

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO.

FACULTAD DE DERECHO.

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO.

**“PRINCIPIOS JURÍDICOS FILOSÓFICOS EN LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO

DE DOCTORA EN DERECHO

P R E S E N T A .

MTRA. DINA RODRÍGUEZ LÓPEZ.

DIRECTORA DE TESIS:

DRA. HILDA PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO.

COMITÉ TUTORAL.

DR. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ MONROY.

DRA. HILDA PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO.

DR. GABRIEL MORENO SÁNCHEZ

Ciudad Universitaria, México, octubre, de 2010.



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.

*Porque de Él, y por Él, y para Él, son todas las cosas. A Él sea la gloria por lo siglos. Amén.
(Romanos 11:36)*

A mis Padres, Hermanos y a Juan Manuel, Aliento invaluable en la realización de este trabajo, especial mención merece Manuel Antonio por quien desde mi muy particular punto de vista el presente trabajo adquirió una nueva perspectiva y desde mi propia vivencia puedo decir que no es necesario el vínculo biológico para ser madre, pues hay también hijos a quien da a luz el corazón.

Con profundo agradecimiento a los excelentes DRES. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ MONROY, HILDA PEREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO y GABRIEL MORENO SÁNCHEZ, consejo tutorial que no pudo estar mejor constituido, es destacable lo humano y profesional con la que se condujeron en el asesoramiento y dirección de este trabajo de Tesis, considero invaluable sus consejos y correcciones, mismas que me ayudaron a un crecimiento académico significativo a efecto de poder expresar con mayor claridad, precisión y metodología jurídica, las ideas contenidas en la presente.

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN	VIII
 CAPITULO I.	
“Marco conceptual de las técnicas de reproducción humana asistida.”	
1.1 Consideraciones generales	02
1.2 Esterilidad	05
1.2.1 Esterilidad femenina	06
1.2.2 Esterilidad masculina	09
1.3 Infertilidad	11
1.4 Aspectos psicológicos de la esterilidad e infertilidad en la pareja	16
1.5 Problemáticas derivadas de la incapacidad reproductiva en una pareja ..	23
1.5.1 Alteraciones en la salud	25
1.5.2 Pérdida del status o prestigio	26
1.5.3 Afectación a la autoestima	27
1.5.4 Pérdida de la seguridad económica	28
1.5.5 Pérdida de fantasías o de la esperanza	29
1.6 Reconocimiento del problema y búsqueda de soluciones	30
1.7 Reproducción humana asistida como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja	31
1.8 Concepto y antecedentes de las técnicas de reproducción asistida	32
1.9 Las diferentes técnicas de reproducción humana asistida	39
1.9.1 Inseminación artificial (IA)	39
1.9.1.1 Concepto	39
1.9.1.2 Problemática que resuelve	41
1.9.1.3 Riesgos físicos de su aplicación	41
1.9.1.4 Implicaciones ético jurídicas	42
1.9.2 Hiperestimulación ovárica controlada (HOC)	42
1.9.2.1 Concepto	42
1.9.2.2 Problemática que resuelve	43
1.9.2.3 Riesgos físicos de su aplicación	43
1.9.2.4 Implicaciones ético jurídicas	44
1.9.3 Perfusión espermática a oviductos (FSP)	44
1.9.3.1 Concepto	44
1.9.3.2 Problemática que resuelve	45
1.9.3.3 Riesgos físicos de su aplicación	45

1.9.3.4 Implicaciones ético jurídicas	45
1.9.4 Fertilización <i>In Vitro</i> (FIV) y transferencia de embriones (TE)	45
1.9.4.1 Concepto	45
1.9.4.2 Problemática que resuelve	47
1.9.4.3 Riesgos físicos de su aplicación	47
1.9.9.4 Implicaciones ético jurídicas	48
1.9.5 Transferencia intratubaria de Gametos (GIFT)	48
1.9.5.1 Concepto	48
1.9.5.2 Problemática que resuelve	49
1.9.5.3 Riesgos físicos de su aplicación	49
1.9.5.4 Implicaciones ético jurídicas	49
1.9.6 Transferencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT)	50
1.9.6.1 Concepto	50
1.9.6.2 Problemática que resuelve	50
1.9.6.3 Riesgos físicos de su aplicación	51
1.9.6.4 Implicaciones ético jurídicas	51
1.9.7 Donación de ovocitos y espermatozoides	51
1.9.7.1 Concepto	51
1.9.7.2 Problemática que resuelve	52
1.9.7.3 Riesgos físicos de su aplicación	53
1.9.7.4 Implicaciones ético jurídicas	54
1.9.8 Donación de embriones	54
1.9.8.1 Concepto	54
1.9.8.2 Problemática que resuelve	55
1.9.8.3 Riesgos físicos de su aplicación	55
1.9.8.4 Implicaciones ético jurídicas	55
1.9.9 Aspiración microquirúrgica de espermatozoides de epidídimo	55
1.9.9.1 Concepto	55
1.9.9.2 Problemática que resuelve	56
1.9.9.3 Riesgos físicos de su aplicación	56
1.9.9.4 Implicaciones ético jurídicas	57
1.9.10 Ingeniería genética; micromanipulación de gametos y embriones..	57
1.9.10.1 Concepto	57
1.9.10.2 Problemática que resuelve	59
1.9.10.3 Riesgos físicos de su aplicación	59
1.9.10.4 Implicaciones ético jurídicas	60
1.9.11 Sustitución nuclear o clonación	60
1.9.11.1 Concepto	60
1.9.11.2 Problemática que resuelve	61

1.9.11.3 Riesgos físicos de su aplicación	62
1.9.11.4 Implicaciones ético jurídicas	62
1.9.12 Portadoras sustitutas	63
1.9.12.1 Concepto	63
1.9.12.2 Problemática que resuelve	65
1.9.12.3 Riesgos físicos de su aplicación	65
1.9.12.4 Implicaciones ético jurídicas	66
1.10 Punto de vista médico de las técnicas de reproducción asistida	66
1.11 Punto de vista iusnaturalista de las técnicas de reproducción asistida ...	68
1.12 Punto de vista iuspositivista de las técnicas de reproducción asistida	70
1.13 La problemática reproductiva en México	71

CAPITULO II.

“Marco jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida.”

2.1 Individualismo legislativo y las técnicas de reproducción humana asistida	76
2.2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	78
2.3 Ley General de Salud	83
2.4 Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la Salud	94
2.5 Entidades Federativas que regulan algún aspecto de las técnicas de reproducción humana asistida, en México	101
2.6 Legislación en materia de reproducción asistida para el Distrito Federal ...	102
2.6.1 Código Civil para el Distrito Federal	102
2.6.2 Código Penal para el Distrito Federal	109
2.7 Legislación del Estado de Tabasco en materia de reproducción asistida ..	115
2.8 Derecho Comparado en materia de reproducción humana asistida	125
2.8.1 Legislación Española	129
2.8.2 Legislación de Inglaterra	133
2.8.3 Legislación de Estados Unidos	136

CAPITULO III

“Derecho, Bioética y Técnicas de Reproducción Humana Asistida.”

3.1 Derecho	144
3.2 Principios generales del derecho	147
3.3 Bienes jurídicos tutelados en las técnicas de reproducción humana asistida	154

3.3.1	El derecho a la reproducción	157
3.3.2	El derecho a la salud	161
3.3.3	El derecho a la intimidad	169
3.3.4	El derecho a la identidad personal	176
3.3.5	El derecho a pertenecer a una familia	180
3.3.6	El derecho a la personalidad	186
3.3.7	El derecho a la vida	192
3.3.8	El derecho a la libre disposición del cuerpo	197
3.3.9	El derecho a la información	202
3.3.10	Derechos y obligaciones de la filiación	207
3.3.11	Situación jurídica del embrión	214
3.3.12	Orden público e Interés social en cuestiones familiares	219
3.4	Bioética	222
3.5	Principios de la Bioética	223
3.5.1	Principio de la vida	225
3.5.2	Principio de la justicia	227
3.5.3	Principio de la autonomía	228
3.5.4	Principio de beneficencia	230
3.5.5	Principio de la no maleficencia	231
3.5.6	Principio de la dignidad humana	232
3.6	Bioética de la reproducción humana asistida	235
3.7	Interacción entre Bioética y Derecho	237
3.8	Bioderecho	240

CAPITULO IV

“Retos y Perspectivas de la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.”

4.1	Consideraciones Generales.....	244
4.2	Filiación ante la inseminación artificial heteróloga.....	246
4.3	Filiación ante la inseminación artificial homóloga post-mortem y una vez que se ha disuelto el vínculo matrimonial	250
4.4	Filiación ante la maternidad sustituta	253
4.5	Protección jurídica del preembrión, embrión y feto en su desarrollo e Investigación	255
4.5.1	Manipulación genética	258
4.5.2	Congelamiento de embriones	263
4.5.3	Donación de embriones	265

4.6 Clonación Reproductiva	268
4.7 Principios jurídicos filosóficos en las técnicas de reproducción humana asistida	273
4.7.1 Principios Generales del Derecho relacionados con el valor de la Vida	275
4.7.2 Principios Generales del Derecho relacionados con el valor de la Libertad.....	280
4.7.3 Principios Generales del Derecho relacionados con el valor de la Dignidad Humana.....	284
4.7.4 Principios Generales del Derecho relacionados con el valor de la Identidad.....	287
CONCLUSIONES.....	291
LATINISMOS, LOCUCIONES Y FRASES LATINAS MÁS UTILIZADAS.....	301
GLOSARIO.....	303
FUENTES DE CONSULTA	314

INTRODUCCIÓN.

En sus manos el lector tiene el resultado final de una larga investigación cuyo fin último lo constituyó el anhelo de alcanzar el grado de doctora en derecho, máximo grado que otorga la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de su división de estudios de posgrado, grado al cual me siento muy honrada aspirar, siendo el tema central de la misma un tópico que atrapó mi atención desde tiempo atrás, porque para la que escribe resulta fascinante el devenir biotecnológico de nuestros tiempos, mismo que no ha tenido pausa desde el nacimiento de Luoise Brown en 1978, la también llamada “primera niña probeta”.

En un primer plano, abordaré la parte conceptual de las diferentes técnicas reproductivas en humanos, a efecto de diferenciar claramente unas de otras e identificar del todo cual es la problemática reproductiva que resuelven con la intención de evidenciar los pros y contras de las reproducción asistida, pues aunque esta investigación no se ha producido desde un estudioso de las ciencias de la salud es menester para todo investigador de las ciencias sociales y de la ciencia jurídica el tener un conocimiento conceptual claro para de esta manera poder discurrir acertadamente en la materia, en virtud de que las técnicas de reproducción humana asistida se han convertido hoy día en un lugar común del que poco se habla a ciencia cierta.

El estudio desde la ciencia del Derecho de las diferentes Técnicas de Reproducción Humana Asistida hace necesaria la exposición de un marco jurídico que muestre cual es el estado legislativo de las mismas, a pesar de que ha quedado evidenciado que al ser elementos científicos en continuo desarrollo, su estado legislativo es inacabado. Cuando parece surgir legislación alguna de avanzada pronto observamos que dicha legislación internacional o local se ve rebasada con el devenir biotecnológico que parece no tener fin y no dejar de sorprendernos. Es así que en este trabajo se presenta la normatividad existente en México así como su alcance y limitación aún cuando en gran medida la

regulación en el país obedece a la copia que se ha hecho de algunas leyes extranjeras, principalmente de España lo que ha originado que la legislación existente se encuentre descontextualizada y no responda plenamente al hecho social.

Precisamente ante la falta de certidumbre jurídica en los textos legislativos existentes en materia de reproducción humana asistida, he decidido insertar en el presente trabajo el capítulo tercero, al cual he denominado “Derecho, Bioética y Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en virtud de considerar a título personal que para dar un justo tratamiento jurídico a los hechos que se derivan del uso y aplicación de las técnicas de reproducción artificial se debe atender a los principios generales del derecho así como a los principios de la bioética que es la nueva rama del conocimiento en la que se ubican las mismas.

En el capítulo tercero también se presenta la necesidad de que el Derecho desarrolle y perfeccione una nueva rama que se encargue de estudiar los recientes fenómenos sociales que se dan en torno a los avances biotecnológicos, los cuales concretamente en materia de reproducción humana asistida tienen implicaciones en materia de derecho familiar, civil, administrativo y penal, por ende se vuelve en sí mismo un fenómeno complejo el cual significa un campo amplio de estudio propio de una naciente área de conocimiento jurídico.

En el capítulo cuarto de este trabajo se exponen algunas de las múltiples consecuencias jurídicas que el uso y aplicación de las diferentes técnicas de reproducción puede acarrear en la vida de las personas que recurren a ellas en busca simplemente de la propia reproducción o del cumplimiento cabal de sus deseos eugenésicos, afectivos o lucrativos, personas que buscan generar un lazo filiativo con un nuevo ser que definitivamente es el que vivirá también las consecuencias de dichas técnicas llegando a padecer quizá de una incertidumbre filiativa por estar implicados en su concepción y nacimiento más de dos personas, lo que es contrario a la lógica natural de la concepción de los seres humanos.

También en el capítulo cuarto se pretende llamar la atención sobre la reproducción asistida cuyas técnicas más usadas y conocidas son la maternidad sustituta, la donación de gametos y embriones, el congelamiento de los mismos, la manipulación genética y aún la tentadora clonación humana, términos que hoy en día son usados coloquialmente en libros, revistas, películas, programas de televisión e incluso en las pláticas cotidianas de las personas, se hace alusión a ellas como si fueran la solución mágica a la necesidad reproductiva de un ser humano, pero en realidad existe poca información al respecto de su trasfondo y de los problemas de salud física y emocional que generan, no se habla del aún tortuoso y costoso camino de su uso y aplicación aunado al hecho de que también se guarda silencio respecto de los múltiples intentos fallidos que preceden a un exitoso embarazo y alumbramiento.

Desde el punto de vista jurídico pretendemos llamar la atención respecto de las consecuencias legales de la reproducción humana asistida, toda vez que llegado el caso de que las problemáticas en materia de filiación generadas por las mismas darán en que pensar a la maquinaria judicial una vez que se llegue a los tribunales, porque alguno de los intervinientes en estas técnicas dio marcha atrás en lo acordado inicialmente.

Proponemos cuatro principios jurídicos filosóficos que deben subyacer en el tratamiento jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida, los cuales desde el punto de vista de la axiología jurídica son; el respeto a la vida, la libertad, la dignidad humana y la identidad. Estos cuatro valores los encontramos expresados en los Principios Generales del Derecho, los cuales al ser las verdades últimas que preceden al derecho positivo, pueden perfectamente ser usados por el legislador para producir las leyes que el hecho social reclama de manera inminente; la propuesta de estos cuatro grandes grupos de principios, fundamentados en valores jurídicos, se realiza en virtud de considerar las pocas regulaciones que existen al respecto como inacabadas y deficientes, más aún porque el objeto de estas leyes todavía no se encuentra plenamente delimitado y

por ende presentan dificultades para su exacto abordaje legislativo. Un peligro que se corre al pretender legislar técnica por técnica es caer en el individualismo legislativo, es por ello que en el presente trabajo lo que propongo es regresar a la reflexión original de los universales que han delineado la creación de normas de los Estados modernos, si el legislador realiza una adecuada reflexión en torno a los mismos encontraremos leyes más sensatas y eficientes.

Se resalta también en el último capítulo el hecho evidente que genera la falta de legislación adecuada en materia de reproducción humana asistida, el cual consiste en la obligación del juzgador de decidir una controversia al respecto a pesar de no existir legislación alguna, estaría obligado a resolver con los elementos jurídicos disponibles y esos son en última instancia los Principios Generales del Derecho.

Con este estudio no se pretende de ninguna manera marcar el punto final en la materia, definitivamente a pesar de que el estado doctrinario del mismo es hoy en día vasto y variado, hasta el momento no se ha dicho la última palabra ni se dirá en un par de años o quizá ni en una década más, pues como ya lo he mencionado el desarrollo biotecnológico está rebasando lo que antaño la imaginación más prolífica hubiese podido vislumbrar en torno a la reproducción humana, indudablemente el derecho y todas las demás ciencias relacionadas tendrán material de trabajo para estudiar diversas formas que aparecen en el horizonte y con ellas las diversas consecuencias que generan en el ser humano, es así que este trabajo es sólo un granito más para seguir construyendo un conocimiento de la materia que pueda ser perfeccionado y de esta manera llegar en un momento dado al ideal de que en algún momento las técnicas reproductivas puedan ser debidamente reguladas por el derecho en su totalidad, queda pues en la mesa de trabajo un planteamiento epistemológico en torno a las técnicas de reproducción asistida, el cual debe de implicar un cambio de paradigma jurídico de regulación positiva y de resolución judicial de casos concretos.

CAPITULO I.
**“MARCO CONCEPTUAL DE LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.”**

Les habló del embrión que se desarrollaba en su lecho de peritoneo. Le dio a probar el rico sucedáneo de la sangre con que se alimentaba. Les explicó porque había que estimularlo con placentina y tiroxina... Describió la circulación materna artificial instalada en cada frasco... les enseñó... la bomba centrífuga que mantenía al líquido en movimiento por toda la placenta y lo hacía pasar a través del pulmón sintético y el filtro de los desperdicios.

Aldoux Huxley. (Un mundo feliz)

1.1 Consideraciones generales.

Los albores del siglo XXI representan una etapa de consolidación y perfeccionamiento de los avances científicos y tecnológicos que se presentaron de manera sorprendente en el último cuarto del siglo XX, ya que a partir de esos años el ser humano empieza a desarrollar investigaciones científicas cuyos resultados sólo eran material de la ciencia ficción de tiempos más remotos, como lo describe el párrafo que sirve de epígrafe al presente capítulo, que nos habla de manera concreta, de la forma en que el autor de la novela “Un mundo feliz”, se imaginó la reproducción humana completamente asexuada y ectogéna.

En la actualidad, la humanidad vive diversos sucesos científicos y tecnológicos de una manera muy cotidiana, casi podríamos decir rutinaria, en la más absoluta normalidad; de esta manera los medios de comunicación nos dan cuenta constantemente de los diferentes avances que tiene la ciencia en todas sus ramas, por lo que el ámbito de la genética humana y las técnicas de reproducción asistida, no son la excepción a este hecho.

La sociedad mediática en la que vivimos, contribuye a que todos estos avances sean tomados de manera positiva por parte de los miembros de la sociedad, de tal forma que la gente albergue verdaderas expectativas de solución en los avances de la ciencia a diferentes problemáticas de nuestros contextos socioculturales y de manera particular a diferentes alteraciones a la salud, como

en un momento dado podría serlo la incapacidad reproductiva, por lo cual la mayoría de las técnicas de reproducción asistida se acogen con beneplácito y se toman como un gran logro en beneficio de la humanidad.

Es pertinente mencionar que ante el poderío mediático en el que nos desenvolvemos, las opiniones a favor o en contra de los avances científicos en materia de reproducción humana asistida, se generalizan de manera casi simultánea, por lo que se requiere cierta destreza para estar en aptitud de leer entre líneas, ya que por lo general no se informa de los posibles riesgos y afectaciones a la salud que traen consigo el uso y desarrollo de las mencionadas técnicas reproductivas.

Es deber de todo estudioso de los fenómenos sociales de nuestro tiempo, tratar el tema de estudio con la más absoluta objetividad a efecto de presentar un análisis integral del mismo, que nos permita conocer sus causas y sus fines en aras de presentar la exactitud del problema y sus repercusiones en la sociedad a efecto de estar en la posibilidad de realizar una propuesta de solución.

En este entendido, hemos decidido tratar en la presente investigación, las diversas formas de reproducción humana que hoy día se encuentran tan en boga entre los miembros de la comunidad médica, quienes la presentan como una alternativa real de paternidad, así como en la sociedad misma, que influida por la opinión mediática, toma dichas técnicas como un verdadero avance científico que contribuye a aliviar el dolor humano derivado de la esterilidad o infertilidad.

En este capítulo presentamos el panorama general del problema de la infertilidad y la esterilidad humana, que representa la causa generadora del surgimiento y desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción humana, como alternativas de solución a este problema y a sus consecuencias secundarias entre las que destacan una serie de alteraciones emocionales que se pueden dar en la pareja en cuestión.

En aras de una exposición organizada del tema que nos ocupa, este capítulo se encuentra estructurado de tal manera, que se expone en primer lugar el problema de la infertilidad y esterilidad humana en cuanto a su concepto, pues ambos problemas a pesar de que son tomados como sinónimos, tienen diferencias muy marcadas, que en su momento se verán.

Una vez ubicado el problema central, es conveniente mostrar la problemática secundaria que surge con ello, misma que se puede apreciar en una diversidad de consecuencias psicológicas que propician el sufrimiento humano, veremos que el individuo que padece cualquier tipo de imposibilidad reproductiva, con frecuencia es blanco de las presiones socioculturales y familiares que le impiden decidir con objetividad su circunstancia en particular.

En un entorno psicológico endeble, en ocasiones ciertas personas pueden aprovecharse del interés evidente de una pareja infértil o estéril de poder reproducirse, lo que hará que ésta acepte someterse a cualquier técnica de reproducción asistida que se le presente como alternativa de solución, sin importar los altos costos económicos y emocionales que tenga que pagar por ello.

Expondremos en este capítulo las técnicas de reproducción asistida en general, partiendo de la más sencilla inseminación artificial hasta las más complejas técnicas de ingeniería genética, como serían la clonación y la manipulación genética de embriones, presentando respecto de cada una de ellas su concepto, los problemas que solucionan, el riesgo a la salud de quienes son receptores de las mismas, las implicaciones ético-jurídicas a tomar en consideración para su uso y aplicación con la finalidad de exponer los elementos que debe contener un consentimiento informado para su aplicación.

Se evidenciará que las diferentes técnicas de reproducción asistida implican el trastocamiento de varias instituciones jurídicas de orden civil, familiar,

penal e incluso hasta constitucional, por lo que significa para nosotros un muy interesante objeto de estudio.

Por último, en este capítulo se analizarán de manera general los puntos de vista científico, iusnaturalista, así como iuspositivo en relación a las técnicas de reproducción asistida, que pueden ser el fundamento ideológico de su tratamiento jurídico.

1. 2. Esterilidad.

Hemos anotado ya en líneas precedentes que existe una diferencia conceptual entre los términos de infertilidad y esterilidad, que muchas veces son utilizados como sinónimos, pero que en la ciencia médica denotan cosas totalmente distintas, razón por la cual, precisamos dichos conceptos de manera particular.

Por **pareja estéril** se entiende a la pareja heterosexual que presenta una incapacidad para procrear, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia, por expresa una incapacidad para concebir¹.

El especialista mexicano Efraín Pérez Peña, abunda un poco más en torno al concepto de **esterilidad**, enunciándola como la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva, sobre todo cuando se han orientado dichas relaciones sexuales a los días fértiles y no se ha conseguido la concepción, por lo cual uno o ambos pueden presentar algún problema que genere esta esterilidad.²

Aun más, este especialista nos indica que la esterilidad puede darse de dos formas: **primaria**, cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna

¹ ARRIGHI, Arturo y Miguel Cogorno; "Infertilidad" en TOZZINI, Roberto Ítalo; *et al Esterilidad e Infertilidad Humanas*, 2ª ed., Ed. Médica Panamericana, Buenos Aires; Argentina, 1992, p. 352.

² PÉREZ PEÑA, Efraín; *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción, un Enfoque Integral*, 2ª ed., Ed. Salvat, México, 1995, pp. 1-11.

circunstancia y por ningún tratamiento; **secundaria**, cuando han existido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etc.³

Expresamos que por pareja estéril se entiende una unión **heterosexual**, ya sea vinculados en matrimonio o en concubinato, que buscan reproducirse y que no pueden concebir por alguna u otra circunstancia, excluyéndose de esta manera pareja de **homosexuales o personas solas** que quieran hacer uso de la reproducción humana asistida, por las implicaciones emocionales que dichas condiciones pudieran generar en un menor que se procreara bajo esas circunstancias.

Cabe hacer mención que en el diagnóstico y tratamiento de la esterilidad intervienen un conjunto de especialidades médicas con un objetivo común, pues es muy importante la compenetración de estas disciplinas para una correcta evaluación y tratamiento del problema, como lo serían: andrólogos, ginecólogos, biólogos, urólogos, sexólogos y personal auxiliar a efecto de estar en aptitud de determinar si la esterilidad proviene de la mujer, del hombre o de ambos así como la causa exacta de la misma para que en función de aquélla se determine qué procedimiento se seguiría.

1.2.1 Esterilidad Femenina.

Recordando lecciones de biología; para que en una mujer ocurra un embarazo de forma natural, deben darse una serie de condiciones. En una situación normal, los ovarios han de producir cada mes un ovocito (óvulo) de la madurez y calidad suficiente para poder desarrollar un embrión una vez fecundado. Los

³ *Ibidem*, pp 1-2

espermatozoides han de ser aptos para acceder, en el momento oportuno, hasta el lugar donde se desarrolla la fecundación: habitualmente en la parte de la trompa más próxima al ovario. No deben existir por tanto obstáculos físicos, químicos o inmunológicos que les impidan llegar. Una vez fecundado el ovocito y convertido ya en embrión, ha de viajar por la trompa hasta la cavidad uterina donde tiene lugar la implantación. El embrión debe alojarse en la mucosa del útero, que se denomina endometrio el cual ha de tener la preparación adecuada para permitir la implantación y desarrollo del embrión.⁴

Si todo el proceso anteriormente descrito funciona correctamente se produce el embarazo, una anomalía en un punto del proceso dará lugar a esterilidad. Analizando los problemas que se pueden producir en cada punto, tendremos los diferentes tipos de esterilidad de origen femenino, que a saber pueden ser por tres factores:

1) Factor ovárico: Como su nombre lo indica, tiene que ver con anomalías en la estructura o funcionamiento de los ovarios, lo que genera diversas afecciones en la mujer, por lo cual puede a su vez subdividirse en dos categorías; la primera de ellas se refiere a que la mujer definitivamente no presenta función ovárica y la segunda de ellas se refiere a una función ovárica anormal.

- **Mujeres sin función ovárica:** En ocasiones los ovarios de la mujer no son normales, como sucede en algunas **anomalías cromosómicas**. En otras mujeres los ovarios son normales, pero dejan de funcionar mucho antes de lo que correspondería a la edad normal de menopausia (a partir de los 45 años). Si la regla desaparece entre los 40 y 45 años, se denomina **menopausia precoz**. Si ocurre antes de los 40 años se conoce como **fallo ovárico prematuro**. La pérdida de la función ovárica puede deberse también a tratamientos médicos y quirúrgicos. Sobre todo en algunos tipos de cáncer puede ser necesaria la extirpación de los ovarios, en la llamada

⁴ GUERRA DIAZ, Diana ; Cómo Afrontar la Infertilidad, Ed. Planeta, Barcelona; España, 1998, pp. 16-20.

anexectomía bilateral, o la inutilización del ovario mediante radiaciones en la denominada **castración por radioterapia**.

- **Mujeres con función ovárica anormal:** A veces, en mujeres que aun tienen la regla, la reserva de ovocitos de buena calidad del ovario está prácticamente agotada. Estos casos que se conocen como **fallo ovárico oculto**, responden mal a la estimulación que se utiliza en el tratamiento de la esterilidad. Otra alteración del funcionamiento del ovario es el denominado **síndrome del ovario poliquístico**. Existe en estas pacientes un trastorno hormonal que hace que no se ovule de forma adecuada. En esta patología pueden darse largos períodos sin regla (**amenorrea**). Estos períodos sin menstruación suceden también en otros trastornos hormonales como en la **hiperprolactinemia**. En este caso, la excesiva secreción de una hormona llamada prolactina que se produce en la glándula hipófisis es la causante de la esterilidad. Algunas enfermedades inflamatorias que afectan los ovarios como la **endometriosis**, pueden empeorar la calidad de los ovocitos. La endometriosis consiste en la presencia de tejido endometrial (como la mucosa uterina que produce la regla) fuera de la cavidad uterina. Frecuentemente anida en el ovario pero puede hacerlo en otras localizaciones. Produce sangrado e inflamación.⁵

2) Factor tubárico: Las trompas deben permitir el paso de los espermatozoides para fecundar al ovocito y una vez fecundado deben posibilitar que este llegue hasta el útero. La obstrucción de las trompas u **obstrucción tubárica** es pues causa de esterilidad. La falta de movilidad de las trompas por procesos adherenciales o inflamatorios puede ser también causa de problemas. La trompa obstruida puede en ocasiones estar dilatada y contener líquido. Esta patología se conoce con el nombre de **hidrosalpinx**. El líquido contenido, a

⁵ PÉREZ PEÑA, Efraín; *op. cit.*, pp. 16-19.

menudo de tipo inflamatorio, puede suponer una dificultad añadida en la consecución del embarazo.⁶

3) Factor cervical: Los espermatozoides acceden al útero a través del cuello del mismo llamado también cerviz. Un ambiente hostil, con moco espeso, ácido o con presencia de sustancias inflamatorias puede impedir el normal acceso de los espermatozoides e impedir la fecundación.

