico. No existe razón válida, respecto a la experimentación con seres humanos, ni en la práctica médica ni fuera de ella, para transformar a la persona en un simple instrumento al servicio de otros fines que no sean los propios. El fin de la ciencia debería ser el bien del hombre; la ciencia debe estar al servicio de ese fin y no de los caprichos humanos.

En el caso de nuestro estudio, el simple hecho de que el resultado al cual se aspira se obtenga por ese camino, no justifica el empleo del medio mismo; ni el deseo, en sí muy legítimo de la mujer de tener un hijo con el semen de su fiando esposo, basta para probar la legitimidad del recurso.

Recomendamos ser muy cuidadosos y reservados con respecto a los nuevos métodos de reproducción y así como moralmente no se prohíbe el empleo de ciertos medios artificiales en casos de necesidad, pensamos que la inseminación artificial con material genético de la pareja fenecida resulta contraria a la dignidad de ambos esposos (o bien a la memoria de éste), a la vocación propia de ser padre y al derecho y dignidad de los hijos a ser concebidos y nacer dentro de un matrimonio.

A pesar del reducido número de casos, la inseminación artificial póstuma con semen congelado del marido difunto, gracias a la publicidad de los medios de

comunicación social, ha suscitado una serie de debates sobre los aspectos morales, jurídicos y psicológicos.

Sin duda reconocemos el aspecto positivo en el deseo de la viuda de tener un hijo de su esposo difunto; pero una visión objetiva y lúcida no podrá dejarse guiar por el reconocido ánimo de querer prolongar en cierto modo la vida del marido, concibiendo un hijo de él después de su muerte. Habiendo examinado las consecuencias globales de esta práctica, la realidad parece más compleja: los efectos negativos, las consecuencias no deseables para el hijo y para la madre resultan múltiples.

La aparición intencionada y programada de un niño, de entrada huérfano no tiene en cuenta sus verdaderos intereses; entra en la vida con el inconveniente de un padre ausente para siempre (y quizá pronto sustituido en la familia). ¿La imagen del padre que el amor y las palabras de la madre puedan formarle, será suficientemente fuerte como para ayudar al hijo a situarse correctamente en la vida?

Desgraciadamente, el elevado número de familias monoparentales, de hijos con sólo padre o madre, no nos parece un argumento a favor de la tolerancia de esta práctica; la existencia de estas familias por “accidente” (muerte de un cónyuge, separación, etc.) no legitima en manera alguna la creación intencionada y programada de una situación que en nuestra opinión no es la adecuada para el desarrollo armónico de un individuo. Es precisamente este el escenario en el que debemos exaltar la dignidad de la persona como el eje en torno al cual debe cuestionarse una práctica de inseminación como esta, sin olvidar lo que ya hemos señalado, que todo hombre, por el sólo hecho de serlo debe ser considerado como un fin y no subordinarlo a causa alguna si ello lesionaría este ingrediente intrínseco de dignidad, pues debe quedar claro que la dignidad de la persona supone una superioridad de ésta sobre los seres que carecen de razón o de personalidad, pero no admite discriminación alguna respecto a otros seres humanos, sino que todos los hombres son iguales en dignidad y ninguno podría subsumirse a los deseos o estrategias de otros para así cumplir sus propios fines.

Podemos afirmar que no hay momentos privilegiados en el surgimiento de la dignidad personal, sin embargo existe un momento básico y fundamental: el de la concepción de cada ser humano.

El deseo a la maternidad no justifica la forma de obtenerla, pues algunas de esas formas desintegran el mismo valor que aparentemente se persigue.

El respeto a la dignidad humana debe regir el despliegue tecnológico, a fin de respetarla y protegerla y evitar convertir la tarea científica en un factor de agresión externa que pudiera vulnerar esta dignidad, sino por el contrario, procurando crear las condiciones adecuadas para su manifestación y desarrollo.

Pero, ¿cuándo se entiende que existe una agresión o destrucción de la dignidad humana? Nos adherimos a la opinión de Martínez Morán, quien afirma:

“Se atenta contra la dignidad humana cuando se destruye la propia vida humana o cuando se viola la libertad o la seguridad de su persona. Se atenta contra la dignidad humana cuando se somete a seres humanos a esclavitud o a servidumbre, cuando se comercia con seres humanos adultos como esclavos, cuando se destruyen embriones humanos recién engendrados, cuando se comercia con tejidos humanos o con los resultados de la investigación sobre el genoma humano, por pertenecer al patrimonio de toda la humanidad; cuando se somete a torturas o a penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes a cualquier persona humana.”<sup>102</sup>

En efecto, es evidente que el ejercicio del saber tecnológico al margen de las consideraciones éticas y jurídicas plantea delante un escenario de incertidumbre y preocupación. La práctica de tareas tecnológicas y científicas que implican la generación de vida que aparentemente dependa de las manos del hombre, pueden derivar en resultados contrarios o amenazantes contra los derechos de las personas que se pretenden engendrar, o que esperan congeladas a la decisión de quien cuente

---

<sup>102</sup> Martínez Morán, Narciso. *Op. cit.*, pág. 36.

con el “poder” para determinar su futuro, poniendo así en entredicho la dignidad humana.

