



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

**“PROPUESTA PARA REGULAR EN EL CÓDIGO CIVIL DEL
ESTADO DE MÉXICO, LA VINCULACIÓN ENTRE LA MADRE
SUSTITUTA Y LA BIOLÓGICA”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
LAURA AMPARO GONZALEZ RENDON.**

**ASESOR
ASESOR: M. EN D. ISIDRO MALDONADO RODEA.**

Noviembre del 2009



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.

DIOS MIO:

GRACIAS, Y SOLO UN FAVOR
MAS, SIGUEME ILUMINANDO.

A MI MADRE:

EVA RENDON, PORQUE
A PESAR DE LAS CIRCUNSTANCIAS
SIEMPRE ME ALENTO A SEGUIR
ADELANTE Y CULMINAR CON MIS
ESTUDIOS.

A MI HIJA:

AUDREY JACQUELINE
MI TESORO, GRACIAS POR TU
SONRISA Y TRAVESURAS QUE
ME INSPIRAN A SEGUIR
ADELANTE.

CON ESPECIAL DEDICACIÓN:
A MI ESPOSO, JESUS ÁNGEL,
GRACIAS POR LA AYUDA Y COMPRENSIÓN
RECIBIDA DE TI, ORGULLOSA ESTOY DE QUE
SEAS PARTE DE MI VIDA.

A MIS SUEGROS:
PAZ Y ANGEL, CON TODO RESPETO.

A MI ABUELITA:
AMPARO CERVANTES, POR LA
DICHA DE TENERTE AÚN
ENTRE NOSOTROS, GRACIAS
POR HABERME GUIADO Y
EUCADO CON TU EJEMPLO.

A MI PADRE:

BERNABÉ GONZÁLEZ, GRACIAS
POR APOYARME EN MOMENTOS
DIFICILES DE MI VIDA.

A MI HERMANO:

LUIS ALBERTO, POR EL AMOR QUE
COMO HERMANO TIENE PARA CONMIGO.

EN MEMORIA DE:

MI ABUELO, CLEMENTE
RENDON, DONDE TE
ENCUENTRES, GRACIAS.

A MIS TIOS Y TÍAS:

ANA MARÍA, DALIA, LILIA
ISABEL, AURORA, ALBERTA, VIRGINIA,
EDUARDO, CESAR Y JOEL(+),
GRACIAS POR SUS CONSEJOS Y REGAÑOS.

A MIS AMIGOS:

RICARDO DANIEL E HILDA,
GRACIAS POR HABERME AYUDADO
EN LOS MOMENTOS DIFICILES DE MI VIDA
EN LOS QUE SIEMPRE ESTUVIERON
PRESENTES AUNQUE NO LO MERECA,
DE TODO CORAZÓN GRACIAS

**AL PRESIDENTE DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DEL ESTADO DE
MÉXICO. M. EN D. JOSE C.
CASTILLO AMBRIZ, CON MI
MAS GRANDE ADMIRACIÓN Y
RESPETO.**

AL DR. EN D. LUCAS
CON RESPETO Y ADMIRACIÓN,
GRACIAS POR TODO. . . .

A MI ASESOR:
M. EN D. ISIDRO MALDONADO RODEA.
POR SU APOYO QUE FUE DETERMINANTE
PARA LA CULMINACIÓN DE ESTE TRABAJO

A LOS MAESTROS QUE INTEGRAN EL SINODO
LIC. MARÍA MAGDALENA HERNÁNDEZ
VALENCIA.
LIC. DULCE MARÍA AZCONA FERNÁNDEZ.
LIC. JOSÉ MARTÍNEZ OCHOA.
LIC. ALFONSO ESPINOSA BENITEZ.

“UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO”
GRACIAS AL HABERME FORMADO PROFESIONALMENTE.

“FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES”
“ACATLAN”
POR LO MOMENTOS FELICES QUE PASE DURANTE MI
TRAYECTORIA DE ESTUDIANTE.

INDICE GENERAL

| | Pág. |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| INTRODUCCIÒN. | 01 |
| CAPÍTULO 1. MARCO TEORICO, METODOLOGICO, AXIOLOGICO Y EPISTEMICO. | 06 |
| 1.1 La familia. | 07 |
| 1.2 Definición de familia. | 10 |
| 1.3 Ubicación del derecho de familia. | 12 |
| 1.4 Los sujetos del derecho de familiar. | 12 |
| 1.5 Conceptos de filiación. | 14 |
| 1.6 Tipos de filiación. | 15 |
| 1.6.1 Filiación consanguínea o biológica. | 17 |
| 1.6.2 Filiación institucional o adoptiva. | 19 |
| 1.6.3 Filiación artificial. | 20 |
| 1.7 Clasificación por el estado familiar. | 22 |
| 1.7.1 Madre estéril con capacidad de concebir, con esperma del padre y óvulo de la madre, en el útero de la madre. | 23 |
| 1.7.2 Padre estéril, madre con capacidad de concebir, con esperma del donante y óvulo de la madre, en el útero de la madre. | 24 |
| 1.7.3 Madre estéril con capacidad de gestar, con esperma del padre y óvulo de la donante, en el útero de la madre. | 24 |
| 1.7.4 Pareja estéril con capacidad de gestar de la madre, con esperma y óvulo de donadores, en el útero de la madre. | 25 |
| 1.7.5 Madre estéril e incapaz de gestar, con esperma | |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| del padre y óvulo de la donante, en el útero de la sustituta. | 25 |
| 1.7.6 Pareja estéril con madre incapaz de gestar, con capacidad de concebir, con esperma y óvulo de los donadores, en el útero de la sustituta. | 25 |
| 1.7.7 Pareja fértil con madre incapaz de gestar, esperma y óvulo del padre y madre, en el útero de la sustituta. | 25 |
| 1.7.8 Madre fértil e incapaz de gestar, padre estéril con esperma del donador, óvulo de la madre, en el útero de la sustituta o subrogada. | 26 |
| 1.8 Métodos y técnicas de reproducción humana asistida. | 27 |
| 1.8.1 Inseminación artificial. | 28 |
| 1.8.2 Estimulación ovárica. | 29 |
| 1.8.3 Captura folicular. | 29 |
| 1.8.4 Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubórica de embriones. | 29 |
| 1.8.5 Fertilización in vitro (en cristal). | 30 |
| 1.8.6 Fertilización ICSI. | 34 |
| 1.8.7 Congelamiento y banco de semen. | 35 |
| 1.8.8 Donación de óvulos. | 35 |
| 1.8.9 Laparoscopia. | 35 |
| 1.8.10 Histeroscopia. | 35 |
| 1.8.11 Maternidad sustituta o subrogada. | 36 |
| 1.8.12 Fecundación posmortem. | 36 |
| 1.8.13 Clonación. | 37 |
| 1.9. Análisis Axiológico. | 41 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CAPÍTULO 2. MARCO HISTORICO. | 47 |
| 2.1 Antecedentes históricos de la procreación humana asistida. | 47 |
| 2.2 El derecho canónico y su postura al respecto. | 52 |
| 2.2.1 La ética judía. | 64 |
| CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO. | 67 |
| 3.1 Derecho Constitucional. | 69 |
| 3.2 Tratados Internacionales. | 76 |
| 3.3 Ley General de Salud. | 82 |
| 3.3.1 La Fertilización asistida en la Ley General de Salud y su Reglamento. | 85 |
| 3.3.2 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. | 89 |
| 3.4. Código Civil del Estado de México. | 90 |
| 3.5 Legislación Civil de otras Entidades Federativas. | 91 |
| 3.5.1 Código Civil del Distrito Federal. | 91 |
| 3.5.2. Código Civil del Estado de Tabasco. | 92 |
| 3.5.3 Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza. | 97 |
| 3.6 El Derecho Comparado en la Reproducción Asistida. | 101 |
| 3.6.1 Las Comisiones Especiales. | 102 |
| 3.6.2 Reino Unido. (El Reporte Warnock.). | 103 |
| 3.6.3 España. (Informe Palacios.). | 105 |
| 3.6.4 Alemania (Informe Benda 1985.). | 108 |
| 3.6.5 Estados Unidos de Norteamérica. | 109 |
| 3.6.6 Algunos casos relevantes con respecto a la aplicación de las Técnicas de Reproducción humana Asistida. | 110 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| CAPITULO 4. LA REGULACIÓN JURIDICA EN EL DERECHO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO SOBRE LA MADRE SUSTITUTA O LA MADRE SUBROGADA. | 123 |
| 4.1 La Madre Sustituta o Subrogada. | 128 |
| 4.2 La Maternidad Subrogada a la luz del Derecho Civil. | 129 |
| 4.3 Algunos casos que se han dado en la vida real. | 131 |
| 4.4 Algunos problemas que se presentan con las Madres Sustitutas o de alquiler. | 133 |
| 4.5 Regular la maternidad y de la procreaciones artificiales en la Legislación Civil en el Estado de México. | 135 |
| CONCLUSIONES. | 137 |
| PROPUESTA. | 143 |
| BIBLIOGRAFIA. | 145 |

INTRODUCCIÓN

1. OBJETIVO DE LA TESIS

En el presente trabajo de investigación se analizará el Código Civil del Estado de México, en el apartado correspondiente, para proponer una regulación jurídica, que nos permita resolver conflictos cuando se susciten entre las madres: genética y la madre sustitutas o subrogada.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En una sociedad tan compleja como la que nos ha tocado vivir, en la que el avance tecnológico parece no tener fin, en la que en un instrumento tan pequeño como una cabeza de alfiler se puede almacenar tanta o más información que la contenida en cientos de bibliotecas juntas, en la que la prisa parece marcar todos nuestros actos, cabe detenerse a reflexionar y preguntarnos hacia dónde nos dirigimos y, principalmente, hacia dónde se orienta la familia. ¿Está la familia protegida adecuadamente ante los nuevos avances tecnológicos? ¿Tienen el derecho al honor y a la intimidad un debido resguardo en el México de hoy? ¿Está claramente delimitado el ámbito de lo público y lo privado?

Si bien en el ámbito de la familia el Ordenamiento jurídico ha encontrado mayores dificultades que en la regulación de las relaciones estrictamente patrimoniales, no podemos desconocer que el Derecho como instrumento de ordenación social es una herramienta

tremendamente necesaria en la protección de la familia ante los peligros que la amenazan, y que, dicho sea de paso, ella por sí sola ya no es capaz de enfrentar.

En épocas no muy lejanas, la familia pudo resguardarse directamente de los problemas que la afectaban, así, el tipo de educación y de religión que se entregaba a los hijos, los deberes de fidelidad entre los cónyuges, el derecho de corrección de los padres, el régimen de bienes del matrimonio, eran materias que en buena parte quedaban sujetas al acuerdo de los contrayentes. El derecho se contentaba con tomar una posición más bien pasiva y de ayuda a las parejas cada vez que las diferencias escapaban de su control (rupturas matrimoniales, custodia de los hijos, asignación de los bienes, etc.) Pero hoy la situación es tremendamente diferente.

Actualmente nos encontramos, que los matrimonios que no tenían posibilidad fisiológica de procrear hijos, ya pueden buscar vías nuevas para obtener descendencia a través de la intervención procreadora de una tercera persona fértil que actúa como progenitor “prestado”, muchas veces pagado, con base en un contrato correspondiente, de modo que así se sustituye la parte matrimonial estéril con ayuda de dicha tercera persona, situación que en varias legislaciones civiles en México todavía no se encuentran reguladas debidamente, y menos en nuestra legislación civil, ya que en caso de que la madre sustituta no quiera devolver el hijo a los padres biológicos, que validez se podría dar al contrato o que acciones se pueden invocar para que los padres biológicos recuperen a su hijo. Lo anterior nos permite reflexionar, por

lo que en la presente investigación se buscara y propondrán alternativas jurídicas, para regular, este tipo de problemas familiares.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. ¿La mujer que hubiese dado a luz un hijo, que genéticamente no sea de ella, tendrá la obligación de entregar dicho hijo a las personas que hayan pedido una procreación artificial a dicha mujer?
2. ¿Si la mujer hace tal entrega tendrá derecho posteriormente a exigir la devolución del hijo?
3. ¿Si se firma un contrato para que una vez que nazca el hijo sea entregado por la mujer que dio a luz y que genéticamente no es de ella, y una vez nacido el hijo ésta no quisiera hacer entrega a los padres biológicos, como se haría valido el contrato y que acciones se invocarían, para que los padres biológicos recuperen a su hijo?
4. ¿Si el hijo resulta genéticamente del óvulo de otra mujer (madre del óvulo), se puede presumir a ésta como madre, y no a la madre de gestación?
5. ¿El Derecho Civil, a quien le deberá otorgar el derecho de maternidad, a la madre que da el óvulo o a la madre de gestación?

4. HIPÓTESIS DEL TRABAJO

Cuando una madre gestante, procrea un hijo que genéticamente no sea de ella, tendrá la obligación de entregarlo a la madre biológica, quien pidió una procreación artificial a dicha mujer; por lo tanto el Derecho Civil del Estado de México, debe tutelar el derecho de la madre biológica de recuperar a su hijo, y la madre gestante debe estar obligada, una vez que nazca el hijo a entregarlo inmediatamente a los padres biológicos.

5. MARCO METODOLOGICO

Para demostrar las hipótesis planteadas se pretende desarrollar el presente trabajo en cinco etapas básicas:

- a).- Recabar información bibliográfica relativa al tema de investigación.
- b).- Obtener información de fuentes diversas o bibliográficas por internet.
- c).- Análisis y redacción de los temas y subtemas del esquema de trabajo.
- d).- Presentación para su revisión del tema de tesis.
- e).- Redacción del documento final.

6. ESTRUCTURA DE LA TESIS

Este documento se compone de cuatro capítulos, que enseguida se describen:

En el **capítulo primero** se realiza un análisis de los conceptos y definiciones básicas que componen el Marco Teórico, Metodológico, Axiológico y Epistémico del objeto de estudio.

En el **segundo capítulo** se hace una reseña histórica para conocer como se ha desarrollado a través de los años la procreación humana asistida.

En el **capítulo tercero** se presenta el marco jurídico, para conocer diferentes criterios jurídicos, sobre procreación asistida en México y en el ámbito internacional.

En el **capítulo cuarto** contiene algunos criterios personales y jurídicos, para regular la participación de la madre genética y sustituta y biológica en la Legislación Civil del Estado de México.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEORICO

En el presente capítulo, sólo nos incumbe aquella fase de la vida, en la cual debemos nuestra existencia; nos referimos desde luego, a la reproducción y aquellos lazos o vínculos que se crean entre los progenitores y el hijo producto de esa relación, es decir, el parentesco y la filiación.

Sin embargo, decidir analizar o estudiar cuestiones tocantes a la filiación, primordialmente la resultante de la fecundación humana asistida, deriva como una tarea compleja, pues a través de ello, se hace necesario mencionar cuestiones inherentes a la familia y, es ahí, donde pueden surgir situaciones que afecten a la pretendida investigación científica o análisis crítico y propositivo; asimismo considero ineludible enfatizar que no se pretende afectar ninguna competencia sobre este terreno o aspecto, sino que por el contrario, lo que se aspira es proporcionar una sólida garantía a las familias compuestas por miembros que deben su existencia a través de las técnicas de procreación humana asistida, al igual que las familias constituidas por individuos procreados de manera natural, esto es, por medio del mecanismo biológico mediante el cual una pareja de seres humanos concibe a otro ser humano a través del débito carnal.

En consecuencia de lo anterior, se estima imperioso abordar en primer término y por cuestión de orden, temas torales sobre la familia y el

derecho familiar así como su importancia en nuestra sociedad, para dar sustento al objeto de mi estudio, y así, de manera secuencial, proceder al establecimiento sobre los diversos conceptos de filiación, lo cual, nos permitirá arribar a la conformación de una definición nítida sobre esta cuestión.

1.1 LA FAMILIA.

La palabra familia tiene una connotación restringida a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo. En este sentido se puede hablar de la “familia doméstica” en oposición a la “familia gentilicia”. Como una huella de la antigua gens romana, el concepto de familia doméstica es amplia en manera que puede quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y de los descendientes inmediatos de éstos (nietos), aunque no vivan en la misma casa.

Prescindiendo de esta distinción histórica sociológica, conviene advertir que tanto en la antigua familia gentilicia como en la familia doméstica moderna las nociones de parentesco, solidaridad y afecto aparecen de una manera constante a través de las diversas etapas del desarrollo de la familia, desarrollo que comprende miles de años.

En efecto en el largo proceso del desarrollo de familia, esos tres datos aparecen desde los orígenes de la familia, en tal forma que se fue requiriendo la permanencia del grupo por ellas unido y la existencia de

alguna forma del matrimonio por grupos que sustituyó la promiscuidad sexual que primero existía entre varones y mujeres de las hordas trashumantes que hace millones de años poblaban gran parte de la corteza terrestre entonces habitable. En aquellas etapas de la historia de la humanidad, esas manifestaciones del instinto sexual no permitía siquiera concebir al grupo familiar como unidad orgánica, mas haya de la horda. En opinión de Federico Engels, el proceso evolutivo de la familia “ en la historia primitiva, consiste en estrecharse constantemente el círculo en el cual reina la comunidad conyugal entre los dos sexos y que en su origen abarcaba la tribu entera”. Milenios después en la aparición de la tribu y mas tarde en la gens, encontramos un principio de organización rudimentaria que rige la costumbre de los integrantes y constituye el germen de la familia primitiva, que dota al grupo social así constituido de una rudimentaria estructura y solidez partiendo de la idea de “tótem” o antepasado común de los miembros del grupo de donde se originó el concepto de parentesco acompañado de un conjunto de prohibiciones (tabús), entre los cuales se contaba la prohibición de la unión conyugal entre los varones y las mujeres de la misma tribu, por considerar que descendían de un mismo animal totémico. El apareamiento debía efectuarse ya por raptó, ya por compra entre los varones miembros de una tribu y las mujeres pertenecientes a otra.

En esa manera aparece un dato fundamental, a saber: la creación de la costumbre sobre el apareamiento sexual por medio del matrimonio y la relación de los progenitores con la prole, para formar el vínculo jurídico de la filiación y la constitución de la familia consanguinea.

El orden familiar encuentra su fundamento y su razón en la concepción de la vida, como se desprende de estos hechos elementales, a saber: el instinto sexual y la perpetuación de la especie como elemento que se presenta en la unión conyugal. “la diferencia de sexo es la diferencia natural mas profunda que existe entre los seres humanos. Va unida a un elemento fundamental de la naturaleza humana, de tal riqueza y de aplicaciones tan múltiples, que resulta difícil formular de modo preciso y completo; por eso dice leobrecq, nos inclinamos a calificarlo de misterio, misterio del hombre”.

Debe observarse que tanto la familia totémica primitiva y la familia gentilicia prehistórica, así como la familia domestica romana, presentan una característica de orden religioso: el tótem el antepasado común legendario, y los dioses lares o petales de la familia romana, a los que los miembros del grupo debían rendir culto en diversas formas. A la presencia de este ingrediente religioso claramente acusado en estadios muy evolucionados de la familia e incorporado como un elemento fundamental en la estructura de la familia moderna, se une el dato ético como un principio en que descansan los deberes y las facultades que el derecho impone a miembros del grupo familiar (cónyuges, progenitores e hijos.) Por ello, en muchos casos esos deberes carecen de coerción para su cumplimiento y de la posibilidad de que puedan hallar eficaz cumplimiento mediante el pago de daños y perjuicios (sirva de ejemplo el deber de respeto de los hijos hacia los padres, la patria potestad, la prestación de débito conyugal, el deber de cohabitación entre los consortes, etc).

1.2 DEFINICIÓN DE LA FAMILIA

La familia se ha revelado como una realidad orgánica que al igual que la Ley ha evolucionado en el dominio de la familia, reduciendo el círculo de ella, limitando el orden natural de las cosas, de los padres y de los hijos.

La familia es, aun actualmente, no un conjunto de personas y voluntades individuales agrupadas arbitrariamente, sino un don de la naturaleza, que se impone y traduce en un organismo especial de contornos precisos, animando una vida colectiva propia, de la cual participan necesariamente, tanto nuestra condición física y patrimonial, como nuestra existencia moral.

Los diferentes conceptos de Familia y el Derecho, se integran de tal manera que todos juntos forman lo que se conoce como "Derecho de Familia", parte del Derecho Civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar.

De esta manera podría definir al Derecho de Familia como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato; la procreación de los hijos por la institución de la filiación.

De éste modo, el Derecho Civil regula la Constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros, manejando en sentido objetivo el conjunto de reglas que servirán para la existencia o disolución de la familia tanto de origen matrimonial como

extramatrimonial y en el sentido subjetivo que es el derecho que a ésta le toca desenvolver en la vida.

De igual forma, el diccionario de la Real Academia Española, define a la familia como un *grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*; o bien, como el *Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*.

Igualmente, entre otros conceptos equivalentes, se puede decir que en sentido muy amplio, ¹la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad, por lejano que fuere. Esta noción por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos. Estos pueden percibirse en el campo de la sociología, en la medida en que son el fundamento de ciertos vínculos de solidaridad o en el ámbito de la psicología, por los sentimientos de efecto que esa situación crea. Se informa así la idea de la familia en sentido amplio que coincide con el concepto de la gens (linaje).

De ésta forma el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos. Para que sean así considerados se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

Derivado de lo anterior y examinando la composición de una familia, se descubre una diversidad enorme; aparentemente todas ellas son

¹ ENGELS, Federico, Origen de la familia, de la propiedad privada y el Estado, Ediciones Frente Cultural, 1980.

semejantes ya que los elementos iniciales siempre son los mismos Padre, Madre y luego hijos.- parentesco por afinidad, consanguíneo o civil. Dentro de este esquema, que sirve de base se muestra una verdad casi abierta al infinito de posibles relaciones.