4) Factor uterino: El embrión debe anidar en el útero, en la mucosa interna denominada endometrio. Si el endometrio no se encuentra en el grado de desarrollo y maduración adecuados, la implantación no será posible. La presencia de tumores internos como son **pólipos o miomas submucosos** puede ser un factor añadido para dificultar el embarazo. También puede ser causa de esterilidad la existencia de **malformaciones uterinas**, que en muchos casos no son apreciables en la exploración ginecológica rutinaria.⁷

1.2.2 Esterilidad Masculina.

La óptima reproducción masculina requiere erección y eyaculación normal y que la calidad del semen sea adecuada. Un hombre totalmente sano, al eyacular durante el coito, deposita en el fondo de la vagina al menos 12 millones de espermatozoides móviles y normales, lo cual constituye un parámetro para medir la capacidad reproductiva de un varón, derivado de lo anterior, podemos decir que las alteraciones que pueden provocar esterilidad son:⁸

1.- Disfunción Eréctil: La erección insuficiente para penetrar a la mujer provoca esterilidad. Se ha de investigar la causa y tratarla si es posible. El uso del sildenafil (Viagra) o prostaglandina E1 (Caverject) son una gran ayuda para solventar la mayoría de problemas de erección. Si el hombre con disfunción eréctil lo que desea es tener hijos y eyacula un semen normal, se efectúa Inseminación Artificial con su semen.

⁶ *Ibidem p.20*

⁷ GUERRA DIAZ, *op. cit.* pp. 32

⁸ PÉREZ PEÑA, Efraín; *op. cit.*, pp. 21-41.

2.- Aneyaculación: La ausencia de eyaculación supone esterilidad dado que el hombre que no eyacula no puede depositar el semen en vagina. Las causas más frecuentes son la diabetes y las lesiones medulares por accidente que provocan paraplejía; otras causas son hormonales o psicológicas. Estos hombres producen espermatozoides pero no los pueden expulsar. Tienen tratamiento cuando la causa es hormonal o psicológica y en alguna causa neurológica. Lo más frecuente es que haya que efectuarse reproducción asistida. Para ello hemos de obtener espermatozoides. Los métodos son: a) electroeyaculación que requiere ingreso en clínica y anestesia general. b) vibroestimulación que puede dar brote de hipertensión. c) extracción de espermatozoides de testículo mediante biopsia y d) masaje prostático.

3.- Azoospermia: Es la ausencia de espermatozoides en el semen. Hay dos tipos:

- **Azoospermia Secretora:** No se producen espermatozoides en los testículos. En este grupo las causas más frecuentes son: cromosómica o genética, criptorquidia; (los testículos no han descendido a la bolsa escrotal); orquítis, (infecciones testiculares como en el caso de las paperas); déficit de hormonas; radioterapia o quimioterapia.
- **Azoospermia Obstructiva:** Se producen espermatozoides en los testículos pero los conductos que unen testículos con el pene están obstruidos. Causas más frecuentes: ausencia congénita de conductos deferentes (presente en pacientes afectados de fibrosis quística); infecciones de los conductos seminales que al cicatrizarse los obstruyen; sección de conductos deferentes, por vasectomía o como complicación quirúrgica de operación de hernia inguinal.

4.- Oligoastenozoospermia: Disminución del número y movilidad de los espermatozoides. Las causas son múltiples: cromosómica, genética, hormonales, infecciosas, obstrucciones parciales de los conductos seminales, varicocele, (varices en las venas del testículo), etc.

5.- Astenozoospermia: Disminución de la movilidad espermática. Este parámetro es importante, pues si los espermatozoides no se mueven no se pueden desplazar desde la vagina (donde se depositan en un coito) hasta las trompas que es donde se encuentran con el óvulo. Las causas más frecuentes son: infección, autoanticuerpos, varicocele y alteraciones de la cola espermática.

Derivado de lo anterior, puede concluirse que la esterilidad consiste en la total incapacidad para concebir y esto puede ser debido a un problema femenino, masculino o bien de ambos, los cuales, como veremos más adelante; algunos son susceptibles de solución y otros no, siendo importante recalcarlo para evitar que nuestro objeto de estudio sea tratado de manera superficial que nos lleve a generalizar y con ello no se logre un justo tratamiento de las técnicas reproductivas que se plantean como solución a estas problemáticas

1.3 Infertilidad.

Por **pareja infértil**, entenderemos a aquélla que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta en mayor grado que la esterilidad es susceptible de corrección.⁹

Arturo Arrighi nos dice que la **infertilidad**, es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, afirmando que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, lo que ha llevado a establecer diversas incógnitas en cuanto a los parámetros para establecer la infertilidad, como lo son:

- 1) Luego de cuantos abortos debe considerarse a una pareja infértil.

⁹ PÉREZ PEÑA, Efraín; *op. cit.*, p. 2.

- 2) Si solo deben de ser aceptados los abortos, partos inmaduros y prematuros con feto muerto como expresión de fracaso reproductivo, y
- 3) Si los embarazos ectópicos y los fetos groseramente mal formados sin posibilidad de ulterior viabilidad, son también una expresión de infertilidad¹⁰.

Derivado de lo anterior es fácil definir a la infertilidad partiendo de su antónimo **fertilidad**, término que significa eficiencia reproductiva y que será medida en términos de productos vivos, y en cambio la infertilidad es tratada en las clínicas de reproducción asistida, pues es el supuesto que permite ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas.

Consideramos pertinente hablar en este apartado del porcentaje aproximado de la población mexicana que presenta alguna deficiencia de las ya mencionadas en su capacidad reproductiva, cifra que de acuerdo a los datos que maneja el especialista mexicano Efraín Pérez Peña corresponde al **15 %** de la población en México, la cual nos dice, que tiende a aumentar por las tensiones propias del mundo moderno en el que nos desenvolvemos¹¹.

Como dato complementario resulta conveniente citar que de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Perinatología una de cada siete parejas se ve afectada por esta condición.

Hemos llegado a un punto conveniente de tratar las **causas generadoras** de estos tipos de problemas reproductivos, toda vez que llama la atención la puntualización de los médicos en relación a que el contexto social y cultural de nuestra época, contribuye al incremento de la tasa de problemas reproductivos.

A partir del último cuarto del siglo XX a la fecha, se ha permitido a la mujer desarrollarse en ámbitos laborales y profesionales que antaño resultarían impensables para sus predecesoras, pero que ahora están siendo ocupados por

¹⁰ARRIGHI, Arturo y Miguel Cogorno; *op cit* p. 353.

¹¹ PÉREZ PEÑA, Efraín, *op cit*. p. 3.

mujeres que se desenvuelven de manera exitosa en ello. Esta situación ocasionó que la mujer pudiera obtener una economía propia y depender cada vez menos del varón.

En este contexto, la mujer fue dejando de lado como meta primordial de vida, la maternidad, así que sin dejar de desearla, la posponía para edades más avanzadas, en aras de seguir desarrollando su actividad laboral o profesional; esto ha ocasionado que la mujer deje pasar la edad fértil que se da entre los 24 y 26 años, misma que va declinando gradualmente hasta los 30 años y que tienen un declive más acentuado alrededor de los 35. Al momento se considera que la fertilidad después de los 40 años es mínima, todo esto porque con la edad la mujer va presentando alteraciones en la función ovulatoria o en la viabilidad del óvulo y asimismo con la edad aumenta la incidencia de abortos espontáneos¹²

El **posponer la maternidad para edades más avanzadas** disminuye la fertilidad en una pareja, y hace que al momento de querer reproducirse se enfrenten con diversidad de impedimentos, lo que hará que recurran a las clínicas de reproducción asistida en busca de una alternativa de solución a su problema.

Otro factor que contribuye a la infertilidad es la circunstancia de la libertad sexual de la que hacen uso desde temprana edad muchas personas, lo que ocasiona que recurran a un **empleo indiscriminado de técnicas anticonceptivas**, que en muchas ocasiones obedece a una automedicación sin la correspondiente evaluación médica que determine cuál es el método anticonceptivo más viable o más recomendable para cada individuo en particular, pasando por alto que muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente de las mujeres y provocan diversas afecciones que disminuyen su capacidad reproductiva, de tal manera que cuando llega el momento en que desean concebir no lo pueden hacer y tienen que recurrir al especialista en

¹² PÉREZ PEÑA, Efraín, *op cit.*, p. 4 .

reproducción, quien les recomendará alguna técnica o método de reproducción asistida.

Derivado de la libertad sexual que se da en nuestro tiempo, encontramos que existe una **mayor incidencia de enfermedades venéreas**, que si no ocasionan la muerte, sí generan diversas imposibilidades o disminuciones para la concepción o producen la infertilidad, lo que se convierte en un factor más, que provocará que en un futuro, estas personas acudan a las clínicas de reproducción asistida en busca de una alternativa de solución.

Las sociedades urbanas de principios del siglo XXI generan una gran presión en las personas, pues los trabajos hoy día son extenuantes y provocan gran **estrés**, circunstancia que origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de gran tensión emocional.

A manera de un efecto dominó, el estrés que a diario se vive en nuestra sociedad, genera situaciones emocionales diversas que orillan a las personas a circunstancias tales como la **drogadicción** y el **alcoholismo**, como forma de escape a sus problemas, lo que es un factor más que disminuye la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de sustancias tóxicas, aumenta la posibilidad de que un feto presente algunas malformaciones congénitas.

Ligada a la drogadicción y al alcoholismo, encontramos un problema que parecería no serlo, pero que tiene consecuencias muy importantes en la afectación de la salud reproductiva de las personas. Este problema es la **automedicación**, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendocrina; así, los fenómenos ovulatorios, la espermatogénesis, y en

diversas ocasiones se altera el funcionamiento sexual, al usar **tranquilizantes, estimulantes, o analgésicos**.

El gran estrés que se genera en nuestra sociedad ha incrementado el uso de estimulantes menores como lo sería la **cafeína** y la **nicotina**, que si bien no provocan un daño a corto plazo, sí generan severas afecciones a largo plazo, pues su ingesta se ha vuelto crónica en grandes sectores de nuestra población, lo que significa un factor más, que altera la función reproductiva en humanos.

Los medios de comunicación han contribuido a que exista un estereotipo de belleza en humanos el cual es el de un cuerpo sumamente esbelto, lo que ocasiona que diversidad de personas busquen alcanzarlo a través de **dietas severas** y de **ejercicios extenuantes**, lo que altera la capacidad reproductiva en humanos, pues se convierten en elementos que alteran la función neuroendócrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas.

La sociedad de nuestro tiempo también nos obliga a vivir muy de prisa, por lo que se ha dado en los últimos años un “*boom*” de restaurantes de comida rápida que han incrementado la porción de los alimentos para cada persona, generando una ingesta mayor de grasas y carbohidratos, lo que ocasiona que una importante cantidad de la población mexicana padezca de **obesidad**, que desde el punto de vista médico es un factor más que altera la función reproductiva.

Una herencia más del progreso tecnológico que nos contextualiza, es la forma en que se ha alterado la armonía con el medio ambiente, ya que se le ha contaminado, sobre todo con diversas **substancias tóxicas** con las cuales el ser humano tiene contacto o está expuesto, como son los pesticidas, el plomo, los solventes, los gases, las pinturas y la radiación, esta última que incluso proviene de los aparatos eléctricos de los cuales se hace uso de manera cotidiana como lo es por ejemplo, el televisor, la computadora, teléfonos celulares y hornos de microondas.

De estos dos apartados, podemos concluir que tradicionalmente, suele distinguirse entre la “esterilidad” y la “infertilidad” humana. En términos generales, esterilidad es, en el varón, la incapacidad para fecundar, y en la mujer, “la incapacidad para concebir”, llamándose infertilidad a “la incapacidad de desarrollar en el seno materno un feto viable”.¹³ En el devenir de la presente investigación emplearemos ambos términos indistintamente, para referirnos a la incapacidad para reproducirse

1.4 Aspectos Psicológicos de la esterilidad e infertilidad en la pareja.

Cuando una pareja decide tener hijos y descubre que no puede hacerlo, experimentan múltiples reacciones psicológicas de las que habitualmente no está preparada la pareja, puesto que sus reacciones son complejas, diversas y en ocasiones irracionales.

El descubrir que no se puede lograr un embarazo es una situación muy traumática, que la mayoría de las parejas, no están preparadas para afrontar. Se genera una crisis mayor, puesto que el problema representa retos diversos, ya que existen limitaciones diagnósticas y terapéuticas, así como algunos factores causales con muy mal pronóstico, y en ocasiones al corregir un factor, se altera otro.

Los recursos económicos de la mayoría de las parejas en nuestro país, no son suficientes para superar este tipo de problemas, lo cual pone en riesgo sus metas y objetivos de vida, aflorando múltiples sentimientos inconscientes que hacen que este problema sea difícil de tratar debido a que la mente humana es un verdadero enigma, que genera cambios o alteraciones en el mundo exterior.

¹³ NICHOLSON, Roberto (comp.), Esterilidad en la Mujer, en soluciones médicas y psicológicas de los problemas del matrimonio, ed. Paidós, Buenos Aires; Argentina 1971, p. 195.

El tratamiento de una pareja estéril o infértil, requiere un enfoque integral y multidisciplinario con base en conocimientos de ginecología, andrología, biología, endocrinología, medicina interna, urología, técnicas diagnósticas y quirúrgicas sofisticadas, así como de psicología, puesto que la carga emocional de una pareja al verse incapacitada para tener hijos, la hacen fácil presa de mitos y supercherías que dificultan su tratamiento.¹⁴

Todo esto se debe a que desde la antigüedad, la fertilidad humana fue un tema lleno de misterios y tabúes, que inquietó al ser humano en todas las civilizaciones, buscando respuestas a sus diversas cuestiones a lo largo de las épocas y conforme a los conocimientos con los que se contaban, que en la mayoría de los casos se concluía con extraños razonamientos, los cuales obedecían más al mito y a la fábula que a la realidad, concluyendo que la esterilidad se debía a culpas no confesadas, a maldiciones, desgracias etc., por lo cual las personas que las padecían eran estigmatizados por su círculo social.

De igual modo que en la antigüedad, en la actualidad la fertilidad es vista como una “bendición”, y la infertilidad como una “maldición”, generalmente irremediable: convirtiéndose así en una carencia que no queda reducida únicamente al plano biológico; sino que tiene repercusiones en la vida de la pareja y en la vida social. Expresión de ello las distintas concepciones religiosas, en la literatura, en la filosofía y en las leyes de pueblos históricos, de lo cual a manera de ejemplo, nos bastan con unas pocas citas que dan elocuente testimonio de ello por sí mismas:

1. En el Antiguo Testamento, leemos: “Y bendíjoles Dios, y díjoles Dios: Sed fecundos y multiplicaos, y henchid la tierra y sometedla.”¹⁵ “La herencia del Señor son los hijos, recompensa del fruto de las entrañas.”¹⁶ El relato de la infertilidad de Raquel, la ira de Jacob contra ella, y el hijo que, cuando Dios se acordó de ella, finalmente pudo gestar -ante lo cual dijo “¡Quitado ha Dios mi

¹⁴ PÉREZ PEÑA, Efraín, *op cit.*, p. 6.

¹⁵ SANTA BIBLIA, Génesis, 1:28, ed. Broadman, Bélgica, 2001 p. 7

¹⁶ *op. cit.* Salmos, 127: 3, p 720.

oprobio!,"¹⁷ patentiza el sentimiento de amargura y frustración que la agobió, y que, se ha dicho, sigue siendo el mismo.

2. En la tragedia Ion de Eurípides, "la dicha única" que la reina Creusa anhela "es criar hijos y que sean buenos", aborreciendo la vida sin hijos -que son una "riqueza" y "las flores de la fecunda juventud"- y lamentándose "sin hijos, solitaria y doliente en su esterilidad".¹⁸

3. Bajo la premisa política de que "es preciso que el esposo y la esposa se convenzan de que están obligados, en cuanto de ellos dependa, a dar a la república hijos bien formados de cuerpo y alma", Platón sostenía que a aquellos matrimonios que, durante el plazo de diez años, "no hayan tenido hijos, se les separará".¹⁹

4. Sin olvidar que fue una constante en las civilizaciones antiguas la posibilidad de repudiar legalmente a la mujer que no pudiera tener hijos y reemplazarla legítimamente por otra.

Siendo pertinente hacer notar que la persona infértil -tal como surge de estas citas-, era siempre la mujer por la circunstancia obvia del embarazo que es la cuestión visible de la reproducción. Los siglos pasaron y la ciencia puso las cosas en su lugar; tanto el varón como la mujer pueden ser infértiles, teniendo cada uno de ellos afectaciones psicológicas distintas, aunque siga estilándose depositar la responsabilidad reproductiva en la mujer, de todo esto se deduce que la infertilidad humana tiene un significado psicosocial negativo, de tal manera que la desdicha biológica de la ausencia de descendencia es un hecho universal que, de alguna u otra forma, se trata casi siempre de ocultar o de remediar.

La psicología clínica respecto de los problemas reproductivos, busca atender las repercusiones psicológicas de la esterilidad o infertilidad, no obstante

¹⁷ SANTA BIBLIA, Génesis, 30:1-24, p 45.

¹⁸ EURÍPIDES, Ion, en Las diecinueve tragedias, ed. Porrúa, México, 1989, pp. 237-244.

¹⁹ PLATON, Las leyes o de la legislación, L. VI, en Las leyes-Epnomis-El político, ed. Porrúa, México, 1975, p. 131

que estos padecimientos reproductivos, en la minoría de los casos, pueden tener un origen psicológico, pues se conocen casos en donde alteraciones psicológicas muy profundas, traen consigo la esterilidad de la persona que las padece.²⁰

Para ayudar a reestablecerse las consecuencias psicológicas de una esterilidad o infertilidad, el psicólogo debe, en palabras de la doctora Helena López Dabat;

“...estudiar al ser humano en su totalidad, en las situaciones concretas y en sus vínculos interpersonales presentes y pasados, en definitiva indagar el mundo interno del sujeto que de alguna manera está condicionando respuestas en su interacción con el mundo externo. A partir de la conducta manifiesta explorar y llegar a comprender lo latente, las fantasías inconscientes que subyacen...”²¹

Esta especialista continúa diciéndonos que la esterilidad debe tomarse como un rasgo de una personalidad total que se conecta con el mundo externo, y en el cual este rasgo es una forma de expresión.

Debe tomarse en cuenta que la situación emocional que enfrentan este tipo de parejas, es sumamente difícil de manejar en virtud de que la posibilidad de un hijo, se convierte en necesidad y expectativa de su mundo, convirtiéndose en un anhelo y a la vez en una negación y frustración que engendra desde luego agresión.

El especialista mexicano Efraín Pérez Peña, nos muestra de manera más sistemática, las reacciones que surgen ante la esterilidad o la infertilidad en una pareja que la presenta. Estas reacciones se presentan en un orden de sorpresa, negación, aislamiento, enojo y agresión, culpa y autodevaluación, regateo,

²⁰ GUERRA DIAZ, *op. cit.* p. 40

²¹ LOPEZ DABAT, Helena; “Aspectos psicológicos de la esterilidad” en TOZZINI, Roberto Ítalo; *op. cit.* p. 381.

depresión sufrimiento, duelo y aceptación o resolución, por lo cual *grosso modo*, hablaremos a continuación de cada una de estas reacciones.²²

La primera reacción que se genera de manera temprana y superficial ante la esterilidad o la infertilidad, es de **sorpresa**, pues las personas generalmente no están preparadas para ello, como ya hemos dicho, dentro de los planes de vida de todo ser humano, se ve planteada la posibilidad de ser padres, lo cual para muchas parejas lleva un largo proceso de planeación y en el momento que lo desean llevar a cabo, se dan cuenta de que no pueden hacerlo realidad.

Después de la sorpresa, se da paso a la **negación**, misma que es un mecanismo de defensa inicial que permite a la pareja adaptarse a esta realidad, que resulta intolerable, pues se niega la posibilidad de que esté ocurriendo, se contempla la alternativa de un diagnóstico equivocado o negligente, y se deja para después la comunicación sobre el tema.

El **aislamiento** se genera por todas las presiones sociales que surgen ante el conocimiento del problema por el submundo familiar que gira en torno a la pareja, en virtud de ser común que las parejas sean incomodadas por la compasión o consejos no solicitados de sus familiares o amigos, o por las burlas de algunas personas, no tan bien intencionadas, lo que puede generar que aun los mismos integrantes de la pareja, se aislen entre sí y rompan su comunicación.

En este orden de ideas, una vez que se han experimentado las anteriores reacciones, se presenta el **enojo** y la **agresión** contra sí mismo, la sociedad, los amigos, los familiares y los médicos en una manifestación fehaciente de pérdida de control sobre las emociones, pensamientos, cuerpo y posibilidades de elegir, lo que la vuelve una reacción irracional y desproporcionada y lo único que se refleja es angustia, depresión, frustración y desesperación.

²² PEREZ PEÑA, Efraín; *op. cit.* p. 628-630.

Los sentimientos de culpa en la pareja aparecen como una forma de explicar o justificar lo que está sucediendo, entonces se remontan a sucesos pasados, se habla de errores, pecados, malas acciones, entre otras cosas más, que justifican la consecuencia de un castigo divino para pagar lo malo que se ha hecho, teniendo como motivos más comunes para culparse, las relaciones sexuales extramaritales, el empleo previo de anticonceptivos, la masturbación, los abortos provocados, los pensamientos homosexuales, entre otros.

Cuando una pareja de este tipo decide acudir a un médico en busca de alternativas de solución, suele ocurrir el fenómeno del **regateo**, al tratar de obtener más de lo que el médico está planteando como alternativa de solución, incluso se plantea que si se acepta someterse a tal o cual tratamiento, lo será bajo la garantía de resultados satisfactorios, cosa a la que cualquier médico con una adecuada ética profesional, de ninguna manera puede comprometerse.

Ante esfuerzos infructuosos y la presión sociocultural del entorno, las parejas suelen pasar a la **depresión**, la cual puede centrarse en sí mismo o por una pérdida importante como pareja, lo que genera de nueva cuenta el aislamiento o hábitos peligrosos como el alcoholismo o la farmacodependencia.

Puede considerarse una pareja exitosa, aquella que logra **reconocer** la pérdida, sentir aflicción y pena por la misma, vivir un proceso de **duelo** y recuperarse del mismo, mediante la **aceptación** o **solución**, puesto que esto encierra una gran complejidad y dificultad ante el hecho de que muy probablemente no se logrará conseguir la propia reproducción.

El impacto psicológico que se genera en el hombre y la mujer tienen características propias y no pueden ser las mismas que se experimentan como pareja, por lo que es conveniente no olvidar que la pareja está constituida por dos seres humanos de distintos sexos, que de acuerdo al contexto sociocultural, se les ha asignado ancestralmente roles plenamente definidos.

En la mujer, las presiones socioculturales, son mayores, toda vez que se ha asociado la feminidad con la maternidad-fertilidad, estereotipándose una serie de patrones sobre cómo debe desempeñar la mujer su papel de maternidad, por lo que este anhelo revive continuamente al ver a otras mujeres embarazadas o con hijos pequeños, surgiendo la sensación de no estar completas o ser menos femeninas si no se logra el embarazo, afectando su autoestima y su vida en general.

En el varón, se experimentan las mismas reacciones que las mujeres, pero habitualmente no las expresan con la misma intensidad, toda vez que tratan de cumplir con el rol social de ser los fuertes de la pareja y de dar apoyo a la mujer en crisis; sin embargo, a decir de los estudiosos del tema, su concepto de virilidad se ve fuertemente amenazado y es causa frecuente de que no asistan al consultorio médico con su pareja y mucho menos que se dejen practicar exámenes médicos.

Hasta aquí, con la exposición de las reacciones psicológicas que una pareja infértil o estéril experimenta con este tipo de padecimientos reproductivos, pues un estudio de mayor profundidad no sería de nuestra competencia, sino de la rama del saber correspondiente a la psicología clínica.

Lo que hemos pretendido lograr a través de este apartado, es concientizar al lector de las repercusiones que estos padecimientos tienen en la sociedad y en el mundo interno de los individuos que los presentan y que indudablemente, sin pretensiones exageradas, puede provocar cambios en el mundo externo, cuando éstos se dejan guiar por los sentimientos de ira y agresión, que experimentan en diversos grados.

En el siguiente apartado se presenta la manera en que la misma sociedad presiona a las parejas, que sufren estos padecimientos reproductivos, por lo que entran en claro conflicto y generan diversas pérdidas en las parejas que los presentan.

1.5 Problemáticas derivadas de la incapacidad reproductiva en una pareja.

Pareciera paradójico que en tiempos en que se habla de sobrepoblación a nivel mundial, se esté dedicando tiempo y esfuerzo en la investigación biomédica para perfeccionar la diversidad de técnicas de reproducción humana asistida, que se ocupen de ellas, no sólo los médicos, sino también los sociólogos, historiadores, juristas y otros estudiosos de los fenómenos sociales.

El manejo de la incapacidad reproductiva en las parejas se ha subestimado en la mayoría de los países y en el nuestro no es la excepción, toda vez que su manejo no forma parte de los programas prioritarios de las instituciones de salud pública y ningún seguro de gastos médicos cubre este tipo de tratamientos, pues se le considera que no es causa de muerte o de dolor físico.

Ha llegado a pensarse que es una forma natural del control de la natalidad, además ante la existencia de tantos niños huérfanos y padres sin hijos bien pudieran complementarse ambas necesidades y satisfacerse mutuamente, e incluso que resulta egoísta el no contemplar la adopción como solución única a este tipo de padecimientos, soslayando todas las implicaciones psicológicas que esto representa.

Este sentir de la sociedad que menoscaba el problema de la esterilidad o infertilidad en las parejas, resulta contradictoria a los roles que los mismos miembros de la sociedad han dado al varón y a la mujer casados, que desean procrear, pues como ya lo hemos dicho, desde tiempos muy remotos en diferentes culturas y religiones, la humanidad ha estado obsesionada con la fertilidad, a la cual le ha dado un gran valor.

Existen muchos mitos y tabús sobre la incapacidad reproductiva ya sea femenina o masculina a la mujer se le considera “seca”, como la tierra no fértil, se

le asocia con un carácter agrio y poco femenino tal como en *Yerma* de García Lorca, respecto del varón se le considera “poco hombre” o que debido a un pasado promiscuo obtuvo una enfermedad venérea que le incapacitó para fecundar.

Hemos mencionado ya que a la procreación se le ha considerado un regalo divino, el objetivo de la existencia, prueba de la valía, evidencia de la capacidad sexual, demostración de la madurez como adultos, forma de perpetuarse, etc., su ausencia se considera; un castigo divino, falta de valía o de merecimientos, fin de una estirpe, entre otras consideraciones. Éstos y muchos otros mitos han justificado en la historia, prácticas absurdas como ser causal de divorcio el que la mujer no tenga hijos, o justificar que un hombre tenga hijos con otra mujer con el consentimiento de su esposa estéril, entre otros actos.

Observamos de esta manera que las influencias socioculturales, condicionan frecuentemente que las parejas que no embonan en los patrones de conducta de las parejas fértiles, la sociedad los menosprecie, aisle, desconfíe de ellas, las presione o les tenga lástima, generando con ello, situaciones embarazosas al tocar el tema.

El entorno de la pareja constituye en buena medida, el factor central que contribuye a que en la misma se manifiesten reacciones psicológicas diversas que influyen en su conducta, lo que las lleva a perder relaciones con personas emocionalmente importantes, y asimismo a perder salud, status o prestigio, autoestima, autoconfianza, seguridad, fantasías o la esperanza de lograr un plan de vida importante, por lo cual consideramos pertinente hablar a continuación, de manera general de las diversas pérdidas que en mayor o en menor grado, una pareja estéril o infértil experimenta.

1.5.1 Alteraciones en la salud.

De acuerdo con el doctor Efraín Pérez Peña la incapacidad reproductiva, constituye un golpe narcisista para cada miembro de la pareja, entendiendo el narcisismo como el amor a sí mismo, que se expresa en la necesidad de perpetuar el yo. Así ante esta problemática, el individuo cambia la concepción que tiene de su cuerpo, al cual percibe como defectuoso, independientemente de su aspecto²³.