La ciencia no se va a detener, pero ¿podrá el hombre andar a su velocidad vertiginosa o perderá el sentido ante esta gran oportunidad que en realidad tiene, de intervenir en la cadencia de la vida? Definitivamente, la ciencia puede ser la grandeza de la potencialidad humana, o el gran momento de la necedad y de la soberbia. Depende de nosotros la orientación de su aplicación.

Estamos convencidos que el límite infranqueable a la investigación tecnológica es precisamente la dignidad de las personas. Ciertamente la excelencia del hombre, el alto valor proporcionado a la grandeza de su ser, constituye el factor para discernir lo permisible de lo que habrá que prohibirse. El respeto y promoción de la persona, el carácter inviolable de su dignidad, son los límites infranqueables del actuar científico, son la frontera insuperable de las técnicas aplicables a la vida humana. A través del desarrollo de estas ideas, hemos querido levantar, si en alguna medida fuera posible, la preocupación por el respeto y la dignidad humana en los procesos de investigación científica y las aplicaciones de las técnicas a los propios seres humanos. Nos hemos propuesto promover la reflexión y el debate filosófico y jurídico, sobre las implicaciones éticas y jurídicas de determinadas actuaciones éticas y jurídicas de determinadas actuaciones médicas e investigaciones científicas, tales como la dignidad humana en el inicio de la vida a partir de las técnicas de reproducción asistida y en concreto la fecundación artificial *post mortem*, en la que además cuestionamos enérgicamente el destino y aparente propiedad sobre quien no es capaz de defenderse por sí, pero es enteramente digno de la protección más absoluta por parte de quien debe responder a este deber, el ordenamiento jurídico.

#### 4.6. El derecho y la conciencia como parámetros de actuación.

Ante la innegable realidad en la que hoy nos encontramos, en la que las técnicas de inseminación y fecundación artificial están enteramente instaladas e incorporadas a nuestra sociedad, con regulaciones a veces más permisivas o más amplias que otras, o

incluso con una ausencia absoluta de legislación aplicable, se nos propone un nuevo dilema frente al andar de la ciencia, la que a nombre de la reproducción humana asistida, ha desplegado su actuación tecnológica en un escenario que parece no contar con los elementos o argumentos de juicios suficientes que puedan guiar o al menos dirigir esa tarea.

El actuar científico y tecnológico actuales nos han conducido a un nuevo contexto jurídico y moral, en el que los nuevos paradigmas exigen respuestas y fuentes de dirección, al mismo tiempo que derivan en nuevas interrogantes. A medida que se desarrollan las investigaciones en materia de inseminación artificial humana, se manifiesta también cada vez de forma más apremiante la necesidad de avanzar en la reflexión de los problemas morales y jurídicos involucrados. En ocasiones, de la discusión de algunos de estos casos, como los que hemos podido conocer hasta esta altura de nuestro trabajo de tesis, es posible extraer enseñanzas de carácter general que ayuden al establecimiento de nuevos y mejores criterios de actuación.

En efecto, durante las últimas décadas, la ciencia ha experimentado un avance vertiginoso con descubrimientos de vital trascendencia para los seres humanos, que han revolucionado todas las concepciones éticas y jurídicas acerca de las condiciones en que deben desarrollarse las investigaciones llevadas a cabo en las ciencias sobre la vida humana.

El progreso en las técnicas de fertilización humana asistida (como la inseminación artificial, generación *in vitro*, fecundación *post mortem*, congelación de espermatozoides y de óvulos, así como la fecundación de éstos), ha llevado a muchas familias a la esperanza y posibilidad de tener hijos, imposibles de engendrar por la vía directa de la unión conyugal, e incluso con posterioridad a la muerte de alguno de los progenitores. Pero junto con los grandes beneficios que estos progresos y descubrimientos que se suponen para la humanidad, se ha incrementado también la incertidumbre sobre los problemas potenciales que puedan afectar al propio hombre.

Nadie duda que algunas de las investigaciones se sitúan en la frontera de la ética y del derecho, generando por lo menos en alguna medida un cierto grado de oposición,



y a veces de un abierto rechazo. Efectivamente, al manipular directamente sobre seres humanos, pueden ocasionarse agresiones genéticas que lleven incluso a la destrucción de la vida humana o por lo menos a ciertos atentados contra la dignidad de la persona.

En los últimos años, hemos sido espectadores de lo que probablemente sea la revolución más trascendente para la historia del hombre. No es exagerado afirmar que nos encontramos ante una auténtica revolución de las ciencias médicas, que han lanzado un reto decisivo a la humanidad y ante el cual la ética y el propio derecho no pueden permanecer indiferentes, no pueden guardar silencio, pues no se trata de problemáticas sencillas o pacíficas que habrán de resolverse fácilmente dentro del mismo andar científico. Estamos convencidos que el juicio de la ética ha sido y sigue siendo imprescindible para cuestiones de tanta trascendencia para los seres humanos. La ética y el derecho tienen que intervenir necesariamente para iluminar el camino de los científicos.