El término familia tiene diversas acepciones, pues su significado dependerá del ángulo con el cual uno se coloque reflexionando científicamente sobre ella como la Institución o célula básica de la sociedad.

1.3 UBICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Dentro del Derecho Civil situamos al Derecho de Familia, en el campo del Derecho Privado; no pasa desapercibido la existencia de autores que opinan que existe una afinidad indudable entre el Derecho Público y el Derecho Familiar, empero, éstos no se atreven a afirmar que el Derecho de Familia sea propiamente Derecho Público asignándole un puesto entre éste y el Derecho Privado, sin embargo, atendiendo a la separación clásica del derecho que hace Ulpiano desde la antigua Roma, el derecho familiar, se ubica dentro del derecho privado.

1.4 LOS SUJETOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Los sujetos del Derecho de Familia son sin lugar a dudas los parientes por virtud de matrimonio, entre el marido y los parientes de su mujer y

entre ésta y los parientes de aquél, por consanguinidad, afinidad o adopción.

Se debe mencionar a los concubenarios, en algunos sistemas como el nuestro en donde se les reconoce este carácter a los sujetos que intervienen como personas físicas; tenemos la injerencia de algunos órganos estatales como ocurre en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela.

Dentro de los objetivos jurídicos que los cónyuges deben tener cuando pretenden procrear hijos, son el conjunto de derechos y obligaciones que recíprocamente la Ley les confiere e impone derivado de las relaciones paternas filiales.

Existen los supuestos jurídicos, que son las personas que ejercen la patria potestad, dentro del parentesco se originan relaciones específicas impuestas por la misma entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos; sujetos especiales que deben diferenciarse de los parientes en general ya que sus derechos y obligaciones no son los mismos que de una manera general determina el parentesco.

Como nuevos sujetos, se considera a los Tutores e Incapaces, personas que por su incapacidad y privación de inteligencia o afectados en sus facultades mentales, originen que el Derecho Familiar regule relaciones específicas mediante la Institución de la Tutela.

En relación con la tutela misma se hace necesaria la intervención de otros sujetos que cumplen funciones especiales, con la intervención

del Estado en la organización jurídica de la familia: Curadores y Tutores.

1.5 CONCEPTOS DE FILIACIÓN

En primer término, debemos establecer que el vocablo Filiación proviene del latín *filatio-onis*, de *filius*, hijo²; pues es bien sabido, que ésta surge de la relación que de hecho y por razón natural existente entre el padre o la madre y su hijo.

De donde se sigue que, existen diversas significaciones sobre dicho término, estableciendo al efecto, las subsiguientes:

Relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas de series o grados. Es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro. Es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada. Medio para determinar las relaciones de parentesco en sus líneas ascendentes y descendientes. Relación de parentesco existente entre la llamada "prole" y progenitor. Relación natural y jurídica que une a las personas. Relación natural de descendencia existente entre padres e hijos. Relación existente entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas de series de grados [Planiol.]³.

² Libros Técnicos, Gran Diccionario Jurídico de los Grandes Juristas, 1999, p. 530

³ Idem.

El vocablo filiación, en nuestro derecho positivo, tiene dos connotaciones trascendentales que resultan ser:

La Filiación en sentido amplio o lato sensu.- Que es aquél que comprende el vínculo jurídico que existe entre los ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos y en línea descendente hijos, nietos bisnietos, tataranietos y choznos (cuarto nieto, o sea hijo del tataranieto⁴.

La Filiación en sentido estricto o lato strictu.- Que abarca la relación de derecho que existe entre el padre o la madre y su hijo⁵.

Así pues, podemos asumir que la filiación implica el conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el progenitor y el hijo, que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico, que es el parentesco; de ahí, se deduce que resulta importante destacar en el siguiente apartado, las diferentes especies de filiación.

1.6 TIPOS DE FILIACIÓN

Como sabemos, las relaciones familiares con especial atención al menor, se dan en torno a los deberes y derechos del padre y de la

⁴ OGARRIO SAUCEDO, Guillermo A., Op. cit. p. 1

⁵ Idem.

madre, los cuales para su debido ejercicio requieren, primero, que éstos se identifiquen, tanto en lo jurídico como en la práctica social y de convivencia de pareja, en una situación de igualdad y responsabilidad frente a ellos y que en su ejercicio consideren el interés superior del niño. La filiación, además de proporcionar identidad al menor, también implica las responsabilidades de guarda, crianza y educación de éste. Por lo anterior, ésta no debe de estar sujeta a condiciones que no atañen a los hijos, sino que es necesario entender que se crea tal vínculo, esté o no casada la pareja, y que a partir de esta unión, surge una obligación conjunta para con el menor hijo.

La clasificación que a continuación se hace en relación a la filiación, se dá respecto de la condición del nacimiento de los hijos o del estado civil de los padres.

Así, tenemos que en la Legislación Civil para el Estado de México específicamente en el dispositivo legal número 4.117, se establecen, cuáles son las clases de parentesco que la Ley reconoce, siendo éstas, las siguientes: *consanguinidad, afinidad y el civil*.

Sin embargo, la doctrina distingue tres grandes especies de filiación que son: *la consanguínea o biológica, la institucional o adoptiva y la artificial*. Siendo éstas las que serán objeto de pronunciamiento dentro del presente capítulo.

1.6.1 Filiación consanguínea o biológica.- Por lo que hace a la filiación denominada consanguínea o biológica, ésta se explica como la que nace entre padres e hijos, cuando éstos últimos son concebidos durante el matrimonio, no bastando para considerarlos como tales el que naciera durante el matrimonio, pero sí el que lo hicieran después de que se disolviera el vínculo matrimonial, siempre que hubiera sido concebido mientras existió la unión matrimonial.

Ello, se encuentra previsto en el artículo 4.118 de la Ley Sustantiva Civil en comento, que refiere: *“El parentesco consanguíneo es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor”*.

A su vez, de la filiación consanguínea o biológica, se segrega otra categorización, que es la siguiente:

- * **Filiación Matrimonial o legítima; y,**
- * **Filiación Extramatrimonial o ilegítima.**

Respecto de esta clasificación y por cuanto hace a la filiación matrimonial o legítima, se puede definir como aquella que se produce a través del vínculo jurídico que surge entre el hijo concebido en matrimonio y sus progenitores; ello es así, pues la multicitada Legislación Civil, en el artículo 4.118, establece: *“El parentesco consanguíneo es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor”*. Del mismo modo, en el artículo 4.147, se dispone textualmente: *“ Se presume hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: 1.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados*

desde la celebración del matrimonio; II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte”.

Por lo que hace a la filiación extramatrimonial o ilegítima, es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio; para ello, se distinguen tres posibles formas de filiación, que según estimo atentan contra la dignidad y el valor de la persona humana, además de que por tales motivos, deterioran la calidad de vida de los menores nacidos en estas circunstancias; clasificación que se puntualiza en: *simple, adulterina e incestuosa*.

Ahora bien, de estas tres posibles formas de filiación extramatrimonial, podemos decir que en cuanto a la primera de las citadas, esto es, la simple, se materializa en el hijo concebido cuando la progenitora no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no había ningún impedimento que originara la nulidad del matrimonio, de haberse celebrado.

Por lo que hace a la filiación extramatrimonial denominada adulterina, se origina cuando el hijo es concebido por la madre cuando ésta se encuentra unida en matrimonio y el padre es distinto del cónyuge, o bien, cuando el padre es casado y la madre no es su consorte.

Por último, en relación a la filiación extramatrimonial de carácter incestuosa, se configura cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio, sin celebrarse éste.

1.6.2. Filiación institucional o adoptiva.- Esta clase de filiación denominada institucional o adoptiva, es la que proviene de la adopción, la cual es considerada como el acto jurídico celebrado entre persona capaz y el representante del menor, en donde la intervención judicial, crea un vínculo de filiación y parentesco entre el adoptante y adoptado.

Al tópic, se menciona que la adopción puede tener lugar de tres maneras: *simple, plena o internacional*.

La primera de ellas, se puede definir como el vínculo jurídico existente entre el adoptante o adoptantes y el adoptado, sin que se establezcan relaciones de tipo familiar entre los familiares del adoptante con el propio adoptado, esto es, que el parentesco que nace de esta clase de adopción, se limita a las personas de los adoptantes y adoptado, excluyéndose a los demás familiares⁶.

Por otra parte, la adopción plena, crea un vínculo jurídico familiar similar al de la filiación consanguínea entre el adoptante y adoptado, extinguiéndose cualquier relación con su familia de origen. El artículo 4.120 del multicitado Código, refiere: "*El parentesco civil nace de la*

⁶ Código Civil para el Estado de México, Título IV al VI, Artículos: del 4.111 al 4.200.

adopción y solo existe entre adoptante y adoptado. En la adopción plena, el parentesco se equipara al consanguíneo”.

Por lo que hace a la adopción internacional, ésta la encontramos en la Legislación Sustantiva Civil en el Título Sexto, Capítulo IV del artículo 4.199 al 4.200.

1.6.3. Filiación artificial.- La filiación artificial, también es reconocida como la reproducción humana asistida.

Ahora bien, lo más difícil del presente apartado, es precisamente aportar conceptos, en los cuales la ciencia del derecho, no se ha aventurado a darlos y ello será el objeto primordial de la presente investigación.

Asimismo, lo complicado no sólo resultaría el definir que es la “reproducción humana asistida”, sino también, adecuar esos conocimientos al léxico jurídico, como también la dificultad de aplicar conocimientos tradicionales y fundamentales de la teoría del derecho a la ciencia de la biología.

Por otra parte, otro obstáculo más que se tiene para dar definiciones en el presente apartado, sería la falta de "pureza" en los conceptos; pues todo concepto que pudiéramos enunciar en éste tema, podría verse “contaminado”, o necesariamente “iluminado”, con un contenido de carácter ético, metafísico, ideológico, científico, teológico o religioso.

Al respecto, considero particularmente que la reproducción humana asistida, podría definirla como **la creación de un ser humano, que se obtiene mediante la participación de terceras personas y empleo de técnicas biológicas de reproducción.**

Este concepto de mi autoría, puede ser censurable, pero por el contrario, han sido contados los analistas del derecho, quienes se han atrevido a expresar una definición entorno de la reproducción humana asistida.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, define la reproducción humana asistida, como: *El encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra – útero – por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad de coito*⁷.

A su vez, Luís Martínez - Calcerrada, define por su parte la reproducción humana asistida, como *el medio para poner en contacto dos elementos ontogénicos, la “fecundación” será el resultado de ese contacto o la “unión o fusión de dichos elementos*⁸.

De igual forma, Vlaniming-Bender, define a la reproducción asistida como *el modo de introducir el esperma del varón en el organismo de la*

⁷ GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. 1995. p. 254.

⁸ MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luís. La Nueva Inseminación Artificial. (Estudio Ley 22 de Noviembre de 1988). 1989. p. 33.

mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto a la forma natural⁹.

1.7 CLASIFICACION POR EL ESTADO FAMILIAR

Sin duda alguna, los principales efectos jurídicos que se pudieran producir con la reproducción humana asistida, son los del estado familiar, que consisten básicamente las diversas relaciones jurídicas que pueden sostener las distintas personas que participan en una técnica de reproducción humana asistida, entre estos mismos y con el ser fecundado.

Para tal efecto, expondré a través de un cuadro conceptual, las distintas hipótesis que pudieran presentarse, en la cual manifestamos el tipo de esterilidad, así como los portadores del espermatozoides, del óvulo y del útero, esto con el fin de discurrir sobre el posible parentesco que pudiera surgir:

⁹ VLANIMING-BENDER citado por MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luís. La Nueva Inseminación Artificial. (Estudio Ley 22 de Noviembre de 1988). Madrid, España 1989. p. 33.

| TIPO DE ESTERILIDAD | ESPERMA | ÓVULO | ÚTERO |
|-------------------------------------------------|----------------|--------------|--------------|
| Madre estéril con capacidad de concebir | Padre | Madre | Madre |
| Padre estéril. Madre con capacidad de concebir | Donante | Madre | Madre |
| Madre estéril capaz de gestar | Padre | Donante | Madre |
| Pareja estéril. Madre capaz de gestar | Donante | Donante | Madre |
| Madre estéril e incapaz de gestar | Padre | Donante | Sustituta |
| Pareja estéril y madre incapaz de gestar | Donante | Donante | Sustituta |
| Pareja fértil y madre incapaz de gestar | Padre | Madre | Sustituta |
| Madre fértil e incapaz de gestar. Padre estéril | Donante | Madre | Sustituta |

1.7.1. Madre estéril con capacidad de concebir, con esperma del padre y óvulo de la madre, en el útero de la madre.- Esta situación no produce efectos jurídicos ni problemas tecnológicos, dado que la esterilidad de la madre puede ser tratada por diversos medios, sin necesidad de llegar a la reproducción asistida.

Razón por la cual al lograrse la fecundación por distintas vías a la inseminación artificial, el parentesco que existiría entre el ser

fecundado con la de sus padres, es la misma que reconoce el Código Civil, la de padre, madre e hijo.

1.7.2. Padre estéril, madre con capacidad de concebir, con esperma del donante y óvulo de la madre, en el útero de la madre.- En éste caso, se necesita de una tercera persona, quien es el “donador” portador del esperma. El debate científico, ético, jurídico, sería definir el parentesco que existe entre el ser fecundado con la del “donador” portador del esperma, quien en términos científicos, sería su “padre biológico”. Por otra parte, de conformidad a la tradición clásica del parentesco familiar, tenemos que la relación paternal-filial, se sostendría con el ser fecundado y con el padre estéril, sin tomar a consideración su incapacidad (esterilidad) para fecundar.

1.7.3. Madre estéril con capacidad de gestar, con esperma del padre y óvulo de la donante, en el útero de la madre.- En éste caso, tenemos que la madre es incapaz de fecundar, más no de gestar; es decir, puede la madre del ser fecundada, encontrarse en estado de gravidez, sin que la misma haya aportado el gameto para la concepción. Es el caso inverso del padre estéril, sólo que aquí la esterilidad de la madre no implica forzosamente la capacidad gestar. La donadora del óvulo, sería en términos científicos la “madre biológica”.

Siguiendo el parentesco tradicional del derecho familiar, la maternidad sería únicamente entre la madre que alumbró en el parto al menor, sin importar quien haya sido la donadora del óvulo.

1.7.4. Pareja estéril con capacidad de gestar de la madre, con esperma y óvulo de donadores, en el útero de la madre.- Este caso es más complicado que los anteriores, toda vez que en éste, los “padres biológicos” son los portadores del semen y el óvulo, con el cual se logró la fecundación. Sin embargo, dentro del parentesco tradicional, el parentesco entre el hijo respecto a sus padres, sería el que reconoce el Código Civil, sin importar si ambos fueron o no, portadores de los gametos. Aunado a que formalmente, la madre que alumbró en el parto, se le imputa la maternidad.

1.7.5. Madre estéril e incapaz de gestar, con esperma del padre y óvulo de la donante, en el útero de la sustituta.- Este caso socialmente es difícil que pueda darse, toda vez que el padre puede lograr la reproducción humana, procreando naturalmente con otra mujer en unión libre, distinta a su pareja (matrimonial o concubinaria), e inclusive negociar ilícitamente, con la madre del menor, para registrarlo como hijo de su pareja formal.

1.7.6. Pareja estéril con madre incapaz de gestar, con capacidad de concebir, con esperma y óvulo de los donadores, en el útero de la sustituta.- Un caso quizás absurdo por los requisitos que se mencionan y que bien, pudiera encontrar una vía alterna, como lo es la adopción de un menor que pueden contraer una pareja.

1.7.7. Pareja fértil con madre incapaz de gestar, esperma y óvulo del padre y madre, en el útero de la sustituta.- Un caso social concurrido y que puede darse constantemente, al existir el deseo de

los padres de lograr la fecundación con sus propios gametos, pero con la ayuda de una madre sustituta. Los problemas jurídicos que pudieran precisamente originarse, es la situación del menor creado con respecto a la “madre sustituta” y con su madre portadora del óvulo. Siguiendo los lineamientos del parentesco familiar, la maternidad le correspondería a la llamada “madre sustituta” por alumbrar en el parto, sin importar si la misma fue o no, donadora o portadora del óvulo.

1.7.8. Madre fértil e incapaz de gestar, padre estéril con esperma del donador, óvulo de la madre, en el útero de la sustituta.- Otro caso que pudiera ser común, independientemente de que la madre tenga capacidad o no de gestar, toda vez que en esta situación se buscaría a la “madre sustituta”, para la gestación del ser fecundado. Siguiendo de nueva cuenta, los lineamientos del parentesco, no existiría vínculo jurídico entre los padres del menor, toda vez que la maternidad le correspondería a la madre sustituta. Respecto de la filiación artificial, han surgido novedosas y diversas formas y técnicas de procreación, mismas que se pudieran sintetizar en las siguientes: *inseminación artificial, estimulación ovárica, fertilización in vitro, la microinyección ovular, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, el préstamo de útero y, la fecundación post-mortem.*

La introducción de las Técnicas de Reproducción Asistida surgen de la incapacidad de concebir, y es que éstas, se presentan de una manera sorpresiva en la mayoría de los hombres y las mujeres, puesto que la mayor parte de la población asume que el embarazo sucederá

inmediatamente después de suspender el control de natalidad puesto que en la mayoría de los casos así ocurre sin dificultad, sin embargo, alrededor del 10% al 15% de las parejas se enfrenta a la infertilidad¹⁰. En sus esfuerzos para superar la infertilidad, muchas parejas concebirán a través de tratamientos de infertilidad como los medicamentos para corregir las dificultades ovulatorias o cirugía para corregir problemas anatómicos. Para algunas de las parejas, la solución puede requerir de procedimientos médicos más complicados. Existen diversos tratamientos especializados diseñados para aumentar el número de óvulos y/o espermatozoides, o para reunirlos. De manera colectiva, estos procedimientos médicos se refieren a las Técnicas de Reproducción Asistida que ofrecen una esperanza a las parejas quienes no pueden embarazarse a través de otros medios. Es por ello que estas formas de procreación, de las cuales pretendo pronunciarme en párrafos subsiguientes, tienen la ventaja o desventaja, de verse influenciadas principalmente por consideraciones de carácter científico más que jurídico, como se verá a continuación.

1.8 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Respecto a la reproducción asistida, expondremos los distintos medios que existen para ello, debiendo tomar en cuenta que la semejanza de cada uno de estos medios de reproducción, consiste precisamente, en la ausencia del coito sexual o la relación carnal.

¹⁰ SPEROFF L, GLASS RH, Kase NG. Clinical Gynecologic Endocrinology and Infertility. 5th ed. Baltimore, MD: Wiliam & Wilkins; 1994.

Asimismo, es necesario apuntar, la confusión que existe entre los términos “inseminación” y “fecundación”, los cuales se llegan a manejar indistintamente confundiéndolas como sinónimos, lo cual no es así puesto que la primera alude a un proceso que será la causa o desembocará en la segunda; esto es, se insemina para fecundar; de ahí surge la diferencia entre ambos vocablos¹¹.

A continuación, desmembraré las técnicas de reproducción humana asistida, más practicadas y que a saber son:

1.8.1. Inseminación artificial.- La inseminación artificial, es la técnica de introducir el esperma del hombre, en la vagina de la mujer, lográndose la fecundación dentro del vientre materno.

Se dice que esta técnica es muy efectiva cuando esta indicada, esto es, con trompas permeables y disminución en calidad o en cantidad de los espermatozoides.

En esta técnica, los espermatozoides se someten a un proceso de selección con el fin de obtener los de mejor calidad, para luego depositarlos directamente dentro de la cavidad de la matriz. Para ello, se puede utilizar el semen del esposo, ó el de un donador proveniente

¹¹ MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luís. La Nueva Inseminación Artificial. (Estudio Ley 22 de Noviembre de 1988). Madrid, España 1989. p. 32.

de un banco acreditado internacionalmente, de los cuales, más adelante se hablara¹².

1.8.2. Estimulación ovárica.- Se utiliza para producir ovulación, con inyecciones diarias de medicamentos, controladas con seguimiento de ultrasonido, para precisar el momento de la ovulación y evitar embarazos múltiples¹³.

1.8.3. Captura folicular.- Es la técnica de la aspiración de óvulos de los folículos (*pequeña vesícula de la corteza de los ovarios, que contiene en su interior el óvulo*) que están en los ovarios. Se efectúa a través de la vagina con una aguja guiada con ultrasonido. Se dice que el procedimiento es de muy corta duración con una anestesia sencilla llamada sedación. La recuperación es inmediata¹⁴.

1.8.4. Transferencia Intratubaria de Cigoto o Transferencia Tubórica de Embriones.- Es la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando un catéter muy fino [Instrumento quirúrgico flexible tubular utilizado para permitir que los líquidos pasen de o dentro de una cavidad de cuerpo] que se introduce a través de la vagina y el cuello uterino. No se requiere de anestesia. El número de embriones que se utilizan, es el mínimo, con el fin de tener buenas posibilidades de embarazo y evitar complicaciones¹⁵.

¹² Instituto de Ciencias en Reproducción Humana. Técnicas y procedimientos de reproducción. <http://www.institutovida.com/terapias.asp>.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

1.8.5. Fertilización In Vitro (en cristal).- Este método surge para parejas que no responden a los tratamientos convencionales anteriormente señalados y que tienen indicaciones específicas. Los óvulos se obtienen mediante estimulación ovárica o captura folicular; luego, se colocan con los espermatozoides preparados y seleccionados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial. Se guardan en una incubadora durante dos o tres días en condiciones fisiológicas que simulan las que se dan en las trompas de falopio, promoviéndose así, la fecundación y la división celular que originan los embriones¹⁶.