Para un individuo con esterilidad o infertilidad, la imagen de sí mismo, es de un ser enfermo en relación con los demás, por lo que es muy común que estos individuos sean dados a asumir un papel de víctima ante estos padecimientos, lo que los lleva a padecer diversas afecciones meramente psicosomáticas, padecimientos físicos generados desde la mente del individuo, como una forma de auto castigo.

Además no hay que pasar por alto que el tratamiento de la esterilidad o la infertilidad, significa un cambio drástico en la vida de las personas, a las cuales afecta, pues la aplicación de las técnicas de reproducción asistida son en sí laboriosas, complejas y desgastantes para el cuerpo de los pacientes, como en palabras de la doctora Diana Guerra Díaz, lo apreciamos:

“...Según la expresión de un paciente, “es como empezar un viaje sin saber a donde vamos, ni cuanto tiempo vamos a estar ni que hemos de llevar o cuanto nos va a costar”. Un viaje que hay que hacer con o sin la ayuda de familiares y amigos.”²⁴

Los profesionales de la salud que se dedican a tratar la incapacidad reproductiva saben que esta es una experiencia muy estresante y difícil para las parejas, generalmente tanto el diagnóstico como el tratamiento afectan de forma crítica, cada una de las facetas de la vida de estas parejas, las cuales se someten

²³ PÉREZ PEÑA, Efraín, *op cit.*, p. 627.

²⁴ GUERRA DÍAZ, Diana, *op cit.*, p. 137.

a un régimen médico extenuante de visitas continuas, toma de temperatura diaria, intervenciones quirúrgicas y relaciones sexuales programadas.

1.5.2 Pérdida del status o prestigio.

En nuestra sociedad, como en muchas otras, se espera que tanto el hombre como la mujer “formen una familia“, esto supone emparejarse y reproducirse, cuando una pareja tras un cierto tiempo de convivencia no se reproduce, el entorno familiar y social empieza a “indagar“, a “solicitar“ e incluso a “exigir“ explicaciones sobre el futuro reproductivo de la pareja, la cual comienza a evadir el tema, inventa excusas o simplemente se aíslan.

Frecuentemente las parejas sin hijos son consideradas menos aceptables, anormales, no confiables, fuera de lugar, etc., como hemos mencionado en líneas precedentes, no es raro que se les agreda y presione para que cumplan con las expectativas tradicionales y con patrones de conducta establecidos, en cuanto a la procreación, de tal manera que cuando deciden vivir sin hijos ante otras alternativas no aceptable para ellas, se les considera egoístas o inmaduras, independientemente de lo difícil que sea tomar esta decisión.

Existe una separación real entre las parejas estériles y las fértiles, independientemente de los lazos de amistad, afecto o parentesco, ya que éstas, cuando sus hijos son pequeños giran alrededor de ellos y tienen ocupaciones diferentes a aquéllas, con lo cual las parejas con incapacidad reproductiva van experimentando un sentimiento de soledad en virtud de que comienzan a cambiar ciertas relaciones cuando sienten que no comprenden sus sentimientos, siendo pertinente citar a continuación, las palabras de la doctora Guerra Díaz.

“Hay algunas personas que en nuestras consultas expresan sentimientos de marginación y de aislamiento, que son fruto de distanciamiento de sus círculos sociales. Muchos renuncian a las reuniones con sus amigos “porque los demás tienen hijos“, a aceptar invitaciones a bautizos, comuniones u otros eventos sociales. La vergüenza o el pudor que supone para algunos explicar

que existe un problema para lograr la concepción hace que cambien sus relaciones personales.”²⁵

A pesar de vivir en sociedades modernas podemos ver que aunque no es tan fuerte la estigmatización de las personas con incapacidad reproductiva (como en otras épocas de la historia de la humanidad) a la mayoría de las personas en esta situación, les resulta difícil asumir delante de otros la explicación de un problema tan íntimo, a tal grado que puede afectar su forma de relacionarse con la sociedad en general.

1.5.3 Afectación a la autoestima.

Cualquier tipo de limitación a la capacidad reproductiva en humanos, es un duro golpe a su autoestima, genera que la percepción de sí mismo se vea notoriamente devaluada, con lo cual los logros personales, profesionales, familiares, intelectuales o de cualquier otra índole, son menospreciados al darse cuenta que no pueden tener hijos.

El tener que depender de médicos y tratamientos, incluso de terceras personas para lograr lo que la mayoría de la gente realiza sin mayor esfuerzo, da una sensación de pérdida del control, de poder realizar por sí mismos una función que pareciera tan “natural”. De esto nos habla con mayor claridad el multicitado especialista mexicano, el doctor Efraín Pérez Peña en la siguiente forma;

“La decisión de ver a un especialista en fertilidad puede ser tan difícil como reconocer que se necesita ayuda de un psicoanalista, psiquiatra o psicólogo. Para cooperar durante el proceso diagnóstico o terapéutico hay que reconocer que existe un problema fuera de su control y que se requiere ayuda especializada.”²⁶

²⁵ GUERRA DÍAZ, Diana, *op cit.*, p. 150.

²⁶ PÉREZ PEÑA, Efraín, *op cit.*, p. 628.

Si bien es cierto que cada persona responde de manera diferente al problema de la incapacidad reproductiva, dependiendo de su situación particular, de sus estrategias de afrontamiento y de su personalidad, el impacto emocional es cierto y debe ser atendido para que una persona en esta circunstancia en particular pueda tomar decisiones objetiva y claramente a efecto de reducir en su persona el sufrimiento emocional que se deriva de todo ello, expresado en ansiedad, depresión y desesperanza, lo que necesariamente afecta el propio concepto.

1.5.4 Pérdida de la seguridad económica.

No debemos soslayar que el manejo de cualquier impedimento en la capacidad reproductiva, desde el punto de vista médico, es prolongado y azaroso, por lo cual la pareja se ve en la necesidad de poner como prioridad económica dichos tratamientos, que son por lo regular muy costosos, de ahí que otros gastos que para la pareja eran prioridades antes del tratamiento reproductivo, pasan a segundo término.

La pérdida de la seguridad económica, en una pareja se hace latente, no sólo por el costo de los estudios y tratamientos que requieren estas técnicas de reproducción asistida, sino porque además los mismos reclaman bastante tiempo de la pareja, lo que interfiere con sus obligaciones de trabajo, influyendo en su fuente de ingresos generando un círculo vicioso en detrimento de la capacidad económica de la pareja.

Muchas personas en tratamiento se lamentan por esa sensación de incontrolabilidad en sus vidas: no saben cuáles van a ser los costos del tratamiento, a cuántos intentos deberán someterse, no pueden hacer planes a futuro lo que los lleva a posponer oportunidades laborales, de educación, de viajar, retrasar vacaciones, dejar relaciones, en fin, dejar de hacer su vida habitual, lo que

redunda necesariamente en un costo que bien pudiera expresarse en términos financieros.

1.5.5 Pérdida de fantasías o de la esperanza.

Es un hecho cierto en nuestra sociedad, que la mayoría de las parejas planean sus vidas en función de crear una familia a una edad favorable, incluso utilizan métodos de anticoncepción durante años tratando de estabilizarse antes de tener un bebé. Pues bien, si descubren alguna incapacidad reproductiva les genera un sentimiento de pérdida de control sobre sus vidas, algunos de sus planes se vienen abajo, en palabras de la doctora Diana Guerra Díaz, la sensación sería la siguiente:

“Además de la imposibilidad de tener un bebé, la esterilidad representa la pérdida de una ilusión y de una relación que podría haber tenido con un niño...con frecuencia encontramos a personas que manifiestan sentimientos de desesperanza u otros síntomas depresivos.”²⁷

De acuerdo con la doctora Elena López Dabat, el perder la posibilidad de tener hijos hace que se pierdan la vivencia de un embarazo, el disfrute del nacimiento y el amamantamiento del hijo, sus caricias, sus palabras, o su convivencia afectuosa, incluso el vivir a través de sus hijos, perpetuar su nombre, apellido, sangre o estirpe, la posibilidad de tener nietos y en fin toda una visión idealizada que se pierde al no haberse procreado²⁸.

La afectación de la capacidad reproductiva, provoca que a algunas personas les disminuye el interés o el sentido de la vida dentro de las reacciones psicológicas de la pareja, se crean situaciones que hablan de esa necesidad de vivir para y por los hijos, ya que sin ellos aparentemente no tendría sentido vivir, en virtud de una carga psicológica ancestral que ha definido roles respecto de la paternidad y la maternidad.

²⁷ *op. cit.* p. 147

²⁸ Cfr. LÓPEZ DABAT, ELENA; *op cit.* p.p.383-387.

Resulta pertinente mencionar que este tipo de pérdidas en las parejas estériles o infértiles, no sólo se vive un día, sino que perdura con múltiples situaciones, ya que ven a sus amigas o familiares embarazadas, y surge el tema de los hijos en conversaciones familiares, en lecturas, películas, etc..

La presión que se genera en torno a estas parejas, ocasiona que las mismas pierdan entusiasmo y no encuentren sentido a muchas de sus actividades, incluso a aquellas que anteriormente le hubieran podido parecer fascinantes, y entonces el interés en todo lo que les rodea decrece, en palabras sumamente dramáticas, estas parejas llegan a expresar que esto pareciera ser una “muerte en vida”.

1.6 Reconocimiento del problema y búsqueda de soluciones.

En el lenguaje de la psicología una pareja debe estar en la posibilidad de reconocer el problema para poder reproducirse y para contemplar alternativas de solución, que lleven a redefinir para ellos el concepto de familia, una vez que hayan restaurado su mundo interior y dejen aflorar toda su capacidad creativa.

La solución se presenta cuando se acepta psicológicamente la idea de un hijo potencial biológico. Una vez diagnosticado un factor anormal en la reproducción y se llega a la etapa del reconocimiento, se estará en la posibilidad de discutir con la pareja diversas opciones terapéuticas en la exacta dimensión de sus posibilidades, pues habrá casos en los que la posibilidad de lograr un embarazo será realmente nula.

En la etapa de aceptación psicológica es el único momento en el que pueden tomarse decisiones responsables que de manera alternativa propicien soluciones al problema que se plantea, estas soluciones pueden ser: adopción, técnicas de

reproducción asistida con o sin donadores de gametos, o vivir sin hijos, evaluando las ventajas y desventajas de cada opción.

Una vez que se pasa por todo el ciclo psicológico que se da en torno a los problemas reproductivos, puede decirse que al final la resolución que tome la pareja, será la que los convenza más y lo harán seguros de que dieron su mejor esfuerzo, que fueron tratados por profesionales, mismos que hicieron todo lo posible por ayudarles. De esta manera la autoestima se renueva y se dan cuenta que el tener o no hijos, no es lo que le da sentido o importancia a su vida.

1.7 Reproducción humana asistida como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja.

Cuando los métodos, diagnósticos y técnicas terapéuticas tradicionales no encuentran una causa que explique la esterilidad o infertilidad, o después de tratarla no se obtiene un embarazo, hay posibilidades adicionales con técnicas no cóitales de reproducción, también llamadas técnicas de reproducción asistida.

Cada una de estas técnicas que en la actualidad son usadas para ayudar a parejas estériles o infértiles a concebir un hijo, se desarrollarán en los apartados siguientes de manera general; sin embargo, es de hacerse notar que estas técnicas involucran un conjunto de ideas y sensaciones en el cuerpo de los individuos, de tal manera que esta posibilidad la perciben como una última oportunidad de lograr el tan anhelado embarazo.

La complejidad de algunas de las técnicas de reproducción humana asistida genera, no sin algo de razón, riesgos tales como dañar gametos en el proceso de la preparación, el que se puedan equivocar y confundir los gametos con los de otra pareja, el que en ocasiones se requiera utilizar gametos de donadores, cuya carga genética se desconoce, el verse substituido uno de los cónyuges en su función de engendrar por un donador, donadora, o madre substituta.

Las técnicas de reproducción asistida se han vuelto a últimas fechas objeto de controvertidas discusiones en torno a su legitimidad, al derecho de procrear y a los derechos del nuevo ser, así como una serie de consideraciones éticas y filosóficas, sin embargo, en el presente capítulo nos limitaremos a presentarlas en una función meramente conceptual, no inmiscuyendo cualquier apreciación personal o subjetiva.

1.8 Concepto y antecedentes de las técnicas de reproducción asistida.

Es ya común hablar de la revolución que en las últimas décadas se ha producido en la biología y en la medicina, se dice que los avances en estos campos han sido mayores, en estos últimos cincuenta años, que en los cinco siglos precedentes. Encontramos que de una simple inseminación artificial se ha pasado al desarrollo de la ingeniería genética que ha posibilitado diversas formas de fecundación de gametos humanos.

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos y en especial de la biomedicina y la biotecnología, han hecho posible entre otras cosas, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción no coital en la pareja humana, generalmente conocidas como *técnicas de reproducción asistida o artificial*, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo.

Para efectos de este trabajo entenderemos por **técnicas de reproducción asistida o reproducción no coital**, al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra. Puede dividirse en **básica o avanzada** y tiene importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas según sean los procedimientos que se utilicen.²⁹

²⁹ PEREZ PEÑA, Efraín; *op. cit.* p. 644

Las *técnicas de reproducción asistida*, han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, y aunque no está indicada para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados previamente desahuciados y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que se le utiliza con mayor frecuencia.³⁰

Paulatinamente se ha tomado conciencia de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana y que el ser humano se ha dado los recursos científicos y tecnológicos para manipular su propia herencia e influir sobre ella modificándola.

Para darnos una idea sobre la aparición y desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, cabe hacer mención de algunas referencias históricas que fueron dando la pauta para que las técnicas de reproducción humana asistida fueran surgiendo y llegaran a perfeccionarse en la forma que hoy en día se encuentran.

Existen noticias de que Armand de Villeneuve, que era un afamado médico de reyes y papas, en 1610, intentó el embarazo de Juana, esposa de Enrique IV de Castilla, al cual llamaban “el impotente”, con semen de éste último, aunque sin éxito, pero este acto pudiera ser el antecedente más remoto de las técnicas de reproducción asistida en humanos, aunque la inseminación artificial se comenzó a practicar en primera instancia en animales.³¹

Fueron practicadas primitivas inseminaciones de mujeres en los años de 1776-1779, realizadas en Londres por John Hunter a imitación de unas

³⁰ GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; El derecho a la reproducción humana, Ed. Marcial Pons, Madrid; España 1994, pp. 181-186

³¹ LEMA AÑÓN, Carlos; Reproducción, poder y derecho, p. 30

experiencias similares que había realizado con perras, el abate Lázaro Spallanzani y que había traído como consecuencia el nacimiento de varios cachorros.³²

Resulta pertinente contextualizar estas prácticas, remontándonos en el tiempo. Podemos saber que todo lo que se hizo en materia de inseminación artificial, ya sea en animales o en humanos, se realizó de manera empírica, casi intuitiva en virtud de que en esas épocas el estado de los conocimientos sobre la reproducción humana, era mucho más limitado para entender esas tentativas, puesto que por ejemplo, en el siglo XVI, Fallopio descubrió las trompas en el aparato reproductor femenino que ahora llevan su nombre y en el siglo XVII, Leeuwenhoeck descubrió los espermatozoides y no se llegó a establecer que *la fertilización* consistía en la unión de un óvulo y un espermatozoide sino hasta el último cuarto del siglo XIX.³³

Otro elemento contextual que nos hace imaginarnos cuan difícil era el estudiar todos estos elementos que contribuían a la fertilidad o infertilidad, consiste en la forma de vida de las sociedades donde el entorno masculino era el que moldeaba y determinaba los paradigmas a seguir, así la esterilidad siempre se atribuía a la mujer en esa asociación que se daba de la feminidad con la fertilidad, sin embargo, en 1677 Johann Ham afirmó que la esterilidad también se podía deber a la ausencia de espermatozoides, lo que ocasionó incluso el rechazo de la propia comunidad médica de ese tiempo y propició que hasta finales del siglo XIX, no se encontrara ningún registro o indicación sobre la posible utilización de la inseminación artificial o cualquier otra técnica de reproducción asistida, para el caso de la esterilidad masculina.³⁴

Un elemento más, contra el cual debían luchar los precursores de todo este desarrollo en materia de reproducción humana, consistía el contexto sociocultural de la época, que como ya se ha dicho en páginas precedentes, influye de manera

³² *Ibidem.* p. 31

³³ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO, Ed. Editores unidos mexicanos, México 1998, tomo 2 p. 459

³⁴ LEMA AÑÓN, Carlos; *op. cit.* p. 31

determinante en la conducta de los individuos en virtud de que este contexto se vio claramente influenciado por los cánones religiosos de la época, que eran mucho más estrictos que ahora y propiciaban que todas estas prácticas experimentales se hicieran en oculto, lo que impedía de alguna manera que los avances o descubrimientos logrados en un lugar y época se transmitieran o compartieran con otros médicos, y por ende, todo este estudio se volvía lento.

Volviendo a los antecedentes de las técnicas de reproducción humana asistida, nos remontaremos a épocas más recientes; así encontramos que en el siglo XIX se realizaron varios intentos de inseminación artificial y se documentaron algunos embarazos, así en 1808, en la facultad de medicina de París se realizó la primera inseminación artificial humana en Francia. Dejó además una detallada descripción de la operación, así como algunas reflexiones sobre su utilidad, mismas que a continuación se transcriben:

“Esta puede ser útil: a las mujeres frías, a las que son indiferentes a los juicios de los maridos, a las que tienen antipatía por los hombres y a las mujeres públicas. El marido puede desear la inseminación artificial si la mujer tiene demasiada negligencia para la higiene, una transpiración fuerte, un olor molesto, aliento desagradable, algunos defectos en la fisonomía...”³⁵

En 1884, se produce el primer embarazo resultante de una inseminación artificial realizada con semen de un hombre distinto del cónyuge de la mujer inseminada, misma que realizó un ginecólogo llamado Pancoast quien fue profesor del *Jefferson Medical College* de la ciudad norteamericana de Filadelfia, quien después de examinar a la mujer en cuestión, llegó a la conclusión de que ella era fértil y el problema se encontraba en su marido que no producía semen viable. Por lo tanto Pancoast decidió sin consultar a la mujer, realizar un experimento con ella, la recostó en la mesa de operaciones alrededor de la cual se encontraban seis estudiantes de medicina y le administró cloroformo para anestesarla, después le introdujo semen procedente de uno de los estudiantes en

³⁵ VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho civil Español, ed. Civitas, España, 1988, p. 56

el útero, y después lo taponeó con gasa. La mujer nunca fue informada de lo que había pasado, ni siquiera cuando nueve meses después tuvo un hijo.³⁶

En 1890, Dickinson comienza a realizar secretamente y de forma sistemática inseminaciones artificiales con semen de personas distintas del cónyuge de la mujer inseminada, sin embargo, los registros médicos sólo conocían 88 casos de inseminación artificial hacia los años treinta del siglo XX.³⁷

En 1932, se produjo otro acontecimiento médico importante en la materia, dos científicos de nombres Ogino y Knaus, determinan las fases del ciclo menstrual, lo que daba mayores probabilidades de éxito a la inseminación artificial, pues el médico sabía cuándo debía aplicar la inseminación a la mujer en cuestión, tomando como base el período de mayor fertilidad.

En la década de los cuarentas la práctica de la inseminación artificial tuvo un gran auge sobre todo en los Estados Unidos, se dice que los soldados norteamericanos enviaron semen congelado por avión para ser aplicado a sus esposas, sin embargo las primeras noticias de embarazos logrados, de esta forma se da hasta 1953 cuando por las experiencias de Bunge y Sherman, se producen tres embarazos logrados por este método, así para los años cincuentas, la práctica de inseminación artificial se encontraba plenamente introducida en los Estados Unidos y en la década de los setentas se encontraba en plena vigencia en aquél país. Por su parte en Europa, es hasta 1960 cuando el Belga Robert Schoysam, pionero de la inseminación en el continente funda el primer banco de semen.³⁸

Por su parte, la fecundación *in vitro* o extracorpórea, se realizó sin éxito en animales a finales del siglo XIX: Schenk en 1878 la intenta en cobayas y conejos; Heape en 1890 intenta transferencia de embrión con mamíferos de una hembra a

³⁶ VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 59

³⁷ *Idem.*

³⁸ LEMA AÑÓN, Carlos; *op. cit* p. 32

otra, a finales de los años cincuentas del siglo XX, se consiguen los primeros éxitos de la fecundación *in vitro* con animales.³⁹

Las primeras tentativas de fecundación *in vitro* realizadas con gametos humanos, la llevan a cabo los biólogos Rock y Merkin en 1944, con el resultado de cuatro embriones normales tras haber utilizado cien óvulos. En 1955 la fecundación de óvulos humanos había sido experimentada con éxito, se obtuvo un embrión que fue desechado porque los científicos de aquel tiempo desconocían la técnica e implantación en el útero femenino.

Los científicos ingleses Steptoe y Edwards comenzaron a trabajar en esta materia a partir de 1967, por lo que para el año 1971, concibieron la idea de un tratamiento hormonal destinado a estimular el crecimiento de los folículos ováricos y desde 1978 empezaron a conseguir fecundaciones de forma sistemática.⁴⁰

Es en julio de 1978, cuando Steptoe y Edwards, logran su objetivo y después de once años de investigación, nace la primera niña llamada “bebé probeta”, pues los gametos en sus padres fueron fecundados en un platillo de laboratorio, cuyo nombre es Louise Brown, en el *Oldham General Hospital*, en Inglaterra.⁴¹

Este evento histórico tiene una profunda significación comparable con la llegada del hombre a la Luna o a la división del átomo. Con esta práctica los médicos ingleses Patrick Christopher Steptoe y Robert Goefrey Edwards, lograron la culminación de los esfuerzos científicos iniciados un siglo atrás y sentaron las bases indiscutibles para muchos experimentos relacionados con la procreación.

Otro elemento destacable en materia de reproducción humana asistida, se da en el año de 1984, cuando nace Zoe Leyland, en Melbourne, por las

³⁹ COSSARI, J.M. El embrión de probeta Ed. Reus, España, 1987, p.20.

⁴⁰ COSSARI, J.M. *op. cit.*, p. 23

⁴¹ VIDAL MARTINEZ, Jaime. *op. cit.*, p. 15

investigaciones de Trounson y Mhor, tratándose del primer bebé nacido procedente de un embrión previamente congelado, abriendo la línea de investigación en torno a la crioconservación de embriones.⁴²

Por cuanto hace a la *maternidad substituta*, se tiene el antecedente de un anuncio insólito en el diario “La Crónica de San Francisco”, correspondiente al 15 de abril de 1975, en donde un hombre casado con una mujer infértil deseaba tener un hijo de probeta, para ello buscaba una mujer inglesa o del noroeste europeo, que se interesara “en colaborar”, por lo cual debía indicar los honorarios que pretendía y su edad.⁴³

A tal llamado 180 mujeres respondieron, siendo seleccionada una mujer de la bahía de San Francisco, quien por la suma de diez mil dólares aceptó ser inseminada y al dar a luz un niño, lo entregó a su padre renunciando a sus derechos conforme a lo pactado.

Otro de los primeros casos de esta práctica, se dio en 1980 cuando una mujer llamada Elizabeth Kane de 37 años de edad y madre de tres hijos recibió diez mil dólares por el servicio de gestar un niño por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria, esto en Louisville, Kentucky, Estados Unidos. En Knoxville, Tennessee, en 1980 Samantha Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado.⁴⁴

El primero de octubre de 1987, una mujer sudafricana da a luz a tres hijos procedentes de óvulos de su hija, fecundados *in vitro*, convirtiéndose así en madre y abuela.

A partir de entonces cientos o quizá miles de niños han nacido alrededor del mundo mediante la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida,

⁴² LEMA AÑON, Carlos; *op. Cit.* p. 34

⁴³ HURTADO OLIVIER, Javier. El Derecho a la vida, ¿y a la muerte? 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p.53

⁴⁴ *Ibidem.* p. 56

que a continuación analizaremos, en cuanto su concepto, los problemas que solucionan y las implicaciones ético jurídicas de las mismas.

1.9 Las diferentes técnicas de reproducción humana asistida.

A continuación se presenta una visión general de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, que desde el punto de vista médico, significan una alternativa de solución a la problemática de las parejas estériles o infértiles, entre dichas técnicas encontramos la inseminación artificial, la hiperestimulación ovárica, perfusión espermática a oviductos, fertilización *in vitro*, transferencia de gametos y de embriones, donación de óvulos y espermatozoides, clonación, manipulación de genes y la maternidad sustituta.

Las técnicas de reproducción asistida demuestran que lo que vivimos en materia de biotecnología apenas significa el comienzo de muchos avances más y que definitivamente estas técnicas no dejarán de aplicarse, sino por el contrario, tienden a perfeccionarse para dar respuesta a casos que aún hoy se consideran desahuciados, por lo que su práctica indica que han llegado para quedarse.

1.9.1 Inseminación artificial (IA).

1.9.1.1 Concepto.

La inseminación artificial, consiste básicamente en el depósito de semen, fuera del marco de una relación sexual, realizada por parte de un especialista médico, un ginecólogo, en los genitales internos de una mujer, con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual.⁴⁵

⁴⁵ LEMA AÑÓN, Carlos. *op. cit* p. 35

De igual manera se le puede definir como el depósito de espermatozoides previamente preparados en el útero de la mujer sin efectuar un contacto sexual, se realiza solicitando una muestra de semen a la pareja, obtenido tras tres o cuatro días de abstinencia sexual, semen que se colocará en un recipiente estéril. En el laboratorio se valora el número de espermatozoides y el tipo de movilidad espermática y se prepara en función de la calidad de cada muestra.⁴⁶

En síntesis podemos decir, que la inseminación artificial es el acto médico por el que introduce espermatozoides en el aparato genital de la mujer, en procura de la fecundación, este procedimiento es artificial en cuanto a la manera de obtener el espermatozoide y por su introducción en el cuerpo de la mujer; pero lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural.⁴⁷

Esta técnica a su vez puede subclasificarse, por el lugar de los genitales femeninos donde es depositado el semen, de tal manera que puede ser; intrauterina, intracervical, vaginal, intraperitoneal e intrafolicular, permitiendo estas técnicas aplicarse de diferentes maneras, según la condición del semen y de la persona de la que éste proviene.⁴⁸

Para distinguir los diferentes tipos de inseminación artificial, se siguen criterios meramente técnicos, los cuales atienden a la preparación del semen, al lugar en el que se deposite, la técnica utilizada, y si el semen proviene o no del esposo de la mujer a quien se le está aplicando esta técnica, o a un tercero donador.

Encontramos que la inseminación artificial puede practicarse con **semen fresco**, es decir, que es aplicado inmediatamente después de ser eyaculado por un hombre, con lo cual se logran mayores probabilidades de embarazo, o con

⁴⁶ GUERRA DÍAZ, Diana, *op cit.*, p. 114.

⁴⁷ CORDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. "Fecundación Humana Asistida", ed. Alveroni, Córdoba, Argentina, 2000, p. 25

⁴⁸ PÉREZ PEÑA, Efraín. *op cit.* p. 644.

semen congelado, el cual permite verificar más la calidad de la muestra y el riesgo de reducir la transmisión de graves infecciones a la mujer por no haber sido debidamente analizado; puede ser **completo**, es decir, se insemina todo lo eyaculado o **fraccionado**, lo que implica un tratamiento del semen en el laboratorio a efecto de volverlo más viable, puede ser **homóloga**, si el semen proviene del esposo o compañero de la mujer, y **heteróloga**, si el semen proviene de un donador.⁴⁹

1.9.1.2 Problemática que resuelve.

Esta técnica se aplica para eliminar un trastorno de la fertilidad, cuando por cualquier causa no se puede lograr la fecundación del óvulo de manera natural, como por ejemplo, problemas en el cuello de la matriz que impiden el paso de los espermatozoides, también se utiliza para solucionar problemas sexuales que impiden la liberación del semen en el fondo de la vagina, como lo sería impotencia del marido o incapacidad de la mujer para relajarse y dilatar la vagina.

En el caso de la heteróloga se utiliza en virtud de la esterilidad del marido, en virtud de que el cónyuge no tiene espermatozoides, cuando es portador de una infección y también sirve para evitar una enfermedad hereditaria como: hemofilia, síndrome de Down, mal de Huntington –senilidad precoz-, etcétera, cabe señalar que es una técnica a la que recurren mujeres sin pareja o con una pareja homosexual.