Por estas razones, una vez más debemos plantear la interrogante, ¿todo lo que se puede hacer técnicamente se debe hacer desde el punto de vista ético y jurídico? Se trata, sin duda, del eterno interrogante sobre la relación entre la técnica y la ética, entre la ciencia y la conciencia; en resumen, entre la ciencia, la ética y el derecho.

Estos progresos a los que nos referimos, colocan al hombre ante situaciones nuevas, impensables hace tan sólo algunos años y nos obligan a dar respuestas diferentes a una nueva concepción de los valores humanos tradicionales. En ocasiones, los científicos se encuentran desconcentrados y buscan en la filosofía y el panorama jurídico una respuesta a las interrogantes que la ciencia plantea a la ética y al derecho. Pero al mismo tiempo también tenemos que señalar que la ética y el derecho tienen muchas interrogantes que plantear a las técnicas y al uso de los resultados de las investigaciones científicas.

Cabe cuestionarnos, ¿hasta dónde debe permitirse la manipulación sobre el ser humano? ¿Qué papel desempeña la dignidad humana en el debate sobre las nuevas tecnologías? ¿Pueden establecerse límites a las investigaciones médicas? La respuesta a este último interrogante es prácticamente generalizado, pues se sostiene

casi de manera unánime que la investigación científica tiene como único límite la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos.

Los frutos de las investigaciones médicas están a la vista. Pero quizá no se vean con tanta claridad las deficiencias que mueven a muchos al rechazo de determinadas investigaciones por entender que las técnicas aplicadas o los resultados conseguidos suponen un atentado contra la propia dignidad humana y suponen sujetar la tarea científica al severo juicio de la conciencia.

La conciencia es ese acto intelectual por el que es posible juzgar un hecho o conducta a fin de aprobarlo o reprobarlo. Tenemos que sostener que es en sí una actividad jurídica que procede del intelecto práctico y que determina si un acto resulta o no bondadoso, esto es, si se ajusta a los principios y valores que determinan y definen la dirección de las acciones que de la conciencia derivan.

Esta herramienta fundamental (la conciencia) se construye de tres sentidos básicos: reconocimiento de algo, conocimiento del bien y del mal, y por último el juicio o autocrítica.<sup>103</sup> Es innegable que la ruta que hemos recorrido hasta este momento nos ha permitido reconocer en la práctica a la fecundación artificial póstuma como una alternativa por la que se ha optado aunque sea en una escasa minoría, pero al mismo tiempo se destaca el terrible impacto que tiene esta práctica sobre quien es concebido, derivando al final en una condición que reduce al hombre a un simple instrumento y no en un fin ponderable sobre cualquier otro.

En efecto, la ciencia y la conciencia no son necesariamente contradictorias entre sí y para que alguien pueda actuar con conciencia, es menester que el sujeto se percate de quién es y qué es lo que está realizando. Si la conciencia es el juicio que hace el intelecto práctico para verificar si una determinada conducta se ajusta o no a una determinada ley o principio, tendremos que afirmar que sin el conocimiento de la ley o del principio la conciencia carecerá de sentido, y entonces se juzgará erróneamente por no aplicar la ley a la acción humana que se está juzgando.

---

<sup>103</sup> Casamadrid Mata, Octavio. Objeción de conciencia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, pág. 216.

El ejercicio de la conciencia implica un ordenamiento de la razón. Definitivamente, le corresponde al derecho aportar los elementos que equipen a la conciencia y la dirijan para que su actuar sea bondadoso y evitar que se caiga así en conductas que atenten contra el desarrollo, destino y fin último del hombre.

Como lo hemos podido apreciar en los aislados pero trascendentes casos que se han podido registrar, la fecundación artificial *post mortem* ha levantado las conciencias y nos ha conducido al escenario en donde los intereses individuales parecieran levantarse e incluso imponerse a los colectivos; en el caso que se estudia, lejos de lograr el correcto desarrollo del hombre, sólo lo estaría reduciendo a un medio o recurso a través del cual se pretende, entre otras cosas, la satisfacción de necesidades particulares sin ponderar la existencia de quien está por nacer y garantizar las condiciones que le permitan desarrollar en toda su dimensión la naturaleza que le es inherente.