Para lograr la fecundación in vitro, (también conocida como fecundación extra corpórea), se necesita por lo menos las siguientes situaciones:

- a) Disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación.
- b) Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado.
- c) Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperado que la fecundación in vitro se produzca.

¹⁶ Idem

Estas técnicas han evolucionado a tal grado que permiten también, manipular los gametos óvulos y espermias, al grado no solamente de definir su sexo, sino también el modificar su genotipo e información genética.

Esta técnica se desarrolló originalmente para tratar la infertilidad causada por el bloqueo o daño en las trompas de falopio; sin embargo en la actualidad se utiliza para tratar una variedad de problemas de infertilidad, sólo en 1993, más de 31,900 ciclos de Fecundación In Vitro se iniciaron en Estados Unidos y Canadá, lo que produjo un parto exitoso en 5,103 bebés¹⁷.

La fecundación In vitro incluye la recolección de óvulos y espermatozoides de una pareja y su colocación en una placa de cultivo de laboratorio para fecundarlos fuera del cuerpo, o in vitro, los óvulos fecundados son entonces transferidos varios días después en el útero o matriz de la mujer donde se espera que la implantación y el desarrollo del embrión ocurran tal y como sucede en una embarazo normal.

La Fecundación In Vitro constituye un procedimiento de cuatro etapas que son:

¹⁷ Sociedad para la Tecnología de Reproducción Asistida y Sociedad Estadounidense para la Medicina Reproductiva. Tecnología de Reproducción Asistida en los Estados Unidos y Canadá: resultados de 1993 generados a partir del registro de la Sociedad Estadounidense para la Medicina Reproductiva/Sociedad para la Tecnología de Reproducción Asistida. Fertil Steril. 1995; 64(1): 13-21.

1.- Estimulación y monitoreo ovárico: Para aumentar las posibilidades de una fecundación exitosa se utilizarán múltiples folículos maduros, en lugar de un solo óvulo que desarrolla normalmente cada mes. Al tener varios óvulos maduros disponibles para la fecundación y transferencia, se espera que por lo menos uno dé como resultado el embarazo.

2.- Recuperación de Óvulos (oocitos): En esta etapa, el médico tratará de recuperar cuantos más óvulos sea posible. No todos los óvulos recuperados serán utilizados en el ciclo de la fertilización In Vitro.

A su vez, existen dos procedimientos para la recuperación de óvulos, que son:

- **Laparoscopia:** Es un procedimiento quirúrgico en el que a través de un tubo con una pequeña cámara colocada en el extremo de éste, se pueden ver las estructuras pélvicas, en particular los ovarios y las trompas de falopio; asimismo a través de un sistema de aspiración en el cual se utiliza succión para recuperar el óvulo del folículo, es guiado hacia los folículos ováricos y su contenido es removido y colocado en un tubo de ensayo estéril.
- **Aspiración guiada por ultrasonido:** La recuperación de óvulos también puede efectuarse mediante procedimientos dirigidos por ultrasonido, los cuales permiten una aspiración más exacta del óvulo ya que el médico puede guiar una aguja dentro de cada

folículo y extraer su contenido. Después de la recuperación de óvulos éstos son transferidos a un contenedor estéril para esperar la fertilización.

3.- Fertilización: Aproximadamente dos horas antes de que los óvulos sean recuperados, una muestra de espermatozoides del hombre es recolectada y procesada utilizando diversas técnicas del laboratorio. El objetivo es obtener los espermatozoides más fuertes y más activos de la eyaculación, siendo este proceso conocido como lavado de espermatozoides¹⁸.

Una vez que los óvulos maduros han sido recuperados, los espermatozoides y el óvulo son colocados juntos en el Laboratorio e incubados en una temperatura idéntica a la del cuerpo de la mujer. Después de aproximadamente 48 horas, si los óvulos fueron fecundados con éxito y están creciendo en forma normal, estarán listos para ser transferidos al útero. Esto es llamado transferencia de embriones.

4.- Transferencia de embriones: La transferencia de embriones se da cuando éstos son colocados en un catéter o instrumento tubular y transferidos dentro del útero. Cualquier embrión que no haya sido transferido puede ser congelado o criopreservado¹⁹ y almacenado para su uso futuro.

¹⁸ Técnicas de Reproducción asistida, folleto de la biblioteca Serono de educación para pacientes, 1995.

¹⁹ Proceso de congelamiento profundo utilizado para preservar y almacenar embriones extra producidos durante un ciclo de Técnicas de Reproducción Asistida estimulado. Los embriones criopreservados pueden

Índices de éxito con la fertilización in vitro: Esta técnica ofrece una esperanza a muchas parejas ya que por ser la primer técnica de reproducción asistida, cuenta con un respaldo de casi 20 años de experiencia²⁰. Los informes más recientes indican que los índices de éxito en términos de parto de recuperación han aumentado del 16.9% en 1992 al 18.8% en 1993. Esto significa que existen más de 18 partos por cada 100 pacientes que se someten a la recuperación de óvulos²¹.

1.8.6. Fertilización ICSI.- Esta técnica se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos o su capacidad de fertilización está disminuida.

Para ello, es necesario emplear un microscopio de alta complejidad, llamado *micromanipulador*, con el cual, se selecciona y se captura el espermatozoide de mejor calidad y luego se inyecta directamente dentro del citoplasma (*parte del protoplasma que, que en la célula rodea el núcleo*), del óvulo, el cual ha sido previamente capturado utilizando los procedimientos de estimulación ovárica y punción (*operación*) de ovarios²².

ser descongelados y utilizados para ciclos futuros. (Folleto de la biblioteca Serono de Educación a pacientes. 1995. Serono de México, S.A. de C.V.)

²⁰ Infertility & National Health Care Reform: A Briefing Paper. RESOLVE y la Sociedad Estadounidense de Fertilidad. Enero de 1993.

²¹ Sociedad para la Tecnología de Reproducción Asistida y Sociedad Estadounidense para la Medicina Reproductiva. Tecnología de Reproducción Asistida en los Estados Unidos y Canadá: Resultados de 1993 generados a partir del registro de la Sociedad Estadounidense para la Medicina Reproductiva/Sociedad para la Tecnología de Reproducción Asistida. *Fértil Steril.* 1995;64(1):13-21.

²² Instituto de Ciencias en Reproducción Humana. Técnicas y procedimientos de reproducción. <http://www.institutovida.com/terapias.asp>.

1.8.7. Congelamiento y banco de semen.- Se utiliza en aquellos casos en donde el hombre es incapaz de producir espermatozoides; para ello, se dispone de semen de donadores provenientes de bancos acreditados internacionalmente y que permiten ofrecer características similares a la del esposo. También se tiene la posibilidad de congelar el semen del esposo para requerimientos especiales²³.

1.8.8. Donación de óvulos.- Este programa se utiliza cuando la mujer no puede producir óvulos, o los que produce son de mala calidad. Esto es más frecuente alrededor de los cuarenta años, aunque puede presentarse antes, entre otras causas, por cirugía o radiación²⁴.

1.8.9. Laparoscopia.- Se utiliza para visualizar la cavidad pélvica, a través de dos pequeñas incisiones, una en el ombligo y la otra cerca de la ingle; ésta se realiza introduciendo un equipo conectado a una cámara de video, y con instrumental quirúrgico especial, se diagnostica y corrigen obstrucciones y adherencias en las trompas, endometriosis en los ovarios y las trompas o miomas en la matriz²⁵.

1.8.10. Histeroscopia.- Es una intervención quirúrgica en la se utiliza un instrumento llamado Histeroscopio a través del cuello de la matriz, el cual permite visualizar directamente la cavidad interna y los orificios donde desembocan las trompas²⁶.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

1.8.11. Maternidad Sustituta.- La subrogación es un término utilizado en el derecho de las obligaciones. Se dice que la subrogación real es cuando se sustituye bienes por otros bienes; mientras que la subrogación personal, es la sustitución de personas (especialmente del acreedor)²⁷.

En ese orden de ideas, llamemos maternidad subrogada, cuando la gestación del feto, se realiza por una tercera persona (hembra) quien presta su matriz, derivado de un convenio.

Así tenemos en el caso, de dos maternidades. La madre biológica quien presta el óvulo y la madre sustituta, quien aporta la matriz y los nueve meses de gestación.

Esto puede complicarse aún más, cuando el óvulo es proporcionado por una “donante” y no precisamente por la “madre formal”.

1.8.12. Fecundación Posmortem.- Es aquella que se logra, después de la muerte del secretor del semen. Para eso, el semen se congela, mediante la tecnología criogénica (*congelación*), guardándose el esperma por una cantidad indeterminada, hasta posteriormente, salir de la congeladora, para realizar la concepción.

²⁷ BEJÁRANO SÁNCHEZ, Manuel. *Derecho de las Obligaciones*, p. 429.

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

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

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

1.8.13 Clonación.- La reproducción clónica es una forma de reproducir seres vivos, asexual, mediante el cual el ser clonado es copia de otro ser.

Podríamos manejar como modelo, que cuando un gusano se parte en dos, surge otro gusano; de tal manera, que entre “n” veces, partimos un gusano, tendremos “n” gusanos, desprendiéndose que cada gusano que surge, vendría siendo una “copia” o un clon, del primer gusano.

Algo así parecido ocurre con la clonación. Sólo que aquí el procedimiento de reproducción clónica, no se persigue como único fin, lograr la fecundación y gestación del ser, sino que también, le

incumbe a la clonación humana, cuestiones genéticas, como el cigoto²⁸, el genotipo²⁹, el genoma³⁰ y el gameto³¹.³²

El procedimiento de clonificación, parece sencillo pero realmente es difícil y complicado. Los materiales necesarios para lograr una clonificación, consiste precisamente en la existencia de dos células, una célula fecundada y la célula de un ser humano, del que se desea obtener la copia, y que puede obtenerse de diversas formas, ya sea desde una gota de sangre, hasta de un simple cabello.

De la célula fecundada se extrae el núcleo, al igual que de la célula del quien deseamos clonar; una vez extraídos los núcleos, se introduce el núcleo de la célula que deseamos clonar, en la célula fecundada; logrando con ello la clonificación.

Para un mayor entendimiento, tenemos dos células humanas: A y B, la célula A es una célula fecundada entre esperma y óvulo, producto de las personas Y y Z; mientras que la célula B es la célula de la persona X. (No olvidemos que la célula se compone de tres partes, núcleo, membrana y citoplasma; la parte de la célula más importante es el núcleo, por que en ella, se encuentra el ADN, misma que

²⁸ Célula resultante de la unión del gameto masculino con el femenino en la reproducción sexual de los animales y de las plantas.

²⁹ Conjunto de los genes existentes de cada uno de los núcleos celulares de los individuos pertenecientes a una determinada especie vegetal o animal

³⁰ Conjunto de los cromosomas de una célula.

³¹ Cada una de las dos células sexuales, masculina y femenina que se unen para formar un cigoto, que es el huevo de las plantas y los animales.

³² Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones Readers Digest, Tomos 2 y 5.

contiene las cadenas de información genética, en los cromosomas; a su vez, dentro de los cromosomas, se encuentran los genomas que resguarda la principal información genética de cualquier personal.)

Es así que extraemos el núcleo de tanto la células A y B; e introduciendo el núcleo de la célula B en la célula A, logrando con esta operación una célula clonada.

De esta manera, la célula A contiene el núcleo de la célula B.

Para un mejor entendimiento, ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ilustra el procedimiento de clonificación en cuatro etapas:

Llamemos a la célula sexual fecundada como la célula A, y a la célula sexual, como la célula B.

El deseo de clonar un ser humano, persigue ciertas ventajas y desventajas, en las cuales, también sin duda alguna participa la ética. Entre las ventajas que se encuentran, sería el de duplicar individuos perfectos para el mejoramiento de la especie humana, o para evitar las enfermedades genéticas. También la clonación podrá fomentar la investigación humana; consumir sueños “ficticios” dentro de la “realidad”, como el de dotar de descendientes a los estériles, o crear un hijo con el genotipo de la persona que queramos caprichosamente. También entre otras ventajas sería el control de sexos, o la creación de seres humanos creados especialmente para determinadas

misiones, como la guerra, o porque no, quizás pensando malévolamente, un retorno a la esclavitud.³³

Viendo todos esos convenientes que representa la clonación, el procedimiento para la clonación humana consiste, ya una vez confrontadas las dos células, realizar el siguiente procedimiento.

Se extrae los núcleos tanto de las células A y B, mediante las técnicas utilizadas por los científicos.

Puede inclusive alterarse la información genética contenida en el núcleo de la célula. Logrando alterar el ADN al grado de lograr hasta mutaciones genéticas que se reflejen en el cambio de la tez de piel, en el cabello, color de ojos, e inclusive producir deformaciones en el cuerpo.

Finalmente con la última etapa, introducimos la célula de la persona a la que deseamos clonar, en la célula fecundada, logrando con éste procedimiento la clonación.

Sin embargo, independientemente del debate ético, religioso, moral y jurídico que pudiera representar la clonación, la misma despierta algunos inconvenientes, pues el individuo clonificado puede llegar a sufrir una grave crisis de identidad y encontrar difícil distinguirse a sí mismo del ser de donde se clonificó; aunado a que se le privara del

³³ GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa, 1995. p. 238.

derecho a que no se le negara deliberadamente el tener un genotipo singular, y al privársele de ese derecho, es probable que quede dañado de origen. Por haber sido hecho copia de otro ser humano, al margen de quien sea ese humano.³⁴

1.9 ANÁLISIS AXIOLÓGICO

No acostumbramos a pensar eso del poder, y la ciencia, en cierto modo, es poder, es una manifestación del dominio del hombre sobre la naturaleza. Entendemos que el poder debe estar regulado, repartido y, en un sistema democrático, este control lo ejerce el parlamento. La cultura democrática ha popularizado la idea de la separación de poderes para evitar que pueda acumularse demasiado poder en pocas manos. La idea del poder absoluto la asociamos fácilmente a la corrupción. El dominio sobre la naturaleza no debe ser despótico, sino respetuoso con ella. Dios ha creado al hombre para que domine sobre la naturaleza, pero un dominio absoluto del hombre sobre la naturaleza, como ha señalado C.S. Lewis en *La abolición del hombre*³⁵, fácilmente se convierte en un dominio absoluto del hombre por el hombre, puesto que el hombre forma parte de la naturaleza. La ciencia está para servir al hombre, no para esclavizarle.

¿Qué piensa de la utilización de embriones humanos al servicio del progreso del conocimiento médico? ¿Por qué se admite hoy socialmente lo que se reprocha a los nazis en su mandato?

³⁴ Ibidem. P. 279

³⁵ C.S., Lewis. *La abolición del hombre*, Edit. Encuentro Madrid, España, 2007.

Que la humanidad comience a emplear sus propios descendientes, ya desde los primeros estadios, para mejorar la calidad de vida de los adultos tiene un nombre: canibalismo, y de la peor especie, tratándose de individuos absolutamente indefensos. Los nazis cayeron realmente muy bajo, pero no llegaron a tanto. En la acción humana no es por completo separable el fin subjetivo que se persigue de lo que mediante la acción misma se logra, en este caso, la muerte de seres humanos en estado embrionario: pequeñitos, pero humanos al fin y al cabo. Negar esta evidencia es una muestra de hasta qué punto las pasiones humanas pueden oscurecer el entendimiento, incluso la evidencia de que todos los seres humanos hemos comenzado siendo “eso”, embriones. Entre un embrión humano y el adulto que de él surgirá –si le dejan- son patentes las diferencias, pero es igualmente clara la continuidad: quizá no es *lo mismo* el recién concebido y el niño de 3 años, o el joven de 20, el adulto de 40 o el anciano de más de 70, pero sí que es *el mismo* a lo largo de todas esas etapas. Por muy razonable y justa que sea la intención de hacer prosperar la humanidad con adelantos en la ciencia médica, el fin no justifica los medios: un fin muy justo no puede justificar cualquier medio eficaz para lograrlo. No comparto la tesis fundamental del utilitarismo, que está en la base de ese planteamiento. El proyecto de una optimización futura de la humanidad no puede convalidar la ceguera ante la realidad presente de una acción intrínsecamente perversa. También los nazis querían mejorar el hombre. *La idea de que el hombre debe imponerse restricciones, cosas que no debe hacer, ¿le parece positiva, o es la reliquia de una mentalidad trasnochada?*

Si hiciéramos todo lo que nos viene en gana, moriríamos muy pronto. La persona, y la sociedad también, perecería sin una libertad ordenada. Es cierto que esta idea hoy no resulta muy popular, pues existe una imagen sociocultural de la libertad como algo que no debe ser nunca limitado. Pero esa idea es una ficción. El hombre no posee una libertad absoluta porque él mismo no es un ser absoluto. Y los límites de la libertad no son sólo exteriores a ella, digamos, condicionamientos (de tipo económico, social, político, educativo, cultural, incluso genético...), sino que también hay limitaciones intrínsecas. Por ejemplo, el hecho de que no hemos elegido libremente ser libres (Sartre lo expresó diciendo que estamos “condenados” a ser libres), o el hecho de que no podemos elegirlo todo: nuestras opciones se nos manifiestan generalmente como alternativas. Ahora bien, que el hombre no sea absolutamente libre no significa que no sea libre en absoluto. Significa que su libertad no es absoluta. Esto es lo que hoy día resulta difícil de ver para no pocos, insisto, porque se ha reproducido ampliamente una idea de libertad que es más cercana a la imagen idílica o utópica de la pura indeterminación, el poder quererlo todo y poder hacerlo todo. Es lo que a menudo piensan los adolescentes. Hay que ver las cosas con algo más de objetividad y realismo. Lo trasnochado es que una persona adulta a veces actúe y piense como un imberbe. La libertad es, probablemente, lo más importante que el hombre posee, pues es lo que le permite amar y ser amado, y el hombre es un ser diseñado sobre todo para esas dos cosas. Pero no se le hace un buen servicio a la libertad humana cuando se la piensa como absoluta e ilimitada. Percibir la realidad de algo es percibir sus límites.

Muchos terroristas continúan esa triste senda. Aquí opera el mismo criterio: matemos a unos para salvar a otros. Desguazar criaturas humanas en estado embrionario para mejorar la salud de personas adultas no puede hacernos olvidar que lo que estamos haciendo es eso: destruir vidas humanas. Llamarle a eso “terapia” es pervertir el sentido del lenguaje. Nunca matar es “terapéutico”.

“que a la ciencia le está permitido todo, con tal de conseguir avances en el conocimiento”. ¿Puede abundar algo más en esta idea?

¿Cómo responder a la idea de que la defensa de la vida en todas sus etapas está basada en creencias religiosas y que, por lo tanto, no es exigible a todos?

Yo no soy kantiano, pero en este punto apelo a la teoría kantiana del imperativo categórico. Nunca trates a la humanidad, ni en ti ni en los demás, únicamente como un medio, dice Kant, sino siempre también como un fin. Como es bien sabido, Kant no es ningún profeta ni un Padre de la Iglesia. Pero me parece que hace una aclaración muy interesante de la noción de dignidad de la persona, a la que por cierto apelan todas las constituciones laicas cuando desarrollan la idea de derechos humanos o derechos fundamentales de la persona. Él distingue *dignidad* (valor intrínseco de lo que es un fin en sí mismo) y *precio* (valoración extrínseca que se hace de algo cuyo valor es relativo a la oferta y demanda). Y aquí lo que está en juego es el concepto mismo de dignidad de la persona y del respeto

incondicionado, absoluto –categórico- que merece siempre, en cualquier situación en que se encuentre, concepto que a su vez se sitúa, insisto, en la base de toda la teoría de los derechos humanos. Sacar a relucir aquí la religión no viene a cuento. Ciertamente el concepto de dignidad radical e igual de todos los seres humanos posee un origen cristiano, pero, como ha pasado con otras nociones, se ha secularizado, y pienso que es bueno esto, pues permite que me encuentre y entienda con quienes no comparten mis presupuestos religiosos.

En este tipo de recursos retóricos se despacha demasiada demagogia. Un cristiano tiene únicamente algún motivo más para defender la dignidad humana del no nacido, pero defenderá esa postura por coherencia y, ante todo, a título de ciudadano. No es de recibo que si un creyente condena el homicidio de un adulto parece que sus argumentos son racionales y admisibles desde la llamada “ética civil”, pero si resulta que el fallecido no había nacido aún entonces es un concilio el que habla por la boca de ese ciudadano. Esto no es serio, ni desde el punto de vista ético, ni desde el lógico.

Soy optimista. Como cristiano, no puedo dejar de serlo, pese a las incertidumbres y perplejidades de nuestro momento. (Cada momento histórico, por cierto, ha tenido las suyas). Soy optimista por dos razones:

1ª. Porque la gente es mejor que sus teorías, incluso cuando éstas están sobradas de cordura;

2ª. Porque estoy firmemente persuadido de que la verdad posee recursos para abrirse camino a la inteligencia humana, pese a que hoy hay elementos de dispersión importantes;

3ª. Porque el Derecho no puede ser contrario a la ciencia, ya que sería un obstáculo al avance del conocimiento humano y al desarrollo social.

En este capítulo se ha hecho un análisis de los diferentes conceptos y definiciones de familia y su importancia como base de la sociedad, se abordó el derecho de familia, se hizo hincapié en la filiación y sus diferentes tipos, así como la clasificación del estado familiar, para llegar a los diferentes métodos y técnicas de reproducción humana asistida.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES

En este capítulo se hará referencia a los antecedentes históricos de la procreación humana asistida, desde diferentes puntos de vista y llegar a un sustento ético, del objeto de estudio.