1.9.1.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Podemos decir que esta técnica de fecundación asistida es de las más sencillas por cuanto hace a su aplicación toda vez que las molestias físicas que pudiera implicar son mínimas en virtud de su sencillez, la incomodidad que llegara a generar sería en un momento dado la obtención del semen mediante

⁴⁹ LEMA AÑÓN, Carlos; *op. cit* p. 36.

masturbación y la introducción de una pipeta con la suspensión de espermatozoides preparada en el aparato reproductor femenino.

1.9.1.4 Implicaciones ético jurídicas.

Cuando se trata de inseminación homóloga, este acto ha de considerarse una mera “terapia curativa”, pues ella sólo representa la eliminación del trastorno de la fertilidad, la problemática mayor la encontramos en la inseminación heteróloga, es decir cuando el semen es aportado por un tercero no vinculado a la mujer, en virtud de que biológicamente sería ese tercero el padre del hijo que resultara de esa fecundación, también se originan problemas derivadas de la inseminación *post-mortem*, en virtud de que puede utilizarse semen congelado del marido para dar vida a un hijo póstumo que necesariamente le espera una vida sin padre, de igual manera existe una problemática respecto a facilitar la inseminación artificial en el caso de parejas lesbianas, pues el bebé que nazca de este procedimiento llegará a un círculo familiar en el que tendrá dos madres y crecerá sin padre, lo que evidentemente afectará el sano desarrollo emocional de ese bebé.⁵⁰

1.9.2 Hiperestimulación ovárica controlada (HOC).

1.9.2.1 Concepto.

Esta técnica se ha comenzado a utilizar en muchas clínicas de fertilidad para complementar o facilitar el uso de otras técnicas como lo serían la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, se realiza con la finalidad de aumentar la cantidad de óvulos disponibles a través de la aplicación de gonadotrófinas y citrato de clomifeno, esto es, se realiza una estimulación hormonal a efecto de que el ovario produzca varios óvulos a la vez, y para ello, la paciente debe someterse a un tratamiento hormonal indicado por su médico.⁵¹

⁵⁰ BARBERO SANTOS, Marino. “Fecundación asistida e ingeniería genética”, ed. p. 279

⁵¹ PÉREZ PEÑA, Efraín, *op cit.* p. 647.

En estricto sentido este procedimiento se puede entender como un acto previo para facilitar el procedimiento de Fecundación *in vitro* pues con él se asegura que el porcentaje de embarazo sea mayor en virtud de que se obtienen un número suficiente de ovocitos que serán fecundados *in vitro* y que podrán generar varios embriones que pudieran quedar congelados para su posterior utilización, en esta técnica también se pueden administrar los agonistas de la hormona liberadora de gonadotropinas lo que produce una inactividad ovárica completa para aplicar entonces dosis elevadas de gonadotropina, que actúan directamente sobre el ovario y de esta manera se produce una producción supernúmerica de ovocitos.⁵²

1.9.2.2 Problemática que resuelve.

Como ya se ha dicho es una técnica que se utiliza para potencializar las probabilidades de éxito de la fecundación *in vitro*, en virtud de la existencia de un fallo ovárico o bien en otras glándulas que influyen en el funcionamiento ovárico o bien en el sistema neuroendocrinológico que regula todo ello.⁵³

Con anterioridad para la aplicación de dicha técnica se tenía que estar esperando el ciclo natural de la liberación del óvulo, que por lo general consiste en uno sólo, de tal manera que si se fallaba se tenía que volver a esperar el ciclo natural, con las consecuentes molestias que significan para una paciente la obtención del óvulo, de esta forma esta técnica permite que a través de un solo ciclo hormonal, se obtengan varios óvulos que serán posteriormente fecundados y que estarán como “reserva” para el caso de un intento fallido de implantación embrionaria, realizándose una sólo vez y aminorando las molestias para la paciente.

1.9.2.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Los principales riesgos de este procedimiento terapéutico son:

⁵² GUERRA DÍAZ, Diana, *op cit.*, p. 110.

⁵³ SANCHEZ CARO, Javier Y Fernando Abellan; “Reproducción humana asistida, protocolos de consentimiento informado de la Sociedad Española de Infertilidad”, ed. Comares, Madrid; España, 2002, p. 40

- 1) Embarazos múltiples, los cuales representan un riesgo físico para la madre y los fetos.
- 2) Síndrome de hiperestimulación ovárica: Consiste en una respuesta exagerada al tratamiento de inducción de la ovulación, se caracteriza por la acumulación de líquido en el abdomen e incluso en el tórax, así como por alteraciones de la coagulación sanguínea y de la función renal y/o hepática, que amerita hospitalización.
- 3) Embarazo ectópico: Que consiste en el desarrollo de una gestación fuera del útero.

1.9.2.4 Implicaciones ético jurídicas.

Esta técnica representa la disyuntiva en torno a qué hacer con los óvulos que fueron fecundados dando origen a embriones que no se utilizaron y que por lo tanto tienen que ser desechados, o tenidos en crioconservación por tiempo indefinido, también genera una problemática ética y jurídica cuando se trata de una mujer que acepta donar sus óvulos para ser fecundados e implantados en otra mujer, las relaciones filiales rompen con el principio antiguo de derecho que señala *mater semper certa est*.

1.9.3 Perfusión espermática a oviductos (FSP).

1.9.3.1 Concepto.

Esta técnica es conocida por su nombre en inglés, del cual derivan sus siglas, siglas que quieren decir *Fallopian Sperm Perfusion*, y es un procedimiento utilizado por el doctor Kahn, en Noruega, y la cual consiste en inseminar un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente capacitados para que lleguen a las fimbrinas por vía transcervical, se combina con la Hiperestimulación ovárica controlada para aumentar la posibilidad de unión entre el óvulo y el espermatozoide.⁵⁴

⁵⁴ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op. cit.* p. 648.

1.9.3.2 Problemática que resuelve.

Permite la fecundación del óvulo dentro del cuerpo de la mujer, evitando con ello la fecundación artificial.

1.9.3.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Es un procedimiento sumamente doloroso y molesto para la paciente pues a través de un catéter en el cual se ha colocado un cultivo con espermatozoides, se introduce poco a poco en los oviductos. Independientemente de ello, también se ocasionan embarazos múltiples, también se ha dejado de lado un poco la aplicación de esta técnica sencilla y relativamente barata porque se llegó a observar que se desencadenaban reacciones alérgicas y contracciones uterinas severas.⁵⁵

1.9.3.4 Implicaciones ético jurídicas.

Los embarazos múltiples, en la mayoría de los casos, generan la disyuntiva para el médico y los pacientes de tomar la decisión de “eliminar” a alguno de los productos en virtud de estar en riesgo la vida de la madre y de los otros fetos, lo que genera indudablemente una afección emocional y una complicación ética para el doctor que tiene que decidir que feto se desechará, así mismo se generan partos prematuros donde nacen fetos que todavía necesitaban mayor desarrollo el cual terminan recibiendo de manera artificial sobreviviendo los más fuertes.

1.9.4 Fertilización *In Vitro* (FIV) y transferencia de embriones (TE).

1.9.4.1 Concepto.

También es conocida como fecundación artificial, extracorpórea, o “bebé probeta”, es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el espermatozoides del padre, es decir, consiste en reproducir con

⁵⁵ PÉREZ PEÑA, Efraín, *op cit.* p. 648.

técnicas de laboratorio el proceso de fecundación que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio.⁵⁶

La FIV, es un proceso médico científico de varias etapas tendiente a subsanar problemas de esterilidad en la mujer y consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido por tanto el embrión fuera del claustro materno, es luego trasplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural.⁵⁷

Esta técnica está íntimamente ligada con lo que sería la **transferencia de embriones** (TE), luego de haber obtenido el huevo fecundado, se le conserva en un medio de cultivo para verificar su viabilidad y su correcta división, y una vez logrado esto, se le traslada a la cavidad uterina para su posterior desarrollo, requiriéndose para su aplicación, un útero normal y al menos un ovario que funcione para poder obtener los óvulos, así como una muestra espermática aceptable, y en el entendido de que la fertilidad disminuye con la edad, no se aplica a pacientes mayores de 40 años pues los resultados son casi nulos, en palabras de la doctora Diana Guerra Díaz, podemos describir este procedimiento como sigue: .

“La transferencia de embriones se desarrolla seleccionando los embriones a transferir los cuales se introducen juntos en un catéter por aspiración mediante una jeringa acoplada al mismo. El catéter de transferencia que es una cánula muy fina, se desliza muy suavemente a través del cuello del útero hasta el interior del mismo, una vez dentro de la cavidad uterina se depositan los embriones muy lentamente. La transferencia se realiza normalmente sin anestesia ya que es un procedimiento rápido y muy sencillo...”⁵⁸

Una vez que se ha transferido el embrión al útero de la mujer, hay que esperar que la implantación se produzca, pues no en todos los casos ocurre y una vez implantado se debe esperar a que no resulte una complicación como lo sería

⁵⁶ VIDAL MARTINEZ, Jaime. *op. cit.* p. 155.

⁵⁷ CORDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *op. cit.* p. 26

⁵⁸ *op. cit.* pp. 118-119

un aborto o embarazo extrauterino, de no ser así se lleva a cabo una gestación completamente normal.⁵⁹

Cabe señalar que esta técnica implica no sólo la fecundación de un óvulo con un espermatozoide, en un medio de cultivo, sino que se realizan múltiples actos de fecundación, lo que genera la existencia de varios embriones, que en potencia podrían dar lugar a un ser humano si se implantaran en el útero de una mujer, la razón de ello se da porque existe una baja probabilidad de que un solo embrión siga el proceso esperado, por lo que hay que tener varios embriones para ser aplicados, así esta práctica implica la transferencia de 3 a 5 embriones al útero de la mujer con la esperanza de que uno de ellos se implante.

1.9.4.2 Problemática que resuelve.

Se recomienda principalmente para el caso de la obstrucción total o parcial o ausencia de trompas de Falopio o por deficiencia en la calidad del esperma, también se aplica en causas desconocidas de infertilidad o esterilidad, en casos endometriosis, que consiste en el crecimiento anormal dentro de la cavidad abdominal, del tejido que normalmente esta cubriendo las paredes internas del útero, así mismo se aplica para el caso de trastornos ovulatorios e inmunológicos.⁶⁰

1.9.4.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Los principales riesgos se expresan en: embarazos múltiples, síndrome de hiperestimulación ovárica, embarazo ectópico, así como infección genital, hemorragias, punción de un asa intestinal u otra parte de la anatomía, torsión ovárica, riesgos de la anestesia y contaminación en el laboratorio.

⁵⁹ LEMA AÑON, Carlos. *op. cit.* p. 38.

⁶⁰ SANCHEZ CARO, Javier Y Fernando Abellan; *op. cit.* p. 65

1.9.4.4 Implicaciones ético jurídicas.

La circunstancia de la utilización de varios embriones para la aplicación de esta técnica, genera duras polémicas de índole ético moral en virtud de que en muchas ocasiones, esto genera graves riesgos para la salud de una mujer y situaciones como la de un embarazo múltiple que obliga en muchos de los casos, a practicar abortos selectivos de fetos dentro de una mujer con la finalidad que uno o dos de ellos sean viables, asimismo, cuando se ha logrado el procedimiento con éxito, los padres por lo general se olvidan de los demás embriones obligando a muchos laboratorios a disponer de ellos para su destrucción o bien para su experimentación.

1.9.5 Transferencia Intratubaria de Gametos (GIFT).

1.9.5.1 Concepto.

Conocida de esta manera por sus siglas en inglés *Gamete Intra Fallopian Transfer*, es un procedimiento que fue desarrollado por un científico argentino de nombre Ricardo Asch y sus colaboradores, mismo que consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en las trompas de la mujer estéril, siempre y cuando la permeabilidad de éstas no esté afectada, propiciando el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales.⁶¹

Esta técnica se desarrolló para mejorar los resultados de la fecundación *in vitro* y después de experimentar con primates de 1977 a 1984, Asch y su grupo propusieron una nueva alternativa en el tratamiento de la esterilidad para pacientes que al menos tuvieran una trompa de Falopio en buen estado, ya que el procedimiento consiste en colocar por laparoscopia o minilaparotomía,

⁶¹ BOTTI, Gustavo, *et al.* "Técnicas de fertilización asistida" en TOZZINI, Roberto Ítalo; *et al.* Esterilidad e infertilidad humanas, p. 263.

espermatozoides y oocitos en la porción ampular de un oviducto para que ahí se realizase la fertilización.⁶²

Se podría decir que esta técnica es el punto intermedio entre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, pues a pesar de que la fecundación no es extracorpórea, es necesario preparar los óvulos y los espermatozoides en el laboratorio, además exige una operación de extracción de óvulos precedida generalmente de un tratamiento hormonal de inducción a la ovulación.

1.9.5.2 Problemática que resuelve.

Se aplica en casos de esterilidad desconocida y a pacientes que tengan al menos un oviducto permeable, propiciando la fecundación dentro del cuerpo de la mujer, también cuando hay disminución en la movilidad y número así como anomalías en los espermatozoides, trastornos inmunológicos, así como fallo previos de fecundación.

1.9.5.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Además de los riesgos propios de la FIV, se presenta una complicación propia de la intervención quirúrgica, que aunque pueden ser graves, su incidencia es baja.

1.9.5.4 Implicaciones ético jurídicas.

Al haber mencionado que esta técnica es el punto intermedio entre inseminación artificial y FIV, evidentemente estamos hablando de embarazos múltiples, que implican abortos selectivos y de embriones crioconservados por tiempo indefinido una vez que la pareja ha cumplido su deseo de reproducción.

⁶² PÉREZ PEÑA, Efraín. *op cit.* p. 652.

1.9.6 Transferencia Intratubaria de Embriones o Cigotos (ZIFT).

1.9.6.1 Concepto.

Esta técnica es conocida por su nombre en inglés *Zygote Intra-Fallopian Transfer*, y se podría decir que es la mezcla entre el GIFT y el FIV ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados. Se le denomina de manera diferente según sea el estadio del huevo fecundado, ZIFT paracigotos, PROST (*Pronuclear Stage Transfer*), paracigotos o embriones en la etapa pronuclear o TEST (*Tubal Embryo Stage Transfer*), para embriones de dos a ocho células, pero a efecto de simplificar esta conceptualización, nos referiremos en general a todas estas técnicas bajo el nombre de ZIFT.⁶³

Como hemos visto en el apartado correspondiente a la FIV, la transferencia de embrión o cigoto en realidad es una variable de esta última, con la diferencia de que la transferencia no se realiza al útero sino a una trompa de Falopio, y hoy día se trata de una técnica no demasiado utilizada, pues hoy por hoy se prefiere practicar la fecundación *in vitro*.

1.9.6.2 Problemática que resuelve.

Su principal indicación es esterilidad asociada a alteraciones espermáticas en donde el FIV y el GIFT arrojan bajos resultados, aunque también se recomienda en iguales casos y supuestos de FIV, sólo que el proceso de transferencia del embrión fecundado es en un estadio menor de división y se introduce en la trompa de Falopio para que el proceso de anidación se de en el útero de manera natural.⁶⁴

⁶³ PÉREZ PEÑA, Efraín. *op cit.* p. 655.

⁶⁴ *Vid Supra* p. 47

1.9.6.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Esta técnica sigue las mismas complicaciones de la hiperestimulación ovárica al igual que los riesgos propios de la intervención quirúrgica y de sus secuelas.

1.9.6.4 Implicaciones ético jurídicas.

Al igual que en la FIV, y en la HOC, los dilemas ético jurídicos que se presentan se derivan de los embarazos múltiples, de embriones no utilizados y de abortos provocados, decisiones que médico y paciente tienen que tomar, haya regulación jurídica o no.

1.9.7 Donación de Ovocitos y Espermatozoides.

1.9.7.1 Concepto.

La donación de oocitos tiene las mismas implicaciones éticas que la donación de espermatozoides, pues es la unión de estos dos gametos el que genera el origen de un nuevo ser humano, pero tratándose de donación, implica que el padre o la madre biológicos cedan su material genético para que otras personas funjan como padre o madre del nuevo ser.

Es una técnica que se ha utilizado desde hace más de cien años, donde comenzó a utilizarse la donación de espermatozoides, porque era muy difícil obtener los ovocitos y sincronizar a la donadora y a la receptora en un desarrollo ovular y endometrial completamente a la par, sin embargo, en las últimas dos décadas del siglo XX este procedimiento cobró fuerza y se perfeccionó a efecto de hacerse viable.

Se ha demostrado que la calidad del ovocito y no la del endometrio es la que causa las tasas bajas de embarazo en mujeres de edad avanzada y que cuando

se utilizan ovocitos de donadoras jóvenes aun en gestadoras de edad avanzada, los resultados mejoran notablemente. Por lo que la donación de oocitos se ha empezado a utilizar con diferentes técnicas de reproducción asistida según el caso particular.⁶⁵

Las donadoras y donadores pueden ser anónimos o conocidos; en el caso de los varones la mayor parte del espermatozoide viene de bancos plenamente establecidos, y con bastante tiempo de operación, mismos que ofrecen sus servicios como una especie de catálogo en el cual se puede elegir el material genético que se desea en la creación de un nuevo ser, es decir, se eligen las características físicas y psicológicas que se describen en esos catálogos.

Tratándose de las mujeres, en el mundo no existe propiamente los bancos de óvulos, sino que todos los oocitos utilizados provienen de las pacientes que han acudido a programas de reproducción asistida y en cuyos tratamientos existe un sobrante de oocitos, mismos que previamente acceden a donar si no se van a utilizar en ellas, sin embargo, se da el caso de que provengan de familiares, conocidos o de jóvenes que aceptan donar sus óvulos a cambio de una remuneración económica.

1.9.7.2 Problemática que resuelve.

En parejas heterosexuales, tratándose de donación de espermatozoides, se indica en casos de ausencia completa de espermatozoides en el semen, cuando hay disminución del número o de la movilidad de los espermatozoides presentes en el semen, también se aplica tras el fracaso o no deseo de realizar una FIV, cuando existen alteraciones cromosómicas o genéticas o ante el riesgo de la transmisión de una enfermedad hereditaria.

⁶⁵ BOTTI, Gustavo, *et al; op cit*, p. 268.

Cuando estamos ante el caso de donación de ovocitos se trata de resolver problemas de una mujer para conseguir un embarazo con sus propios ovocitos debido a razones de edad o por el padecimiento de algún problema médico.

Cabe mencionar que el desarrollo y auge de este tipo de donaciones, tiene presencia cada vez mayor en la sociedad de nuestro tiempo, en virtud de que existen **circunstancias muy peculiares** que obligan a las parejas a hacer uso de este recurso, un ejemplo de ello lo podemos observar las parejas **lesbianas** que a través de los donantes pueden evitar la procreación natural a efecto de poder estar embarazadas.

1.9.7.3 Riesgos físicos de su aplicación.

La donación de espermatozoides No significa un riesgo a inmediato, sino una eventualidad a largo y mediano plazo, en virtud de que una vez conseguida la fecundación y gestación de un infante, puede suceder que existan en el bebé enfermedades genéticas o alteraciones cromosómicas.

Para el caso de la donación de ovocitos, el proceso es generalmente bien tolerado y sólo excepcionalmente conlleva riesgos para la salud, siendo el más frecuente el conocido como *síndrome de hiperestimulación ovárica*, que consiste en una respuesta exagerada al tratamiento de estimulación de la ovulación, se caracteriza por acumulación de líquido en el abdomen e incluso en el tórax, así como por alteraciones en la coagulación sanguínea y de la función renal y/o hepática, que necesitaría hospitalización, se pueden presentar también infección genital, hemorragias, punción de un asa intestinal, torsión ovárica, los riesgos de la anestesia y contaminación en el laboratorio.⁶⁶

⁶⁶ SANCHEZ CARO, Javier Y Fernando Abellan; *op. cit.* p. 139.

1.9.7.4 Implicaciones ético jurídicas.

Tratándose de esta técnica en particular, encontramos con mayor razón problemas de carácter jurídico que tienen que ver directamente con la filiación toda vez que estamos hablando del trastocamiento de principios del derecho familiar, como lo sería el caso de *mater sempre certa est*, o la presuncional que señala al hijo habido en el matrimonio como hijo del esposo. El jurista se tiene que enfrentar, en un momento dado, a la problemática de una filiación biológica ante una legal, lo que hace necesario el legislar al respecto.

También encontramos la problemática derivada del anonimato de la donación y el derecho de todo individuo a conocer su identidad genética para el caso de encontrarse ante una enfermedad hereditaria.

1.9.8 Donación de embriones.

1.9.8.1 Concepto.

Esta técnica significa una extensión lógica de la fecundación *in vitro*, al no existir métodos adecuados en la actualidad para criopreservar ovocitos, así la donación de huevos fecundados *in vitro* o *in vivo* se vuelven la opción para criopreservar embriones y posteriormente utilizarlos, en la aplicación de diversas técnicas de reproducción asistida.

Los embriones obtenidos *in vivo*, se caracterizan porque son el resultado de la unión de los gametos masculinos y femeninos en el útero de una mujer para después ser extraídos de la cavidad uterina mediante el lavado de la misma.⁶⁷

La mayoría de los embriones son excedentes de los embriones utilizados en las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, de tal manera que las

⁶⁷ PÉREZ PEÑA, Efraín. *op cit.* p. 657.

parejas que ya han logrado su objetivo aceptan donar los embriones sobrantes o bien simple y sencillamente jamás se vuelven a acordar de ellos, por lo cual las clínicas de reproducción asistida, suelen solicitar a las parejas la donación de dichos embriones, debiéndoles informar que serán utilizados en técnicas de reproducción asistida para otras parejas que así lo necesiten.

1.9.8.2 Problemática que resuelve.

Se aplica para las parejas con dificultades para conseguir un embarazo con sus propios gametos o embriones, debido al padecimiento de un problema médico, en el intento de paliar la esterilidad se hace preciso obtener la donación de embriones de otras parejas sanas.

1.9.8.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Encontramos los propios de la transferencia de embriones; embarazos múltiples, así como abortos selectivos en beneficio de la salud de la madre y de los demás fetos.

1.9.8.4 Implicaciones ético jurídicas.

Al igual que en la donación de gametos la problemática que se genera es en las relaciones filiales y en la identidad genética para efecto de atender circunstancias extraordinarias de peligro para la vida del hijo.

1.9.9 Aspiración Microquirúrgica de Espermatozoides de Epidídimo (MESA).

1.9.9.1 Concepto.

A esta técnica se le conoce mejor por sus siglas en inglés que son MESA y que significan *Microsurgical Epididimal Sperm Aspiration*, y esta es una técnica

desarrollada específicamente para el problema de esterilidad en los hombres por problemas obstructivos postesticulares, se trata de una aspiración microquirúrgica de los espermatozoides en las porciones más proximales del epidídimo (lo más cercanas al testículo), los espermatozoides así obtenidos son preparados para una posterior fecundación *In vitro*.⁶⁸

Para este problema masculino no existía un tratamiento aceptable hasta que con los avances en la tecnología en reproducción asistida, desde 1987 se inició este procedimiento que actualmente ofrece un buen pronóstico para pacientes antes desahuciadas o remitidas a inseminación terapéutica por donador o bien se recurría como solución alternativa a la adopción, ante la imposibilidad de sus esposos para la procreación.

1.9.9.2 Problemática que resuelve.

Se aplica en casos de problemas congénitos en los vasos deferentes y obstrucción irreversible de los conductos deferentes, también se aplica en hombres que tras una enfermedad, generalmente sexual, presentan obstrucción en conductos deferentes, o bien cuando ha fallado la recanalización post vasectomía.

1.9.9.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Las complicaciones del procedimiento son mínimas en virtud de que el procedimiento quirúrgico es sencillo, puede repetirse varias veces y sus resultados pueden mejorarse de acuerdo a la técnica de reproducción asistida que se seleccione.

⁶⁸ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op Cit.* p. 659.

1.9.9.4 Implicaciones ético jurídicas.

En virtud de ser una técnica que pretende ayudar a un varón estéril, el cual evidentemente ha recurrido a la reproducción asistida porque quiere que su pareja pueda embarazarse y así poder reproducirse, sin la intervención de un donante de esperma, consideramos que las repercusiones ético jurídicas de esta técnica, son mínimas, pues estaríamos ante un caso similar al de una inseminación homóloga.

1.9.10 Ingeniería genética; micromanipulación de gametos y embriones.

1.9.10.1 Concepto.

En los últimos tiempos hemos tenido noticia de que como una extensión de los procedimientos de reproducción asistida se han empezado a manipular bajo el microscopio gametos y huevos fecundados, en un intento inicial de mejorar los resultados de la reproducción y posteriormente también se les ha manipulado para la corrección de anomalías genéticas y cromosómicas.

Estas técnicas se engloban en lo que hoy día se conoce como **ingeniería genética**, la cual ha tenido un desarrollo relativamente reciente, puesto que el conocimiento de los ácidos nucleicos se inicia en el siglo XIX y la estructura del DNA se conoció hasta mediados del siglo XX, así en 1953 James D. Watson y Francis Crick propusieron la estructura de doble hélice para el DNA, de tal manera que todo esfuerzo realizado en la ingeniería genética se centra en el estudio del DNA genómico siendo de esta manera esta área la principal expresión de la biología molecular.⁶⁹

La ingeniería genética busca lograr su principal expresión en lo que se ha denominado **Proyecto Genoma Humano**, el cual consiste en realizar un cartografiado genético del DNA del hombre a efecto de conocer todas las

⁶⁹ LUQUE, José y Angel Herraéz. Biología Molecular e Ingeniería Genética, ed. Harcourt, Madrid; España, 2001, p. 2

enfermedades que le han atacado, aun las futuras enfermedades del ser humano, para poder en primera instancia prevenirlas y posteriormente erradicarlas, con esto se ha iniciado el camino hacia la cura de enfermedades tales como: la enfermedad de Huntington, la hemofilia, el melanoma maligno, el síndrome de Down y otras, buscando en un futuro, el logro de la especie humana completamente sana. Siendo pertinente señalar que el mapa genético humano se completó en el año de 2003 y que continúa en perfeccionamiento en diferentes países a efecto de que cada población tenga su propio mapa genético atendiendo a sus características raciales.⁷⁰

Todo esto en virtud de que los avances de la microbiología celular han determinado que existe una única información genética entre las distintas especies orgánicas de la tierra, así la especie humana reconoce una información transmisible de generación en generación, en virtud de que en todas y cada una de las células humanas se advierte en su núcleo el funcionamiento de veintitrés pares de cromosomas o filamentos que están compuestos por proteínas básicas y ácido desoxirribonucleico, el cual es una sustancia química portadora de los caracteres de la herencia y el conjunto de toda la información genética que se transmite de individuo a individuo a través de la fecundación constituye el genoma y el proyecto genoma humano procura conocer científicamente la totalidad de esa información genética y así construir el mapa genético humano.⁷¹

Nuestro país no se ha quedado a la zaga y recientemente ha visto el nacimiento del Instituto Nacional de Medicina Genómica, el cual se encuentra elaborando el mapa genómico de los mexicanos a efecto de estar en posibilidad de determinar las enfermedades a las que genéticamente estamos propensos en nuestro país y así poder evitarlos a través de una manipulación embrionaria con la intención de que nazca un ser humano sin ciertas propensiones hereditarias.⁷²

⁷⁰ F. LEE, Thomas. El Proyecto Genoma Humano, ed. Gedisa, Barcelona; España, 1994, p.233

⁷¹ CORDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *op. cit.* pp. 15-19

⁷² www.inmegen.gob.mx

La manipulación genética se ha desarrollado en estadios embrionarios de 8 a 10 células en los cuales puede extraerse uno de los blastómeros para diagnóstico genético o cromosómico, examinando las cadenas de ADN, sin que los demás blastómeros pierdan su capacidad totipotencial y sin comprometer el posterior desarrollo de un organismo viable.

1.9.10.2 Problemática que resuelve.

El mapeo genético o el Genoma humano, se ha desarrollado para descifrar el código genético de cada raza de ser humano en aras de poder diagnosticar a tiempo enfermedades de carácter hereditario y que pueden comprometer la salud de un ser humano próximo a nacer, de tal manera que con dicho mapeo, los científicos están en la posibilidad de erradicar en un futuro no muy lejano enfermedades de un determinado núcleo de población y más aún implementar políticas sanitarias que tiendan a prevenir y curar esas enfermedades en la población ya existente.

Por su parte la micromanipulación de gametos y embriones, se ha utilizado para tratar bajo el microscopio gametos y huevos fecundados con la finalidad de diagnosticar y corregir anomalías genéticas y cromosómicas, en el núcleo del embrión fecundado y así evitar algunas posibles malformaciones congénitas en los productos.