Debemos afirmar que es indudable la necesidad de la investigación para el avance y progreso de las ciencias, pero por lo mismo, hoy más que nunca es preciso que el científico haga su quehacer tecnológico a con toda responsabilidad, sometiendo a análisis sus intenciones al formar parte en estos procesos, en donde el deseo de aumentar los propios conocimientos nunca justificará la generación de vida con la información genética de quien ha fallecido, o bien, el manejo de los embriones que ya son personas. La propia conciencia deberá sujetarse a la regla de moralidad, en tanto que en ella se asienta la capacidad de examinar el comportamiento propio y el impacto de éste sobre quienes nos rodean, a la luz de la ley, como ese elemento que ordena la razón y conlleva a conclusiones y conductas bondadosas. En otras palabras, la ciencia debiera estar siempre al servicio de la vida del hombre, para lo cual habrá de respetar las líneas de actuación que el propio derecho es capaz de establecer.

A lo largo de la historia, la ciencia y la vida se han manifestado como independientes, en un escenario donde la autonomía ha prevalecido, sin embargo, la ciencia no puede presentarse así con respecto al vivir del hombre. Ni la ciencia ni la tecnología pueden pretender constituir por ellas mismas un sentido para la vida; a la

ciencia no le queda otra opción que no sea la de subordinarse siempre a la vida y correcto desarrollo humanos. Lo anterior es así ya que si la tecnología no sirve a la vida humana, la ciencia sólo estaría colaborando a su degradación y extinción. Es claro que el quehacer científico realizado al margen de la conciencia e ignorando los lineamientos que el derecho ordena, conducirá al hombre a un absoluto fracaso.

En efecto, como en cualquier otro ámbito de la actividad humana, la actividad científica e investigadora no está exenta de condicionamientos éticos o legales. Esto se observa de manera especial en las ciencias médicas, dada la trascendencia y dignidad del objeto sobre el cual se investiga, el ser humano.

La ciencia no es autosuficiente y no es el fin en sí misma; existe por razón del hombre y para el hombre. Sin duda alguna la ciencia es además uno de los más altos logros y valores del quehacer humano, pero esta actividad del hombre nunca podrá verse desde una perspectiva que proclame su independencia respecto de los principios que el derecho pretende y debe establecer. No hacerlo así únicamente amenazaría al hombre, como lo hemos podido confirmar en el caso de nuestro estudio, en el que la fecundación póstuma pareciera escapar de los criterios morales que debe abrazar toda norma establecida por el derecho.

Hemos de reconocer que es a causa de la revolución tecnológica, a finales del siglo XX, cuando el hombre por primera vez se coloca en un papel de cuasi creador, afectando de manera especial a las ciencias de la vida, cuyas técnicas e investigaciones, por su propio objeto, no pueden llevarse a cabo de manera descontrolada sin estar sometidas a ningún tipo de limitación, pues actúan directamente sobre la vida humana.

Es cierto que el progreso técnico favorece el progreso y bienestar de la humanidad, pero no es menos cierto que se producen riesgos de carácter ético. Por ello, la investigación médica siempre ha sido reconocida como lícita y necesaria, ha sufrido vetos por diferentes motivos, y a veces hasta objeciones de carácter religiosas y éticas.

Tal como lo hemos asentado a lo largo de todo el cuerpo de nuestra investigación, tenemos noticias de multitud de experimentos de reproducción humana realizadas con un grupo especial de “pacientes” vulnerables, los embriones. Estas investigaciones son un claro atentado a la dignidad humana, pues es radicalmente inmoral investigar con seres humanos utilizándolos como medios y no como fines. Más aún puede ser inmoral experimentar sobre el hombre cuando pueda resultar peligroso para él, aunque el resultado sea útil para otros.

La conciencia moral no es ni puede ser sólo un accidente, ya que es parte de la ontología del hombre; por ello, su reivindicación y exaltación son en derecho esenciales, de lo contrario, no podría distinguirse al hombre de una máquina; el hombre no es un acto fortuito en medio de la naturaleza.<sup>104</sup> Se considera así que la fecundación artificial *post mortem* coloca al hombre precisamente en ese peligroso contexto en el que pareciera que no se ha considerado que el *nasciturus* es el sujeto en quien debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia la circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro, particularmente no convertirlo en el vehículo que pretenda satisfacer las necesidades afectivas de una mujer que anhela un hijo de su finada pareja.

Por tanto, si queremos arriesgarnos a establecer algún tipo de límite, veremos que el límite fundamental es el respeto a la dignidad humana y tal vez la finalidad perseguida con la propia investigación que ha de servir, en todo caso, para el beneficio y mejora de la calidad de vida de todos y en todos sus ámbitos. Lo cierto es que la investigación nunca será justificable si única o prioritariamente sirve para la destrucción del ser humano.

Estas son las razones por las que pugnamos plantearnos si todo lo que es posible hacer técnicamente está permitido éticamente, para evitar repetir así los terribles y dolorosos errores del pasado. El problema es por tanto, tratar de establecer qué es lo que está permitido y lo que, si llega el caso, deba prohibirse o regular las condiciones de su ejercicio, como lo es la práctica de la fecundación artificial *post*

---

<sup>104</sup> *Idem.*

*mortem*. Esta decisión nos obliga a tomar partido a sabiendas de que nuestra decisión tendrá repercusiones trascendentales en las generaciones futuras.