Dentro de las ya citadas técnicas de reproducción humana asistida, las cuales, tienen por efecto vencer la esterilidad humana, podemos establecer un compendio cronológico en cuanto al avance de la ciencia ante estos métodos. Lo anterior con el único efecto de verificar que efectivamente las Técnicas de Reproducción Humana Asistida han existido desde hace ya varios siglos y que ello da sustento al presente estudio que como ya se dijo, pretende garantizar a las familias que han sido conformadas a través de estos métodos, lo relativo a la filiación que surge entre el nuevo ser y las personas que acudieron a estas prácticas.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA

Una de las técnicas más usadas en estos tiempos, es la tocante a la inseminación artificial que como ya se expuso, es la técnica de introducir el esperma del hombre, en la vagina de la mujer, lográndose la fecundación dentro del vientre materno.

Ahora bien, esta técnica no es tan moderna como se imagina, pues ella se utilizó desde hace siglos en plantas, después en animales y finalmente en humanos.

En relación a esta técnica de procreación humana asistida, el Licenciado Ernesto Gutiérrez y González, en su libro denominado *El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio*, hace un análisis cronológico sobre la inseminación artificial en los seres humanos, estableciendo el siguiente orden secuencial:

1462. Juana de Portugal esposa de Enrique IV de Castilla, se dice que fue inseminada artificialmente y da a luz a Juana la Bentraneja. No hay pruebas definitivas al respecto; 1799. el escocés John Hunter, logra la primera inseminación artificial de que se tiene certeza en una mujer; (el informe de este hecho se encuentra en la Royal Society de Londres. La Universidad de París atribuye la primicia al profesor Thouret. (Bringham Young University Law Review, 1982.)

1868. La abeja Médica, revista médica dedicada a la divulgación científica, da cuenta de diez casos en donde la inseminación artificial se practicó con toda felicidad.

1911. Roelheder da parte de 65 experimentos de los cuales 31 resultaron positivos.

1942. Seymour y Koerner interrogaron a treinta y un mil médicos de los Estados Unidos de América y lograron saber de 9,489 embarazos obtenidos por medios artificiales.

1949. El Papa Pío XII se dirige al Cuarto Congreso Internacional de Médico Católico declarando proscrita e inmoral esa práctica.

1950. En Francia se reportan 1,000 embarazos anuales, 6,000 en Inglaterra y 20,000 en los Estados Unidos de América.

1951. Los Médicos del cuerpo de sanidad del ejército de Estados Unidos de Norte América practican en más de 1,000 casos la teleinseminación con semen de soldados acantonados en Corea.

1952. Suecia legisla sobre la materia; el Lic. Julio Cesar Vera Hernández verifica en el Distrito Federal una encuesta con 150 médicos y 21 le manifestaron que la practican, 8 más que la aprueban aunque no la practican y el resto la rechaza.

1958. La Lic. Hilda Cortés Obregón publica la traducción de la ley de Suecia en materia de inseminación artificial. En México, el Presidente de la República envía al Congreso de la Unión un proyecto de Ley denominado Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, sus aparatos, órganos y fluidos en él, se hizo una reglamentación pésima de la materia.

El Congreso nunca dio trámite, por fortuna, a tal es mamotreto (sic) (es mamotreto o cuerpo de apuntes).

1968. Se establecen Bancos de Semen en diversos países, como en Francia y Alemania, en donde se obtiene semen de diversos dadores o donadores, guardando absoluto secreto sobre su identidad.

1969. En México, el titular del poder ejecutivo federal, designa una comisión para que elabore un proyecto de ley que se ocupe en general de transplantes. Por fortuna solo queda un proyecto; y

1970. El Doctor George Sillo-Sidel, de Frankfurt, Alemania, presenta un informe sobre una mujer por él cuidada que dio a luz un niño con semen que había conservado congelado.

En relación al método de fecundación In Vitro (en cristal), se puede decir que éste aparece en la década de los años Setenta, pues precisamente, en 1978 se logra en Gran Bretaña, la primera fecundación de un ser humano fuera del vientre humano. Excluyéndose con ello el acto sexual, lográndose la concepción del esperma y el óvulo en una placa de laboratorio.

A su vez, el Licenciado Xavier Hurtado Oliver, en su obra titulada, *El derecho a la vida ¿y la muerte?*³⁶, establece otro análisis cronológico en relación al avance de la ciencia y las nuevas técnicas tendientes a vencer la esterilidad humana, que a continuación se cita:

³⁶ Hurtado Oliver, Xavier. *El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte?*, 1999.

1799 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

1978 FECUNDACIÓN IN-VITRO. Nace Luís Brown en Inglaterra, concebido mediante este procedimiento.

1979. MATERNIDAD SUBROGADA. Se reporta el primer caso de subrogación de vientre o maternidad el 15 de noviembre de 1980, cuando una mujer contratada para embarazarse con semen del esposo de una pareja estéril, da a luz y se lo entrega a su progenitor natural en Louisville, Kentucky, para que su cónyuge lo adopte.

1983. CONGELACIÓN DE ÓVULOS. Se anuncia el éxito en la congelación de óvulos femeninos para su preservación, y su uso posterior, evitando así laparoscopías (Recurso médico que consiste en introducir en el cuerpo de la paciente una lente para llevar a cabo una inspección ocular interna.) múltiples.

1984.UTILIZACIÓN DE UN EMBRIÓN CONGELADO. Se anuncia el primer nacimiento de un niño para cuya gestación se utilizó un embrión congelado por más de un año.

1984. UTILIZACIÓN DE UN ÓVULO DONADO. Se utiliza un óvulo fresco y maduro donado por una mujer fértil para fecundarlo in vitro e implantarlo en una donataria estéril.

1985. GIFT Y ZIFT. Se dan a conocer dos nuevas técnicas de fertilización: transferencia directa de gametos a las trompas (GIFT) y embriones previamente congelados (ZIFT).

1990. INGENIERIA GENÉTICA. *Se anuncia el éxito en detectar enfermedades genéticas en embriones y la técnica para eliminarlos antes de su implante en el útero para su gestación.*

1991. ICSI. *Técnica que consiste en fecundar intracorporalmente un óvulo con un solo espermatozoide.*

1997. MATERNIDAD SENIL. *En Italia, mediante el implante de un óvulo donado y fecundado in vitro, una mujer de 63 años da a luz a un niño sano, convirtiéndose en la mujer de más edad en procrear.*

A continuación, veremos como las prácticas de fecundación humana asistida, además de presentar un dilema de la ciencia y lagunas en la Ley, también representan consideraciones extra-jurídicas, que son las que analizaremos a continuación.

2.2. EL DERECHO CANÓNICO Y SU POSTURA AL RESPECTO

En primer término, ha de asumirse que el Derecho Canónico, está plenamente ligado a la religión, misma que, se puede definir de diferentes maneras. Sin embargo, para poder emitir un concepto de religión, se debe excluir de nuestro concepto, cualquier postura sociológica, política, teológica e inclusive doctrinaria de alguna religión en concreto o secta religiosa.

La religión, desde el ámbito de su estructura, se pudiera definir como una corporación con principios doctrinarios, que se encuentra organizada en un orden jerárquico, sustentado en miembros activos o no.

En consecuencia podríamos decir que la religión, es el conjunto de deberes que resultan al hombre de sus relaciones con Dios y cuya difusión y vigilancia de esos deberes que tiene el hombre con Dios, son los representantes de la divinidad de la tierra, representados en una persona física.

Sin embargo, hablaremos en éste apartado de la religión que más predomina en la sociedad mexicana, que es sin duda alguna la doctrina católica.

La Religión Católica sirve para conocer a Dios, una divinidad que siempre es justa, bondadosa, misericordiosa. Un espíritu eterno que no tuvo principio ni tendrá fin, infinitamente sabio, santo, poderoso, inteligente, que no puede estar equivocado, ni puede engañarnos. Una divinidad que ha amado al hombre por sobre todas las cosas y en el cual, existen tres personas distintas, lo que suelen llamarle *La Santísima Trinidad*, que está integrada por *Dios Padre*, *Dios Hijo* y *Dios Espíritu Santo*.

La doctrina católica, no sólo nos enseña conocer a Dios, sino que también nos impone el deber de amar a Dios. Y la única manera de amar a esa supremacía, es no ofendiéndolo. Ofender a Dios, es pecar.

Para no ofender a Dios, los humanos tienen que hacer caso a su conciencia, que nos indica como hacer el bien y evitar el mal. Obrar en contra de la conciencia sería ofender a Dios (pecar), ir en contra de las reglas que ha establecido, que son los mandamientos de la Ley de Dios.

Los mandamientos de Dios, fueron expuestos mediante el decálogo de Moisés, en el éxodo hebreo; años después, el *Dios Hijo* los resumió en sólo dos, *Amar a Dios sobre todas las cosas y amar al prójimo como a uno mismo*; Jesucristo, quien representa al *Dios Hijo* funda la Iglesia Católica quien a su vez emite otros cinco mandamientos. En conclusión amar a Dios es obedecer los mandamientos de Dios y de su Iglesia.

La religión no sólo pide no pecar, sino también servir a Dios para agradarle, esto consiste en hacer obras buenas por amor suyo en su honor, de esta manera la doctrina católica nos habla de las obras malas que ofenden a Dios, de las obras indiferentes que son nuestros hábitos diarios como vestirnos, lavarnos, andar en la calle, pudiendo ser estas obras indiferentes, ser ofrecidas a Dios, con la intención de agradarlo.

Pero las obras que más nos interesan son las buenas obras, que por si mismas honran a Dios, que aprovechan a quien las hace o al prójimo. Las obras buenas realizadas con la intención de agradar a Dios, aumentan mucho su valor, y generan que Dios nos recompense.

La recompensa que Dios hace al hombre que realiza obras buenas, son los *estados de gracia*, y éstos los proporciona la Iglesia católica mediante los sacramentos.

Los sacramentos de la Iglesia católica son el bautizo, la confirmación, la comunión, la confesión, el matrimonio, la eucaristía y el sacerdocio, éste último en algunos casos.

Habiendo expuesto lacónicamente, los principios básicos en los que se sustenta la doctrina católica, nuestro afán será el establecer la postura que mantiene la Iglesia Católica, respecto a la fecundación humana asistida.

Categoricamente, la iglesia católica, considera que la fecundación humana asistida, es una obra mala que ofende a Dios. Prueba de ello, es lo manifestado por uno de los máximos jefes de la Iglesia Católica Su Santidad Juan Pablo II, quien en la Encíclica *Evangelium Vitae*, (Evangelio de la Vida) trata éste asunto en el número 14, donde se considera estas técnicas de reproducción, como *atentados en contra de la vida*.

En un ensayo de la doctrina católica, intitulado *Inseminación Artificial y Clonación*, elaborado por el Jerarca Eclesiástico Pedro Herrasti³⁷,

³⁷ Herrasti, Alicia y R.P. Pedro Herrasti S.M. Inseminación Artificial y Clonación, Folleto EVE 619, p.1.

reproducimos textualmente, una visión del presente tema, desde el punto de vista de la doctrina católica, dada su importancia para la presente investigación, la cual me permito reproducir:

Más allá del hecho de que moralmente es inaceptable desde el momento en que se separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas registran altos porcentajes de fracaso; este afecta no tanto a la fecundación, como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en brevísimo tiempo.

Además se reproducen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y estos así llamados, “embriones supernumerarios” son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo pretexto de progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple “material biológico” del que se puede disponer libremente.

El Plan de Dios, es que un niño nazca de la unión espiritual y corporal de sus padres; esto es le da una identidad, modelos de conducta, pertenece a tal o cual familia, sabe de sus abuelos, tíos, primos, de qué raza es, de que país, etc. Lo cual es vital para todo ser humano y esto se ha visto totalmente alterado por los experimentos que desde hace años han permitido lo que llamamos inseminación artificial.

Puede transplantarse un embrión, fertilizante un óvulo con cualquier espermatozoide y puede ser congelado, por lo que los primeros días de la existencia de este ser humano, los pasa en un

laboratorio esperando a que otros decidan su destino.

Desde el punto de vista católico y trascendente, es aterrador pensar cuantos experimentos han fracasado y fracasaran y que pasa con esas almas, pues ellas existen desde el momento de la fecundación del óvulo.

De la fertilización de un óvulo en el laboratorio, puede suceder que el niño tenga cinco padres: la donadora del óvulo, el del esperma, la madre sustituta, y la pareja que lo encargo. La fotografía familiar será muy interesante.

El potencial emocional que esto puede originar poner en grandes dificultades a muchas clínicas de fertilidad y ha habido legistas que proponen a muchas de ellas, tener a disposición de las parejas que quieren emplear la inseminación artificial, consejeros, psiquiatras, médicos, abogados, etc., que les hagan comprender las responsabilidades de traer un niño al mundo en esas condiciones.

Ha sido difícil hacer un estudio serio acerca de las consecuencias que estos métodos tienen para los niños y adolescentes, pues los “padres” ocultan a su hijo que fue un “experimento” y no deja a los investigadores campo de observación.

Las nuevas tecnologías de reproducción son rebasadas por lo problemas que ocasiona, pues la realidad sobrepasa por mucho a la ficción en innumerables ocasiones, pero en el asunto en que nos ocupa, todo lo que puede imaginarse no es nada, en relación con los casos que se presentan, veamos algunos:

Desde luego no se ha podido aclarar la relación que hay entre el padre biológico y la madre sustituta.

Un esposo permite que su esposa sea inseminada con el espermatozoides del otro; la convence de que aborte y después de pensarlo bien cuatro años después encarga otro bebe por los mismos métodos.

Un estudiante de medicina dio espermatozoides para treinta y tres niños en una población relativamente pequeña y hubo necesidad de impedir una boda por resultar hermanos los novios.

Una señora permite que le sea extraído un embrión para transplantarlo para otro útero adquirido, para evitarse las molestias del embarazo y porque, además, tiene una carrera muy exitosa.

Se fecunda dos óvulos gemelos, uno es colocado en la madre que lo encargo y el otro quedara congelado por dieciocho meses hasta que alguna otra madre lo pida, así pues son gemelos con dieciocho meses de diferencia.

Una pareja encarga un bebe y a la mitad del embarazo de la sustituta se divorcia y la obligan a abortar.

El choque emocional de un niño normal al enfrentarse al divorcio de sus padres, es menos al compararlo con el niño "experimento" que encima de todo se entera que su padre no es su padre, que su madre no es su madre o no lo llevó en su seno, y no son pocos los casos en que cuando el niño llega a los dieciocho años, se lance a las clínicas de fertilidad en busca de sus

***padres biológicos para ver si alguien puede
amarlo y preguntar que tenían en mente, cuando
tomaron una decisión que lo hace desdichado.***
”³⁸

De lo antes transcrito, se puede sintetizar que las refutaciones que la iglesia Católica ha hecho con respecto de los métodos de reproducción asistida, versan principalmente en el sentido de que además de que ello ofende a Dios, también denigra el acto de la procreación, atenta contra el alma de los embriones, devalúa la persona humana a un simple “material biológico”, y que dada sus relaciones sociales, podría generar en actitudes calificadas como inmorales, sin olvidar tampoco los problemas jurídicos y de salud pública que se pudieran generar.

Así también, para la religión católica, desde la fecundación existe persona humana; por consiguiente, los preembriones, embriones y fetos son considerados como personas humanas. Cualquier expresión lingüística que puede hacernos la ciencia y la religión, tiene un fuerte contenido ideológico.

Continuando con ese orden de ideas, la ciencia puede decir que la criogenia (*congelación*) de un embrión, es algo natural, mientras que para la religión, es pensar en la soberbia del hombre, en congelar a un ser humano con alma.

³⁸ Ibidem. P. 2.

La religión en términos abstractos, o mejor dicho la teología, se inmiscuye en mucho con la ética. Es la parte del conocimiento filosófico pero encaminada a la realización práctica esto es, que la ética se estudia para aplicarse a la vida cotidiana.³⁹

Que importante es para el derecho que ambas ramas del conocimiento humano se definan y tomen una postura, porque entonces sabrán los juristas si deshacerse de algún esperma, gameto, o un preembrión, se estaría incurriendo en homicidio.

Más inconcebible para nuestra conciencia, tal vez desconocedora de la ética y la religión que se profesa, resulta el remitirnos al contenido de la obra literaria de ciencia ficción, creada en 1932, por el autor inglés de nombre Aldous Huxley⁴⁰, intitulada “Brave New World” ó “Un Mundo feliz”, en donde relata un control de la procreación y la desaparición de la familia como eje central de la vida social, pues en dicha sociedad imaginaria, la reproducción humana natural, es cosa de animales vivíparos y de lo que alguna vez se llamo familia, donde el mundo se encuentra planificado con cada embrión predestinado, donde los futuros embriones se encuentran identificados en clases “alfa”, “beta”, “gama”, de acuerdo a las necesidades del mundo, y que ciertos embriones los educan en condiciones adversas o privilegiadas

³⁹ Apuntes de Deontología Jurídica; Lic. Laurencio Faz Arredondo.

⁴⁰ Huxley, Aldous. Un Mundo Feliz. Ediciones Leyenda.

para desempeñar ciertos roles en el futuro, para prepararlos obedientemente en una sociedad “feliz”.⁴¹

Del texto titulado *El derecho a la vida ¿y la muerte?*, del autor ya citado, XAVIER HURTADO OLIVER, podemos extraer un apartado que denominó *La Familia, último baluarte*, en donde hace referencia a la obra de Aldous Huxley⁴², de donde me permití extraer el siguiente extracto de la aludida obra:

El control de la procreación y la desaparición de la familia como eje de la vida social fue vaticinado por la literatura de ciencia ficción desde hace casi setenta años, cuando Aldous Huxley publicó el libro titulado Brave New World o Mundo Feliz en el que anunciaba el advenimiento de una sociedad en la que procrear sería tarea a cargo del Estado, cumplida mediante la incubación de embriones en recipientes mecánicos donde se “gestarían” diversos tipos humanos adecuados a la función previamente determinada, en una sociedad donde habiéndose prescindido de la organización familiar sus miembros disfrutarían de absoluta libertad sexual son afrontar las consecuencias sociales y morales derivadas de la función progenitora. La creación de seres humanos que compartirían un genome común elaborado exprofeso con fines prácticos, la declinación de la libertad personal en favor del Estado y la promiscuidad sexual como recompensa por la aceptación de la insanidad de su programa social, serían las bases sobre las que se asentaría esa sociedad

⁴¹ Supra. Cfr. Huxley, Aldous. Un Mundo Feliz. Ediciones Leyenda.

⁴² Aldous Huxley; citado por Hurtado Oliver, Xavier. El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte? 1999.

bosquejada por Huxley. La negligencia y desinterés de las nuevas generales en defender y mantener firmes los principios morales en que se ha sustentado tradicionalmente la sociedad humana, tarea que requiere esfuerzo y sacrificio, la tendencia utilitaria de los avances de la ciencia y el creciente poderío del Estado, hacen pensar que el vaticinio puede en un tiempo no muy lejano devenir en realidad. Moralistas y representantes de las religiones más importantes que se profesan en el mundo occidental claman por imponer una regulación apropiada al que hacer científico en este campo experimental, para pedir que surja una industria dirigida a la manufactura de seres humanos, que atentaría contra la dignidad del Hombre. El Derecho es el instrumento idóneo para lograrlo. Sin embargo, los acontecimientos se han adelantado a la acción del jurista que confronta hoy la compleja tarea de analizar los hechos y evaluar sus resultados para salir al paso de la situación en defensa de los principios que fundamentan nuestra organización social. La familia es el último baluarte de la dignidad humana, el único obstáculo que podría salir al paso de los avances de una ciencia y una política deshumanizada; los vigorosos embates de que ha sido objeto en este siglo, indudablemente que han debilitado la institución pero no han quebrantado sus cimientos. Conocer el peligro es ya un principio de defensa, quisiéramos contribuir a que sea advertido; el libro de Huxley causó curiosidad y expectación, pero no fue tomado en serio. ¡Cuidado!

Podemos quizás estar en contra de la institución que representa la Iglesia, objetar la existencia de Dios y la religión, pero si algo debemos

reconocer, es que la religión, subsana aquellos espacios que a la ética corresponde cubrir.

Para la ética, el hombre vive en libertad y debe ser responsable de sus actos; en cambio para la religión, el hombre debe obedecer a Dios y no ofenderlo, por lo que podemos concluir que el permitir la reproducción humana asistida, es para la Iglesia Católica considerada de manera categórica como un pecado.

Así también, puedo mencionar el contenido de un texto que me llamó la atención y que es acorde al tema en tratamiento y el cual fue escrito por un padre italiano llamado Domenico Mondrone⁴³, en esa obra podemos resaltar lo siguiente: *“Desde la concepción de un ser humano se trata ya de una vida destinada a evolucionar y desarrollarse hasta llegar a la madurez de la persona. No es un proyecto amorfo; desde el primer instante de la fecundación comienza la aventura de un hombre que ya tiene fijado el programa de lo que ha de ser, con las notas características de su personalidad insustituible.”*; cuestión que nos lleva a la reflexión de que evidentemente un embrión ya es una vida creada no a través de materia inerte sino producto del amor de dos seres humanos y bajo la particular perspectiva de la religión católica, por medio de la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se pierde el lazo espiritual y corporal de sus padres, además de que es de resaltar ese punto que se

⁴³ Domenico, Mondrone. Mamá... ¿Por qué me mataste?, 1977. p. 65

menciona en la encíclica aludida en donde menciona que al transplantarse un embrión y al ser congelado resulta estremecedor el pensar qué pasa con aquellas almas que acompañaban a los embriones cuyos experimentos fracasan.