1.9.10.3 Riesgos físicos de su aplicación.

En realidad los riesgos que implica un mapeo genético hoy en día son mínimos en virtud de que se puede obtener la información genética de una persona a través de cualquier componente de su cuerpo, como lo sería simplemente un cotonete mojado con saliva, una gota de sangre, un cabello con folículo, células de la piel, entre otros elementos corporales que a diario desechamos.

Por su parte la micromanipulación de gametos y embriones, presenta los mismos riesgos que implican la obtención de ambos gametos, así como los de la fecundación *in Vitro*, mismos que ya hemos analizados con anterioridad, por lo que en obvio de repeticiones los tendremos por reproducidos en el presente apartado.

1.9.10.4 Implicaciones ético jurídicas.

Estas técnicas en particular son tema de las últimas discusiones en materia de reproducción asistida, bioética y bioderecho, en virtud de que existe la posibilidad real de que sean usadas para una maquiavélica eugenesia, de tal manera que puedan nacer seres humanos “a la carta” o bien puedan eliminarse ciertas características raciales al completo arbitrio de unas cuantas personas, lo que elimina por completo el curso normal de una fecundación y posterior procreación.

1.9.11 Sustitución nuclear o Clonación.

1.9.11.1 Concepto.

El clon es un individuo genéticamente igual a otro, que comparte todos sus genes; pueden ser naturales, como los gemelos monocigóticos, o de laboratorio, en este último caso tenemos cuatro tipos:⁷³

- a) la clonación de preembriones extrayendo y aislando sus células o blastómeros y trasladándolos independientemente a úteros distintos, recubiertos de una membrana artificial.
- b) la clonación de preembriones en fase de dos células, estrangulando la membrana del preembrión, para la formación de dos gemelos idénticos, una vez transferidas aquéllas al útero.

⁷³ CORDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *op. cit.* pp. 19-22

- c) la clonación de preembriones extrayendo y aislando sus células o blastómeros e introduciendo cada una de ellas en un óvulo al que se han inactivado y anulado previamente los cromosomas con radiaciones ultravioletas, para su posterior transferencia al útero.
- d) El clonado por sustitución de núcleos en virtud de que involucra la extracción del núcleo de una célula (citoplasto) seguida de la transferencia de otro núcleo rodeado de una pequeña porción de citoplasma (carioplasto) proveniente de una segunda célula, la fusión del carioplasto y el citoplasto puede realizarse con microinyección o utilizando un virus como vector, con transferencia posterior de dicho óvulo al útero, esto permite la creación de seres idénticos.⁷⁴

La clonación ha sido lograda en animales, tal es el caso de la oveja Dolly, quien fue el producto de una clonación y que parecía llevar un desarrollo normal hasta finales del año 2002 cuando murió de cáncer, por su parte, la clonación en humanos se encuentra en un fuerte debate de carácter ético, moral y religioso sobre su conveniencia o no, existiendo hasta el momento sólo rumores de que se ha conseguido, pero no se ha podido comprobar un caso viable de clonación humana.

1.9.11.2 Problemática que resuelve.

Este recurso biotecnológico permite que un ser originario sea reproducido indefinidamente, generando otros iguales y resguardándose las características genéticas del original.

Recientemente la clonación en animales es justificada en aras de un mejoramiento de razas vinculadas a la alimentación, industria farmacéutica, ciencia o a la industria general, al margen de las opiniones en contra está presente la convicción científica de que el método pudiera ser utilizado en humanos al

⁷⁴ PÉREZ PEÑA, Efraín. *op. cit.*, p. 661.

menos para finalidades terapéuticas y evitar la muerte de personas que esperan un trasplante que en muchas de las ocasiones no llega o bien no es compatible con su organismo, independientemente de que existe incertidumbre acerca de que ya hayan nacido seres humanos clonados.

1.9.11.3 Riesgos físicos de su aplicación.

En virtud de ser una técnica de biotecnología, los riesgos propios de la misma son los que se derivan de la extracción del óvulo, la manipulación en el laboratorio y la implantación en el útero, riesgos que ya se han analizado cuando hemos hablado de hiperestimulación ovárica, transferencia de embriones y fecundación *in Vitro*.

1.9.11.4 Implicaciones ético jurídicas.

Existen posturas que advierten sobre la inadmisibilidad ética de la clonación determinando como ilícito tal proceder todo esto sobre la base de que los seres clonados son iguales pero no idénticos, puesto que el aspecto espiritual de cada ser humano es único e irrepetible más allá de la homogeneidad genética que pudieran tener dos personas clonadas.⁷⁵

Respecto al aspecto jurídico, se puede descalificar tal proceder en seres humanos, en virtud de una franca violación al derecho de toda persona a nacer, a hacerlo dentro de una familia con un padre y una madre lo cual *ab initio* es desechado, ya que la identidad del ser clonado se falsea o modifica, también al ser una mera manipulación científica, también se atenta contra la dignidad humana, entre otros elementos que se analizarán en capítulos subsecuentes.

⁷⁵ CORDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *op. cit.* pp. 48-53

1.9.12 Portadoras Sustitutas.

1.9.12.1 Concepto.

Esta técnica es conocida con una diversidad de nombres así se le puede identificar como madres sustitutas, madres de alquiler, gestación contratada, gestación por cuenta ajena, alquiler de útero, alquiler de vientre, entre otros.

Se llama **maternidad subrogada, gestación de substitución o alquiler de útero**: al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.⁷⁶

Ahora bien para la realización de esta forma de reproducción asistida, existen diferencias técnicas en su realización, las cuales generan en estricto sentido diversas denominaciones técnicas como lo son:

- 1) **Gestación sustituta o subrogada**: Desde el punto de vista estrictamente técnico se da cuando el embrión de una pareja, es implantado en el útero de una mujer que llevará a cabo la gestación hasta el parto obligándose a entregar al niño a sus padres biológicos.
- 2) **Maternidad compartida**: se da cuando una mujer acepta ser inseminada con el semen del varón de una pareja aportando su propio óvulo, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del menor, técnicamente se debe reconocer que esta hipótesis corresponde más que nada a una inseminación artificial heteróloga, toda vez que en realidad la madre del bebé lo es de manera genética y obstétrica y por lo

⁷⁶ LEMA AÑON, Carlos. *op. cit.* p. 136

tanto no existe sustitución del vientre alguna, es decir no se da la hipótesis consistente en que una mujer se preste a gestar un embrión que genéticamente es de otra mujer.

De igual manera se puede llegar al extremo de que el embrión provenga de la fecundación *in vitro* de los gametos de dos donadores, o bien que la mujer gestadora sea inseminada con semen de un donador, incluso podemos encontrar una clasificación *sui generis*, de esta técnica, atendiendo a la compensación económica que se le da o no a la portadora del nuevo ser en gestación, de tal manera que ésta puede ser:

1) **Maternidad sustituta comercial:** Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

2) **Maternidad sustituta altruista:** Existe cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera totalmente gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad, o parentesco.

En virtud de lo anterior se llamará **madre sustituta o madre subrogada**, a la mujer fértil que se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena acordando mediante un “contrato”, permitir el implante de un embrión humano en su útero o bien ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo, para que al momento que éste nazca renuncie a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, para que la esposa del padre pueda adoptarlo.⁷⁷

⁷⁷ VIDAL MARTINEZ, Jaime. *op. cit.*, p. 15

1.9.12.2 Problemática que resuelve.

Médicamente esta técnica se ha desarrollado para mujeres estériles sin útero y con ovarios, de tal manera que se han creado programas en donde mujeres que reúnen ciertos requisitos de edad y características psicológicas, médicas, entre otras, establecen un convenio en el que se comprometen a llevar en su útero el producto de la concepción de los gametos de una pareja estéril y regresarlo a esta pareja inmediatamente después del parto vaginal o cesárea, por lo general, la paciente estéril sin útero se somete a una hiperestimulación ovárica para producir oocitos en sincronía con el ciclo natural de la portadora subrogada y se realiza después el procedimiento de reproducción asistida que se haya decidido.⁷⁸

También se aplica para lograr la reproducción biológica de al menos el varón de la pareja tratándose de la maternidad compartida, o simplemente para satisfacer la necesidad psicológica de comprometerse con un ser humano desde su gestación cuando se trata de los extremos en los que el embrión se ha obtenido de material genético de donadores, lo que incluye que la portadora sea inseminada con el material genético de un donador.

1.9.12.3 Riesgos físicos de su aplicación.

Los riesgos propios de la misma son los que se derivan de la hiperestimulación ovárica, inseminación artificial, fecundación *in Vitro* y transferencia de embriones, mismos que ya hemos analizado con anterioridad, además de los propios del embarazo y parto tanto para la madre, como para el bebé.

Sin embargo se presenta un riesgo adicional principalmente para el ser humano en gestación, el cual consiste en que la portadora descuide su salud, su alimentación consuma drogas, cigarrillos o alcohol, en virtud de evitar una vinculación con el bebé gestado y así se le haga más fácil la entrega del mismo.

⁷⁸ PÉREZ PEÑA, Efraín. *op cit.* pp. 657-659

1.9.12.4 Implicaciones ético jurídicas.

La maternidad substituta ha recibido el rechazo de la doctrina y generalmente es objeto de la prohibición legislativa, pues más que involucrar dificultades médicas implica una serie de problemas respecto a la filiación paterna y/o materna, como lo sería el hecho de tener dos madres o dos padres, que en un momento dado podrían pelear en los juzgados por su patria potestad y su correspondiente guarda y custodia.

De esta técnica se dice que es violatoria de la dignidad de la pareja, de la fidelidad conyugal y del derecho del niño de ser concebido, gestado, nacer y ser educado por sus padres, además se puede llegar el caso en que se atente contra la dignidad y responsabilidad materna, cuando una mujer recurre a estas técnicas no por problemas de infecundidad sino para evitar los trastornos de un embarazo.

1.10 Punto de vista médico de las técnicas de reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida han sido objeto de múltiples debates interdisciplinarios que se ven presididos por la desconfianza y la ausencia de diálogo ante posturas completamente contrarias, lo que lleva a que estos debates en realidad sean inconexos e infructuosos.

El punto de vista médico concibe a la esterilidad e infertilidad humanas como un problema desde el punto de vista de la salud, al que hay que hacerle frente y proveer de alguna u otra manera de una solución, es decir, se les ve como una enfermedad y a la diversidad de técnicas de reproducción asistida como una práctica terapéutica a la misma.

El discurso médico apela a la infertilidad y esterilidad como argumentos legitimadores de la diversidad de técnicas de reproducción asistida, aduciendo que existe un crecimiento en la tasa de infertilidad en las sociedades modernas de

nuestros días, lo que a su vez genera problemas individuales y colectivos, es razón suficiente para que se les tome en cuenta y procuren ser solucionados.

Existen incluso posturas que establecen que la esterilidad y la infertilidad son un gran mal de salud por ser génesis de grandes sufrimientos de tipo psicológicos, pues el deseo de reproducirse es una necesidad biológica, sustentada por un gran marco cultural que da una fuerte importancia a la misma y que incluso tiene envergaduras de tipo evolutivo en nuestra especie, por lo cual presentan las formas reproductivas asistidas como técnicas que actúan en beneficio de las personas que presentan estos problemas en lo individual y en lo general en la misma sociedad.

Consideramos que el discurso médico encierra fundamentalmente tres tópicos, que son; 1) existe una problemática creciente en las sociedades de todo el mundo en torno a la infertilidad y esterilidad humana; 2) ante estos problemas las técnicas de reproducción asistida son una alternativa de solución viable en el actual momento histórico; y 3) Que estas técnicas han traído consigo resultados óptimos a las demandas de los pacientes y se ha propiciado para ello un mejoramiento de los mismos y que incluso ha ampliado el horizonte de investigación para su perfeccionamiento.

Debemos considerar que este tipo de manifestaciones por parte de los médicos e investigadores han contribuido a generar significados sociales con relación a las nuevas técnicas reproductivas, puesto que éstas tienen gran difusión en los medios de comunicación, modificando con ello el pensamiento de muchas personas, pues sabemos que en las sociedades mediáticas en las que nos desenvolvemos se han llegado a trastocar incluso las costumbres más profundas en comunidades enteras, y por ende los paradigmas mágico-religiosos que explican la esterilidad o infertilidad también se ven modificados por las explicaciones científicas.

El discurso médico se vuelve antagonista de las consideraciones religiosas que conciben a la esterilidad y la infertilidad como un castigo divino correspondiente al pecado, y que se ha centrado sobre todo al caso femenino, ya que se ha demostrado que existe también este problema para los varones.

1.11 Punto de vista iusnaturalista de las técnicas de reproducción asistida.

Podemos decir como premisa inicial que los discursos iusnaturalistas que se han enfrentado a las cuestiones de las técnicas de reproducción asistida están notoriamente influidas, al menos en las sociedades occidentales por la posición de los principios judíos cristianos al respecto, lo que incluso ha incidido directa o indirectamente en que las mismas se encuentren reguladas o no en diversos países en particular.

Observamos que en países con una religión dominante, cualquiera que sea, el debate en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida es prácticamente inexistente, pues los preceptos religiosos en la mayoría de ellas se contraponen a lo que las diferentes técnicas de reproducción asistida encierran.

En estas páginas nos referiremos a la postura de la Iglesia Católica, respecto de las técnicas de reproducción asistida, pues es la religión imperante en nuestro país, y nos servirá para conocer los argumentos que se esgrimen en contra de ellas, por ejemplo la inseminación artificial homologa en principio fue rechazada porque atentaban contra el precepto de que la unión carnal del marido con su mujer era el único medio moral para la procreación y al mediar un tercero inseminador, este acto perdía totalmente su significado.

Tratándose de la inseminación artificial heteróloga, o sea cuando el semen no corresponde al del marido, la iglesia católica afirma que esto es un adulterio en

la plena extensión de la palabra y que incluso era moralmente más ofensivo a los cánones religiosos porque ésta se daba con consentimiento del esposo.

Por su parte la fecundación *in vitro*, es rechazada bajo el argumento de que la única unión válida del óvulo con el espermatozoide es la que tiene lugar en el útero de la esposa, y no así una fecundación en el platillo de un laboratorio.

En los últimos años la oposición más fuerte se ha centrado en el uso que se le da a los embriones logrados en estas técnicas en virtud de que se les considera seres humanos en potencia y como es bien sabido que no todos ellos se utilizan en esta técnica sino que muchos son eliminados, el iuspositivismo en este caso esgrime los argumentos similares a los del aborto.

Las demás técnicas de reproducción asistida; Hiperestimulación ovárica, perfusión espermática a oviductos, transferencia de embriones, donación de oocitos o espermatozoides, donación de embriones, aspiración microquirúrgica de espermatozoides del epidídimo, ingeniería genética, clonación y portadoras sustitutas, son rechazadas totalmente, pues en general se les considera contrarias a los principios cristianos y manifiestan que no obstante que el deseo de una pareja estéril de tener un hijo es válido o lícito, lo que se condena como ilícito son los medios que se utilicen para lograrlo.

Otro argumento que se ubica dentro de este universo discursivo, son los derechos del nuevo ser, a quien se le debe garantizar el derecho a tomar conocimiento sobre la identidad plena de su padre y de su madre, tiene derecho a ser concebido y parido por su madre, puesto que el conocimiento pleno de sus orígenes le creará su propia identidad y le hará tener una plena madurez en cada una de las etapas de su desarrollo.

El iusnaturalista por lo tanto, buscará que el derecho se apegue lo más posible a los principios de la propia naturaleza, sin embargo el vertiginoso devenir

histórico social de las últimas décadas han obligado al iuspositivista a replegarse en un neopositivismo que lo que busca es más que nada conservar lo esencial del orden establecido, más que lograr grandes transformaciones revolucionarias.

No obstante lo anterior, el discurso iusnaturalista no puede soslayarse porque toca puntos centrales en los cuales se pondrán las consecuencias prácticas que encierran las técnicas de reproducción asistida tanto en el embrión como en los que participan en ellas, sobre todo en la mujer quien es la que sufre en su cuerpo y su mente todo tipo de actos que implican la utilización de estas técnicas.

1.12 Punto de vista iuspositivista de las técnicas de reproducción asistida.

Este punto de vista se contrapone a la postura que el iusnaturalismo sostiene respecto de las técnicas de reproducción asistida, afirmando de los iusnaturalistas que ante la imposibilidad de éstos para acoger las legítimas demandas sociales, en virtud de que se encierran en imágenes ideologizadas e irreales en la sociedad y con ello sólo contribuyen a impedir la necesaria adaptación del derecho a las nuevas demandas e intereses emergentes.

Los iuspositivistas, por el contrario parten de la premisa de que las técnicas de reproducción asistida, son una realidad, una práctica cotidiana en nuestras sociedades y que son la expresión de la libertad de las personas para satisfacer sus necesidades muy particulares, de tal manera que el papel del derecho al respecto, debe ser recoger todos los datos sociales existentes, analizar las demandas, realizar un inventario de demandas, sujetos y categorías jurídicas a efecto de presentar la norma jurídica que dará respuesta a estos problemas y marcará los límites del actuar.

Para el iuspositivista el interés de los miembros de la sociedad, adquiere una importancia fundamental, pues es éste el que dota de sentido al comportamiento de los individuos y se entiende que el derecho es el resultado dialéctico de la conducta humana.

Realizando tal inventario se deben adaptar las reglas jurídicas pertinentes de forma que puedan servir de marco referencial del actuar, se debe combinar por ende en la respuesta jurídica la libertad individual y la seguridad jurídica que dé respuesta a la pretensión particular pero que a su vez no olvide el conflicto de intereses que esto pueda generar frente a otras personas.

De tal manera que se puede sintetizar la labor del iuspositivismo en relación a las nuevas técnicas de reproducción asistida, como un intento de dar respuestas realistas y eficaces a los problemas que de ellas se derivan, a partir de dos ejes fundamentales: 1) El respeto y la protección de los derechos individuales de los diferentes sujetos implicados en las mismas; y 2) La pretensión que la normatividad de estas nuevas posibilidades biomédicas se lleve a cabo con rigor, coherencia y sistematización, dentro del marco jurídico vigente.

1.10 La problemática reproductiva en México

Cabe mencionar que en nuestro país el 18 de junio de 2003 ha tenido lugar por vez primera, en un hospital público el nacimiento de la primera niña concebida por este procedimiento desde su fecundación *In Vitro* hasta su nacimiento con la participación de médicos trabajadores del Centro Médico Nacional Veinte de Noviembre del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

Se trata de una bebé de nombre Ethel Mariana que nació sana y con las mismas posibilidades de desarrollo que cualquier hijo engendrado por una relación sexual, según palabras del doctor Rafael Gutiérrez Amezcua, Jefe de Ginecobstetricia del

hospital ya referido, su llegada se celebra en nuestro país, porque significa un abanico de posibilidades para los derechohabientes de esta institución que tienen problemas para procrear y que desean tener hijos, pues estos tratamientos en hospitales privados supera en costo los cien mil pesos.⁷⁹

De acuerdo con datos que arroja esta Institución pública, se estima que el 15 % de la población con vida sexual activa en México, atraviesa con problema para procrear un hijo y de ese porcentaje el 34% de la causa de infertilidad, corresponde a problemas con la mujer, el 33% a problemas con el hombre y el 33% restante resulta combinado, estas mismas cifras oficiales reportan que en México existen 25 centros de reproducción asistida que atienden cada año alrededor de 1500 casos de parejas que no pueden tener hijos.⁸⁰

En el año dos mil seis se reestructuró la unidad de reproducción asistida del Centro Médico Nacional 20 de noviembre para elevar la eficacia en el tratamiento a estas parejas, el ISSSTE reestructuró este servicio, incorporando además otros apoyos como la valoración psiquiátrica del hombre y la mujer, así como la consejería genética para evitar transmisión de enfermedades hereditarias, pugnando en todo momento por la utilización de la más alta tecnología en materia reproductiva, partiendo del principio que para la aplicación de estas técnicas se deben valorar los aspectos psicológicos, sociales y biológicos de cada pareja en particular.

Entre la derechohabiencia del ISSSTE se estima que 30 mil parejas enfrentan problemas de infertilidad, la mitad de los cuales pueden ser resueltas en hospitales de segundo y tercer nivel de atención, mientras que las 15 mil restantes requieren tratamientos más complejos para procrear familia, Inicialmente la capacidad de manejo será de 120 pacientes por año, y se espera que en los próximos ciclos anuales ascienda a 360, de los cuales una tercera parte ameritará

⁷⁹ RODRÍGUEZ, Ruth; "Fertilización In Vitro esperanza de vida", EL UNIVERSAL, año: LXXXVII, tomo: CCCXLV, número 31,294, sección México, México, 2003, p. A20.

⁸⁰ *Idem.*

tratamientos más sofisticados y de alta tecnología. Actualmente cuentan entre 60 y 80 pacientes en protocolo de atención, indicó el doctor Jesús Daniel Moreno García, Jefe de la Unidad de Reproducción Asistida del Centro Médico Nacional 20 de Noviembre.⁸¹

En el Laboratorio de Reproducción Asistida, de este instituto, se ofrecen cuatro alternativas terapéuticas para la infertilidad: el de baja complejidad que es inseminación artificial intrauterina (IA) y los de alta complejidad, que son fertilización in vitro (FIV-TE), transferencia intratubaria de gametos (GIFT) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).⁸²

Llama nuestra atención el documento electrónico ya citado porque menciona que la integración de estos servicios en el ISSSTE, tiene el enfoque de hacer efectivo el derecho constitucional a procrear hijos y formar una familia y de asegurar que las vidas obtenidas de este esfuerzo encuentren un hogar integrado y funcional donde desarrollarse.

Por otra parte, este instituto de salud cuenta la consejería genética tiene como objetivo evitar que enfermedades hereditarias graves o síndromes que limiten las facultades y la calidad de vida estén presentes en los futuros seres. Desde el punto de vista operativo se han agilizado los servicios y reducido los tiempos de valoración diagnóstica a un mínimo de cuatro meses, lo que reduce el estrés de las parejas y les permite tener un diagnóstico más certero de sus expectativas reales para procrear.

Por su parte, el doctor Carlos Maquita Nakano Director General del Instituto Médico de la Mujer, menciona que la fertilización *In Vitro*, se recomienda principalmente para el caso de la obstrucción total o parcial o ausencia de trompas de Falopio o por deficiencia en la calidad del espermatozoides y explica que todo comienza cuando los médicos observan la maduración de los óvulos y determinan el tiempo de la inyección con hormonas que provoca la ovulación, así como el día y hora de

⁸¹ http://www.issste.gob.mx/website/comunicados/boletines/2006/julio/b190_2006.html

⁸² *Idem.*

la punción para obtener los óvulos, mismos que se introducen en un medio de cultivo en donde se depositan aproximadamente cien mil espermatozoides y una vez terminado el proceso, se implanta el embrión en la matriz de la mujer entre las 40 y 48 horas siguientes con ayuda de un pequeño catéter, señalando que el Instituto Médico de la Mujer, es un centro enfocado a la atención de parejas de clase media y media baja, entre las cuales muchas veces se piensa que una acción médica de esta naturaleza está fuera de su alcance.⁸³

⁸³OJANGUREN, Silvia. "Procreación: el milagro de la vida". EL METRO.

CAPITULO II.
**“MARCO JURÍDICO DE LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.”**

*Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.
Debe ser ley porque es justa.*

Montesquieu.

2.1 Individualismo legislativo y las técnicas de reproducción humana asistida.

Este capítulo tiene el objetivo de presentar de manera concreta el contexto legislativo en torno a las técnicas de reproducción humana asistida lo que nos llevará a conocer cuál es la concepción y tratamiento actual que de ellas tiene el mundo jurídico contemporáneo.

Las diferentes técnicas de reproducción humana asistida así como la continua investigación en biotecnología, son un hecho actual al cual ya no se puede dar marcha atrás, y que además el derecho debe dar una respuesta integral, que resulte acorde con el devenir social y por ende que sea justa, para que cumpla con la finalidad de no propiciar lagunas jurídicas o vacíos de Ley que generen prácticas aberrantes o notorias injusticias.

El capítulo primero nos ha empapado del marco conceptual necesario, para entender a que nos referimos con las técnicas de reproducción humana asistida, así como de la dimensión de su uso y aplicación en nuestro país, por lo cual contamos con la base suficiente para comprender los alcances y limitaciones de la legislación existente respecto a nuestro objeto de estudio e incluso situarnos, en el posterior desarrollo de esta investigación, en una posición crítica de la legislación que presentemos a continuación y proponer adiciones, derogaciones, o reformas a la misma, en aras de hacer de este trabajo un elemento propositivo, para que nuestro objeto de estudio se encuentre regulado de manera adecuada en nuestro país.

Por lo anterior, comenzaremos la exposición de este panorama jurídico, con nuestra Carta Magna, de la cual se deriva el sistema jurídico mexicano a efecto de conocer lo que dispone la misma al respecto y cómo debiera complementarse dicho precepto en la legislación secundaria nacional.

Se hablará del derecho constitucional a la salud y a la elección del número y espaciamiento de los hijos, lo que algunos doctrinarios han dado en llamar derecho a la reproducción consagrado en el artículo 4° de nuestra Ley Suprema, del cual deriva como legislación secundaria la Ley General de Salud y sus diferentes reglamentos, de los cuales, para efectos de nuestro estudio, se analizará el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud.

Siguiendo con el desarrollo del presente capítulo se mostrará la legislación civil que existe al respecto en el Distrito Federal y en el estado de Tabasco, que son las entidades que van a la vanguardia en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y en particular a la maternidad por cuenta ajena.

Se presentará en este capítulo una referencia al derecho comparado y los instrumentos Internacionales que existen respecto de la materia, con la finalidad de presentar el tratamiento jurídico que las técnicas de reproducción humana asistida, tienen en otros países así como la legislación internacional a la que México se debe adecuar en un momento dado por ser ley en nuestro país con base en lo que dispone el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

El hecho de que el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción artificial, sea exactamente igual en cualquier lugar del mundo, nos dará un enfoque muy interesante de la regulación de estas técnicas y podremos estar en posición de determinar que tipo de normatividad o criterios jurídicos son los más conducentes para ser una referencia en la adecuación de nuestro sistema jurídico en la materia que nos ocupa.

2.2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consideramos que nuestra Carta Magna consagra algunos artículos relacionados con nuestro objeto de estudio, como lo son: artículo primero, cuarto y décimo cuarto cuyo contenido analizaremos a continuación a efecto de fundamentar porque razones pensamos tienen que ver con las diferentes técnicas de reproducción humana asistida y su acceso a ellas.

En primer lugar encontramos el artículo cuarto constitucional de cuya redacción, se desprende que consagra un derecho a la Salud y una libertad de Procreación, por lo cual, nos permitimos hacer una transcripción de este dispositivo a efecto de poder estar en la posibilidad de realizar un breve comentario al mismo en torno a la relación que éste precepto tiene con las técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 4.- “(primer párrafo derogado)

El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y 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.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI, del artículo 73 de esta Constitución...”⁸⁴

El segundo párrafo de este precepto constitucional, es claro ejemplo de que la Ley no es más que la expresión del sentir de la Sociedad en el contexto histórico, social y cultural en el que ésta se desenvuelve, pues la igualdad entre el varón y la mujer, consagrada a nivel constitucional, obedece a una lucha por una equidad real entre los géneros, lo que nos hace pensar que el uso y desarrollo de

⁸⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos , ed. Ediciones fiscales ISEF, México, 2009 p. 6

las técnicas de reproducción asistida, pronto encontrarán su expresa regulación en nuestra Ley Fundamental.

Este segundo párrafo de este artículo, consagra un derecho a favor del ciudadano, el cual significa la oportunidad de organizar y desarrollar una familia, lo que implica que el Estado tiene la obligación de no interferir en ello y más aún de brindar la protección debida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización de este derecho.

Cabría preguntarnos, si dentro de esta protección del derecho a la organización y desarrollo de una familia, se encontraría el permitir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales finalmente se han creado para propiciar la organización y desarrollo de una familia para aquéllas personas que presentan una incapacidad o una imposibilidad para hacerlo.

Si el Estado contemplara la reproducción asistida, como medio de actualizar el derecho de organización y desarrollo de una familia, sería pertinente cuestionarnos en que sentido debiera regularse el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, pues para ello debe contemplarse las consecuencias que cada una de ellas encierra, y en particular la llamada maternidad subrogada, pues como hemos hecho referencia en el capítulo anterior, ésta última implica consecuencias de carácter ético-jurídico difíciles de atender.