Como puede verse, nos encontramos ante un tema para el debate, pues la actividad investigadora, como cualquier otra actividad humana, tiene un gran potencial para promover y conseguir inmensos beneficios para el ser humano, pero también puede acarrear enormes males, por un lado la indiscutible capacidad para mejorar la vida del hombre, y por el otro, su capacidad manipuladora, al servicio de los poderes que financian las líneas de investigación y que controlan la ciencia y sus aplicaciones. Es un atentado grave contra la dignidad de toda persona, tanto como ser individual, como en su expresión colectiva el que la evolución del ser humano esté al servicio de las ambiciones personales. Todavía más grave resulta el que haya investigadores que se presten a ello.

Lo que es claro es que las nuevas tecnologías, en ningún caso, pueden volverse contra el hombre sino que deben aportar beneficios y servir a mejorar la calidad de la vida humana. No es posible olvidar que las consecuencias de la actividad científica y tecnológica, hoy más que nunca, afectan a la sociedad en su conjunto, a la humanidad entera.

Ahora bien, sin perder de vista lo anteriormente expuesto, también hay que hacer un llamamiento a la prudencia. Corremos el riesgo de caer en el extremo del desmedido y a veces irracional entusiasmo, o bien en el absurdo pánico de las prácticas científicas. Si bien es cierto que debe regularse el despliegue de las tareas tecnológicas y científicas para no caer en irresponsabilidades y en daños irreparables para la humanidad, no es menos cierto que los beneficios que de ellas podamos obtener supondrán una auténtica revolución de nuestra propia existencia, obligándonos a replantearnos múltiples aspectos de la misma, y no caer así en hacer de la ciencia el gran dios al cual habremos de rendirle tributo por el aparente poder absoluto que le implica.

De cualquier manera, en el caso concreto de la fecundación artificial *post mortem*, y con la intención de asegurar que el interés del menor prevalecerá sobre

cualquier otro, pensamos que es fundamental el diseño de un marco jurídico completo mediante el cual se apunte hacia el aseguramiento de tal derecho, que contemple todos los aspectos y efectos de la reproducción artificial póstuma, a fin de evitar las prácticas que han originado situaciones en donde se ha reducido al hombre a un medio, y con ello evitar que se deje de ver como el fin último del quehacer científico y jurídico.

## **Reflexiones finales.**

Con el progreso de las ciencias en el campo de la biomedicina y de la biotecnología, se ha posibilitado el desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción asistida, mediante las cuales el hombre no sólo ha intervenido en la esfera íntima de la pareja, sino que se ha erigido en dador de vida, en lugar de servidor de ella, sustituyendo la procreación de modo humano por una serie de artificios eficaces que desfiguran principios que se tenían por ciertos e inmutables, y provocan como contrapartida el cuestionamiento de los modelos clásicos de vida social.

Nos parece que lo señalado obedece a dos razones fundamentales. La primera es que el ser humano ha perdido su capacidad de asombro; todo lo que acontece en el mundo de las ciencias es observado con naturalidad o con normalidad, ya que todo lo que la técnica hace posible, por ese solo hecho parece lícito hacerlo; de este modo, lo que antes era sorprendente, hoy en día es rutina que sólo persigue remover los obstáculos que la naturaleza impone. La segunda de ellas es que ya no existe un horizonte humanizador, la sociedad en general niega valor a todo aquello que no encaja en los esquemas utilitaristas: los débiles, los marginados, los desvalidos, los ancianos, los embriones, todos los que estorben una existencia aplicable dejan de ser sujeto y pasan a ser objeto.

Así como avanza la ciencia, se remonta también la reflexión sobre la propia persona humana y sobre los contenidos y límites de la vida. Después de cuanto hemos dicho, y muchas otras cosas que se han escrito sobre la persona, comprendemos la dificultad para definirla. No resulta nada sencillo hacerlo, pues no podemos delimitar su realidad en una simple definición que comprenda la totalidad de sus notas esenciales, que son muchas y a la vez ambiguas, por lo que es verdaderamente difícil delimitar en una breve exposición una realidad tan extensa y rica en contenido como lo es la persona.

La persona no es algo que se pueda encontrar después de un análisis, o bien, una combinación finita de características. Suponemos que si ella fuera una suma de



cualidades, sería por lo menos en razón de su naturaleza y contenido inventariable; por el contrario, afirmamos que toda definición de persona, por razón de la profunda calidad y dimensión de su naturaleza resulta ser sólo un encomiable intento de aproximación descriptiva de algunos de los elementos que la integran. Todos los hombres somos identificados por la naturaleza que nos es común, pero dentro del contexto de igualdad que una misma naturaleza nos brinda, se destaca la unicidad de cada persona. Es por estas razones que en sentido estricto, la persona no es definible, ya que sólo se puede definir lo que integra un género, y no lo que resulta único y singular.