2.2.1. La Ética Judía.- Entre la religión judía, el sentido común sobre la inseminación artificial y procedimientos afines no es unánime y varía desde la condenación de su práctica por parte de judíos ortodoxos conservadores hasta la aprobación por parte de algunos grupos liberales.

Bajo la concepción judía, según lo extraído del texto titulado *El derecho a la vida ¿y la muerte?*, del autor Xavier Hurtado Oliver, podemos decir que una mujer que participe de las Técnicas de Reproducción Asistida, no es culpable de adulterio. El hijo nacido de la inseminación artificial por donador es considerado legítimo, sin importar si la madre es casada o soltera. Solamente cuando ha quedado establecido que el hijo es producto de una relación adúltera o incestuosa, será tenido por ilegítimo. Bajo tal percepción, puedo decir que existe una fuerte confusión en este caso con respecto al adulterio⁴⁴ y el incesto [Relaciones sexuales con descendientes.⁴⁵]. De hecho, es virtualmente imposible probar que una concepción fue adúltera o incestuosa en tanto que el marido es siempre presumido ser el padre de los hijos de su esposa.

⁴⁴ Relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge.

⁴⁵ Diccionario Jurídico 2000.

El rabino Nissim, estableció que los hijos nacidos a la pareja como consecuencia de la inseminación artificial, serían reconocidos por la religión judía como legítimos. Sin embargo, el donador de gametos en un acto de inseminación artificial, aunque no resulta estigmatizado por su acto, permanece como el padre natural del niño, aunque sea relevado de las obligaciones civiles en relación mantenimiento y herencia en relación con él.

Voceros de la ortodoxia judía están de acuerdo en considerar la inseminación homóloga como recurso para parejas estériles, después de que hubiesen transcurrido diez años sin descendencia y hubiesen empleado otros recursos sin éxito. La necesidad de su uso debe ser atestiguada por otros médicos y autorizada por un rabino.

Uno de los puntos de vista que predomina en el mundo judío es el de Jakobovits que versa de la manera siguiente: *la inseminación artificial por donador destruye la relación que debe existir entre la procreación y el matrimonio, considerado como la básica y sagrada institución de la sociedad humana para la unidad de la familia, y posibilitaría a la mujer a satisfacer su vocación por la maternidad sin necesidad de hogar ni marido.*⁴⁶

Este punto de vista del rabino Jakobovits que hemos expresado, aunque es el que predomina dentro de dicha religión, no es el único,

⁴⁶ Wisconsin Law Review, Jacobs Ronald S. y Luedke J. Peter, Social and legal aspects of human artificial insemination, vol. 1965, Fall, Notes, Journal of Urban Law, vol. 58, 1981.

pues el rabí Enmanuel Rachman dice que estos procedimientos son excesivamente liberales y por el contrario, otro portavoz de esta religión, el doctor Salomón B. Freehof, sostiene que la inseminación artificial debe ser permitida.⁴⁷ Lo anterior nos lleva a pensar en que esta religión no tiene un criterio uniformado para juzgar sobre estas técnicas aplicables entre sus adeptos.

⁴⁷ Idem.

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURÍDICO

Los descubrimientos en el campo de la bioética nos colocan ante hechos que se enfocan a lo jurídico, ello sin soslayar la importancia que también proyecta hacia la ética y la moral. Los adelantos científicos en materia de técnicas de reproducción asistida han creado situaciones no contempladas por las leyes y reglamentos actuales, lo que hace necesario sistematizar sus consecuencias legales para dar certeza jurídica a las parejas que utilizan éstos métodos para superar los problemas de infertilidad además de proporcionar una sólida garantía a los seres humanos que deben su existencia a estas técnicas de concepción fuera del mecanismo biológico natural.

Así, a manera de preámbulo, tenemos que el derecho toma en cuenta al concebido y no nacido, al que protege, propiamente en el Código Civil del Estado de México en su artículo 2.1; la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 1º, así como los Tratados Internacionales firmados y ratificados por México.

De esta manera, el Código Civil lo denomina *persona*, la Constitución lo llama *individuo*; La Ley General de Salud se refiere al él como *embrión* a partir de la concepción hasta la doceava semana y *feto* hasta su nacimiento, y en el Derecho Romano se le llamaba *Nasciturus*.

Entre otras particularidades que más adelante se verán con su debido detenimiento, en el Código Civil Federal, se establece que el concebido y no nacido, no así el no concebido pues aún no existe, tiene derecho a heredar; *Artículo 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sena viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337*; dicha legislación civil federal también contempla las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta y ahí se establece detener y modificar las obligaciones alimentarias de la sucesión hasta su nacimiento. Dispositivo legal que dispone: *Artículo 1638. Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del Juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo; Artículo 1648. La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de la preñez; mas los acreedores podrán ser pagados por mandato judicia; igualmente puede recibir donaciones; Artículo 2357. Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.* Y por ende, tener un patrimonio con todas sus consecuencias, así como tener un representante, contratar, obligarse, etcétera.

Bajo ese contexto, estimo adecuado establecer en primer término, lo relativo a las normas que se podrán ver afectadas por la práctica de las técnicas de reproducción asistida dentro del marco jurídico mexicano y ello nos llevará a vaticinar como a través de los preceptos invocados con antelación aunado a los subsecuentes que se expondrán a continuación, podemos advertir que nuestra legislación local aún es muy obscura y no contempla muchas situaciones que en la realidad social se presentan.

3.1 DERECHO CONSTITUCIONAL

Toda vez que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es nuestra Ley Suprema y tomando en consideración que ningún tratado internacional firmado y ratificado por el Estado Mexicano, ni así tampoco ninguna norma federal o de carácter secundario podrán transgredir preceptos constitucionales atendiendo a su supremacía, es por ello que procedo en primer término a exponer y analizar las normas constitucionales concernientes al tema, a la luz de los acontecimientos actuales que atañen a nuestro estudio.

En ese sentido, preciso necesario hacer referencia a la máxima emitida por el benemérito de las Américas, Don Benito Juárez, que versa: **“Entre las Naciones como entre los individuos el respeto al derecho ajeno es la Paz”**; lo cual tiene una íntima vinculación con lo consagrado en el artículo 1° de nuestra Carta Magna, que por su parte establece:

ART. 1°.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

De igual forma, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra los derechos a la conservación de la salud y a la vida de los habitantes del estado mexicano, elevando ambos rubros a la categoría de garantías individuales, lo cual se contempla específicamente en los artículos 4° y 14, respectivamente, los cuales refieren literalmente:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...

Cabe señalar que el precepto en comento, fue reformado según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 7 siete de febrero de 1983 mil novecientos ochenta y tres, adicionándose el párrafo tercero que dice:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Por otra parte, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, postula lo siguiente:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Sobre las anteriores disposiciones Constitucionales nos podemos preguntar en relación a las técnicas de reproducción asistida, lo siguiente: **¿hasta donde podemos anular o menoscabar los derechos de los embriones al utilizar técnicas como la criopreservación?** (proceso de congelamiento profundo utilizado para preservar y almacenar embriones extra producidos durante un ciclo de ART estimulado. Los embriones criopreservados pueden ser descongelados y utilizados para ciclos futuros).⁴⁸

⁴⁸ Folleto de la biblioteca Serono de Educación a pacientes. 1995. Serono de México, S.A. de C.V.

¿Aceptaría usted ser criopreservado para alguna razón en específico sin su consentimiento? Yo estimo que no debemos menoscabar los derechos del concebido no nacido porque el artículo 14 de la Constitución es categórica en plasmar que *nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos...*; así también, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...

En el mismo contexto, el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que ninguna ley o autoridad podrá decretar la muerte de un *individuo* más que en los casos establecidos en el artículo 22, dentro de los cuales no se menciona al concebido:

Artículo 22. ...Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Luego entonces, si nuestra Constitución consagra como garantía individual el derecho a la vida, es así como habrá que tener sumo

cuidado con lo que tendrá que legislar respecto de las técnicas de reproducción asistida para efectos de no violar preceptos de carácter constitucional, y para sostener lo anterior me permito aludir el siguiente criterio de Jurisprudencia emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo el número P./J. 14/2002, Novena Época, visible en la página 588 del Tomo XV, Febrero de 2002 al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo epígrafe y texto literalmente señalan:

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso

de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela

Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

3.2 TRATADOS INTERNACIONALES

Son acuerdos internacionales los celebrados por escritos entre dos o más Estados, los cuales obligan a las partes y se rigen por el Derecho Internacional. Nuestra Constitución los menciona y los regula en el artículo 133 que establece:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Es nítido advertir que cuando nuestro país ha firmado y ratificado un Tratado Internacional, éste se convierte en derecho interno y forma parte del derecho vigente; en una jerarquía de leyes, se encuentra sobre las federales y locales; así lo ha interpretado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis de Jurisprudencia número P. LXXVII/9, Novena Época, visible en la página 46 del Tomo

X, Noviembre de 1999 al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que dice:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta

materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: **"LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."**; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Existen una serie de Tratados Internacionales sobre derechos humanos, los cuales se refieren a la protección de la vida del embrión. Entre ellos, menciono los siguientes:

Declaración de Ginebra de 1924. *Siendo ahora admitido en la profesión médica.- solemnemente doy mi palabra de consagrar mi vida al servicio de la humanidad; guardaré respeto y gratitud a mis dignos maestros; practicaré la medicina con dignidad y conciencia; pondré en primer lugar la salud y la vida de mis enfermos; celosamente callaré toda confidencia de mis pacientes; mantendré el honor y las nobles*

*tradiciones de la profesión médica; mis colegas serán como hermanos; no permitiré discriminaciones de raza, religión, nacionalidad, partidos políticos o posición social que intervengan entre mi deber y mi paciente; **mantendré el mayor respeto a la vida humana desde su concepción; ni bajo amenazas usaré mis conocimientos contra las leyes de la vida y la humanidad;** espontáneamente y por mi propio honor formulo este juramento.*

Convención sobre Prevención y el Castigo del Crimen Genocidio, ratificada por México el 22 veintidós de julio de 1952 y publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 once de octubre del citado año.

Artículo II. En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: ... d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 diez de diciembre de 1948 mil novecientos cuarenta y ocho.

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de 20 de noviembre de 1959 mil novecientos cincuenta y nueve, en donde dentro del preámbulo se refiere:

Considerando que el niño, por su falta de madurez física o mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...

Principio 4. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social.

Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, adoptada el 07 siete de noviembre de 1967 mil novecientos sesenta y siete.

Convención americana sobre derechos humanos, firmado en San José Costa rica, el día 22 veintidós de noviembre de 1969 mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por México el 24 veinticuatro de marzo de 1981 mil novecientos ochenta y uno, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 siete de mayo del mismo año.

Artículo 4° Derecho a la vida.

I. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por México el día 23 veintitrés de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 veinte de mayo de ese mismo año.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por México el 23 veintitrés de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 veinte de mayo de ese mismo año.

Convención de los derechos del Niño, adoptada el día 20 veinte de noviembre de 1989 mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Senado de la República el 21 veintiuno de Septiembre de 1990 mil novecientos noventa y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 veinticinco de enero de 1991 mil novecientos noventa y uno, en donde se contiene, específicamente en el preámbulo, lo subsiguiente:

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

3.3 LEY GENERAL DE SALUD

Por lo que hace a la Ley General de Salud que es reglamentaria del artículo 4º, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ésta tuvo su aparición cuando el 26 veintiséis de diciembre de 1983 mil novecientos ochenta y tres, el Congreso de la Unión la aprobó y publicó en el Diario Oficial de la Federación de 7 siete de febrero de 1984 mil novecientos ochenta y cuatro, en donde básicamente se definen las modalidades para el acceso a los servicios de salud, la integración, objetivos y funciones del Sistema Nacional de Salud y además se establece la distribución de competencias entre la federación y las entidades federativas en materia de salubridad en general.

Así pues, el día 20 veinte de febrero de 1985 mil novecientos ochenta y cinco, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el reglamento relativo a la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. El 27 veintisiete de mayo de 1987 mil novecientos ochenta y siete se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto de reformas y adiciones a la Ley General de Salud, en el que, entre otros aspectos, se establece el control del estado sobre la sangre, la voluntariedad y gratuidad de su aportación. Igualmente, el día 26 veintiséis de noviembre del citado año, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto mediante el cual se reformó nuevamente el aludido reglamento, en donde se estableció en el artículo 1º que éste tenía por objeto proveer en la esfera administrativa al cumplimiento de

la Ley General de Salud, en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos con fines terapéuticos, de investigación y de docencia. Así también, ahí se establece que las leyes aludidas son de aplicación en toda la República y que además sus disposiciones son de orden público e interés social.

En ese contexto, considero pertinente establecer que la Ley General de Salud es de amplia dispersión, como lo es la salud misma, pues entre los numerosos aspectos que esta ley regula o contempla, se encuentra la organización, coordinación y vigilancia de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud [artículo 3°, fracción VII de la Ley General de Salud], la prevención y el control de las enfermedades transmisibles y no transmisibles [Idem. Fracc. XV y XVI]; asimismo regula el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, sus derivados y productos [Ibidem. Fracc. XXVI], el impulso al desarrollo de la comunidad y familia, así como a la integración social y el crecimiento físico y mental de la niñez [Artículo 6° inciso C, fracción IV] y además, dicta las normas técnicas a que se sujeta la prestación de servicios de salud en todo el territorio nacional [Artículo 13, inciso A-I].

A través de los órganos administrativos que instituye, interviene en el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especializaciones que requiera el desarrollo nacional en materia de salud [Artículo 17, fracción IV de la Ley General de Salud], se procura el apoyo y fomento de la investigación, entre otras, en materia de

anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana [Idem. Artículo 68 fracción IV], además, se reglamenta el ejercicio de profesiones relacionadas con la salud [Idem. Artículos 78 y 79]; así como la investigación para la salud que comprende el conocimiento de los procesos biológicos, psicológicos, etcétera, en seres humanos [Idem. Artículos 98 y 100]⁴⁹

Por su parte, el Título segundo del reglamento en materia de investigación para la salud, en vigor desde el mes de enero del año de 1987 mil novecientos ochenta y siete, establece las normas para que se lleve a cabo, según sean los efectos de la investigación. El decreto que se comenta fija a la Secretaría de Salud como la componente para emitir las normas técnicas a que se sujetará, en todo el territorio nacional, la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres humanos, incluyendo los embriones y fetos [Idem. Artículo 4°].

Ahora bien, en relación a las técnicas de reproducción asistida, la ley y sus reglamentos en materia de salud contienen las siguientes disposiciones relevantes:

a) Establece la competencia de la Secretaría de Salud para emitir las normas técnicas a que se sujetará en todo el territorio nacional la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y

⁴⁹ HURTADO OLIVER, Xavier. Op. cit., pp. 169-171.

fetos [Art. 4° del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud].

b) Clasifica a las células germinales (óvulos y espermatozoides) como productos [Art. 56, párrafo 1°] y establece que su disposición se llevará a cabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría.

c) Establece que la obtención, guarda, conservación, preparación y utilización de productos de seres humanos vivos (quedando incluidas las células germinales), para fines terapéuticos, de investigación científica, etc., sólo podrá hacerse en instituciones autorizadas para ello [Art. 29 de la Sección Segunda].

d) Exige licencia sanitaria a los establecimientos dedicados a la obtención, manejo y suministro de productos del cuerpo humano [Art. 90 del Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos].

3.3.1 La Fertilización asistida en la Ley General de Salud y su reglamento.- Por cuanto hace a las técnicas de reproducción asistida, éstas se denominan dentro del capítulo cuarto del reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud como fertilización asistida, pero se omite definir en qué consisten éstas; lo anterior es así, pues en el artículo 40 fracción XI de la aludida ley se desprende lo siguiente: *FERTILIZACION ASISTIDA.- Es aquella en la que la inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la*

fertilización in vitro. Esto es, sólo se limita a establecer que puede llevarse a cabo la Fertilización Asistida de manera (Homóloga), esto es, con la células sexuales masculinas y femeninas de la pareja, o bien, con la aportación de gametos provenientes de terceros donantes (Heteróloga), sin embargo, se omite precisar o definir en que consiste la Fertilización Asistida así como el concepto sobre cada una de las Técnicas que pueden practicarse en los pacientes que sufren de infertilidad y que se entiende por éstas para que en su caso tanto el gobernado como el Juez resolutor en caso de controversia pueda establecer cuando se trata de una Técnica de Reproducción Asistida intracorpórea o extracorpórea.

En el contenido del antedicho artículo se menciona lo siguiente:

Artículo 40.- Para los efectos de este reglamento se entiende por: ...II. Embarazo. Es el periodo comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva de embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos; III. Embrión. Es el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la décimo segunda semana de gestación; IV. Feto. El producto de la concepción desde el principio de la décimo tercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción;...

Por otro lado, el artículo 43 del multicitado ordenamiento establece que para la fertilización asistida se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario; para ello es preciso señalar el contenido de los artículos 20, 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, los que refieren:

ART. 20.- Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito mediante el cual el sujeto de investigación (en este caso la mujer que va a ser inseminada) o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación (para la fertilización asistida) con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

ART. 21.- Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de la investigación (la mujer sujeta a la fertilización) o, en su caso, su representante legal, deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos: (Estos requisitos están encaminados a la investigación en general, nosotros comentaremos únicamente los que pudieran ser aplicados a la fertilización asistida.)

I.- La justificación y los objetivos de la investigación. [En el caso de la fertilización asistida, la explicación deberá versar acerca de por qué se recurre a ese medio

alternativo de procreación y qué efectos tendrá la inseminación artificial en su cuerpo, cuál es el motivo por la que se utiliza la clase de inseminación a la que será sometida, etc. La paciente y su pareja deben entender la causa y razón del procedimiento.]

VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento. [En relación con la fertilización asistida, este precepto puede interpretarse como el derecho de la mujer o de la pareja a interrumpir el procedimiento, sin perjuicio de que su tratamiento de la infertilidad por otros medios continúe.]

VIII.- La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad. [Tiene derecho (la pareja) a que se guarde la mayor discreción respecto a su infertilidad, al tratamiento que recibe para superarla y demás pormenores que podrían invadir su privacidad.]

IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando. [Recibir información acerca del curso de su tratamiento, de sus problemas y de los posibles resultados, a fin de que la pareja decida si continúa con él o lo abandona.]

ART. 22.- El consentimiento informado deberá formularse por escrito.

3.3.2 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.- Dentro de la Legislación aludida, específicamente en la sección Cuarta, se desprenden los preceptos legales que nos interesan al respecto y que son los siguientes:

ARTICULO 56.- Para efectos de este Reglamento, además de los señalados en la fracción XVIII del artículo 6o. del mismo ordenamiento, serán considerados como productos del cuerpo humano las excretas y las células germinales.

Los productos de seres humanos, excepto las células germinales, podrán emplearse como materia prima con fines industriales, de conformidad con las disposiciones sanitarias que regulen el proceso de que se trate.

La disposición de células germinales se llevará a cabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría.

ARTICULO 57.- Los establecimientos de salud podrán destinar, para usos científicos o industriales, las placentas que obtengan, ya sea mediante alguna contraprestación o a título gratuito, siempre que sean manejadas de conformidad con las normas técnicas que emita la Secretaría.

3.4. CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

Por lo que hace al Código Civil de ésta entidad, cabe señalar que en el Libro Segundo denominado De las personas, Título Segundo De los derechos de la personalidad, contiene la siguiente disposición legal:

Artículo 2.5. De manera enunciativa y no limitativa, los derechos de las personas físicas y colectivas en lo que sea compatible con su naturaleza son los siguientes: ...; II. La vida privada y familiar;...

Siguiendo bajo el mismo tenor, en el Título Cuarto denominado *Del parentesco y los alimentos*, en su capítulo I, contiene las siguientes disposiciones legales:

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

Consentimiento de la mujer para la inseminación artificial.

Artículo 4.112. La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.

Prohibición de padres o tutores

Artículo 4.113. No podrá otorgarse el consentimiento de los padres o tutores para la reproducción asistida en una mujer que fuere menor de edad o incapaz.

Clonación.

Artículo 4.114. *Queda prohibido todo método de reproducción asistida en la mujer, para la procreación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza.*

3.5 LEGISLACIÓN CIVIL DE OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS.

En realidad, sólo tres entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos son las que han legislado cuestiones inherentes a las Técnicas de Reproducción Asistida, y son: *Estado de México, Coahuila de Zaragoza y Tabasco.*

3.5.1. Código Civil del Distrito Federal.- Únicamente puedo expresar que en cuanto hace a Código Civil para el Distrito Federal, en su Libro Primero, denominado *De las personas*, en el Título Quinto intitulado *Del matrimonio*, Capítulo III, De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, se dispone lo siguiente:

Artículo 162. *Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.*

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

Más adelante, el mismo cuerpo de leyes, establece en el Título Sexto. Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar, CAPÍTULO I. Del parentesco, lo subsiguiente:

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

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

En el caso de la adopción, se equipará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

De lo anterior se deduce que el dispositivo legal mencionado en primer lugar consiente en que los cónyuges pueden hacer uso de cualquier técnica de reproducción, luego entonces, **¿es posible la maternidad subrogada en el Distrito Federal, misma que ha sido tan cuestionada en razón a que ello es equiparable a la venta de un ser humano, e incluso se podría llegar al extremo de clonar seres bajo el amparo de la Legislación Sustantiva Civil?**

3.5.2. Código Civil del Estado de Tabasco.- Por lo que hace al Estado de Tabasco, en el Libro Primero del Código Civil, *De las obligaciones*, en el Título Quinto, *Del Registro Civil*, CAPÍTULO II. De las actas de nacimiento, se contiene lo siguiente:

Artículo 92. Deber de reconocer al hijo. Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de

la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

El Código Civil de Tabasco continúa estableciendo dentro de sus disposiciones legales, específicamente en el Libro Primero, *De las personas*, Título Sexto, *Del matrimonio*, en su Capítulo III relativo al

capítulo denominado *De los derechos y deberes que nacen del matrimonio*, lo subsiguiente:

Artículo 165. Fidelidad y ayuda mutua. Los cónyuges deben guardarse fidelidad, vivir juntos en el domicilio conyugal, contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y ayudarse mutuamente. Cualquier convenio contrario a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesto.

Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer y sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.

En la parte relativa al Título Octavo, De la filiación en su capítulo II denominado *De las presunciones de paternidad*, se aprecia lo siguiente:

Artículo 324. Quiénes se presumen hijos de los cónyuges. Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

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

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

Artículo 327. Cuándo no podrán desconocerse a los hijos. El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.

Artículo 329. Imposibilidad de desconocimiento. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I. Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido

consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

Artículo 330. Contradicción de paternidad. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida.

Artículo 340. Presunción de los hijos de concubinato. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

III. Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

3.5.3 Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza.- En el Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza, en el Libro Segundo denominado *Del derecho de familia* en su Título Segundo *Del parentesco y de los alimentos*, Capítulo III, *De la filiación*. Sección

tercera. Intitulado *De la filiación resultante de la fecundación humana asistida*, se desprenden los siguientes dispositivos legales:

Artículo 482. *Se entiende por asistencia médica para la procreación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.*

Artículo 483. *Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.*

En caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y por fecundación heteróloga aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.

Artículo 484. *A los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, la Secretaría de Salud del Estado deberá entregarles una guía que contenga especialmente:*

I. Las disposiciones legales sobre procreación asistida.

II. Descripción de las técnicas.

III. Las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.

Artículo 485. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, la Secretaría de Salud del Estado deberá informar a los cónyuges o concubinos:

I. Las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción.

II. Las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de la asistencia médica para la procreación.

III. Que solo se permite la fecundación de un ovocito que deberá ser implantado.

IV. Que una vez fecundado el ovocito deberá ser implantado a la solicitante.

V. Que está prohibido todo diagnóstico preimplantatorio.

Artículo 486. Previo al inicio del tratamiento, los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno lo será de la Secretaría de Salud del Estado, la necesidad de someterse a ese tratamiento. Igualmente deberán justificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 483 y 484.

Quien haya dado su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo no nació como consecuencia del tratamiento o que el consentimiento fue privado de efecto.

El concubino que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación esta obligado a reconocer la paternidad del hijo resultante de dicho tratamiento.

Artículo 487. El consentimiento a que se refiere el artículo anterior, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación.

Artículo 488. Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, deberá ser implantado a la viuda, divorciada o a la mujer cuyo matrimonio se anuló.

Si el hijo nace dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio, o de que el óvulo fue implantado, quedará atribuida la paternidad a quien era el marido de la madre.

Artículo 489. Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es inexistente.

Artículo 490. La identificación de una persona por medio de sus improntas genéticas, está permitida cuando tenga por objeto establecer o rechazar un lazo filiatorio.

También está permitido a la persona la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida

heteróloga no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos.

Artículo 491. El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

3.6 EL DERECHO COMPARADO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Entre los países que más se han destacado por Legislar en cuanto hace a las Técnicas de Reproducción Asistida, podemos encontrar principalmente a España, Alemania, Estados Unidos y Reino Unido, entre otros, pues atendiendo a la revolución en materia de reproducción humana que se inició con la técnica concerniente a la inseminación artificial, y que pretende culminar con la ectogénesis⁵⁰ [Es la concepción y gestación hasta su nacimiento de seres humanos en el laboratorio, sin utilizar el cuerpo femenino.], ha ocasionado la preocupación de diversos sectores que se sienten afectados, siendo que por cuanto hace al derecho, el principal impacto ha sido resentido por el Derecho Civil, específicamente en la rama familiar.

⁵⁰ HURTADO OLIVER, Xavier. Op. Cit p. 31

Atento a la preocupación de los diversos sectores sociales, surgieron comisiones que han intervenido para analizar las repercusiones legales, éticas, religiosas, jurídicas y sociales respecto de las técnicas de reproducción asistida y además hicieron recomendaciones a sus respectivos gobiernos para normar y regular esa actividad. Cabe mencionar que la mayor parte de las comisiones son denominadas con el apellido de la persona que las presiden.

Entre las comisiones que podemos destacar, encontramos en Suecia, el Informe sobre análisis ético y legal (1982); en el Reino Unido, el Informe Warnok (1982); en Alemania, el Informe Benda (1985); en España, el Informe palacios (1986); y, en Canadá, el Informe *proceed with a care* (1993).

3.6.1 Las Comisiones Especiales.- Como ya se mencionó, la revolución en materia de reproducción humana engendró desasosiego de diferentes sectores de la sociedad, siendo que al efecto, varios países integraron comisiones especiales en las que estuvieron representados aquellos sectores que discutieron analíticamente cada una de las técnicas y sus consecuencias e hicieron recomendaciones a sus respectivos gobiernos para normar y regular la actividad.

En ese sentido, revisaremos las comisiones especiales más importantes y sus respectivas resoluciones, suministrando un especial énfasis en el Reporte Warnock, pues fue éste el que prevaleció en sus decisiones y además de que sus disimilitudes son intrascendentes.

3.6.2 Reino Unido. (El Reporte Warnock.)- En el año de 1982 mil novecientos ochenta y dos, el gobierno inglés designó una Comisión encabezada por Dame Mary Warnock con la finalidad de *considerar el reciente y potencial desarrollo de la medicina y la ciencia en relación con la fertilización humana y la embriología; considerar qué políticas y salvaguardas deben ser aplicadas, incluyendo consideraciones sobre sus aplicaciones éticas, sociales y legales, haciendo las recomendaciones pertinentes.*⁵¹

El informe de esta Comisión, lleva por nombre Reporte Warnock en honor a quien presidió el mismo y que fue dado a conocer por el Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra en el año de 1984; es innegable que los razonamientos ahí contenidos orientaron a otros países de Europa en este campo de la investigación.

El contenido de este Reporte fue sintetizado por Xavier Hurtado Oliver en su texto intitulado El derecho a la Vida ¿y la muerte?, por lo que me permito transcribir su contenido:

Comienza el comité haciendo una reflexión general sobre los problemas que motivaron los avances de la ciencia en el campo de la reproducción humana, sus posibles consecuencias sociales, éticas, legales, etc., y el criterio de la mayoría de los integrantes,

⁵¹ HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte?, p. 94. Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, Department of Health & Social Security, Her Majesty's Stationary Office, London.

lo que serviría de fundamento a las recomendaciones que posteriormente emitirían sobre cada aspecto en lo particular. A continuación reproducimos el criterio surgido sobre diversos temas. Esterilidad y adopción.

Comienzan por reconocer que el deseo de las parejas a perpetuarse a través de sus propios genes no encuentra por lo general alivio en la adopción. A los argumentos de quienes piensan que las parejas infértiles no deben ser ayudadas a tener descendencia por ser la infertilidad una forma natural de control de la población, responde diciendo que el número de niños nacidos como consecuencia de las nuevas técnicas de procreación artificial resulta insignificante en relación con los naturalmente creados, por lo que no se justifica el sacrificio de quienes desean tener descendencia propia.

Calculan que en el Reino Unido, por lo menos, una de cada diez parejas son infértiles y que el problema es causa de trastornos psíquicos en quienes padecen esterilidad, por lo que consideran preferible corregir las deficiencias primarias que tener que enfrentarse a problemas más complejos en el futuro, que necesariamente afectarían a la sociedad.

Ahora bien, únicamente procederé a señalar las resoluciones más importantes emitidas por los restantes países mencionados:

3.6.3 España. (Informe Palacios.)- Informe de la comisión especial de estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana del Congreso de los Diputados 1986 (informe Palacios)

Esto derivó en la creación de las siguientes leyes:

Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Ley 42/1988, 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Real decreto 412/1996, de 1º de marzo, por el que se establecen protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios y se regula la creación del Instituto Nacional de Donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana.

Cabe puntualizar que España sólo regula las siguientes Técnicas de Reproducción Asistida:

- I. Fecundación In Vitro;
- II. La inseminación Artificial; y, el
- III. GIFT que es la Transferencia Intratubaria de Gametos.

Las Técnicas de Reproducción Asistida (ART), sólo serán autorizadas en caso de esterilidad humana y/o previniendo enfermedades genéticas o hereditarias.

Únicamente se podrán aplicar las Técnicas de Reproducción Asistida (ART), cuando:

A).- Exista posibilidad razonable de éxito.

B).- En mujeres mayores de edad con buen estado de salud psico-físico.

C).- Se requiere del consentimiento informado.

D).- Si esta casada la mujer, se requiere el consentimiento del esposo.

Dentro de las características de aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida en España, se encuentran las siguientes:

1.- Que existan posibilidades de éxito y no se ponga en riesgo grave la salud de la madre o de la descendencia.

2.- Que sólo se aplique en mujeres mayores de edad y con plena capacidad jurídica y que además hayan sido informadas en su totalidad de su situación médica biológica, jurídica, económica y ética.

3.- Que se otorgue por escrito el consentimiento de la pareja.

4.- La emisión de un reglamento por parte de la Secretaría de Salud, en donde se especifican las características de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Cabe añadir que esta Legislación no maneja número de embriones a utilizar.

La donación de gametos ha de ser gratuita y secreta. Por lo que hace al donador, este deberá contar con las siguientes características: mayor de edad, buen estado de salud, otorgar su consentimiento;

además, la ley contempla que de un mismo donador no podrán nacer más de seis hijos.

Los niños nacidos (donación de gametos) tendrán derecho a obtener información general de los donantes salvo su identidad.

En circunstancias extraordinarias se podrá revelar la identidad del donante.

No se hará ninguna diferencia con los hijos nacidos a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El marido y la mujer una vez que dieron su consentimiento, no podrán impugnar la filiación del hijo.

Los hijos nacidos de una reproducción Post Mortem, tendrán derecho a la filiación del hijo, siempre y cuando el marido hubiese consentido en escritura pública o testamento que su material reproductor podía ser utilizado por su esposa en los seis meses siguientes a su fallecimiento.

El contrato de Maternidad subrogada es nulo de pleno derecho, por lo que la filiación de los hijos de la madre que de a luz, será la madre legal.

La crioconservación esta aceptada tanto en gametos masculinos como embriones.

Respecto de la Investigación y Experimentación con preembriones únicamente se llevará a cabo con fines diagnósticos o terapéuticos en beneficio del mismo y los gametos no pueden ser utilizados para investigación.

3.6.4 Alemania (Informe Benda 1985.)- Se creó la Ley 13 de diciembre de 1990, sobre protección de los embriones.

En Alemania, se define al Embrión como: *El óvulo humano fecundado, susceptible de desarrollo a partir de la fusión de los núcleos, además, cualquier célula totí potencial extraída de un embrión que en caso de concurrencia de las condiciones necesarias sea susceptible de desarrollarse hasta convertirse en un individuo.*

De este país, puedo destacar que las sanciones que se aplican por cuanto hace a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, y ello se da de la siguiente manera:

Se sancionará:

- a) A quien transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno.
- b) A quien fecunde un óvulo humano para un fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo
- c) A quien transfiera en un mismo ciclo más de 3 tres embriones (crioconservan en dos pronúcleos.)
- d) Fecunde un número superior de óvulos de una mujer al de los óvulos que se le pretenden transferir de un mismo ciclo.
- e) A quien realice un contrato de maternidad subrogada.

- f) A quien practique una técnica de ICSI. [técnica se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos o su capacidad de fertilización está disminuida]
- g) A quien enajene un embrión.
- h) A quien realice una selección de sexo (salvo enfermedades ligadas al sexo)
- i) Al que fertilice un óvulo con el semen de un hombre después de su muerte: Reproducción Post-Mortem.

3.6.5 Estados Unidos de Norteamérica.- A nivel federal, Estados Unidos tiene dos leyes al tópico, que son:

Clinical Laboratory Improvement Amendments Act de 1988 (CLIA), la cual establece los estándares de calidad que debe llevar a cabo todos los Laboratorios que practican Tests diagnósticos; y,

Fertility Clinics Success Rate and Certificación Act de 1992 (FCSRCA), en ésta se marcan los estándares mínimos que deben de tener las clínicas de fertilización humana, en la realización de las mismas, así como el manejo y utilización de material genético. Por otra parte obligan a las clínicas a publicar estadísticas sobre su actividad y su tasa de éxitos y fracasos de los tratamientos aplicados.

Los Estados de aquél país que han regulado de forma exhaustiva las Técnicas de Reproducción asistida, son:

- Florida.
- Virginia.
- New Hampshire.

3.6.6 Algunos casos relevantes con respecto a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.-

Si bien es cierto que la reproducción de seres humanos a través de las Técnicas de Reproducción Asistida ha sido un acontecimiento científico que ha provocado la satisfacción de muchas parejas que ven en ellas una alternativa para resolver su incapacidad de procrear a través de la relación carnal, así también, el desarrollo de éstas ha sido motivo de diversas controversias y casos insólitos que proponen una alerta sobre las repercusiones negativas que se pudieran llegar a presentar en nuestro país con la aplicación de las mismas; por ello, haré referencia a los casos que a nivel internacional han causado mayor conmoción y sorpresa, así como aquellos que han llegado hasta los tribunales y que ante la falta de una legislación específica y adecuada que regule los avances en el campo de la tecnología de la procreación, específicamente en los Estado Unidos de Norteamérica y bajo el *Common Law* (Derecho común o consuetudinario), los órganos jurisdiccionales han tenido que resolver en conciencia, o bien, con aplicaciones novedosas de la legislación existente para resolver los casos que se les han planteado ante su potestad.

Me refiero en un primer caso a un niño gestado por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria; ello, tuvo lugar en los Estados Unidos, en Louisville, Kentucky, en el año de 1980, cuando una mujer

identificada como Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de tres hijos, recibió diez mil dólares por el servicio. *Maternidad subrogada*

En Knoxville, Tennessee, en 1980, Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado. “Fue un regalo de amor”, declaró a la prensa la madre subrogada.

En el año de 1981 Mary Roe fue contratada para ser artificialmente inseminada con esperma del esposo de una señora incapacitada para procrear por haberse ligado las trompas de Falopio. De acuerdo con el contrato celebrado, recibiría cinco mil dólares por la promesa de gestar y dar a luz a un hijo que entregaría al padre biológico a su nacimiento. Según los planes, antes del nacimiento el padre biológico daría a conocer su intención de reclamar la paternidad y al ser asentado lo reconocería como suyo. Por su parte, la subrogada y su esposo aceptarían que el contratante era padre de su hijo, renunciarían a su custodia y demás derechos sobre él y consentirían en que la esposa estéril lo adoptara. La ley que rige el procedimiento de adopción en el estado de Michigan, similar a la de otros Estados de la Unión, establece que *Excepto por concepto de gastos y honorarios aprobados por la corte, nadie ofrecerá, dará o recibirá ni dinero ni otros bienes de valor en conexión con ninguno de los siguientes casos: a) Poner un niño en adopción, ... d) Consentir en la adopción, etcétera.*, por lo que como esa ley impedía que el contrato fuera realizado conforme a lo planeado, los esposos contratantes iniciaron un juicio tendiente a que se declarara anticonstitucional la prohibición,

por considerar que les impedía indirectamente procrear un hijo mediante el procedimiento de “subrogación de maternidad”, lo que juzgaban violatorio en su perjuicio del “derecho a la privacidad”, declarado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, como implícito en otros derechos constitucionales. El fallo de primera instancia de la Corte declaró substancialmente que el interés del Estado expresado en la ley era el de evitar que el mercantilismo o afán de lucro afectara la decisión de una madre para otorgar su consentimiento para que su hijo fuera adoptado. Se añadió que era un principio fundamental que los niños no pueden ni deben ser materia de compraventa, y puntualizó que el proceder de manera mercenaria para crear una relación de parentesco y su impacto en la unidad de la familia afecta las bases mismas de la sociedad humana y ofende a la comunidad. La Corte de Apelación a la que recurrió la pareja contratante rechazó la vista del caso y emitió su opinión diciendo: *La ley no prohíbe a los apelantes tener un hijo como lo planearon, sino hacer mal uso de los procedimientos de adopción establecidos por la misma. En efecto, el contrato celebrado revela la pretensión de usar la adopción como un medio de cambiar la situación legal del niño, y ese propósito consideramos que no se encuentra dentro del ámbito de las garantías protegidas por el derecho constitucional a la privacidad.* Por su parte, el Procurador General del Estado de Michigan declaró con motivo del caso planteado ante los tribunales, lo siguiente: *Pocas mujeres se prestarían por gusto a ofrecer el uso de su cuerpo por nueve meses si lo único que conseguirían fuera el placer de hacer a otros felices con la adopción de su hijo, por lo que, salvo los casos de excepción, el pago es el incentivo para que gesten el hijo que no*

desean concebir, lo lleven en el vientre por nueve meses, a pesar de que normalmente no lo hubiesen hecho, y lo entreguen a su nacimiento renunciando a todos sus derechos; es obvio que cuando lo hacen es merced a la recompensa recibida. El contrato celebrado entre las partes resultó nulo a la luz del derecho estatal.

Un nuevo intento de manipular las leyes de adopción en el Estado de Michigan tuvo lugar en 1981 cuando un marido sin hijos contrató a una mujer casada, para que con el consentimiento de su marido la mujer fuera artificialmente inseminada con su esperma y gestara a un hijo suyo mediante la suma de diez mil dólares. Cuando la señora se embarazó, el contratante pretendió ampararse en Paternity Act, ley del Estado sobre filiación; solicitó que se declarara judicialmente que él era el padre del niño por nacer y que con el consentimiento de la madre se le garantizara la custodia después de su nacimiento. Más adelante solicitó una orden para que en el certificado de nacimiento apareciera como padre del niño.

La Corte solicitó la intervención del Procurador General del Estado en vista del interés público que revestían ambas solicitudes, resolviendo el funcionario que *tanto que la señora había sido inseminada con el consentimiento de su marido, el niño por nacer debía ser considerado, de acuerdo con la ley, como hijo legítimo del matrimonio y no del contratante.* Dos días después del nacimiento de una niña, producto de la inseminación artificial, la Corte Familiar desestimó la petición de que el contratante apareciera como padre de la menor en el certificado de nacimiento, aunque finalmente la niña fue entregada a los esposos

estériles para su custodia, por considerar esa medida como *beneficiosa para la menor*, pero en el certificado de nacimiento no apareció el nombre del padre biológico o subrogante, como se pretendía. La Corte de Apelaciones desestimó la revisión, y abogó porque se legislara en la materia diciendo: *Si el Estado de Michigan al fin y al cabo va a reconocer los contratos de subrogación, comprensiva legislación es necesaria para resolver el profundo interés de la sociedad en relación con derechos, obligaciones e intereses de todas las partes involucradas en ellos.*

En el Estado de Kansas, el Procurador General emitió opinión similar a la de su homólogo de Kentucky en el mes de julio de 1982, diciendo que: *El mayor impedimento para la validez de los contratos de subrogación es que son contrarios a la política estatal fundada en el antiguo principio legal de que los niños no son mercancía y por lo tanto no pueden ser materia de actos de comercio o de simple donación. Y prosiguió: Entendemos que la decisión de procrear o tener un hijo es un asunto esencialmente privado que encuentra cierta protección en la Constitución. Pero, la actividad comercial que implica el contrato afecta intereses superiores del Estado, como por ejemplo, el que tiene en la custodia de los menores, y tal interés no puede ser lesionado por el trato.*

Los contratos de maternidad subrogada o madre sustituta, han sido generalmente cuestionados por las autoridades que los equiparan a la compraventa de niños, delito tipificado internacionalmente,

circunstancia que los hace nulos de pleno derecho y por ende, inexigibles para efectos legales.

Otro caso más, fue el ocurrido el 10 de junio de 1983, cuando nació en Lansing, Michigan, un hijo de la señora Judy Stiver. Ella y el marido habían aceptado que fuera inseminada con semen de Alexander Malahoff, encargándose del contrato una de las muchas agencias que en los Estados Unidos se dedican a este lucrativo negocio. De acuerdo con el pacto, la señora Stiver y su marido recibirían diez mil dólares cuando naciera el niño y renunciara a sus derechos en favor del padre biológico.