Suponiendo, que en caso de que el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida y en particular de la maternidad subrogada, por parte de las personas estériles o infértiles, no se permitieran dentro de este esquema de protección a la organización y desarrollo de la familia, este hecho contravendría lo dispuesto por el **artículo 1º** Constitucional, el cual establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución, precepto que

es muy claro al referirse a la totalidad de individuos y no hace referencia expresa a excepción alguna.⁸⁵

Pensamos que el artículo primero constitucional tiene un gran alcance, pues garantiza el respeto del contenido de la parte dogmática de la Constitución, para todo Ciudadano sin excepción, a tal grado que este artículo se vincula íntimamente con todos los demás preceptos que componen las llamadas garantías individuales.

Diversos doctrinarios, como Xavier Hurtado Olivier, consideran que si no se permitiera a las parejas infértiles o estériles, organizar y desarrollar una familia, por los medios que ellos consideren pertinentes, según el avance de las técnicas de reproducción humana asistida, sería necesario que tal restricción se diera por medio de una sentencia judicial que así lo determinara como lo dispone el artículo 14 Constitucional en su segundo párrafo, razón por la cual, a continuación se transcribe dicho precepto de nuestra Carta Magna.⁸⁶

Art. 14.- “.....

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.”⁸⁷

Podríamos pensar, que a *contrario sensu* si no se da tal restricción judicial, por ende estará permitido hacer valer este derecho, haciendo uso de los medios que se consideraran pertinentes.

Supongamos que a una pareja estéril o infértil llevara su caso ante los tribunales, sustentando su petición en los párrafos segundo y tercero, del artículo cuarto Constitucional, a efecto de que por medio de la utilización de la maternidad

⁸⁵ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.* p. 1

⁸⁶ HURTADO OLIVIER, Xavier; *Derecho a la vida ¿y a la muerte?*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p.169

⁸⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.* p. 9

subrogada se les permita organizar y desarrollar una familia y elegir el número y espaciamiento de sus hijos, presentando para ello, por ejemplo, un contrato de gestación por cuenta ajena o de “alquiler de útero”, ¿cuál sería el criterio del Juez, tomando en cuenta el actual estado legislativo de la materia?.

En estos momentos, el asunto sería resuelto por el arbitrio del juzgador, que podría fallar en una negativa al caso, sustentándose en una posible nulidad del contrato o convenio, o bien que la petición es contraria a la moral y las buenas costumbres.

Sin embargo, cabría la hipótesis de que los solicitantes se inconformaran con tal resolución, invocando lo dispuesto por el **artículo 14** Constitucional, el cual determina, entre otras cosas, que para ser privado de un derecho no sólo se deben seguir las formalidades esenciales del procedimiento, sino que deben existir leyes expedidas con anterioridad al hecho, y que en nuestro país, no existe legislación expresa para el caso de maternidad subrogada.

De lo anterior se deduce, que resulta necesaria una exacta regulación de la materia, en aras de dar respuesta integral a un hecho real que sucede en todas las sociedades del mundo en mayor o menor medida, pero que exige una solución y amerita dejar de permanecer en la laguna jurídica en la que se encuentra, precisamente para evitar que la falta de normatividad propicie hechos contrarios a la moral y buenas costumbres.

Siguiendo con el análisis del artículo cuarto Constitucional, podemos percatarnos que en su párrafo número cuatro, se garantiza un derecho a la protección de la salud, originando con ello la obligación del Estado a garantizar la existencia de instituciones de salud que presten el servicio de atención médica a la población que sufre una enfermedad o bien que quiere prevenir un padecimiento o alteración en la salud.

Si se toma en cuenta el punto de vista médico, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, ya referido en el primer capítulo de este trabajo, mismo que considera a la esterilidad o infertilidad humana como una enfermedad de nuestro tiempo, la cual debe ser seriamente contemplada en las políticas de salud de los Estados modernos, cabría entonces reflexionar sobre la responsabilidad que tendría el Estado mexicano, de posibilitar en sus diferentes instituciones de salud el manejo y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como forma de garantizar que el ciudadano infértil o estéril pueda tener acceso a la reproducción biológica.⁸⁸

Si esto saliera totalmente del contexto sociocultural mexicano, entonces cabría cuestionarnos el porqué el 18 de junio de 2003, nace la primera niña fecundada *in vitro*, e implantada artificialmente en el útero de su madre en el hospital 20 de noviembre del ISSSTE, considerándosele a este hecho un avance de la ciencia médica que abre expectativas de reproducción aproximadamente a 360 derecho habientes anuales que ingresan a una la lista de espera.⁸⁹

El logro del nacimiento de la también llamada primer niña probeta, se realizó en el citado hospital del ISSSTE, por los médicos Álvaro Chávez Hernández, responsable del laboratorio de gametos, y Rafael Gutiérrez Amezcua, éste último jefe del área de Reproducción Humana, en la persona de la Señora Isabel Vázquez, a quien se le implantaron los embriones obtenidos de gametos del padre y de la madre sin precisar de un donador, mismos que fueron transferidos al tercer día del desarrollo. Este avance significa el producto de una investigación que se venía desarrollando en dicha institución de salud desde 1996.⁹⁰

En virtud de lo anterior, el ordenamiento Constitucional en cita, deja la puerta abierta a la interpretación en torno al uso y manejo de las técnicas de

⁸⁸ *Vid supra*, pp.61-64

⁸⁹ *Vid supra*, pp. 47-48

⁹⁰ <http://www.issste.gob.mx/website/comunicados/nosotros/marzo2000/LograelISSSTEelprimer.html>

reproducción humana asistida, que se inclinará a favor o en contra de ellas según sea el punto de vista que las trate, hecho que propiciará sin duda arduos debates al respecto.

Por lo anterior, resulta necesaria, una especificación mayor en cuanto al alcance y límite del derecho a la organización y desarrollo de una familia, así como el de la libre elección y espaciamiento de los hijos, debiéndose así mismo determinar si la infertilidad o esterilidad, entran dentro de la política de salud del Estado, porque de ser así habría que garantizar por parte del Estado el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Por lo pronto, nos quedaremos con el dispositivo constitucional que hemos analizado de manera muy breve, a efecto de presentar el artículo cuarto como el más relacionado con las técnicas de reproducción humana asistida y que por ende será o es la pauta para la legislación secundaria que se deriva del mismo.

2.3 Ley General de Salud.

Esta Ley se publica en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de febrero de 1984, en ella se definen las modalidades para el acceso a los servicios de salud y la integración y funciones del Sistema Nacional de Salud, entre otras disposiciones, significando en su conjunto la Ley Reglamentaria del artículo cuarto constitucional, mismo al que hemos hecho referencia en líneas precedentes, y esta derivación constitucional se establece como tal en el artículo primero de esta Ley, que a continuación se presenta.

Artículo 1.- “La presente ley reglamenta el derecho a la protección a la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad general. Es

de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.”⁹¹

Como toda ley secundaria, ésta se encarga de dar una carga denotativa a los conceptos que en abstracto maneja el dispositivo constitucional citado, y por ende esta ley, en su artículo segundo nos define en 7 fracciones lo que debe entenderse por derecho a la protección a la salud, siendo las fracciones primera y séptima, las que a nuestro entender se relacionan con el objeto de estudio de este trabajo, por lo cual a continuación se presentan.

Artículo 2.- “El **derecho a la protección de la salud**, tiene las siguientes finalidades:

I El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

...

VII El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.”⁹²

Respecto a la fracción primera, debemos partir del planteamiento del problema que se presentó en el capítulo precedente, en donde establecimos que el tener una condición de infertilidad o esterilidad en el ser humano, provoca una sensación de malestar mas que físico, emocional, lo cual impide, si no es tratada adecuadamente, ejercer plenamente las capacidades de una persona, lo que ocasiona que esta condición definitivamente encuadre dentro de la protección de la salud, conforme a lo que dispone el artículo en comento.

Por lo que respecta a la fracción séptima, vemos que la misma contempla como protección a la salud, la enseñanza en investigación científica y tecnológica para la salud, de lo cual se sigue que las técnicas de reproducción humana asistida se situarían en esta hipótesis, puesto que su origen y desarrollo ha tenido como finalidad, contribuir a un avance en favor de la humanidad, en el área de la salud, por ello es que han evolucionado de manera vertiginosa alrededor del mundo desde el último cuarto del siglo XX, hasta la actualidad.

⁹¹ Ley General de Salud, ed. Sista, México, 2009, p. 6

⁹² *Idem.*

Por su parte el artículo tercero de esta ley nos habla de lo que se contempla como Salubridad General, en sus 28 fracciones, de las cuales se encuentran íntimamente relacionadas con nuestro objeto de estudio las fracciones séptima y undécima, como a continuación se transcriben.

Artículo 3. “En los términos de esta ley, es materia de salubridad general:

...

VII La planificación familiar;

...

XI La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos;

„⁹³

...

De la transcripción observamos que este artículo nos habla de la planificación familiar y de la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos, lo cual nos lleva a preguntarnos si las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran dentro de este esquema de apoyo para la planificación familiar, y de investigación para la salud, pues éstas se refieren a lograr la reproducción humana de manera consciente, por parte de los progenitores, elementos que en esencia implican una planificación familiar, concepto que es recurrente en el artículo 27 fracción quinta de esta ley como a continuación se presenta.

Artículo 27. “Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

...

V Planificación Familiar;

„⁹⁴

...

De lo anterior consideramos que es necesario entender la envergadura del concepto “Planificación Familiar”, por lo cual resulta oportuno referirnos a los artículos 67 párrafos primero y segundo y 68 de esta ley, los cuales nos dan los parámetros necesarios para comprender a que se refiere este término y lo que está encaminado a proteger, es por ello que a continuación se transcribe el primero de estos artículos.

⁹³ Ley General de Salud, *op. cit.* pp.6-8.

⁹⁴ Ley General de Salud, *op. cit.* p 18.

Artículo 67. “La Planificación Familiar tiene carácter prioritario en sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Asimismo, para disminuir el riesgo reproductivo se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa a la pareja.

Los servicios que se presenten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respecto a su dignidad.⁹⁵

De estos dos párrafos podemos inferir que se está regulando de manera directa el derecho constitucional de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, por lo cual, si la planificación familiar significa un medio de garantizar este derecho, cabría cuestionarnos de la lectura del primer párrafo *a contrario sensu*, si este concepto debe contemplar el uso y manejo de las técnicas de reproducción asistida a efecto de que toda persona pueda decidir libremente sobre el número y espaciamiento de sus hijos y no se encuentre impedido para ello por la esterilidad o infertilidad.

Como un posible indicador legislativo, resulta interesante el dato que maneja este artículo referente a la llamada **edad idónea** para la procreación en el ser humano, la cual refiere como el intervalo de edad que va de los 20 a 35 años, por las implicaciones médicas de hacerlo antes o después de ésta edad, lo que en un proyecto de regulación de las técnicas de reproducción asistida, debiera tomarse en cuenta.

El artículo 68 de esta ley, nos menciona lo que abarcan los servicios de planificación familiar, llamando particularmente nuestra atención la fracción IV al fomento y apoyo de la investigación, entre otras cosas, de la infertilidad, como a continuación se presenta.

⁹⁵ *Ibidem* p. 25

Artículo 68. “Los servicios de planificación familiar comprenden:

...

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

...⁹⁶

...

Lo que se establece en este artículo, nos lleva a reforzar el cuestionamiento referente a que si dentro del concepto “planificación familiar” a *contrario sensu* se debe garantizar el derecho de toda persona a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, y si al existir personas con algún impedimento para la reproducción, debiera contemplarse en ello a las técnicas de reproducción humana asistida.

Esta Ley, trata otro elemento íntimamente ligado con nuestro tema, el cual se encuentra contemplado en la fracción IX del artículo 3° de la misma y que se refiere a la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos, disposición que se amplía en el título quinto de esta Ley en sus artículos 96 al 100, de los cuales para efectos de este trabajo, consideramos oportuno transcribir los siguientes:

Artículo 96. “La investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan:

I Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos

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

...”

Artículo 97. “La Secretaría de Educación Pública, en coordinación con la secretaría de Salud y con la participación que corresponda al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, orientará el desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

...”

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

⁹⁶ Ley General de Salud, *op. cit.* pp. 25-26

General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario.”⁹⁷

Artículos de los cuales podemos inferir que en realidad las técnicas de reproducción humana asistida, no son del todo ajenas en nuestro sistema jurídico mexicano, sólo que se les contempla de manera muy genérica, por no decir superficial, lo que ocasiona las llamadas “lagunas de la Ley”, pues no se puntualiza todo lo referente a estas técnicas, que como ha quedado establecido en este trabajo, tienen cada una de ellas peculiaridades, que deben ser manejadas perfectamente por el legislador a efecto de lograr una correcta legislación de la materia.

El **artículo 96**, en sus fracciones I y II, se relaciona con el planteamiento del problema que se desarrolló en el primer capítulo de esta investigación, en donde se afirmó que el proceso psicológico y aún biológico que se da en una persona que presenta infertilidad o esterilidad, tiene sin duda una repercusión en el mundo exterior, pues todo lo que sucede en el interior de una persona configura su conducta, que se expresa en el interactuar con los demás, con lo cual se incide desde luego en la estructura social.⁹⁸

Por su parte el **artículo 97**, nos habla de una coordinación intersecretarial entre las secretarías de salud y de educación, para dirigir, a través del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, el desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud, asumiendo con ello el deber del Estado de brindar los medios necesarios para la protección de la salud, de los mexicanos.

No podría ser más explícito el **artículo 98** de esta Ley, al decir que será responsabilidad de los directores o titulares de las instituciones de salud involucradas, las investigaciones que se realicen en seres humanos, entre otras

⁹⁷ Ley General de Salud, *op. cit.* p. 32

⁹⁸ *Vid. Supra*, pp. 16-22

cosas, de las técnicas de ingeniería genética, en una alusión a lo que en general conocemos como técnicas de reproducción humana asistida.

Este artículo 98, además establece otro elemento que puede resultar pertinente en la elaboración de un proyecto de regulación para el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, como lo sería, que para ser aplicadas se debería constituir una comisión interdisciplinaria, que coordinara los aspectos de investigación de bioseguridad y el manejo ético de estas técnicas.

Por último, en el **capítulo decimocuarto** de esta Ley, encontramos disposiciones que en un momento dado pueden ser usadas como parámetros de referencia para delimitar y conformar un proyecto legislativo sobre el uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida por lo cual consideramos pertinente transcribir algunos de los artículos que componen el mencionado capítulo.

Artículo 313. “Compete a la Secretaría de Salud:

- I. El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, y
- II. ...⁹⁹

En este artículo, la Ley es muy clara, al establecer una competencia específica a un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, para controlar todo lo referente al manejo de tejidos, células y órganos humanos, lo que implica que desde luego todo lo concerniente al manejo de las células germinales relacionadas con la reproducción asistida en humanos, sería manejado por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, la cual daría las directrices correspondientes para su manejo a nivel local.

Por su parte el **artículo 314**, especifica lo que para efectos de la aplicación e interpretación de Ley General de Salud, se entiende por células germinales,

⁹⁹ Ley General de Salud, *op. cit.* p. 98

destino final, disponente, donador o donante, embrión, feto, receptor, entre otros conceptos, los cuales pueden ser retomados en un proyecto legislativo sobre las técnicas de reproducción humana asistida, a efecto de proveer de un marco conceptual de la materia, así observamos que por esos conceptos se entiende lo que a continuación se establece.

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

- I. **Células germinales**, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;
- V. **Destino final**, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;
- VI. **Disponente**, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte;
- VII. **Donador o donante**, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes;
- VIII. **Embrión**, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el termino de la duodécima semana gestacional;
- IX. **Feto**, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;
- XII. **Receptor**, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, célula o productos;
- XIII. ...¹⁰⁰

En el **artículo 315**, encontramos una disposición, que pudiera extenderse al manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, a efecto de que cualquier institución médica que las maneje, deba tener por ende una autorización sanitaria, pues el material que estas técnicas implican son evidentemente relativos a células germinales humanas, artículo que se transcribe a continuación.

Artículo 315. “Los establecimientos de salud que requieren autorización sanitaria son los dedicados a:

- I. La extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células;
- II. Los trasplantes de órganos y tejidos;
- III. Los bancos de órganos, tejidos y células, y
- IV. ...¹⁰¹

¹⁰⁰ Ley General de Salud, *op. cit.* pp. 98-99

¹⁰¹ Ley General de Salud, *op. cit.* p. 99

El artículo 318, da la pauta para realizar la extensión de la aplicación del artículo 315 para lo concerniente a las técnicas de reproducción asistida, pues establece de manera específica que todo lo concerniente al embrión y las células germinales estará sujeto al control sanitario que establezca esta Ley, como a continuación se transcribe.

Artículo 318. "Para el control sanitario de los productos y de la disposición del **embrión y de las células germinales**, se estará a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan,"¹⁰²

Resulta evidente, que las diferentes técnicas de reproducción humana asistida implican para su actualización, la donación de células germinales por ello, las diferentes disposiciones que contempla la Ley General de Salud, respecto de la donación, resultan aplicables a la materia que nos ocupa, por lo cual nos hemos dado a la tarea de transcribir los artículos que consideramos más relevantes como a continuación se presenta.

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

Artículo 321. "La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para transplantes."¹⁰³

Los **artículos 320 y 321** de la Ley General de Salud, nos hablan de que toda persona puede disponer de su cuerpo total o parcialmente para disponer de él a efecto de una donación, debiendo mediar para ello un consentimiento ya sea tácito o expreso, por lo cual, en la misma Ley de referencia, en los **artículos 322 y 324**, encontramos lo que se entiende por dichos consentimientos, como se presenta a continuación.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ Ley General de Salud, *op. cit.* p. 100

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

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

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

Artículo 324. "Habrá **consentimiento tácito** del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

...¹⁰⁴

El **numeral 327** de la Ley citada, nos da una referencia muy interesante para efecto de nuestra materia de estudio, que significa de manera específica la posibilidad de que el útero pueda ser objeto de un contrato de gestación por cuenta ajena, o como comúnmente se le ha llegado a conocer pueda ser materia de un alquiler, pues dicho artículo es terminante al prohibir el comercio de órganos, tejidos o células humanas, lo que, desde luego, puede extenderse por analogía al útero de una mujer.

Artículo 327. "Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito."¹⁰⁵

Por su parte el **artículo 330**, nos da otra pauta de regulación, la cual consiste en mencionar que para cualquier trasplante debe existir previamente una investigación satisfactoria, para el caso en particular, a efecto de prever posibles riesgos a la salud y a la vida del donante y del receptor, lo cual implica que, para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debería darse previamente

¹⁰⁴ Ley General de Salud, *op. cit.* p. 100.

¹⁰⁵ *Ibidem.* p. 101.

una investigación exhaustiva para cada caso en particular, de hecho la parte final del citado artículo es tajante al señalar que está prohibido el uso de tejidos embrionarios para cualquier finalidad, lo que desde luego trastoca a las técnicas reproductivas, no olvidemos que algunas implican la manipulación, congelamiento y eliminación de embriones.

Artículo 330. “Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor y siempre que existan justificaciones de orden terapéutico.

Está prohibido:

- I. ... , y
- II. El uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos. ¹⁰⁶

Por último, el **dispositivo 333**, de la Ley en comento, nos da una referencia más para un posible proyecto de regulación de la materia que nos ocupa, claro, extendiendo esto a un posible proyecto de legislación para las técnicas de reproducción asistida.

Artículo 333.” Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

- I. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales;
- II. ...
- III. ...
- IV. Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante;
- V. Haber otorgado su consentimiento en forma expresa, en términos del artículo 322 de esta Ley, y.
- VI. Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

¹⁰⁶ *Idem.*

a) Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica;

b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante, y

c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica. ¹⁰⁷

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

Este reglamento, se creó para orientar los lineamientos y principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud, correspondientes a la Secretaría de Salud, mismos a los que, *grosso modo*, hace referencia la Ley General de Salud.

La existencia de este reglamento obedece, según lo que encontramos en la exposición de motivos del mismo, a que la investigación para la salud es un factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general; para desarrollar tecnología mexicana en los servicios de salud y para incrementar su productividad.¹⁰⁸

En dicha exposición de motivos, se puntualiza que el desarrollo de la investigación para la salud debe atender a aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación; a efecto de asegurar el pleno respeto a sus derechos humanos, y no se propicie con estas

¹⁰⁷ Ley General de Salud, *op. cit.* p. 102.

¹⁰⁸ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, ed. Sista, México, 2003, p. 165

investigaciones abusos o arbitrariedades que vayan en contra del orden público e interés social.

Por otra parte, hace especial mención a que el desarrollo de la investigación para la salud, requiere del establecimiento de criterios técnicos para regular la aplicación de los procedimientos relativos a la correcta utilización de los recursos destinados a ella; a efecto de que sin restringir la libertad de los investigadores, en el caso particular de la investigación que se realice en seres humanos y de la que utilice materiales o procedimientos que conlleven un riesgo, es preciso sujetarse a los principios científicos, éticos y a las normas de seguridad generalmente aceptadas.

Cabe señalar que, como se anuncia en la exposición de motivos, este reglamento se da a la tarea de puntualizar en sus **nueve títulos**, diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo materia de nuestro estudio en particular, el título segundo en su capítulo cuarto, el cual se refiere a la investigación en Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, durante el Trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos; de la utilización de Embriones, Óbitos y Fetos y de la Fertilización Asistida.

El **capítulo cuarto, del título segundo** de este reglamento, abarca los numerales cuarenta a cincuenta y seis, los cuales resultan interesantes, para el desarrollo de esta investigación, porque se refieren de manera concreta, aunque somera, a las técnicas de reproducción humana asistida, es por ello que, algunos de dichos numerales se presentan a continuación:

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

I.- Mujeres en edad fértil.- Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia;

II.- ...

III.- Embrión.- El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación;

IV.- Feto.- El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción;

V.- Óbito Fetal.- La muerte del feto en el útero;

VI.- Nacimiento vivo.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VII.- Nacimiento Muerto.- es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VIII- ...

X. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*.¹⁰⁹

En este artículo, observamos un marco conceptual de la materia, que resulta oportuno para el buen entendimiento del contenido de los numerales subsecuentes, resultando pertinente hacer mención al concepto que se maneja de **fertilización asistida**, al cual constriñen a las técnicas básicas de la reproducción artificial, mismas que son: la inseminación artificial, ya sea homóloga o heteróloga, y la fertilización *in vitro*.

Por la conceptualización que se da de **fertilización asistida**, podemos observar que las demás técnicas de reproducción asistida, quedan fuera de la regulación de este dispositivo legal, hecho que propicia interpretaciones subjetivas respecto a las técnicas no reguladas.

Aunque la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, son la base de todas las demás técnicas de reproducción asistida, al no enunciar la totalidad de las mismas, lo no regulado, queda al arbitrio de las personas que recurren a ellas y de los médicos e instituciones que las aplican, como podría ser el caso de la maternidad subrogada.

¹⁰⁹ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *op. cit.* p. 190

Tal vacío de la Ley, da pauta a que el uso y manejo de las técnicas de reproducción asistida, queden a criterio de investigadores y pacientes, criterio que en muchas ocasiones se encuentra determinado por consideraciones de orden ético, como puede inferirse del artículo 41, del reglamento en comento, mismo que a continuación se transcribe:

ARTICULO 41.- Además de las disposiciones generales de ética que deberán cumplirse en toda investigación en seres humanos, aquéllas que incluyan a los sujetos a que se refiere este capítulo deberán satisfacer lo que se establece en los artículo 42 al 56 de este Reglamento.¹¹⁰

La referencia que hace este artículo a las disposiciones generales de ética, para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, resulta de igual manera confuso y ambiguo, pues habrá que ver el mundo de los valores que se encuentre vigente en el momento de que se recurra a ella, o bien de la ética personal y profesional de las personas que en dichas técnicas intervengan, toda vez que existen al respecto múltiples puntos de vista, como se presentó en el primer capítulo de esta investigación.¹¹¹

Por su parte, **el artículo 43** de este reglamento nos hace referencia al hecho de que para cualquier investigación que se relacione con mujeres embarazadas, fetos o embriones, y para la fertilización asistida, entre otros, resulta necesario un “consentimiento informado”, por parte de la mujer y de su cónyuge o concubinario, lo que se encuentra íntimamente relacionado con el consentimiento expreso al que hace referencia la Ley General de Salud en su **artículo 323**, mismo al que ya nos hemos referido en líneas precedentes, por lo cual transcribimos a continuación el mencionado numeral:

ARTICULO 43.- Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivo o muertos; de utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la **fertilización asistida**, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los

¹¹⁰ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *op. cit.* p. 190

¹¹¹ *Vid. Supra*, pp. 61-68

artículos 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.¹¹²

Este artículo dispone que para la llamada “fertilización asistida”, resulta necesario, el llamado *consentimiento informado* y nos remite a los **numerales 21 y 22**, del reglamento en comento, a efecto de saber a qué se refiere nos damos a la tarea de transcribirlos a continuación:

ARTICULO 21.- para que el **consentimiento informado** se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representantes legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan observarse;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;

¹¹² Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *op. cit.* p. 192

IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;

X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y

XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.¹¹³

En el **artículo 21**, encontramos lo que debemos entender por consentimiento informado y todos los elementos que implica, como lo son: el porqué de la investigación, los procedimientos que se usarán en la misma, las molestias o los beneficios que la investigación genera, procedimientos alternativos a la misma, la libertad de revocar su consentimiento, la confidencialidad, entre otros elementos.

Por su parte, **el artículo 22**, presenta la formalidad, que debe observar el llamado “consentimiento informado”, el cual a la letra dice:

ARTICULO 22.- El **consentimiento informado** deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;

II.- Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;

III.- Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

¹¹³ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *op. cit.* p. 184

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.¹¹⁴

De la lectura de este dispositivo encontramos que el “consentimiento informado” que debe preexistir a la utilización de la fertilización asistida, debe ser por escrito, elaborado por el investigador que sea el responsable de la misma, deberá ser sometido al consejo de ética de la institución, ante dos testigos, incluso se habla de la existencia de representantes legales y de su extensión, por duplicado, lo que nos parece por demás interesante, pensando en la posible formalidad que debería darse a un convenio, por ejemplo, de maternidad subrogada.

Por último, **el artículo 56** de la ley, nos menciona que los problemas de esterilidad, son el único supuesto en que será admitida la fertilización asistida, lo que nos lleva a pensar que las técnicas de reproducción asistida, que se aplican para los problemas de infertilidad, quedan fuera de la hipótesis de este dispositivo. Lo anterior, porque como ha quedado establecido en esta investigación, sabemos que la esterilidad e infertilidad, son problemas completamente distintos y que encuentran solución en el uso y manejo de distintas técnicas de reproducción asistida, aplicables a cada caso en particular.¹¹⁵

Por lo anterior, consideramos pertinente, transcribir la letra de dicho numeral, mismo que a continuación se presenta:

ARTICULO 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador.¹¹⁶

¹¹⁴ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *op. cit.*, p. 185

¹¹⁵ *Vid. Supra* pp. 6-16

¹¹⁶ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *op. cit.* p. 198

De la lectura del artículo 56 del reglamento en comento, resulta interesante la referencia que se hace a la moral y al contexto sociocultural de la pareja, haciendo evidente que en el uso y manejo de las técnicas de reproducción asistida, queda todavía un camino largo de discusión sobre lo que implica desde el punto de vista ético y sociocultural.

Por último, queremos hacer mención que de los dispositivos analizados de la Ley General de Salud y del reglamento de la misma en materia de investigación para la salud, encontramos que la comunidad médica, se ha preocupado porque la fertilización asistida y las técnicas de ingeniería genética, se encuentren de alguna manera contempladas por la Ley, aunque en la mayoría de los casos, se les consideró únicamente de manera enunciativa y superficial, lo cual, da lugar a ambigüedades y confusiones, lo que hace evidente que las técnicas de reproducción asistida, necesiten una regulación más específica que abarque la generalidad de las hipótesis que se pueden dar en relación a estas técnicas.

De la superficialidad de la Ley, no podemos culpar al legislador, ni a la comunidad médica, sino que en realidad ésta significa un reflejo de la rápida evolución de las técnicas de reproducción asistida y del nivel del conocimiento que de las mismas tiene la sociedad en general, lo que hace evidente la necesidad de un estudio integral, previo a la regulación de estas técnicas en nuestro país.