No podemos pretender eliminar o vetar las técnicas de reproducción asistida, pues aunque son fuente de muchas y variadas interrogantes y controversias, también sirven de ayuda y alivio para aquellos que se ven imposibilitados de procrear sin algún tipo de intervención tecnológica. Tampoco podemos obviar, sin embargo, que si se permite la práctica de la fecundación *post mortem* estaríamos trayendo al mundo un niño huérfano de padre y derechos.

En México, la Ley General de Salud de 1984 ha establecido las condiciones de atención, seguimiento y tratamiento terapéutico de los seres humanos en nuestra nación. Sobre la materia destacan dos lineamientos normativos secundarios, el Reglamento en Materia de Investigación de la Salud y el Reglamento para el Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Estas disposiciones sin embargo no han podido establecer en forma clara y puntual la normatividad que regule la práctica de las técnicas de reproducción asistida, y particularmente la fecundación artificial *post mortem*. Este vacío se evidencia aún más ante el vertiginoso desarrollo de dichas técnicas e introducen la necesidad de una regulación actualizada.

En efecto, nuestra materia invita a reflexiones éticas y sociales y ponen de manifiesto la exigencia de un marco jurídico que centre los justos términos de las actualizaciones biomédicas desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos, sin cerrar el camino al patrimonio de la humanidad que es la ciencia. En efecto, es necesario garantizar la libertad científica e investigadora, condicionándola a

los valores reconocidos en la Constitución, como son la protección a la vida y la dignidad humana, estableciendo así el marco moral y jurídico en el que, el que ha de nacer pueda contar con una política social de cuidado, de vigilancia, de desarrollo y de incorporación a la sociedad. El que la actividad científica no se desarrolle al margen de las consideraciones éticas y morales, es una conquista del mundo democrático y civilizado en el que el progreso social e individual debe estar basado en el respeto a la dignidad y libertad humanas. El Estado Mexicano deberá en todo caso, procurar una nueva legislación orientada a proteger y fomentar el desarrollo de los individuos, familias y sociedad.

No podemos pronunciarnos en contra de todas las técnicas de fertilización asistida con fines exclusivamente reproductivos -aunque en el caso de la fecundación artificial *post mortem* se evidencien razones que rebasan lo pretendido en tales casos -, pero independientemente, proponemos la creación de un centro de fertilización asistida a nivel nacional que sea capaz de coordinar tanto los candidatos, receptores y resultados en la materia, cuya tarea se centre en la supervisión de la aplicación de las técnicas de fertilización asistida, así como en la evaluación objetiva y neutra de los riesgos y beneficios de cualquier aplicación tecnológica en la materia.

La fecundación artificial *post mortem* proclama que la procreación de un ser humano ya no es resultado de una relación responsable entre dos personas unidas en matrimonio, sino que es una técnica eficaz. Con esta técnica de reproducción asistida se vulnera el orden familiar por los estragos que puede ocasionar a la estabilidad de la familia o al propio concebido de este modo, porque la participación de un gameto de quien ya no forma parte del núcleo familiar lleva a la procreación, a la reproducción.

La concepción durante el matrimonio de sus progenitores, ha desaparecido a favor de la técnica de la procreación artificial *post mortem*, debido a que como se señaló en el desarrollo del trabajo, la concepción de estos niños tiene lugar una vez disuelto el matrimonio por muerte de uno de los progenitores. La crítica que merece esta técnica es que ese anhelado deseo de la mujer de tener un hijo de su cónyuge o pareja fallecido, reduce al niño a una cosa debida, a la cual se tiene derecho echando mano de

cualquier medio para poder lograrlo. Pensar así es incorrecto porque el mero deseo no es un título que dé derecho al hijo; asimismo el ser humano, en su calidad de persona, no puede ser objeto de decisión unilateral de voluntad de otra persona, aunque sea su progenitora o progenitor. A través de esta técnica se están trayendo al mundo niños premeditadamente huérfanos, y esto no se concilia con el derecho que tiene todo ser humano a ser traído a un ambiente familiar y no desprovisto *a priori* de una de sus figuras fundamentales para su educación e inserción en el medio social.

El problema no es la existencia de semen congelado, sino el tratamiento o uso que se le dé al mismo, máxime con posterioridad a la muerte de su productor. Ser padre es mucho más que ser pareja, supone asumir la responsabilidad en nombre de quien no tuvo la oportunidad de elegir la vida ni escoger a los padres. Por tanto, es nuestro deber, ante quien aun no existe, esforzarnos para controlar lo que está en nuestras manos, impedir una realidad conflictiva y evitar que surjan elementos que malogren la existencia misma de la unión familiar. Lo más conveniente sería desistir de la idea de tener un hijo mediante inseminación *post mortem*.