El niño nació microcefálico, deformación que es signo de retraso mental, y pronto desarrolló una infección producida por estreptococos. Las autoridades del hospital donde nació sugirieron un tratamiento que el supuesto padre biológico rechazó, por lo que ocurrieron a una Corte para que impidiera que Malahoff dispusiera del enfermo e interfiriera en su atención. En tanto se definía su situación, el niño fue llamado *Baby Doe*, como acostumbran llamar a aquellos que por alguna circunstancia tienen una filiación incierta. Mientras se resolvía esa situación, Malahoff comenzó a dudar que el niño hubiese sido engendrado por él, y finalmente objetó la paternidad legalmente. La noticia del litigio trascendió a los medios y comenzó a ser explotada por un programa de televisión donde las partes concurrían para exponer sus argumentos. La señora Stiver confesó públicamente que ella y su marido habían aceptado el contrato porque los diez mil dólares ofrecidos los utilizarían para disfrutar de unas vacaciones que

no habían tenido desde hacía muchos años. El resultado de los análisis del DNA del niño, del marido de la mujer y del contratante fue anunciado en un auditorio repleto de curiosos, con la asistencia de los interesados. Malahoff no era el padre sino el marido de la subrogada quien confesó que él y su mujer habían violado el pacto de abstinencia sexual, y que no le extrañaba la condición del niño pues en otro matrimonio había engendrado un retrasado mental. Finalmente el niño fue puesto en adopción, bajo la custodia del Estado. Ni los padres biológicos ni el pretendido padre subrogante aceptaron hacerse cargo de él. Con fundada razón un comentarista escribió: *Baby Doe fue visto y discutido como mercancía de inferior calidad, como una imperfecta criatura que vino al mundo como un artículo dañado, y agregó: Se critica a la señora Stiver por carecer de sentimientos por rechazar cualquier conexión con el niño, pero esos sentimientos son precisamente los que busca destruir el proceso de la subrogación.*

Más conmovedor aún, por lo fuerte de los sucesos que precedieron al juicio, fue el caso de Baby M., una niña nacida a raíz de un contrato de subrogación que por casi dos años careció de nombre, por la disputa que por su custodia y posesión protagonizaron sus padres biológicos y los solicitantes. Fue en el año de 1985, cuando un químico de 40 años de edad y su esposa, médico pediatra de 41, considerando que un embarazo podría agravar la esclerosis múltiple que la señora padecía, decidieron contratar a una mujer que se embarazara con el esperma del marido y que al dar a luz les fuera entregada la niña renunciando a sus derechos sobre ella para que así la esposa la pudiera adoptar. Mary Beth Whitehead de 27 años, casada con un modesto empleado

municipal, madre de dos hijos e imposibilitada para procrear otros más con su pareja por haberse practicado su marido vasectomía cuando contaba con veinte años de edad, fue seleccionada entre un catálogo de aspirantes por su notable parecido físico con la esposa del subrogante. Tanto ella como su esposo estuvieron de acuerdo en recibir diez mil dólares por la subrogación. El embarazo transcurrió con algunos problemas que obligaron a la madre subrogada a permanecer interna en el hospital por recomendación de los médicos a cargo del proceso. A su término nació su hija, una niña que fue jubilosamente aceptada por su familia. Sin embargo, merced al contrato celebrado y la presión de la pareja subrogante, la madre le entregó, como estaba pactado. Enseguida pidió que le permitieran tenerla unos días más para que pudiera amamantarla; pronto se dio cuenta de que no podría deshacerse del producto de su maternidad como lo había prometido y se negó a entregarla de nuevo renunciando a la compensación ofrecida, sin embargo, los contratantes no estaban dispuestos a renunciar a ella. Siendo personas de recursos económicos considerables habían obtenido de una Corte la custodia provisional, y ante la negativa de la madre a entregar a su hija, decidieron ocurrir a las autoridades para rescatarla por la fuerza. Acompañados por la policía se propusieron cumplir la orden de desposesión girada por el juez. Por tal razón, la familia Whitehead entera huyó entonces hacia Florida, de donde fue obligada a retornar. Para entonces el marido había sido privado de su trabajo y debía hacer frente a cargos criminales mientras que su esposa debía afrontar el juicio que decidiera la custodia. Baby M. permanecería con quienes pagaron el embarazo mientras durara el procedimiento. Bajo el antecedente que

entratándose de un caso de custodia, de los que tradicionalmente se resuelven en los Estados Unidos a favor de quien ofrezca las mejores condiciones de vida al menor en disputa, la labor de los abogados de la pareja subrogante se centro en demostrar la inconveniencia de que la niña se quedara con su madre biológica, Mary Beth, quien fue con ese propósito exhibida como pobretona, mal educada y vulgar, y después de siete meses del juicio, al que los medios le dedicaron mucho tiempo y espacio, la decisión del juez Harvey R. Sorkow se inclinó en favor de los subrogantes por considerar que era mejor opción para la niña el hogar que ellos le ofrecían, decidiendo en ese momento la adopción en favor de la doctora aparentemente incapacitada para gestar. El fallo dividió a la opinión pública y la validez de los contratos, que no formó parte del juicio de custodia, fue puesta a discusión, considerando unos que debían legalizarse y hacer exigible su cumplimiento, y otros prohibirse por minar las bases mismas de la tradición familiar. Para el National Comitee por Adoption, una agrupación que reúne a agencias que tramitan adopciones sin fines de lucro, entre las que se encuentran algunas agrupaciones religiosas, el contrato que motivó el pleito no resultaba irrelevante, pues mencionaron que aquél el contrato de subrogación no era otra cosa que la comercialización de niños, pues añadió el director de política del referido Comité que tratan a los niños como mercancía que puede ser comprada o vendida. Asimismo, dijo que el contrato estipulaba que la madre recibiría diez mil dólares por entregar un niño vivo y mil dólares si resultaba muerto, por lo que claramente el objeto del contrato era la compra de un niño vivo, pues insistió en que mil dólares serían una compensación por el “fracaso”. El vocero del

Comité concluyó diciendo: *Estamos en contra de la maternidad subrogada y sentimos que debe ser prohibida, pues no solamente se trata de una comercialización de niños sino también una nueva forma de explotación de las mujeres.* Fue claro que en ese caso, el martirio de la madre subrogada fue bastante, pues durante el embarazo fue obligada a ingerir medicamentos que la enfermaron y obligaron a permanecer varias semanas en la cama de un hospital; después del nacimiento de la bebé fue obligada por la policía a desprenderse de ella, fue humillada y obligada a confrontar un juicio vergonzoso en el que apenas pudo defenderse; su cónyuge fue acusado de haber secuestrado a la hija de su esposa, que no era suya, y por ello, fue esposado y conducido a prisión; su hija mayor, apenas una adolescente que trataba de defender a su madre del despojo, fue golpeada por la policía al pretender impedir que se llevaran a su hermana menor.

Todo ello lo distingue como uno de los casos más fuertes que han ocurrido en materia de maternidad subrogada.

Noel Keane, abogado de profesión, escribió un libro en el que narra diversos sucesos de esta clase, de entre los que podemos destacar un caso de chantaje de una subrogada a la pareja con la que había contratado la gestación, exigiéndoles sumas de dinero a cambio de no abortar o negarse a entregar al producto de su embarazo al nacimiento. Como consecuencia del incumplimiento de llevar una vida sana, el niño nació con síndrome alcohólico por su habitual consumo de estimulantes, alcohol, drogas, etcétera.

En otro caso, que cuenta el mismo Keane, la pareja subrogante estaba formada, por un (a) transexual y su “marido”. Cuando la madre subrogada se enteró se negó entregar al hijo procreado. Una Corte de California apoyó su decisión y lo retuvo.

En Inglaterra, en el año de 1978 correspondió a un juez de la división familiar de la Suprema Corte de Justicia Inglesa fallar un caso de disputa sobre un niño nacido como consecuencia de un caso de subrogación. Una pareja estéril que vivía en unión libre, decidió contratar los servicios de una mujer que se embarazara con gametos del marido y les entregara el hijo al nacer. Las gestiones para encontrar a la mujer que se prestara al trato resultaron infructuosas, pues la mujer inglesa es más conservadora, resolviéndose entonces a ofrecer el contrato a una prostituta callejera que por la suma de tres mil quinientas libras esterlinas aceptó embarazarse. Una agencia de subrogación clandestina contrató a una clínica que sin hacer mayores averiguaciones procedió a la inseminación, con éxito. La prostituta recibiría la compensación al hacer entrega de su hijo; los gastos del embarazo y el parto corrían por cuenta de los contratantes. La experiencia maternal hizo cambiar de opinión a la mujer y al nacimiento de su hijo se negó a entregarlo conforme a lo tratado, rechazando las ofertas de mayor paga que le hicieron para que cumpliera con el contrato. El padre biológico ocurrió entonces a los tribunales demandando la custodia y control del niño, pretensiones que le fueron negadas, recibiendo en cambio el tratamiento que corresponde al padre “natural” de un hijo ilegítimo, alimentarlo hasta

que pudiera valerse por sí mismo. A cambio de sus deberes decretó el tribunal el derecho de visitarlo. Inconforme con los derechos de visita concedidos al padre, la mujer apeló de la resolución y la Suprema Corte en forma unánime revocó ese derecho, prohibiendo además la publicación de los incidentes de su concepción y nacimiento.

Por último, un nuevo caso se dio a la publicidad recientemente, en el que ninguna de las dos parejas, ni la subrogante ni la subrogada aceptaban al niño en gestación. Relacionadas por medio de una agencia clandestina, una madre de cuatro hijos se comprometió, con el consentimiento de su marido, a gestar al hijo de otra pareja que había devenido en estéril. En consecuencia, la subrogada sería inseminada artificialmente con gametos del varón de la pareja contratante, para que al nacimiento del niño les fuera entregado. Avanzado el embarazo la pareja subrogante al parecer se arrepintió, dejó de cubrir los gastos médicos y desapareció, por lo que la embarazada y el marido ocurrieron a las autoridades para hacer cumplir el contrato. Como en Inglaterra los contratos de subrogación no son exigibles, la gestante y su marido fueron advertidos por las autoridades de que, al nacer el niño sería legítimamente suyo y en consecuencia deberían asumir las obligaciones derivadas de la paternidad. En resumen, la pareja con cuatro hijos tendría cinco, uno de ellos habido por la esposa con el varón de la otra pareja.

De todos los casos anteriormente relatados puedo sintetizar que la mayor parte de las controversias que se han presentado respecto de las Técnicas de Reproducción Asistida han versado sobre la

maternidad subrogada, siendo por lo que sin lugar a dudas justifica su rechazo internacional como medio alternativo de procreación, pues no es ético ni legal que un ser humano sea materia de un contrato y sea literalmente considerado como un producto fabricado para su compraventa.

En este capítulo se hizo un estudio jurídico, iniciando desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haciendo referencia de algunas legislaciones del país, hasta fundamentarlo en el derecho internacional, por último se expusieron algunos casos de procreación asistida. Este marco jurídico nos permitió tener un panorama muy amplio de los diferentes tratamientos que se le ha dado al objeto de estudio, tanto en nuestro país, como en el extranjero. Por último quiero comentar que gran parte de esta experiencia obtenida se vertirá en la propuesta final.

CAPITULO CUARTO.
LA REGULACIÓN JURIDICA EN EL DERECHO CIVIL DEL ESTADO
DE MEXICO SOBRE LA MADRE SUSTITUTA O LA MADRE
SUBROGADA.

Es importante señalar en este capítulo a manera de proemio como se observa actualmente la reproducción asistida en México, para posteriormente adéntranos al estudio de la madre sustituta o subrogada.

Hoy, en día existen varios mexicanos y mexicanas que padecen infertilidad y un porcentaje significativo de ellos requiere algún tipo de tratamiento para lograr la procreación. La gran mayoría de esta población no tendrá hijos debido a numerosas barreras que impiden su acceso a los servicios médicos especializados en técnicas de reproducción asistida.

Considero importante destacar algunos casos prácticos que se han dado, siendo los siguientes.

En 1988 nació Andrea, la primer bebé concebida en territorio mexicano, por transferencia intratubaria de gametos (GIFT). La difusión de la noticia en torno a las condiciones que permitieron la concepción de Andrea, generó respuestas muy variadas. Para miles de personas infértiles, Andrea representó la esperanza renovada de poder ser padres y madres; algunos legisladores manifestaron públicamente su desaprobación, al igual que miembros de la Iglesia

Católica; la comunidad médica se polarizó adoptando posturas de escepticismo y rechazo, o bien, vislumbrando un nuevo campo para el desarrollo de la medicina en México.

Al igual que el Dr. Steptoe y el Prof. Edwards, el Dr. Alfonso Gutiérrez Najar, médico tratante de los padres de Andrea, se mantuvo al margen de la controversia, continuó su labor y dio lugar a los nacimientos de bebés concebidos con técnicas innovadoras en la práctica médica mexicana.

En 1991, nació el primer bebé concebido con la asistencia de la fecundación *in vitro* (FIV); en 1995, nació el primer par de hermanas concebidas al aplicar simultáneamente dos técnicas: Aspiración epididimaria de espermatozoides (MESA) e inyección intracitoplasmática del espermatozoide al óvulo (ICSI). Al paso de los años se ha mantenido en México la sucesión de innovaciones, éxitos y fracasos, como ocurre en el resto del mundo.

Tras el nacimiento de Andrea, quienes en 1988 auguraron el desarrollo de un nuevo campo para la práctica médica, tuvieron razón. Actualmente, operan en México 15 centros que cuentan con la infraestructura tecnológica y los recursos humanos necesarios para la aplicación de las TRA. Durante el año 2000, fueron realizados aproximadamente 2000 ciclos. Seis de estos centros reportan sus resultados al Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida, publicado anualmente por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED). Esta fundación multinacional, no lucrativa, tiene el

objetivo primordial de contribuir al progreso científico de la reproducción asistida, particularmente en Latinoamérica. Actualmente, 68 centros en 12 países están registrados en la RED. Así mismo, esta organización ha aportado directrices y conceptos fundamentales para fomentar la práctica ética y la creación de leyes específicas que contemplen los nuevos esquemas e implicaciones legales que la reproducción asistida demanda.

En México, al igual que en el resto del mundo, el creciente desarrollo de las TRA (Técnica de Reproducción Asistida) ha significado un enorme reto para la legislación. La nueva realidad científica - médica ha superado todo lo que se hubiera podido prever en las leyes. La ciencia jurídica debe afrontar múltiples interrogantes relativas a las nuevas estructuras familiares, a las diferentes filiaciones que surgen a partir de la donación de gametos y de la contratación de madres sustitutas o subrogadas; a la disposición final de gametos y embriones, y en general, a las nuevas condiciones sociales y familiares que genera la asistencia reproductiva. ¿Debe ser aprobada la inseminación homóloga con semen del marido luego de su fallecimiento? ¿Deben tener acceso a la inseminación las mujeres solteras, viudas, divorciadas y las concubinas? ¿Debe mantenerse el anonimato de quienes donan sus gametos? ¿Es legítima la remuneración económica para los donantes? ¿Se justifica éticamente la llamada maternidad substituta? ¿Debe ser legal el pago a las madres subrogadas? ¿Debería renunciar el donante de gametos a la patria potestad a favor de un tercero anónimo? ¿Cuál es la condición ético-antropológica del embrión, puede éste ser objeto de donación,

compra-venta o adopción? ¿Puede el embrión ser manipulado para fines de investigación y experimentación?

Quizá la labor de plasmar respuestas en la legislación sea más difícil en la cultura mexicana que en otros países en los que el concepto de la familia y sus lazos no influye de manera determinante en la vida de niños, adultos y ancianos como sucede en México.

No hay mayor ofensa para un mexicano que la mención deshonrosa de su madre, independientemente de la edad del ofendido y de que su madre esté viva o no. “Vieja menopáusica” es un insulto dirigido a mujeres adultas que manifiestan su enojo de manera expresa, independientemente de su edad y condición hormonal. Ambos ejemplos reflejan la fuerza de los lazos familiares, particularmente de la maternidad, y del altísimo valor atribuido a la fertilidad en México.

En estas circunstancias, la controversia impera en los procesos de regulación jurídica y normatividad de la asistencia reproductiva. El Código Civil Federal y la Ley General de Salud son los instrumentos que regulan y norman la práctica médica en todo el país. Adicionalmente, cada Estado cuenta su propio Código Civil. Actualmente, sólo dos Estados mexicanos incluyen en sus códigos civiles leyes que regulan la aplicación de las TRA: el del Estado de Guerrero y el del Estado de Tabasco.

La Ley General de Salud vigente incluye conceptos relativos a las TRA, como lo son células germinales y embrión, pero no es específica

en lo que se refiere a las interrogantes esenciales planteadas anteriormente.

En abril de 1997, legisladores del Estado de Tabasco respondieron a varias de dichas interrogantes 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. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal.

El Código Civil para el Estado de Tabasco contempla varios aspectos relevantes indisolubles de la aplicación de las TRA, sin embargo esta aproximación legal sin precedente nacional no contempla otras implicaciones de la reproducción asistida: Inseminación postmortem, el anonimato del donador en la inseminación heteróloga y la disposición de los embriones que exceden a los transferidos en un ciclo.

4.1 LA MADRE SUSTITUTA O SUBROGADA

Como lo hemos referido que la madre sustituta o subrogada, es la mujer que gesta y pare un hijo por cuenta de otra mujer. También se denomina “madre portadora” o “madre gestante”.

El hijo puede ser concebido de dos formas: por inseminación (el espermatozoide pertenece al compañero de la mujer que desea tener el hijo y el óvulo a la madre de alquiler) o por trasplante de embrión (el hijo es concebido a partir de los gametos de la pareja de los futuros padres). En el primer caso, el hijo pertenece genéticamente a la madre de alquiler; en el segundo, la madre de alquiler sólo interviene en la gestación. Por este segundo método han nacido ya miles de niños.

Los que defienden este tipo de gestación por cuenta ajena alegan que la maternidad de sustitución es la menos “artificial” de las formas de procreación médicamente asistidas, ya que la ciencia apenas interviene en el proceso. Sin embargo, hay argumentos en contra: el hecho de que implique una sustitución del cuerpo ha originado la condena moral o religiosa, sobre todo en Europa; también, el considerar a las madres de alquiler como “mercenarias” o “explotadas” por recibir dinero a cambio; en el aspecto psicológico se argumenta que los lazos afectivos que se crean entre la madre y el feto se rompen en el momento en que el recién nacido es entregado a los futuros padres, situación que provoca un trauma en el niño. Por otro lado, toda procreación asistida que cuenta con la intervención de la medicina separa la sexualidad de la reproducción.

Históricamente el fenómeno no es nuevo: en las sociedades tradicionales ya existían las amas de cría e incluso la gestación ajena. De cualquier forma, ante la reivindicación de los hijos por parte de las parejas estériles, la baja natalidad de las sociedades más avanzadas y la problemática que supone la adopción de niños, se hace necesaria una reglamentación sobre todas las actividades de procreación asistida, en especial de aquellas en las que intervienen terceras personas.

4.2 MATERNIDAD SUBROGADA A LUZ DEL DERECHO CIVIL

Esta investigación reviste gran trascendencia, ya que es una practica que se viene dando y el derecho no puede ser omiso ante tales circunstancias, por ello el interés de exponer a todos ustedes, dicha investigación, de antemano sabiendo que el tema no deja de ser polémico, por que son casos novedosos y los tenemos que llevar a la legislación correspondiente. Ya hemos dicho que la maternidad natural es el "vínculo genésico entre mujer no casada al concebir y su hijo, engendrado por quien tampoco estaba casado entonces". Esta maternidad impone deberes respecto a la patria potestad respecto a la madre, así como facultades, derechos, obligaciones y responsabilidades, por el sólo hecho del nacimiento. También se entiende por maternidad el estado o calidad de madre; en otras palabras, la madre no puede, aunque lo diga el Código Civil tabasqueño, ser sustituta; porque el calificativo llevado a una persona es la que hace las veces de otra en un empleo o servicio; en el caso de la maternidad, sería un absurdo aceptar que quien no ha parido un

hijo sea considerada como madre. Por ejemplo, en Derecho Sucesorio, cuando se alude al término sustitución, se quiere significar que se nombra a un heredero o legatario en reemplazo de otro de la misma índole; o designado como sucesor en los bienes, de quien, verbigracia, por alguna causa legal de incapacidad no puede heredar. En otras palabras, la maternidad subrogada, atendiendo a lo que estas palabras significan, no existe, aunque lo diga el legislador de Tabasco.

Ya se ha hecho referencia a este término y para mayor conocimiento, se menciona una cita que involucra técnicas de reproducción, gestación por otro, embrión implantado, acuerdo previo para usar el cuerpo, renuncia de derechos respecto del hijo al que se da a luz y otras cuestiones al respecto. En Compendios de Términos de Derecho Civil, publicado por Porrúa y la Universidad Nacional Autónoma de México, elaborado por siete profesores de la Facultad de Derecho de esta institución, entre otros quien esto escribe y específicamente Jesús Saldaña Pérez, quien afirma respecto a la maternidad subrogada que es una "técnica de reproducción asistida, también conocida como gestación por cuenta de otro consiste en que el embrión de una pareja se implanta en el útero de otra mujer, llamada madre subrogada, quien por un acuerdo previo, acepta que en su cuerpo se lleve a cabo la gestación y el parto, renunciando a sus derechos respecto del hijo que da a luz, en beneficio de la pareja con la que se ha obligado, que puede ser la misma con la que se ha obligado o bien persona diversa, en forma onerosa o gratuita". Sin comentarios.

4.3 ALGUNOS CASOS QUE SE HAN DADO EN LA VIDA REAL

La ciencia avanza a pasos agigantados, y las cosas no se pueden parar, al grado que ya existen varios casos registrados de niños nacidos con la técnica de reproducción asistida, como los siguientes:

El Caso Baby M.- En 1987 se llevó a cabo en los tribunales de Nueva Jersey el caso llamado "Baby M".

El matrimonio Stern es estéril; así pues, buscan con todo cuidado una mujer con "garantías" para que sea inseminada con el esperma del Sr. Stern y encuentran a la Sra. Whiteheads; quedan encantados de la amistad y hacen un contrato formal en el que darán a la "madre sustituta" 10,000 dólares para gastos, más otros 10,000 y todos muy contentos forman un verdadero equipo.

En marzo de 1986 nace una niña del vientre de la Sra. Whiteheads, a la que ella llama Sara, los Stern Melisa y el Juez "Baby M"; después del nacimiento la "madre sustituta" grita: "Oh Dios mío, ¿qué he hecho?" y no quiere entregar la niña a los Stern; les devuelve el dinero y apela a los tribunales para conservarla; la niña cumple un año y el juez sin poder solucionar el caso.

Naturalmente ha habido episodios de película, como que el Sr. Whiteheads haya salido por una ventana con la bebé, mientras los Stern están con 5 policías en la puerta de entrada reclamando a la niña; carrera a Florida en donde son localizados por los investigadores de los Stern; regreso a Nueva Jersey, entrevistas en la TV, en la

prensa, etc., quedando bien clara la afirmación de la Sra. Whiteheads: "esta no es manera de traer niños al mundo".