2.5 Entidades Federativas, que regulan algún aspecto de las técnicas de reproducción humana asistida, en México.

Después de haber realizado una búsqueda exhaustiva en las disposiciones jurídicas de las entidades federativas de nuestro país, hemos encontrado que sólo la minoría de ellas regula en algún sentido a las técnicas de reproducción humana asistida, y que la manera en que lo hacen es por demás superficial.

Consideramos pertinente puntualizar que, de alguna manera, son las legislaciones del Distrito Federal y de los estados de Tabasco, Veracruz y Chiapas, las que van marcando la pauta en cuanto a la poca legislación que en la

materia existe, y por ende, son estas legislaciones en las que encontramos disposiciones más expresas en materia de reproducción asistida y de las implicaciones que en diferentes figuras jurídicas de derecho familiar, civil y aún penal, el uso de estas técnicas puede generar.

2.6 Legislación, en materia de reproducción asistida para el Distrito Federal.

El Distrito Federal, presenta dos cuerpos jurídicos muy interesantes, por cuanto hace a nuestro objeto de estudio, porque en los últimos años han incluido disposiciones que podrían considerarse de vanguardia, en un intento de los legisladores porque la Ciudad de México, tenga leyes adecuadas al contexto global en el que están inmersos todos los países y en particular las grandes ciudades, del mundo, dichos cuerpos jurídicos, lo son el Código Civil y el Código Penal, para la Ciudad, cuyas disposiciones en la materia que nos ocupa, a continuación se presentan.

2.6.1 Código Civil para el Distrito Federal.

Comenzaremos el análisis del presente Código, con una referencia contextual, a las figuras jurídicas que tienen que ver de alguna manera con el uso de la reproducción asistida, como lo hemos mencionado en líneas superiores, por lo cual será pertinente referirnos al título cuarto bis, de este código sustantivo, mismo que presenta reformas que tuvieron lugar el 25 de mayo del año 2000, y que se refiere a la familia, como a continuación se transcribe:

Artículo 138 ter. Las disposiciones que se refieren a la familia, son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Artículo 138 Quintus. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.¹¹⁷

En estos artículos encontramos el carácter jurídico que la Ley concede a la familia, considerando todo lo relativo a ésta, como de orden público y de interés social y por ende determina que se protegerá la organización y desarrollo integral de sus miembros, con la base del respeto a su dignidad. En virtud de lo anterior observamos en el **artículo 138 quintus**, que las relaciones familiares son generadoras de derechos y obligaciones y que las mismas abarcan, tanto al matrimonio, el concubinato o el parentesco.

En el Código Sustantivo en estudio, encontramos el título sexto, del libro primero, dedicado a regular todo lo referente al parentesco, reconociendo tres clases de parentescos, como lo serían el de consanguinidad, afinidad y civil, como lo dispone el numeral 292, que a continuación se transcribe.

Artículo 292. la ley sólo reconoce como parentesco, los de consanguinidad, afinidad y civil.¹¹⁸

Llama en especial nuestra atención, el **artículo 293** del Código Civil, en virtud de que reconoce a la reproducción asistida, en sus diferentes técnicas, como propiciadoras de la reproducción humana, pues reconoce que a través de ellas se pueden obtener hijos y que los tales tendrán respecto de sus progenitores un parentesco consanguíneo, independientemente de cuál haya sido la técnica de reproducción asistida que se utilizó para su concepción y nacimiento, por lo que transcribimos a continuación el referido numeral.

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

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o solo esta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora, fuera de este

¹¹⁷ Código Civil, para el Distrito Federal. ed. Sista, México, 2009, p. 18

¹¹⁸ Código Civil, para el Distrito Federal. *op. cit.* p. 37

caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.¹¹⁹

Resultando notorio el hecho de que el dispositivo en comento, da por sentado que en el uso de técnicas de reproducción asistida debe mediar el consentimiento expreso de los padres en cuanto a las mismas, a efecto de que se actualice el parentesco por consanguinidad al que hace referencia, toda vez que toma como hipótesis normativa generadora del vínculo filiatorio el hecho de que el hombre o mujer en cuestión hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores, lo que nos lleva a pensar en lo siguiente: ¿Qué pasaría con el progenitor que no haya dado el consentimiento para el uso de su material genético en una técnica de reproducción asistida y que del uso de dicha técnica naciera un ser humano?.

En otro orden de ideas, en el título séptimo, del libro primero, del Código Civil para el Distrito Federal, encontramos la regulación relativa a la filiación, título en el cual encontramos disposiciones que resultan interesantes, porque hacen referencia expresa a la fecundación asistida, como lo es el caso del **numeral 326**, que a continuación se transcribe y que hace mención expresa a los supuestos de la impugnación de la paternidad por parte del varón, siendo importante resaltar , que el segundo párrafo de este artículo hace alusión al supuesto de la reproducción asistida no consentida.

Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio **conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso de tales métodos.**¹²⁰

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ Código Civil, para el Distrito Federal. *op.cit.*, p. 42

El artículo **326**, es una muestra clara, de que los legisladores locales, han tratado de que el Código Civil para el Distrito Federal, esté acorde con el contexto sociocultural, en el que estamos inmersos en la actualidad, toda vez que en su redacción original, este numeral, contenía únicamente el primer párrafo, que se ha transcrito ya, el cual establecía como únicos supuestos de impugnación de la paternidad el que al varón se le haya ocultado el nacimiento o bien que demostrara que no pudo haber tenido relaciones sexuales con su pareja, dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, situación que, con las técnicas de reproducción asistida puede hoy día pasarse por alto, pues sabemos que no son necesarias, en la actualidad, las relaciones sexuales, para que se dé la fecundación de un embrión humano.

Por su parte el **artículo 329**, nos habla del tiempo en que pueden promoverse las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, porque evidentemente puede presumirse que un hijo nacido después de este tiempo, podría no ser del esposo, por haber sido poco probable que mantuviera relaciones sexuales con la cónyuge una vez que se ha disuelto el vínculo matrimonial, pero dado que en la actualidad las técnicas de fecundación asistida, posibilitan la reproducción asexual, el artículo en comento en su parte final, niega la procedencia de la acción de impugnación de la paternidad, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de métodos de fecundación asistida, lo que hace suponer que en este caso aún que un hijo nazca después de los trescientos días posteriores a un divorcio, podrá reputarse como hijo del matrimonio.

Artículo 329. las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, **si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida** a su cónyuge.¹²¹

¹²¹ Código Civil, para el Distrito Federal. *op.cit.*, p. 42.

El artículo **336** el Código Sustantivo en estudio, llama nuestra atención, porque habla de la impugnación de la maternidad, lo que nos hace reflexionar sobre los supuestos que serían susceptibles de ser impugnados, en cuanto a la maternidad del hijo. Ciertamente encontraríamos el caso de una mujer que ha procurado y criado como suyo a un hijo que no lo es, pero también nos hace pensar en la **maternidad subrogada**, técnica de reproducción asistida que se ha analizado ya en el primer capítulo de esta investigación y que contraviene la presuncional que se ha venido manejando a lo largo del tiempo en nuestro país, como lo sería el hecho de que la madre será la persona que de a luz al hijo aduciendo que *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), situación que se vuelve no necesaria, para el caso en comento.¹²²

En virtud de lo anterior, sólo nos queda pensar de que forma actuaría un Juez, en el caso en que se le presente la hipótesis de la maternidad subrogada, como supuesto de impugnación de la maternidad, siendo el caso que la madre obstétrica, no sea la madre biológica. Es por ello que transcribimos a continuación el mencionado capítulo.

Artículo 336. En el juicio de impugnación de la paternidad o **la maternidad**, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.¹²³

Siguiendo con nuestro hipotético caso de una maternidad subrogada, el artículo **338**, resulta interesante, porque como se ha visto en el capítulo precedente, parte importante en la práctica de la **maternidad subrogada**, implica un acuerdo de voluntades previo, entre la madre gestante y la madre que ha recurrido a ésta práctica por presentar esterilidad, acuerdo, que en la mayoría de los casos, se da mediando una retribución económica para la madre subrogada, quien en muchos países, como Estados Unidos, renuncia previamente a los

¹²² *Vid Supra* p. 57-61

¹²³ Código Civil, para el Distrito Federal. *op.cit.*, p. 42

derechos de la filiación, tratándose de la subrogación total, y los cede en una adopción a la madre solicitante de la técnica.

En ese orden de ideas, encontramos que el **artículo 338**, no permite convenio alguno respecto de la filiación de los hijos, y mucho menos que se esté hablando de transacción o de un compromiso arbitral, como sucede en Estados Unidos, pues en dicho país cualquier controversia que se presente respecto del convenio previo a la gestación por cuenta ajena, puede dirimirse en la corte, teniendo como base dicho convenio de voluntades, como si se tratara efectivamente de un contrato, cuyo objeto fue el que una mujer gestara por otra un hijo que se comprometía a entregar una vez que naciera, es por ello que a continuación transcribimos el numeral citado.

Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia, por tanto **no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.**¹²⁴

Siguiendo con el supuesto de análisis, del caso de una maternidad subrogada, en particular, encontramos en el **artículo 374**, una disposición que resulta interesante porque toca uno de los requisitos básicos de una madre subrogada, el cual es, que esté casada y que tenga además hijos, a efecto de que el sentimiento maternal le vaya, en un futuro, a impedir entregar al bebé gestado por ella.

Sin embargo, el numeral en comento manifiesta que no se puede reputar hijo de otro hombre distinto al del marido, tratándose de una mujer casada, lo que significa, que el marido debe prestar su consentimiento expreso para que su esposa sea una portadora subrogada, pues en caso contrario, el hijo que nazca se tendrá por hijo del marido, y la pareja que ha recurrido a la práctica tendrá que llevar el caso a una controversia judicial a efecto de demostrar que el hijo no es

¹²⁴ Código Civil, para el Distrito Federal. *op.cit.*, p. 43

habido en el matrimonio, lo que nos hace pensar en la forma que actuaría alguno de nuestros jueces ante tal supuesto.

Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.¹²⁵

El numeral **378** del Código Sustantivo en cita, implica otro elemento importante que abarca el supuesto de la maternidad subrogada, como lo sería el caso de que la madre sustituta, se niegue a entregar al bebé gestado, aún cuando éste no lleve su material genético, y se de el supuesto que ella suministre la leche materna al bebé, lo registre con su nombre, lo presente como suyo a la sociedad, y que provea para su educación y subsistencia, mientras que la pareja que recurrió a tal procedimiento para realizar una ansiada paternidad y maternidad, se de a la tarea de promover cuantas acciones jurídicas le sean posible a efecto de que se les reconozca a ellos como los padres legales del menor, volvemos a preguntarnos, ¿cómo resolvería este supuesto nuestro juzgador? y si al caso sería aplicable el artículo en comento, mismo que a continuación se transcribe:

Artículo 378. La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.¹²⁶

El artículo 382, resulta muy interesante, pues establece que la paternidad o la maternidad pueden probarse haciendo uso no sólo de los medios ordinarios de prueba, sino además, por aquellos medios que se derivan del avance de la ciencia, que de acuerdo a la lectura de este numeral, se entiende que se refiere en esencia a la prueba de identificación de la paternidad o maternidad por medio del examen del ADN.

¹²⁵Código Civil, para el Distrito Federal. *op.cit.*, p. 45

¹²⁶ Código Civil, para el Distrito Federal. *op.cit.*, p.46

Circunstancia que resultaría determinante, en el caso concreto de la impugnación de la maternidad y paternidad referente a un bebé nacido por la técnica de maternidad subrogada, pues sabemos que la prueba conocida como del ADN, resulta cien por ciento confiable por cuanto hace a la determinación de los lazos de parentesco entre diferentes individuos, razón por la cual consideramos pertinente transcribir a continuación, los ya citados numerales.

Artículo 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier **prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos** y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.¹²⁷

Por último queremos poner de manifiesto, un ejemplo de cómo el uso de las técnicas de reproducción asistida, afecta diversas instituciones del derecho civil, como la filiación, propiedad, tutela, herencia, alimentos y por supuesto al mismo matrimonio, pues el reformado **artículo 267** del Código Civil para el Distrito Federal, era claro en establecer que significaba una causal de divorcio el empleo de métodos de fecundación asistida, sin consentimiento del cónyuge, como a continuación se transcribe, en virtud de que en otras entidades federativas en las cuales aún se sigue el divorcio necesario en virtud de causales siguieron el extinto modelo que ofrecía el Código Civil del Distrito Federal..

Artículo 267. Son causales de divorcio:

...

XX. El empleo de **métodos de fecundación asistida**, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.¹²⁸

2.6.2 Código Penal para el Distrito Federal.

El Código Penal para el Distrito Federal, ha tenido diversas reformas, mismas que han tratado de adecuarse al contexto sociocultural que vive día a día la Ciudad más grande del mundo, lo que hace que, por lo regular sus disposiciones sean de

¹²⁷ Código Civil, para el Distrito Federal. *op.cit.*, p.46.

¹²⁸ *Ibidem.*, p. 32

vanguardia en la materia a nivel nacional, muestra de ello es que con las reformas de octubre del 2002 se ha incluido un interesante Título Segundo, correspondiente al Libro Segundo de este Código, al cual se le ha llamado “Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética”, Título que analizaremos a continuación por contener disposiciones directamente relacionadas con la materia que nos ocupa.

El capítulo primero de este segundo título, se le ha denominado “procreación asistida e inseminación artificial”, y se compone del artículo 149 al 153, mismos que sancionan diversos esquemas conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de reproducción asistida, en su vertiente particular de inseminación artificial, razón por la cual hemos transcrito a continuación dichos numerales.

El **artículo 149** del Código sustantivo en comento establece que, la persona que disponga de las células germinales humanas con fines distintos a los autorizados por los donantes, será sancionado con pena de prisión y una sanción pecuniaria, lo anterior porque se prevé que la práctica científica no tiene límites plenamente definidos, por su constante desarrollo, por lo que resulta sumamente factible que los óvulos y espermatozoides sean usados para fines distintos a lo que por lo general son donados, que es la reproducción humana, por lo que pueden ser manipulados para realizar clones, quimeras, experimentos con otras especies etc.

Artículo 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.¹²⁹

Por su parte el artículo 150, dispone una pena de prisión de tres a siete años, para la persona que realice una **inseminación artificial**, a una mujer mayor de edad, sin su consentimiento, a una menor de edad o a una incapaz para

¹²⁹ Código Penal para el Distrito Federal, ed. Ediciones Fiscales Isef. México, 2006, p.37

comprender el significado del hecho o para poder resistirlo, lo anterior porque se recoge el hecho de que muchas veces, al no estar regulado el uso de las técnicas de reproducción asistida se propiciaba una diversidad de abusos contra la dignidad de muchas mujeres, toda vez que con engaños o con violencia se les obligaba a ser inseminadas, se utilizaba a menores de edad o bien a mujeres afectadas de sus facultades mentales o físicas, como lo son mujeres con parálisis o en estado de coma, para realizar estas prácticas.

Es por ello que el artículo 150 recoge estas hipótesis conductuales y las sanciona como el delito que son, incluso agrava la pena cuando en esta práctica se utiliza la violencia, como se observa en el segundo párrafo del numeral en comento.

Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrán de cinco a catorce años de prisión.¹³⁰

El artículo 151 del Código Penal para el Distrito Federal, nos remite a una de las implicaciones de la fecundación *in vitro*, toda vez que sanciona la conducta que consiste en implantar a una mujer un óvulo fecundado habiendo utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento de la mayor de edad, de una menor aunque de su consentimiento o de una incapaz para comprender o resistir el hecho.

Desde nuestro punto de vista, creemos que el legislador ha tenido el ánimo de evitar vejaciones a la dignidad de una mujer a la que se le ha sometido a éste tipo de prácticas de transferencia embrionaria mediante engaños o incluso utilizando para ello la violencia, sin embargo, creemos que hace falta establecer en el numeral en comento la finalidad con que la persona realiza este acto, puesto

¹³⁰ Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.* p.37

que dicha finalidad no sólo puede ser para lograr la reproducción de una pareja que ha recurrido a la fecundación *in vitro*, sino también puede ser el caso que se utilice esta técnica para crear un mercado negro de niños por encargo, ya sea para su venta, explotación o incluso el tráfico de órganos, utilizando para ello incluso los embriones que han quedado congelados y de los cuales una pareja que ha acudido a algún centro de fecundación no tiene la certeza de que se hayan destruido en su totalidad, por lo que cada finalidad debe estar contemplada en una hipótesis particular con penas acordes a la dimensión del acto.

Artículo 151. Se impondrán de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.¹³¹

El numeral **152** del Código Sustantivo en comento, hace referencia a la responsabilidad penal que en un momento dado tienen los profesionistas de la salud, que lleven a cabo las conductas que se han analizado en los artículos 149 al 151, a quienes además de aplicárseles las penas privativas de libertad y sanciones pecuniarias a las que hace referencia los artículos anteriores, se les impedirá ejercer su profesión y para el caso de que estos profesionistas hayan realizado estas prácticas siendo servidores públicos, se les inhabilitará para el desempeño del cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, como lo señala el numeral que a continuación se transcribe.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución¹³².

¹³¹ Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.* p.37

¹³² Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.* p.37.

Por su parte el artículo 153 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla el caso de que entre el sujeto activo y pasivo del delito exista una relación de matrimonio o concubinato, entonces las conductas delictivas contempladas en los artículos anteriores se perseguirán por querrela, es decir, a instancia de parte afectada, como se desprende del texto del artículo en comento que a continuación se transcribe.

Artículo 153. Cuando entre el activo y el pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores, se perseguirán por querrela.¹³³

El ya mencionado título segundo del libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal, encontramos un capítulo segundo, que se denomina “manipulación genética”, compuesto por los artículos **154 y 155**, los cuales contemplan penas de prisión, inhabilitación, e imposibilidad para el desempeño de profesión u oficio, para las personas que manipulen genes humanos con fines distintos a los llamados terapéuticos o de procreación humana.

Lo anterior en aras de sancionar prácticas aberrantes para el ser humano, que son hoy día muy fáciles de llevarse a cabo o de intentarse, por medio de los conocimientos científicos que existen en la actualidad, como lo serían en un momento, la creación de híbridos (la mezcla de dos animales en uno), quimeras (un animal, parte humano, parte otra especie), clones (seres idénticos unos a otros creados en serie), seres humanos implantados en úteros de animales, entre otras prácticas, que en un pasado sólo pudieron existir en las mentes de escritores de ciencia ficción, pero que en los albores del siglo XXI, no se encuentran muy lejos de convertirse en realidad en múltiples laboratorios alrededor del mundo.

Dado lo anterior, consideramos que estos dos artículos representan un avance considerable, en aras de regular adecuadamente la materia que nos ocupa, pues tienden a proteger la dignidad humana, en todo lo que implican las

¹³³ *idem.*

técnicas de reproducción asistida, significando el precedente necesario para que cada caso en particular pueda ser regulado y limitado por el derecho, estableciendo sanciones acordes a los mismos, para el caso de una extralimitación por cualquiera de los participantes en las mismas, razón por la cual transcribimos a continuación los mencionados artículos.

Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.¹³⁴

Artículo 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además el pago de alimentos para éstos y para la madre en los términos que fija la legislación civil.¹³⁵

Por último llama nuestra atención que el artículo **155**, transcrito anteriormente, prevé las consecuencias de índole civil, que pueden darse con la realización de estas prácticas, como lo sería el nacimiento de un hijo, denotando con ello que el legislador tiene en claro que este tipo de conductas delictivas tiene consecuencias respecto de la vida de seres humanos así concebidos, que van más allá de la simple reparación del daño civil, como lo sería en el caso de la comisión de otros delitos, sino que aún más tiene que ver con consecuencias de carácter familiar, lo que hace aún más complejo el juzgar y sentenciar este tipo de actos a la luz de la legislación mexicana.

¹³⁴ Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.* p.37

¹³⁵ *Idem.*

2.7 Legislación del Estado de Tabasco en materia de reproducción asistida.

El nueve de abril de mil novecientos noventa y siete, se publicaron en Tabasco una serie de reformas al Código Civil de ese estado, relativas a las técnicas de fecundación humana asistida, incluyendo dentro de ellas a la maternidad subrogada, lo que significa una legislación muy interesante en nuestro país, al igual que la que existe al respecto, en el Distrito Federal, siendo ambas regulaciones las que marcan la pauta de la normatividad de la materia, en nuestro país.

Llama particularmente nuestra atención, la exposición de motivos que precede a las reformas que se hicieron al Código Sustantivo Civil del Estado de Tabasco, en donde los legisladores de la quincuagésima legislatura se declaran complacidos de introducir cambios de fondo a este cuerpo normativo, afirmando que dichas modificaciones jurídicas son el reflejo de la evolución que se ha dado en la sociedad tabasqueña, por ello, consideraron conveniente incorporar a los dispositivos de este Código, los recientes avances científicos en materia de reproducción humana.¹³⁶

De esta manera, encontramos que a este cuerpo legal, se agregan diferentes disposiciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, así como de las consecuencias que éstas producen en instituciones del derecho civil, en su rama de derecho familiar, como lo serían aspectos del matrimonio, concubinato, divorcio, filiación y sucesiones, por lo cual resulta pertinente citar a continuación dichos preceptos legales.

Encontramos que en el libro primero se incorporan las consecuencias jurídicas que los adelantos científicos en materia de reproducción humana implican en torno al alcance y limitación del concepto legal de “personas físicas”, en donde se establece, como en la mayoría de los Códigos Civiles de nuestro

¹³⁶ Código Civil para el Estado de Tabasco, editorial Sista, México, 2008, pp. III-XXXI

país, que el ser humano desde que es concebido queda bajo la protección de la Ley, no obstante, se dispone en el artículo 31 de esta Ley, que bajo esta misma tónica, también se protege a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno, como a continuación se transcribe.

Artículo 31.- “La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno.”¹³⁷

Partiendo de la información previa, que hemos aportado en el capítulo primero de esta investigación, respecto a las técnicas de reproducción asistida, podemos afirmar que la parte final del artículo anteriormente transcrito, bien puede extender su protección a la fecundación *in vitro*, a la maternidad por cuenta ajena, congelamiento de embriones, o bien a la ectogénesis, que son las técnicas de reproducción humana artificial que posibilitan que un embrión humano, no se encuentre en el útero materno.

En el mismo Libro Primero del Código Sustantivo Civil que nos ocupa, encontramos otro numeral interesante y relacionado con nuestro objeto de estudio, en el título quinto referente al Registro Civil, hallamos que el **artículo 92**, establece que en las actas de nacimiento no debe plasmarse ninguna forma que califique la calidad de la filiación de los neonatos, enunciando expresamente algunas frases, entre las cuales se encuentra “habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial”, como a continuación se presenta.

Artículo 92.- “...

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

¹³⁷ Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 8

de reproducción humana artificial”, que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles...”¹³⁸

Resulta interesante este **artículo 92**, porque en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, se comienza a observar una referencia expresa a la maternidad sustituta y la maternidad subrogada, en relación a las actas de nacimiento, haciendo incluso, una diferencia entre un término y otro, como se observa a continuación.

Artículo 92.- “...

...

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.”¹³⁹

Derivado del texto de este numeral, podemos encontrar diversos elementos de suma importancia como lo son, que se conceptualiza tres clases de maternidad, a las cuales expresa como:

1) Madre Gestante Sustituta: Es la mujer que lleva el embarazo a termino y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético, es decir, es la mujer a la que se le ha implantado un embrión humano previamente fecundado *in vitro*, con los gametos de un varón y de otra mujer distinta a ella, que pueden ser los gametos de la pareja contratante, o bien los gametos de terceros donadores.

¹³⁸ Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 17

¹³⁹ *Ibidem*. p. 18

2) Madre Subrogada: Es aquella mujer, que provee tanto el material genético y el gestante para la reproducción, de tal manera que el legislador refiere exclusivamente el término subrogación al supuesto en que la madre gestante, también sea la madre biológica del *naciturus*, misma que con posterioridad, dará en adopción a su menor hijo, a la mujer que la contrato.

3) Madre Contratante: Se le denomina así a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada según sea el caso, lo que nos hace pensar que en el Estado de Tabasco, es posible la maternidad subrogada y sustituta, mediando un contrato entre las mujeres participantes, y que quien tendrá la maternidad será la madre contratante, lo que origina en nosotros cierta curiosidad por ver como se dirimiría una controversia en torno a la interpretación y cumplimiento de un contrato de esta naturaleza en el poder judicial de ese Estado.

Por último, consideramos pertinente resaltar, respecto de este largo texto del artículo 92, lo que encontramos en su párrafo final, respecto a la paternidad del hijo de la mujer casada, puesto que esta disposición contraviene totalmente la presunción tradicional que se ha manejado en nuestro sistema jurídico, como lo es que el hijo de la mujer casada, hijo de su marido es, así este numeral dispone como excepción a esta presunción, el hijo de la mujer casada, que sea madre gestante sustituta.

Consideramos que el ánimo del legislador, al introducir esta disposición, fue precisamente evitar que el esposo de la madre sustituta, al tener a su favor tal presunción para la filiación de un menor, pretenda solicitar la paternidad del neonato en perjuicio de la pareja que ha recurrido a esta práctica reproductiva y con ello generar un conflicto ante los tribunales.

Por su parte, el segundo párrafo del **artículo 165**, del Código Civil del Estado de Tabasco, se creó, de acuerdo a lo establecido en la exposición de motivos de las reformas de esta Ley Sustantiva, para “respetar lo dispuesto en el

artículo 4° de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos”, precepto constitucional, que fue comentado con antelación en el presente capítulo, por lo cual, consideramos pertinente, transcribir a continuación el texto de dicho precepto.

Artículo 165.-“...

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 la relación de concubinato”.¹⁴⁰

De la redacción del texto antes transcrito podemos observar que el legislador tabasqueño legitima y legaliza cualquier método de reproducción artificial, para lograr la propia descendencia de las parejas, reservando este derecho para aquéllas parejas heterosexuales, que estén casadas o que vivan en concubinato, lo que interpretado a *contrario sensu*, podemos afirmar que los amasios, los homosexuales, los hombres y las mujeres solteros, no tienen derecho a emplear estos métodos.¹⁴¹

Cabe mencionar que consideramos arriesgado que este legislador haya dado lugar a que se realice cualquier método de reproducción humana artificial, para lograr la propia descendencia de una pareja, recordando, que existen técnicas complejas por las consecuencias jurídicas que generan en sí mismas, como lo serían la donación de gametos por parte de terceros y la misma maternidad subrogada.

Lo que resulta loable del legislador tabasqueño, es que la intención que tiene al establecer que el uso de los medios de reproducción humana asistida, debe constreñirse únicamente al combate de la infertilidad y esterilidad humana, y esto elimina su uso con fines industriales o de experimentación.

¹⁴⁰ Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 31

¹⁴¹ QUEVEDO DE CARRERA, Rosa Edilia. Los efectos de la procreación humana artificial a las instituciones de Derecho Civil, en Revista Jurídica Nueva Época, no. 16, Diciembre 1998, Villahermosa Tabasco, pp. 85-97.

Otro elemento que se deriva del texto de este artículo lo es el hecho que el uso de algún método de reproducción humana artificial, debe ser una decisión de pareja donde el consentimiento expreso es fundamental, puesto que, como ya se ha visto a lo largo de este trabajo, estas técnicas implican una serie de consecuencias jurídicas respecto de las cuales debe mediar cierta certeza legal previamente a su realización.

Por cuanto hace al capítulo de divorcio, era de esperarse que se incorporara como causal de éste el hecho de que uno de los cónyuges empleara algún método de concepción artificial, sin el consentimiento del otro, sin embargo, de la redacción de la fracción XVIII, del artículo 272 del Código Civil del estado de Tabasco, encontramos lo siguiente:

Artículo 272.-“Son causas de divorcio necesario:

...
XVIII.- Emplear la mujer método de concepción humana artificial sin el consentimiento del marido.”¹⁴²

La lectura de esta causal, nos hace reflexionar, que este legislador contradice el ánimo de incorporar reformas a este Código que se adecuen a los hechos que se vive en la actualidad, porque introduce un elemento contrario a la lucha del género femenino para que se le reconozca igualdad jurídica en los textos de la Ley y no existan disposiciones concretas que impongan obligaciones de manera exclusiva a la mujer y al hombre no, y esto sería el caso del precepto que se comenta, pues establece que será causa de divorcio necesario el que la mujer recurra a un método de reproducción asistida sin el consentimiento de su marido, lo que nos hace preguntarnos, ¿qué pasa si el que recurre a dichos métodos sin el consentimiento de su pareja es el hombre mismo?, toda vez que este mismo cuerpo normativo hace alusión a la maternidad subrogada, de la cual perfectamente puede hacer uso el marido.