En cuanto al procedimiento denominado criopreservación o congelación de embriones, en donde se almacenan seres flotando en un mundo líquido, no se corresponde con el respeto y dignidad debidos al individuo, por cuanto le privan, al menos temporalmente, de un hogar. Los embriones son seres humanos y han de ser considerados como tales, desde el momento de su concepción, acto en el cual el hombre y la mujer participan de la voluntad procreadora de quien procede toda la vida: Dios. Es más, consideramos que esta técnica debiese ser prohibida con el fin de evitar llegar a situaciones límites como lo es el qué hacer con los embriones sobrantes. Este dilema ha llevado en la actualidad a sostener tesis tan absurdas como lo son otorgar “asilo político” a los embriones por morir, donarlos a parejas infértiles, destruirlos, solicitar prórrogas en el plazo establecido en la ley a fin de dilatar el genocidio humano, etc. En fin, es una situación de dominio de una persona sobre otra persona, que es un embrión.

Asimismo, no es concebible ninguna experimentación sobre el embrión humano. Esto no es más que una masacre planificada de inocentes que carecen de poder para hacerse presentes y clamar por sus derechos.

Efectivamente, no podemos definirnos a favor de la creación de embriones sobrantes, que además actualmente no se requieren para la eficacia de la procreación. No obstante que ante la expectativa de su destrucción se ha preferido aplicarlos en la ciencia a favor del bien de la humanidad, nos parece muy cuestionable que se procure el relativo bien de la humanidad a costa de su deterioro moral evidente. El concepto de protección e investigación con embriones toca cuestiones fundamentales y rasgos básicos de la sociedad que sin duda requieren de un tratamiento público, una regulación legislativa precisa y consenso social. Resulta especialmente difícil tratar de compatibilizar la investigación con embriones y la protección debida a los mismos, lo cual confirma que una solución sólo podrá darse en el marco de los debates.

Comprobamos cómo a través de la fecundación artificial póstuma se atenta abiertamente en contra de la estructura familiar, pues la aparición de un ser humano en contextos extraños al matrimonio presenta el problema que el niño no podrá identificar claramente los roles masculino y femenino, lo cual provocará un grave trastorno en su personalidad, conjuntamente con un desorden emocional y afectivo, ya que el anteponer la primacía de la generación biológica sobre la moral y psicológica nunca conllevará al éxito de la tarea pretendida, pues expone abiertamente a que los principios de afecto y cultura sean oscurecidos por un desequilibrado afán por tener un hijo de quien ya no está vivo; asimismo producirá no sólo un ambiente poco equilibrado para la armoniosa formación de quien está por nacer, sino también el rechazo en el medio social, no apto aún para esta nueva estructura familiar.

El derecho a procrear incluye también el elemento de la responsabilidad de ser padre, que se traduce en procurar que el hijo que está por nacer, nazca de forma congruente con la dignidad personal. Esto implica evitar una visión reduccionista al deseo de quien proclama tener el derecho al hijo, sino que habrá que ponderar la dignidad del menor que se pretende procrear y asumir el compromiso de procurar las

condiciones que puedan garantizar, por lo menos en alguna medida, el correcto desarrollo integral durante toda su vida, lo cual sin duda excluye de manera clara la fecundación artificial *post mortem*. El reto es evitar considerar al hijo como un ser inferior que resulta ser más un vehículo de satisfacción a una necesidad paternal, que un ser valioso por sí mismo.

Es precisamente la referencia al mundo de los valores lo que hace del hombre un ser superior y especial frente a todos los demás seres. La conciencia que nos remite a esos valores y que es parte de la ontología misma del hombre, debe ser reivindicada y proyectada al actuar tecnológico, lo cual evitará reducir a la persona a una cosa o a un simple acto fortuito en medio de la naturaleza.

Todavía quedan muchas interrogantes. Es nuestra labor como abogados anticipar los problemas que puedan surgir y tratar de buscar posibles respuestas a estas nuevas controversias. Se tiene que buscar el bienestar de los niños producto de estas técnicas, de los padres y la sociedad en general. Esperamos haber despertado la curiosidad y el interés en el estudio de este tema y sus ramificaciones, que con nuevas invenciones, descubrimientos y técnicas se extienden de manera precipitada.

## **Bibliografía.**

### **Libros:**

- Adorno, Roberto. Bioética y dignidad humana. Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- Alkorta Idiákez, Itziar. Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado. Ed. Aranzadi, España, 2003.
- Bentham, Jeremy. Antología. Ed. Península, Edición de Joseph M. Colomer, Barcelona, 1991.
- Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.
- Brena Sesma, Ingrid. Células troncales. Aspectos científicos-filosóficos y jurídicos. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- Casamadrid Mata, Octavio. Objeción de conciencia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.
- Caso, Antonio. La persona humana y el Estado totalitario. México, 1941.
- De Pina Vara, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1956.
- Fernández del Castillo, Carlos. ¿Embrión o persona? La bioética. Un reto del tercer milenio. Universidad Panamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, II Simposium Interuniversitario, 1ª. edic; México, 2002.
- Fernández Sessarego, Carlos. La noción jurídica de persona. Ed. San Marcos, Perú, 1962.
- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa, México, 1983.
- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, México, 2005.
- Garza Garza, Raúl. Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles. Valoración moral de las técnicas y sistemas de reproducción asistida. Ed. Trillas, México, 2000.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. La fecundación *in vitro* y la filiación. Editorial Jurídica de Chile, 1993.