Los padres biológicos de la niña son el Sr. Stern y la Sra. Whiteheads; el juez dio la custodia temporal de la niña a los Stern, y la Sra. Whiteheads pasaba dos horas, dos veces a la semana con ella en terreno neutral"; en marzo de 1987 el juez dio a los Stern la custodia de la niña sin ningún derecho a los Whiteheads, que piensan apelar.

Es un contrasentido legalizar el aborto por un lado y la inseminación artificial por otro.

Hay grupos que trabajan por impedir la práctica de la "madre sustituta" pues si esto se legaliza, es hacer pública y legal la venta y compra de niños, úteros, espermias, etc.

Hay quienes temen, con razón, que las mujeres pobres se vuelvan incubadoras humanas de parejas ricas que no quieren las molestias de un embarazo.

La única VOZ que se ha pronunciado con autoridad sobre la moralidad de la "inseminación artificial" es la de la Iglesia Católica; la Santa Sede ha dado a conocer un documento sobre el respeto a la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación.

El Santo Padre Juan Pablo II puso punto final a las dudas morales diciendo: "*Ni relaciones sexuales sin niños, ni niños sin relaciones sexuales*"

Desde 1949 el Papa Pío XII condenó la inseminación artificial y en 1956 la fecundación in vitro, así como cualquier experimento con embriones que van mucho más allá de lo que se pueda imaginar, pues están por fecundar un óvulo de chimpancé con espermatozoides humanos.

El Episcopado Americano hizo una declaración en la que queda bien claro la condena a los métodos artificiales de inseminación, pues ser "sustituta" viola la unidad biológica y espiritual del matrimonio, explota al niño como un artículo y a la madre como fábrica de bebés.

4.4 ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN CON LAS MADRES SUSTITUTAS O DE ALQUILER

El problema es que algunas madres de alquiler no son de fiar; cuando llega el momento del parto se han encariñado ya con el niño y se desdican del trato, sin indemnizar al progenitor por su aportación genética. Junto a la falta de seguridad jurídica que esto supone, lo más discutido es si tales prácticas deben o no comercializarse, pues hay que tener en cuenta que en Europa lo decisivo no es lo que se hace, sino si se cobra o no por ello.

Algunas voces señalan ya el peligro de que en el futuro se creen dos clases de mujeres: las que tendrán los medios para remunerar a una madre de alquiler, y las que deberán alumbrar hijos de encargo para ganarse la vida. Lo más probable es que acabe creándose un cuerpo de "madres sustitutas" con la garantía del Estado y a cargo de la Seguridad Social, para evitar discriminaciones.

Las posibilidades de la procreación artificial auguran la aparición de nuevos tipos de familia. Para que se haga una idea, la foto oficial de un matrimonio de moda comprendería en un futuro próximo a los siguientes personajes:

* Por parte de la novia, su padre jurídico, su madre biológica, el donante del esperma que engendró a la novia y que ha planteado un proceso para tener derecho a visita, el director del banco de semen y la hija del primer matrimonio de la madre.

* Por parte del novio, la madre genética que aportó el óvulo, la madre biológica que alquiló su útero y dio a luz al novio, el médico que hizo la Fecundación in Vitro, el director de la agencia que puso en contacto a ambas madres (el padre no aparece, pues murió cinco años antes del nacimiento del chico, pero como había dejado su esperma congelado, su mujer pudo tener el hijo cuando ya había superado la menopausia).

Tal vez piense usted que este gran avance técnico de la procreación artificial, ha creado más problemas sociales, efectivos y éticos que los que pretendía resolver, pero este impasse puede resolverse en un futuro no lejano; los técnicos trabajan ya en un prototipo de matriz artificial, que permitirá prescindir del incordio de la maternidad y acceder por fin a la gestación in vitro.

4.5 LA REGULAR LA MATERNIDAD SUSTITUTA O SUBROGADA Y DE LA PROCREACIÓN ARTIFICIALES EN LA LEGISLACIÓN CIVIL EN EL ESTADO DE MEXICO.

Si los caso de procreación ya son de uso practico, es menester legislar para proponer instrumentos jurídicos, que nos permitan tener certidumbre al momento de que el hijo sea procreado con ayuda de un tercero progenitor pagado, en base a un contrato en donde se pacten las condiciones, y en caso de incumplimiento que se haga valer conforme a derecho.

Lo anterior permitirá sentar bases para legislar en materia de atribuciones de maternidad legal entre dos tipos de madre; y determinar las consecuencias que conlleva esta práctica, como cuestiones de filiación, de derechos sucesorios y en todos los puntos jurídicos resultantes de la maternidad. Situaciones que ya no pueden ser resueltas por tribunales a través de sus propios criterios, sino que se requiere imprescindiblemente de nuevos fundamentos legales.

En el caso de la maternidad prestada, se debe establecer jurídicamente cuando la mujer da a luz un hijo, quien genéticamente no sea de ella, que obligación tiene en relación, con las personas quienes hubiesen pedido una procreación artificial, y éstas que obligación contrae con la madre sustituta.

Por otra parte si la mujer que hubiese efectuado la gestación con motivo de un pedido de otras personas, quienes posteriormente nieguen la recepción del niño correspondiente, tendrá derecho a la

reparación del daño e indemnización de perjuicios contra los pedidores quienes negaren la recepción del hijo producto de tal gestación. En estos casos los pedidores están obligados a proporcionar alimentos a favor del hijo en los términos legales correspondientes a padres.

Las obligaciones de la reparación del daño e indemnización de perjuicios, deben existir también en el caso de que el hijo no naciera por un motivo no imputable a la madre de gestación. También analizar el tiempo para hacer valer judicialmente el pago prestaciones.

La mujer que cuyo cuerpo se hubiere desprendido el hijo, jurídicamente, obtiene la calidad de madre, o cual sería su situación.

La mujer que preste su cuerpo para procrear un hijo, tendrá derecho a una prestación económica, y deberán pagar todos los gastos médicos, las personas que solicitaron la procreación de su hijo.

La madre donante que da genéticamente el ovulo, ésta se tendrá como madre del hijo nacido, de otra mujer.

Como se puede observar hay varias interrogantes, que se tienen que aclarar, al momento que se legisle sobre la metería, en el Código Civil del Estado del Estado de México.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La familia depende primordialmente del parentesco, y surge por consanguinidad, afinidad y el civil; además es una institución, a la cual se ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico, psíquico y social, como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo.

SEGUNDA: La Filiación es un acto jurídico destinado a crear entre el adoptante y adoptado los derechos y obligaciones resultantes de la patria potestad, además de que ésta institución se establece en función del interés superior y beneficio del adoptado, la cual puede tener lugar de tres maneras: simple, plena o internacional.

TERCERA: La filiación artificial, también es reconocida como la reproducción humana asistida, que es la creación de un ser humano, que se obtiene mediante la participación de terceras personas y empleo de técnicas biológicas de reproducción.

CUARTA: El Estado Familiar se basa fundamentalmente en las diversas relaciones jurídicas que pueden sostener las distintas personas que participan en una técnica de reproducción humana asistida, entre estos mismos y con el ser fecundado, o así como los

portadores del esperma, óvulo y del útero, a fin de discurrir sobre el posible parentesco que pudiera surgir.

QUINTA: En los Métodos y Técnicas de Reproducción Asistida, existen distintos medios y cada uno de ellos consiste precisamente en la ausencia del coito sexual o la relación carnal. También es menester señalar que los términos “inseminación” y “fecundación”, deben ser manejados indistintamente, para no causar confusión, ya que el primero alude a un proceso que será la causa o desembocará en la segundo; esto es, se insemina para fecundar; de ahí surge la diferencia entre ambos vocablos.

SEXTA: La inseminación artificial, se puede entender como la técnica de introducir el esperma del hombre en la vagina de la mujer, lográndose la fecundación dentro del vientre materno; ya que los espermatozoides se someten a un proceso de selección con el fin de obtener los de mejor calidad, para luego depositarlos directamente dentro de la cavidad de la matriz. Para ello, se puede utilizar el semen del esposo, ó el de un donador proveniente de un banco acreditado internacionalmente.

SEPTIMA: La subrogación es un término utilizado en el derecho de las obligaciones, así tenemos que la subrogación real se da cuando se sustituye bienes por otros bienes, mientras que la subrogación personal, es la sustitución de personas, en este orden de ideas, se llama maternidad subrogada, cuando la gestación del feto, se realiza por una tercera persona (mujer) quien presta su matriz, derivado de un

contrato teniendo como consecuencia dos maternidades, una de ellas es madre biológica ya que presta el óvulo y la otra se considera madre sustituta, quien aporta la matriz y los nueve meses de gestación.

OCTAVA: Los adelantos científicos en materia de técnicas de reproducción asistida han creado situaciones no contempladas por las leyes y reglamentos vigentes, por lo que urge legislar y sistematizar sus consecuencias legales para dar certeza jurídica a las parejas que utilizan éstos métodos, para superar los problemas de infertilidad, además de proporcionar una sólida garantía a los seres humanos que deben su existencia a estas técnicas de concepción, fuera del mecanismo biológico natural.

NOVENA: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra como garantía individual el derecho a la vida, por ello se debe tener sumo cuidado al momento de legislar respecto de las técnicas de reproducción asistida, para efectos de no violar preceptos de carácter constitucional.

DECIMA: Sirva como conclusión, mencionar uno de los varios tratados internacionales, para el caso que nos ocupa, sobre la protección de la vida del embrión, como lo es la declaración de Ginebra de 1924. *Siendo ahora admitido en la profesión médica solemnemente doy mi palabra de consagrar mi vida al servicio de la humanidad; guardaré respeto y gratitud a mis dignos maestros; practicaré la medicina con dignidad y conciencia; pondré en primer lugar la salud y la vida de mis*

*enfermos; celosamente callaré toda confidencia de mis pacientes; mantendré el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; mis colegas serán como hermanos; no permitiré discriminaciones de raza, religión, nacionalidad, partidos políticos o posición social que intervengan entre mi deber y mi paciente; **mantendré el mayor respeto a la vida humana desde su concepción; ni bajo amenazas usaré mis conocimientos contra las leyes de la vida y la humanidad;** espontáneamente y por mi propio honor formulo este juramento.*

ONCE: La Ley General de Salud y su Reglamento, ya regula las técnicas de reproducción asistida, dentro de su capítulo cuarto del mismo reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud como fertilización asistida, pero se omite definir en qué consisten éstas; por otra parte el artículo 40 fracción XI de la aludida ley ya conceptualiza la fertilización asistida, como *aquella en la que la inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro*. Esto es, sólo se limita a establecer que puede llevarse a cabo la Fertilización Asistida de manera (Homóloga), esto es, con la células sexuales masculinas y femeninas de la pareja, o bien, con la aportación de gametos provenientes de terceros donantes (Heteróloga), sin embargo, se omite precisar o definir cada una de las técnicas que pueden practicarse en los pacientes que sufren de infertilidad y que se entiende por éstas para que en su caso tanto el gobernado como el Juez resolutor en caso de controversia pueda establecer cuando se trata de una Técnica de Reproducción Asistida intracorpórea o extracorpórea.

DOCE: En el Código Civil para el Distrito Federal, ya establece los dispositivos legales para que los cónyuges puedan hacer uso de cualquier técnica de reproducción, ya que es posible la maternidad subrogada en el Distrito Federal, misma que ha sido tan cuestionada ya que ello es equiparable a la venta de un ser humano, e incluso se podría llegar al extremo de clonar seres bajo el amparo de la Legislación Sustantiva Civil.

TRECE: Como se puede observar en varias entidades de la República Mexicana, ya se encuentra autorizado utilizar diferentes métodos de la fecundación artificial o asistida, exceptuando la madre sustituta, por lo que en el Estado de México, la legislación civil no puede quedar a la saga.

CATORCE: Hoy en día la reproducción asistida ha avanzado significativamente en varios países, los cuales se exponen en esta tesis, pero cabe destacar que existen diversos sectores sociales, que surgen en comisiones para intervenir y analizar las repercusiones legales, éticas, religiosas, jurídicas y sociales respecto de las técnicas de reproducción asistida y además hacen varias recomendaciones a sus respectivos gobiernos para normar y regular esa actividad. Cabe mencionar que la mayor parte de las comisiones son denominadas con el apellido de la persona que las presiden, ejemplo de ello tenemos a Suecia, el Informe sobre análisis ético y legal (1982); en el Reino Unido, el Informe Warnok (1982); en Alemania, el Informe

Benda (1985); en España, el Informe palacios (1986); y, en Canadá, el Informe *proceed with a care* (1993).

QUINCE: En México existen varias mexicanas, que padecen infertilidad, ellas requieren de algún tipo de tratamiento para lograr la procreación, sin embargo la gran mayoría de esta población no tendrá hijos debido a numerosas barreras que impiden su acceso a los servicios médicos especializados en técnicas de reproducción asistida, quizá por temor de que no existe legislación alguna para regular la nueva forma de procreación.

DIECISEIS: Con una legislación que regule este tipo de prácticas, se puede dar lugar a nacimientos de bebés concebidos con técnicas innovadoras en la práctica médica mexicana.

PROPUESTAS

Se propone abrir un **TÍTULO Y CAPÍTULO** en el Código Civil para el Estado de México, para regular lo siguiente.

TITULO

LA MATERNIDAD PRESTADA Y LA PROCREACION ARTIFICIAL

CAPITULO 1

DE MATERNIDAD Y DE LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL

Art.

1. Se tendrá como madre de gestación, la mujer de cuyo cuerpo se hubiere desprendido el hijo.
2. Sin embargo, si el hijo se origina del óvulo de otra mujer, la última será la madre, siempre que la mujer señalada en el primer inciso entregue el hijo a la otra mujer dentro de seis meses contados a partir de su nacimiento.
2. La mujer que se hubiese prestado voluntariamente para dar a luz un hijo quien genéticamente no sea de ella, si pasado los seis meses, no es requerido por los padres biológicos, no tendrá la obligación de entregar dicho hijo. Sin embargo, si la mujer hace le entrega voluntariamente después de los seis meses no tendrá ella derecho de exigir la devolución del hijo.

3. La mujer de gestación tiene derecho a la reparación de daño e indemnización de perjuicios contra los pedidores quienes negaren la recepción del hijo producto de tal gestación. Además, están los pedidores en tal caso, obligados al pago de alimentos a favor del hijo en los términos legales correspondientes a padres. Si existe una pluralidad de pedidores las obligaciones de reparación de daño e indemnización de perjuicios, existe también en el caso de que el hijo no naciera por motivo no imputable a la madre de gestación.

4. La devolución de contraprestaciones efectuadas a donadores o terceros con excepción de la compensación de gastos efectivamente originados a cargo de donadores y de honorarios adecuados de médicos, podrá ser exigida dentro del primer año a partir del tiempo en el cual la persona quien hubiere recibido tales contraprestaciones, hubiere recibido el sentimiento a tal recepción, pero jamás después del transcurso de un plazo de cinco años, a partir de esta recepción. Por lo demás, no podrá ser exigida la devolución de prestaciones efectuadas con base al **convenio celebrado**.

BIBLIOGRAFIA

Alberts, B.; Bray, D.; Johnson et al. Essentials in cell biology. An introduction to the molecular biology of the cell. Garland Publishing. New York, 1997.

“Artificial Conception” : *Legislative Approuche, Family Law Quarterly*, vol. XIX, núm. 3, 1985.

Baqueiro Rojas, Edgardo y Buenrostro Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones.- Editorial Harla, México 1996.

Bejarano Sánchez, Manuel. Derecho de las Obligaciones; 5ª ed. Editorial Oxford.

Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil; Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo I.- México 1998.

Bonnecase, Julien. La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Traducción Lic. José Ma. Cajica Jr., Puebla, 1945.

Bonnecase, Julien.- Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1997.

Cincunegui, Silvia.- Modalidades de lo negativo y la elección del vínculo de alianza. IX Jornada. Buenos Aires. 1993.

Cincunegui, Silvia y Chebar, N.- El encuadre de la pareja matrimonial. La Pareja: encuentros, desencuentros, reencuentros. Editorial Paidós. Buenos Aires.1996.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Estado de Morelos.

Código Civil del Estado de San Luís Potosí.

Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza.

Código Civil del Estado de México.

Código Civil del Distrito Federal.

Código Penal del Estado de San Luís Potosí.

Código Civil del Estado de Tabasco.

Cuello Calón, Eugenio.- *“En torno a la inseminación artificial en el campo penal”*, Revista Jurídica Veracruzana, Jalapa, Veracruz, t. XII, núm. 3, 1961, pp. 129-145 y 136.

Curtis, H. y Barnes, S. Biología. 6° edición en español. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires, 2000. Editorial. "Genome sequencing for all". Nature 406, 109 (2000).

Chatel, Marie M.- El malestar en la procreación. Ed. Nueva Visión. Buenos Aires.1996.

Chávez Ascencio, Manuel F.- *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Cuarta Edición, México, 2001. pp. 57-62.

Encíclica: Evangelio de Vida. Juan Pablo II. Karol Joseph Woytila W.

Diccionario Enciclopédico Océano.- Editorial Océano, España, 1985.

Diccionario Jurídico 2000.

Domenico, Mondrone. Mamá... ¿Por qué me mataste? 5ª ed. México: De Alba, S.A., 1977.

Enciclopedia Microsoft Encarta 99. 1993-1998 Microsoft Corporation.

Faz Arrendo, Laurencio. Apuntes de Deontología Jurídica. Maestría en Administración de Justicia. Instituto de Estudios Judiciales. 2004.

Folleto de Técnicas de Reproducción Asistida. Serono de México, S.A. de C.V. 1997.

García Aguilera, José Antonio, *Problemas jurídicos de la inseminación artificial*, Revista de Derecho Judicial, México, 1972, p. 194

Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones Reader's Digest. Tomos 2 y 5.

Gran Diccionario Jurídico de los Grandes Juristas. 1999.

González, Juan Antonio.- Elementos de Derecho Civil, Editorial Trillas, Sexta reimposición, México, marzo de 1999.

Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho Sucesorio inter vivos y Mortis causa.- Ed. Porrúa, México, 1995.

Gutiérrez y González, Ernesto.- El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio.- Ed. Porrúa, México.

Herrasti, Alicia y R.P. Pedro Herrasti S.M. Inseminación Artificial y Clonación. 2ª Ed. Folleto EVE 619.

Hurtado Oliver, Xavier. El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte? Editorial Porrúa. México 1999.

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

Huxley, Aldous. Un Mundo Feliz. Ediciones Leyenda.

Instituto de Ciencias en Reproducción Humana. Técnicas y Procedimientos de reproducción. [http:// www.institutovida.com/terapias.asp](http://www.institutovida.com/terapias.asp).

Kleiner, Y. y, Pachuk, C.- Sexualidad y Conyugalidad. En: La Pareja; encuentros, desencuentros, reencuentros. Editorial Paidós. Buenos Aires. 1996.

Ley General de Salud.

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

Martínez Calcerrada, Luís, *La nueva inseminación artificial*, Madrid, España, 1989, p.62.

Milstein, C. Los anticuerpos monoclonales. La curiosidad como fuente de riqueza. Publicación especial de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la UBA, 2000. revista@de.fcen.uba.ar.

Moncartz, Esther.- Cuadernos de Salud Nº 2 del Centro Integral de Salud para mujeres "Dra. J. Lanteri". Buenos Aires. 1994.

Ogarrio Saucedo, Guillermo A.- Derecho Familiar. México 2001.

Pantaleón, Fernando, *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*,

Pina Vara, Rafael de.- Elementos del Derecho Civil Mexicano, Volumen I.- Editorial Porrúa, México 1993.

Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena.- *¿La maternidad es siempre cierta? La modernidad del derecho frente a los avances médicos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM-IIJ, mayo-agosto de 1989, vol. 22, núm. 65, pp. 497-528.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos Civiles*, Porrúa, Novena Edición, México, 2003, pp. 30.

Proyecto de Informe sobre Fecundación Artificial en Vivo e in Vitro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de los Derechos de los Ciudadanos del 6 de diciembre de 1988 del Parlamento Europeo, reconoce que la familia integrada constituye la mayor garantía para el crecimiento armónico del menor.

Puget, J. y, Berenstein, I.- Psicoanálisis de la pareja matrimonial. Ed. Paidós. Buenos Aires. 1988.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la Salud.

Revista de Jueces para la Democracia, España, 1988, pp. 19-36.

Rojina Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil.- Volumen I, Vigésima segunda edición, Editorial Porrúa, México 1998.

Speroff. L. Grass RH. Kase NG. Clinical Gynecologic Endocrinology and Infertility 5th ed. Baltimore. MD. Wiliam & Wilkins, 1994.

Tratados Internacionales:

Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Convención sobre prevención y el Castigo del crimen Genocidio.

Declaración de Ginebra.

Declaración Universal de los Derechos del Niño.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Wisconsin Law Review, Jacobs Ronald S. y Luedke j. Petter, Social and Legal aspects of human artificial insemination. Vol. 1965, Fall, Notes, Journal of Urban Law, Vol, 58, 1981

Varios autores. El País, diario de Madrid, España. Número del martes 27 de junio de 2000. Excelente y ajustada información periodística sobre el genoma humano.

Varios autores. El País, diario de Madrid. Sitio en la web que presenta un documento especial sobre el genoma: <http://www.elpais.es/p/d/especial/genoma/index.html>.

Videla, Savransky, Sas.- Esterilidad de la pareja. Ed. Trieb. Buenos Aires. 1984.

Sitio en la web que contiene datos sobre el tema y que pertenece a la red latina de reproducción asistida: <http://www.redlara.com>.