González Pérez, Jesús. La dignidad de la persona y el derecho. Ed. Civitas, España, 1986.

Haghenbeck Altamirano, Javier. La bioética. Un reto del Tercer Milenio. Ed. Barbero Osorio, Madrid, 1999.

Lledó Yagüe, Francisco. Fecundación artificial y derecho. Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

Madrid Ramírez, Raúl. La bioética. Un reto del tercer milenio. Universidad Panamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. II Simposium Interuniversitario. 1ª edic., México, 2002.

Martínez Morán, Narciso. Biotecnología, derecho y dignidad humana. Persona, dignidad humana en investigaciones médicas. Ed. Comares, España, 2003.

Mazeaud, Henri Léon y Jean; Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera, Volumen II, Los Sujetos de Derechos. Las Personas. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

Moreno Botella, Gloria. Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. Vol. VII, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1991.

Moro Almaraz, María de Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pág. 348.

Pacheco Escobedo, Alberto. La persona en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Panorama, 1ª edic., México, 1985.

Petit, Eugéne. Derecho Romano. Ed. Porrúa, México, 2004.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Primero: Las Personas. Ed. Cultural, Habana, 1927.

Porrás del Corral, Manuel. Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos. Ed. Caja Sur, Córdoba, Argentina, 1996.

Ramos, Samuel. Hacia un nuevo humanismo. Programa de una Antropología Filosófica. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1940.

Robertson, John. Children of Choice: Freedom and The New Reproductive Technologies. Toronto Star, Canada, 1994.

Yevenes Hervera, Claudia. Inseminación artificial e inseminación extrauterina. Alcances médicos, éticos y jurídicos. Santiago, 1995.

## Revistas y Gacetas:

Andorno, Roberto L. Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos. Núm. 26, Pamplona, 1991.

Brena Sesma, Ingrid y otro. Segundas jornadas sobre globalización y derechos humanos: bioética y biotecnología. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, México, 2004.

Córdoba, Jorge Eduardo y otro. Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes. Lecciones y ensayos 11. Ed. Alveroni, Córdoba, Argentina, 2000.

Costoya, Alberto. Embriones congelados: "Genocidio". Ed. Época, Núm. 3.404., Año 10, Santiago, 1996.

*Dead Man's Sperm Fathers Baby, Urologist Claims Birth Is a First in the United States. The Associated Press, Louisiana, 1999.*

Díaz Müller, Luis. Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.

Irizarry Pagán, Lesy Annette. Implicaciones jurídicas de la inseminación artificial post mortem. Revista de Derecho Puertorriqueño. Pontificia Universidad Católica de Derecho Puertorriqueño. Escuela de Derecho, Vol. 39, Número 1, 2000.

Lanzarote Martínez, Pablo. Cuadernos de bioética. Revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica. No. 60, vol. XVII, 2ª edic., España, 2006.

Lombardi Vallauri, Luigi. Manipulación. Genética y Derecho. Revista de Derecho Civil No. 1. Buenos Aires, Enero – Febrero 1985.

López Peláez, Patricia. Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem. Boletín de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Segunda Época, Número 6, Madrid, 1994.

M. Linden, Justice Allen, et. al., Protection of life. Biomedical Experimentation Involving Human Subjects. Law Reform Commission of Canada. Ottawa, Canada, 1989.

Panatt Kyling, Natacha. Problemática jurídica que originan los bebés de probeta. Gaceta jurídica, Núm. 58, Santiago, 1985.

Radbruch, Gustav. Filosofía del Derecho. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.



Reilly, Cynthia. Constitutional Limits on New Mexico's In Vitro Fertilization Law. *New Mexico Law Review*. *The University of New Mexico School of Law*. Vol. 24, Num. 1, Albuquerque, New Mexico, Winter 1994.

S. Knaplund, Kristine. Postmortem Conception and a Father's Last Will. *Arizona Law Review*. Vol. 46, Num. 1, Tucson, Arizona, spring 2004.

Sáinz, Jaime. Revista de Investigaciones Jurídicas. ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?. *Escuela Libre de Derecho*. Año 23, Núm. 23, México, 1999.

### **Legislación:**

Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Libuck, 2ª edic., México, 2006.

Código Civil para el Estado de Tabasco. Publicado en el Suplemento del Periódico Oficial del Estado de Tabasco el 9 de abril de 1997, cuya última reforma fue publicada el 2 de mayo de 2007.

Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Libuck, 2ª edic., México, 2006.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa, 147ª edic., México, 2004.

Ley General del Salud. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, cuya última reforma fue publicada el 19 de junio de 2007.

Reglamento en Materia de Investigación de la Salud. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987.

Reglamento para el Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de febrero de 1985, cuya última reforma fue publicada el 26 de noviembre de 1987.