¹⁴² Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 47

Encontramos otro artículo que nos habla de la presunción de hijos de matrimonio, en el numeral 324 de esta Ley Sustantiva, el cual extiende dicha presunción a aquellos hijos concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial, como se deriva de su lectura cuyo texto se presenta a continuación.

Artículo 324.-“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.”¹⁴³

Por su parte el artículo 327, nos habla de las situaciones en las que el marido no puede desconocer a los hijos habidos en el matrimonio, dentro de las cuales destaca que no se podrá desconocer a los hijos nacidos como consecuencia del uso de alguna técnica de reproducción humana artificial, siempre y cuando haya mediado para ello su consentimiento expreso, lo que nos hace pensar que aún cuando un menor no sea hijo biológico de un hombre casado, si éste aceptó recurrir a un método de reproducción asistida, por ejemplo, la donación de gametos masculinos para poder tener un hijo con su esposa, no puede desconocer a tal hijo, por lo cual a continuación presentamos dicho numeral.

Artículo 327.- “Cuando 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.”¹⁴⁴

¹⁴³ Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 55

¹⁴⁴ *Idem.*

El artículo 329 del Código de referencia, extiende otra presunción legal relativa a que el marido no puede desconocer a un hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando éste haya sido concebido por cualquier método de reproducción asistida, cuando haya existido su consentimiento para tal hecho, como a continuación se presenta.

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

...

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."¹⁴⁵

Por su parte el artículo 330, del Código Civil de Tabasco, dispone que el marido no podrá impugnar la paternidad del hijo que se le adjudique, el cual haya nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, cuando éste haya consentido en la utilización de algún método de fecundación asistida, como lo sería por ejemplo, la fecundación *in vitro* y el posterior congelamiento de embriones, razón por la cual presentamos a continuación dicho numeral.

Artículo 330.-"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."¹⁴⁶

Por su parte el artículo 340 del mismo ordenamiento jurídico, establece presunciones legales en las cuales no puede haber transacción o arbitraje sobre los derechos que de la filiación puedan deducirse en los hijos habidos en un concubinato, por lo cual la fracción tercera de este dispositivo, es clara al establecer que serán hijos del concubinario y la concubina, los nacidos después de trescientos días en que haya concluido la vida en común, si su nacimiento se debe al uso de cualquier método de concepción artificial y haya existido

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ *Ibidem.* p. 56

consentimiento expreso por parte del concubinario, como se lee del texto que a continuación se transcribe.

Artículo 340.-"Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

...

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 tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de manera indubitable."¹⁴⁷

Respecto al artículo 347 de este Código, el legislador tabasqueño expresa, en la exposición de motivos, que "el derecho no puede ser ajeno a los avances científicos, tan es así, que incorpora en este artículo la forma de determinar la filiación de los hijos cuyos padres no fueron esposos", estableciendo que la paternidad puede determinarse por reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. Sin embargo, la innovación de este artículo, resulta ser el hecho de que en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal del hijo a la mujer que contrata, razón por la cual transcribimos a continuación el citado numeral.

Artículo 347.-"Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad... Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato."¹⁴⁸

El artículo antes transcrito, nos hace pensar que el legislador tabasqueño da por sentado, que para la realización de la práctica denominada "maternidad por cuenta ajena" o "alquiler de útero", previamente debe existir un contrato, que será el instrumento jurídico, para dar la maternidad legal a la mujer que solicitó dichos servicios por parte de una tercera mujer, lo que nos parece paradójico, es que el legislador establece esta disposición con el ánimo de prevenir controversias

¹⁴⁷ Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 57

¹⁴⁸ Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 58

respecto a la maternidad de un bebé así concebido, sin embargo no contempla la forma, ni el contenido que se debiera respetar en dicho contrato en ningún otro artículo, por lo cual la interpretación y cumplimiento del mismo, quedará en un momento dado al arbitrio del juez de lo familiar, ante el cual se ventilen las cuestiones relativas a la filiación derivada de un acto de maternidad por cuenta ajena.

El artículo 351, nos hace pensar, que existe la posibilidad de que el reconocimiento de la madre, puede ser contradicho por una persona que pretenda tener ese carácter, lo que implica que ya no opere necesariamente el principio de derecho romano, que reza que la madre es cierta en todo momento (*mater semper certa est*), y cuya certeza se derivaba del mismo proceso de gestación y alumbramiento. Sin embargo, la práctica de “maternidad por cuenta ajena”, provoca que dicho principio no pueda ser aplicado tal cual en la actualidad, es por ello que a continuación presentamos dicho artículo.

Artículo 351.–“El reconocimiento hecho por el padre puede ser contradicho por un tercero que a su vez pretenda tener ese carácter. El reconocimiento hecho por la madre puede ser contradicho por una tercera persona que a su vez pretenda tener ese carácter.”¹⁴⁹

De acuerdo al artículo 360, del código de referencia, encontramos que el legislador tabasqueño, también ha previsto el hecho de que existe una presunción referente a que los hijos del matrimonio hijos del marido son y no de ningún otro hombre, pero en este caso establece como excepción a dicho principio, el hecho de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, a lo cual nosotros consideramos que hizo falta agregar que para la realización de tal “contrato”, debe existir también el consentimiento expreso del marido de la mujer “contratada”, de lo contrario cómo podría privarse al marido de esa presunción legal si, supongamos, éste jamás se enteró de la celebración de dicho “contrato”.

¹⁴⁹ Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 59

No obstante lo anterior, consideramos encomiable la intención del legislador tabasqueño de prever las complejidades jurídicas que se presentan con la realización de la “maternidad por cuenta ajena” por estar implicados bastantes personas, a las cuales se les puede afectar, en un momento dado, en su esfera de derechos y obligaciones, es por ello que a continuación transcribimos dicho artículo.

Artículo 360.-“Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.”¹⁵⁰

Hasta aquí llega nuestra exposición en torno a estas interesantes reformas al Código Civil del Estado de Tabasco, mismas que marcan la pauta de legislación en particular de la “maternidad por cuenta ajena”, no toca a nosotros profundizar en torno a la viabilidad o adecuación de las mismas a la realización de esta técnica en la vida práctica, por las consecuencias jurídicas que la misma implica, y por el trato que da al supuesto contrato de maternidad subrogada y sustituta. No obstante, no deja de ser una importante referencia jurídica en torno a la reproducción humana asistida, en nuestro país.

2.8 Derecho Comparado en materia de reproducción humana asistida.

En la actualidad son muy pocos los ordenamientos jurídicos que poseen una legislación integral respecto al tema, en virtud de que en la mayoría de los países la situación legal sobre estas técnicas, se encuentra en un estado Inicial, expresándose en etapas de propuesta, estudio y proyecto de leyes.

No obstante lo anterior, se observa una preocupación por regular la materia en la mayoría de los países del orbe, lo que implica una diversidad de posturas

¹⁵⁰ Código Civil para el Estado de Tabasco, *op.cit.*, p. 60

respecto de la materia que se dan acordes con el contexto sociocultural que en cada país existe, por lo cual resulta necesario crear una uniformidad de criterios de regulación de las técnicas de reproducción asistida, sobre todo entre los países que conforman los ámbitos culturales de oriente y occidente.

En los países occidentales, se ha venido dando una cierta uniformidad de criterios jurídicos respecto a la reproducción humana asistida, a la ingeniería genética, así como al uso y destino de embriones y fetos, criterios que podemos resumir de alguna manera, como a continuación presentaremos.

Comenzamos con los criterios preeminentes en torno a las técnicas de reproducción asistida, entre los cuales encontramos los siguientes.¹⁵¹

- 1) Se acepta la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en caso de esterilidad-infertilidad, que provoquen falta de descendencia en la pareja humana.
- 2) En la inseminación artificial heteróloga, el donador debe ser anónimo.
- 3) Para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida debe mediar un consentimiento informado entre la pareja comitente y los donadores de óvulos o esperma y en su caso de la madre subrogada y el de su marido, si ésta última está casada.
- 4) Debe existir una investigación previa por parte del equipo médico en cuanto a los riesgos que implica el uso de éstas técnicas, para todos los participantes en las mismas.

¹⁵¹ PEREZ FUENTES, Gisela. Algunas reflexiones jurídicas sobre el tema de la esterilidad y las técnicas de reproducción asistida en Cuadernos de Biótica volumen VIII, número 32, 4ª época, 1997, Santiago; España, pp. 1432-14440.

5) Para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debe mediar un estudio socioeconómico y psicológico de la pareja comitente para asegurar el bienestar integral del futuro niño.

6) Existe la obligación del médico de guardar secrecía en cuanto a la identidad del donador, la mujer gestadora y su marido, así como de la propia técnica de reproducción asistida utilizada.

7) Admisión del embarazo de sustitución o de la madre de alquiler sólo en caso de que la mujer de la pareja comitente sea estéril.

8) La donación de gametos humanos, o la gestación por cuenta ajena, deben ser de carácter gratuito.

9) Se debe dar calidad de hijo legítimo al niño nacido por técnicas de reproducción humana asistida, si para su utilización existe consentimiento informado, previo, por parte del marido de la pareja comitente y la negación expresa de la paternidad por parte del donador o el esposo de la madre sustituta.

10) Responsabilidad civil y penal de los profesionistas que participen en la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

Por cuanto hace a los principios jurídicos imperantes en materia de ingeniería genética, se pueden observar entre otros, los siguientes.¹⁵²

1) Existe la prohibición de utilizar datos e informaciones genéticas de las personas.

¹⁵² GISBERT CALABUIG, J.A. Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética. En Revista Mexicana de Justicia, nueva época, número 10, 2000, México pp. 190-193.

2) Se prohíbe la manipulación genética, a efecto de crear; **quimeras**, es decir la fecundación de gametos humanos con el de otras especies animales, para obtener híbridos, o **clones**.

3) No deben producirse armas biológicas exterminadoras de la especie humana, como lo sería la multiplicación de gérmenes productores de toxinas muy peligrosas para la especie humana.

Dentro de los lineamientos jurídicos imperantes en el Derecho Comparado, en materia de embriones y fetos humanos, los siguientes criterios.¹⁵³

1) Limitar la utilización industrial de embriones y fetos humanos, para fines exclusivamente terapéuticos.

2) Prohibir toda creación de embriones por fecundación *in vitro*, para fines de investigación mientras vivan o después de muertos.

3) Prohibir la implantación de un embrión humano en el útero de otra especie animal.

4) Se prohíbe la ectogénesis, es decir el desarrollo de un embrión y feto humano en el laboratorio.

5) No se permite el tráfico comercial sobre los embriones o fetos, ya sean vivos o muertos.

6) Está prohibido el sistema de congelación de embriones, salvo casos especiales, dictaminados por un comité ético de valoración.

¹⁵³ MORENO BOTELLA, Gloria. Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. VIII, 1991, Madrid, España, pp. 88-91.

En el ánimo de ser más puntuales por cuanto hace al Derecho Comparado, presentamos a continuación las legislaciones existentes, más destacadas en la materia concretamente en España, Inglaterra, y Estados Unidos, a efecto de presentar referencias concretas, de disposiciones jurídicas que regulan nuestro objeto de estudio en esos países, en el entendido de que la mayoría de los países europeos presentan legislación o proyectos de ley, al respecto, pero que para efectos de no volver engorroso este trabajo, sólo se presentarán los países más representativos por las posiciones que han adoptado respecto a la materia.

2.8.1 Legislación Española.

La doctrina española establece a su país, como la nación que va a la vanguardia legislativa en cuanto a la reglamentación de las técnicas de reproducción asistida, estando así orgullosos de la creación de la Ley 35/1988 del 22 de noviembre de ese año y que regula las técnicas de reproducción asistida, llamándose por sus siglas la Ley T.E.R.A., misma que se encuentra íntimamente relacionada con la Ley 42/1988, del 22 de diciembre de 1988. la cual se refiere a donación y utilización de embriones y fetos humanos, así como de sus células, tejidos y órganos.¹⁵⁴

Por cuanto hace a la Ley T.E.R.A. encontramos que se compone de 21 artículos, agrupados en ocho capítulos cuyas rúbricas son:¹⁵⁵

- Capítulo I “Ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción asistida” (art. 1).
- Capítulo II “Principios generales”. (arts. 2-4)
- Capítulo III “De los donantes, que se divide en dos partes, la primera referente a los usuarios de las técnicas y la segunda a los padres e hijos.” (arts. 5-10)

¹⁵⁴ MORENO BOTELLA, Gloria. *op. cit.* p. 92.

¹⁵⁵ OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. La filiación en España, jurisprudencia y doctrina, ed. Comares, Granada; España, 1996, pp.372-390.

- Capítulo IV “Crioconservación y otras técnicas, que también se divide en dos partes, las cuales son: el diagnóstico y tratamiento, por una parte, y por otra la investigación y experimentación.” (arts. 11-17)
- Capítulo V “Centros sanitarios y equipos biomédicos.” (arts.18-19)
- Capítulo VI “De las infracciones y sanciones.” (art.20)
- Capítulo VII “Comisión Nacional de Reproducción Asistida.” (art. 21)

La presentación de cada uno de los artículos que componen la ley T.E.R.A., resultaría inapropiada para el ánimo de este capítulo, el cual es únicamente presentar *grosso modo* las posturas jurídicas que imperan en las legislaciones de diversos países, en torno al tema, sin embargo, consideramos pertinente presentar las disposiciones generales que contiene esta Ley y que merecen destacarse, como lo serían a nuestro criterio, las siguientes.¹⁵⁶

1) Esta Ley, regula concretamente las siguientes técnicas de reproducción asistida; la inseminación artificial, la fecundación artificial, la transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos, cuando estén clínica y científicamente autorizadas y acreditadas, por equipos especializados.

2) Estas técnicas están limitadas, en la prohibición de la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto de la procreación humana.

3) El fin fundamental de esta ley, es luchar contra la esterilidad humana, aunque también contempla la posibilidad de prevenir enfermedades genéticas y la investigación.

4) Las receptoras han de ser mujeres mayores de edad en buen Estado de salud psico-físico, que hayan aceptado libre, consciente, expresa y por

¹⁵⁶ MORENO BOTELLA, Gloria. *op. cit.* p. 93-100.

escrito y si la mujer estuviese casada, es necesario además el consentimiento del marido.

5) La donación de gametos y preembriones, debe ser a través de un contrato formal, gratuito y secreto entre el donante y el centro autorizado.

6) Esta ley, contempla como formas legales de la reproducción asistida, las siguientes; La reproducción asistida dentro del matrimonio, en el concubinato, en mujeres sin pareja, la reproducción *post mortem* y la reproducción subrogada o de acogida (alquiler de útero).

7) Se establece la nulidad de pleno derecho al contrato de subrogación o maternidad subrogada, sin embargo, consideramos pertinente puntualizar que, en esta ley, se admite la técnica más no el contrato.

8) La crioconservación de los gametos masculinos, del preembrión y óvulos fecundados dentro de los primeros catorce días de desarrollo, sólo puede darse en un plazo máximo de cinco años.

9) Se permite la intervención sobre el preembrión vivo *in vitro*, únicamente con fines terapéuticos.

10) Esta ley, contempla una serie de prohibiciones y sanciones, respecto al mal uso y manejo de las técnicas de reproducción asistida, es por ello que se correlaciona con la Ley General de Sanidad, respecto a infracciones y sanciones de la materia.

11) Crea una Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

Ley que se ha visto complementada y perfeccionada por una serie de decretos reales que sirven de disposiciones secundarias que posibilitan la

operatividad de la misma, tales como el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, que establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana y el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo que establece los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.¹⁵⁷

Por su parte, la Ley 42/88, referente a la donación y utilización de embriones y fetos humanos, limita la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, para los siguientes fines.¹⁵⁸

- a) Fines diagnósticos. De las enfermedades genéticas y hereditarias, para evitar su transmisión o curarlas.
- b) Fines industriales de carácter preventivo, diagnóstico o terapéutico. Como la fabricación por clonación molecular o de genes, de productos de interés sanitario o clínico, en cantidades suficientes y sin riesgo biológico, cuando no sea conveniente por otros medios como, hormonas y proteínas de sangre.
- c) Fines terapéuticos. Seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas al cromosoma X, evitando con ello la transmisión de enfermedades hereditarias.
- d) Fines de Investigación. Estudio de las secuencias del ADN del genoma humano, su localización y su patología.

¹⁵⁷ http://www.datadiar.com/actual/legislacion/penal/l35_88.htm

¹⁵⁸ DOBERING GAGO, Mariana. Status jurídico del preembrión, en la reproducción asistida, en Revista Jurídica, número 28, 1998, México, pp. 260-263

Consideramos que el esquema presentado, en este apartado, nos da una clara idea del contenido de la legislación española en la materia, la cual, es en la actualidad el marco jurídico más completo en cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, no perdamos de vista que el continuo desarrollo de la ciencia exige a cualquier legislación su adecuación a efecto de regular integralmente la amplia gama de supuestos de hecho, que pueden derivarse del uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida.

2.8.2 Legislación de Inglaterra.

Gran Bretaña, es uno de los países en los que se encuentra vigente el sistema jurídico denominado *Common Law*, en el cual los precedentes judiciales son de suma importancia para la solución de los casos concretos, por lo que, el análisis y conclusión de los problemas que surgen entre las personas está determinado en gran medida por el arbitrio del juzgador.

Lo que nosotros conocemos por jurisprudencia, constituye la principal fundamentación jurídica para resolver los diferentes casos judiciales que se presentan en las cortes, en virtud de que en el sistema de derecho común, no se guían con mayor fuerza jurídica en leyes compendias y sistematizadas en códigos y leyes , como en nuestro sistema jurídico.

Por lo anterior, la posición jurídica de los jueces ingleses, respecto de las técnicas de reproducción asistida y en particular de la maternidad subrogada, la podemos encontrar en el informe Warnok, elaborado por una comisión del parlamento ingles en 1984, presidida por Lady Mary Warnok, y de ahí el nombre del mismo, este informe, provocó la creación del proyecto de Ley 141 sobre

“fertilización humana y embriología”, presentado al parlamento inglés en 1990, convirtiéndose en ley el primero de noviembre de ese mismo año.¹⁵⁹

Este informe recomienda entre otras cosas, utilizar solo estas técnicas en parejas ya sean casadas o estables, rechazando expresamente su uso en mujeres solas o en parejas lesbianas u homosexuales.

Se admite la donación de embriones y óvulos, aunque sólo se podrán llevar a cabo con licencia de la autoridad competente y con respeto absoluto al anonimato del donante. No obstante para evitar problemas de consanguinidad se debe limitar el número de óvulos o semen que pueda donar una persona.

En cuanto la filiación, se establece que los hijos de los donantes, serán legítimos de la mujer y el hombre que figuran como padres, sin que tenga el donante ningún derecho-deber respecto a ellos. Y en el caso de fecundación post-mortem, que ellos rechazan, el niño así nacido no tendría ningún derecho hereditario respecto del padre.

Por lo que respecta al estatus jurídico del embrión, se admite la experimentación embrionaria hasta los catorce días de su fertilización, considerándose delito si se realiza después.

Por cuanto hace a la maternidad de alquiler, el informe Warnok, la rechaza totalmente, considerando como madre a la mujer que alumbró a la criatura y definiendo a la maternidad de alquiler como, “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ SILVA RUIZ, Pedro. Programación humana asistida, la maternidad subrogada, suplente o sustituta, en Anuario, volumen 21, 1998, Valencia; Venezuela, pp. 141-150

¹⁶⁰ BARRAGÁN C., Velia Patricia. La reproducción humana asistida: marco jurídico, en Revista Ius, no. 3, diciembre 1991, Durango, México, p. 6

Este informe señala, que en esta práctica, hay varias personas envueltas, así como posibilidades diferentes de incluir varias personas que serán relevantes en la concepción de la criatura, desde su nacimiento, hasta el medio ambiente familiar, por lo menos los primeros días, semanas o meses, desde su nacimiento.

En la maternidad subrogada, la mujer que contrata a otra puede ser también la madre genética si provee el óvulo o puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente, el padre genético puede ser el marido de la mujer o el marido de la madre suplente, o bien un donador, lo que hace que esta practica sea demasiado compleja.

En el artículo titulado *“the surrogacy scandal, (el escándalo de la madre sustituta)*, escrito por Lady Warnock, sostiene que la maternidad subrogada, le parece moralmente repugnante, ya que sostiene que el móvil principal de la misma es el dinero y no el amor, y que ello pervierte la relación que debiera existir entre la madre y un hijo.¹⁶¹

Por su parte el informe Warnock, concluye respecto de la maternidad subrogada, que existen objeciones morales y sociales que pesan mucho sobre ellos, como por ejemplo, cuando esta práctica se da por mera conveniencia, como lo sería que una mujer que está físicamente capacitada para procrear una criatura pero no desea embarazarse, es totalmente inaceptable, lo que llama especialmente nuestra atención si tomamos en cuenta que quien presidía esta comisión era precisamente Helen Mary Warnock, quien es miembro de la Academia Británica, Filósofa británica especializada en filosofía moral, filosofía de la educación y filosofía de la mente, estudiosa del existencialismo, quien desde su formación académica arribo a tales conclusiones.¹⁶²

¹⁶¹ SILVA RUIZ, Pedro. El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler, en Revista Judicial, año 12, no. 42, marzo 1988, San José de Costa Rica, p.141

¹⁶² http://es.wikipedia.org/wiki/Mary_Warnock

El peligro de explotación de un ser humano por otro, que tácitamente implica la maternidad sustituta, es otra circunstancia que pesa más que los beneficios potenciales, pues es moralmente objetable y rechazable que personas puedan tratar a otras como medios para sus propios fines.

En virtud de lo anterior, este informe recomienda, aprobar legislación que sancione criminalmente la creación o el funcionamiento de establecimientos comerciales que recluten mujeres para servir de madres suplentes o convengan realizar contratos de maternidad subrogada, así como legislación que declare ilegal todo convenio de maternidad subrogada y por consiguiente inexigible en los tribunales.¹⁶³

Consideramos que hemos presentado *grosso modo* la posición jurídica de Inglaterra respecto de las técnicas de reproducción asistida, y en particular de la maternidad subrogada, que será en los capítulos subsecuentes el tema central de este trabajo de investigación.

2.8.3 Legislación de Estados Unidos.

Estados Unidos, al igual que Inglaterra, pertenece al sistema jurídico denominado *common law*, en donde los precedentes y resoluciones judiciales, tienen gran relevancia en la solución de casos concretos, es por ello, que en relación al criterio judicial, que se sigue en ese país respecto de la maternidad subrogada, resulta pertinente referirnos a casos que al respecto se han dirimido en las cortes, puesto que es en este país en donde se presentan el mayor número de prácticas médicas de reproducción asistida y más aún es el país que sociológicamente más influye en nuestra sociedad a tal grado que llega a permear incluso las regulaciones jurídicas.

¹⁶³ *Ibidem*, p.143.

A manera de ejemplo del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida y a efecto de no particularizar demasiado, convendría hacer referencia al concepto que de maternidad suplente, sustituta o subrogada se tiene en ese país, porque como ya lo hemos mencionado es una técnica que encierra a varias técnicas reproductivas en su desarrollo e implantación, lo que nos parece idóneo en relación con la materia del presente trabajo y más aún porque la maternidad subrogada descansa en un **contrato**, donde la madre suplente conviene en inseminarse artificialmente, luego de gestar a la criatura así concebida en su vientre, y al dar a luz, renunciar a todos los derechos sobre la misma, el donante de semen sería el padre biológico de la criatura, el cual aceptaría la responsabilidad de hacerse cargo de la custodia del bebé. La esposa del donante del semen y la madre suplente consienten a la inseminación artificial y al contrato, el esposo de la madre suplente a su vez, consiente en la inseminación artificial con semen de tercero. Además la esposa del donante del semen, conviene en adoptar al niño y a la madre suplente se le paga por sus servicios, actos que desde luego resultan ser muy interesantes desde el punto de vista jurídico, concretamente materias como la civil, familiar e incluso la rama penal.¹⁶⁴

Los estudiosos de estos temas, nos informan, que el estado de derecho de los Estados Unidos, a nivel estatal es confuso, perfilándose en el orden judicial una tendencia a declarar válido el contrato de maternidad subrogada, mientras en el orden legislativo la situación es de desconcierto, pues los proyectos de ley presentados son de todo tipo y naturaleza, van desde la total aprobación, hasta el completo rechazo, con matices de toda índole.¹⁶⁵

De esta manera, podemos observar que en el Estado de New Jersey, el Supremo Tribunal, ha declarado nulo e inexigible el contrato de maternidad subrogada, por lo contrario a la legislación y política estatal, por su parte en Kentucky se han reconocidos como válidos dichos contratos, porque su fin es

¹⁶⁴ SILVA RUIZ, Pedro. El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler, *op.cit.* p.143

¹⁶⁵ BARRAGÁN C., Velia Patricia. *op. cit.* p. 7

ayudar a las parejas infértiles a tener hijos, sin embargo, el Procurador General de ese Estado, emitió una opinión en enero de 1981, aduciendo a que si los contratos de maternidad subrogada, descansan sobre el pago de dinero a cambio de la entrega de un menor, estos deben ser declarados ilegales e inexigibles.¹⁶⁶

No obstante lo anterior, en Estados Unidos, la opinión más generalizada postula la necesidad de aprobar legislación especial, que resuelva las múltiples interrogantes que suscita el contrato de maternidad subrogada, pues tal parece que se trata más de un “acuerdo entre caballeros” que de un contrato, además de que la legislación existente sobre inseminación artificial u otras técnicas de reproducción asistida, no resuelve todas las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea.

Toca analizar a continuación, el primer caso tratado en los tribunales norteamericanos, que tiene que ver específicamente con la problemática que se suscita con la práctica de la maternidad subrogada, y que fue denominado el caso “*baby M*”, (bebé M), el cual comienza en 1985, cuando William Stern, bioquímico y su esposa Elizabeth, pediatra, convinieron con Mary Whitehead, mujer casada, un contrato de maternidad subrogada o maternidad de alquiler.¹⁶⁷

Las personas mencionadas se conocieron por mediación del centro de infertilidad de Nueva York, los esposos Stern, escogieron a la señora Whitehead, después de revisar y rechazar las solicitudes de 300 mujeres, pues fue la candidata cuyas cualidades admiraron más.

El contrato acordado estipulaba que se le pagarían a la madre suplente diez mil dólares, más gastos médicos, la señora Whitehead, nunca aceptó el pago. Al Centro de Infertilidad, se le pagaron diez mil dólares.

¹⁶⁶ *Ibidem*. pp. 7-9

¹⁶⁷ SILVA RUIZ, Pedro. El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler, *op.cit.* p.139

Nacida la criatura, la señora Whitehead se la llevó a su casa. Tres días más tarde, los esposos Stern la recogieron, a la mañana siguiente, la señora Whitehead fue a la casa de los Stern y consiguió que le devolvieran a la niña, después de una acalorada discusión. A las dos semanas, al regresar los Stern a buscar a la niña, la señora Whitehead se negó a entregarla.

Durante el siguiente mes, los esposos Stern, mediando orden judicial, recobraron la custodia temporal de la bebé. Entre tanto se resolvía el caso, el tribunal ordenó que a la señora Whitehead se le permitiera ver a la bebé y estar junto a la criatura, en un hogar para niños de la comunidad, dos horas y dos veces a la semana.

La señora Whitehead, llamó a la menor Sara, los esposos Stern, la llamaron Melissa, de ahí que el tribunal se tomará como el caso de la bebé M, en este caso, los esposos Stern alegaron que la señora Stern no puede procrear por razones médicas. Sin embargo, la señora Whitehead, alegó que la doctora pediatra Stern, puede procrear, pero que contrató con ella la maternidad sustituta, porque la preñez interrumpiría el ejercicio de su lucrativa profesión, lo cual imprimía motivaciones egoístas a la doctora Stern.

El tribunal estatal inferior resolvió luego de una exposición de jurisprudencia, que aunque en la casuística no se mencionan los métodos de reproducción alternativa, ello no significa que la reproducción no coital está excluida de las protecciones constitucionales, por lo cual debe razonarse que si uno tiene el derecho a la procreación sexual coital, entonces uno tiene el derecho a la reproducción no coital asexual. Por lo cual si es la reproducción lo que está protegido, entonces los medios para lograrla también están protegidos, por lo cual este tribunal resolvió que los medios protegidos se extienden a las madres subrogadas.

La decisión emitida por el tribunal inferior, en el caso bebé M, fue evidentemente dar la custodia de la menor a los esposos Stern, la cual fue revocada por el Tribunal Superior de Nueva Jersey que declaró nulo e inexigible el contrato de maternidad subrogada por contrario a la legislación y política pública estatal, aduciendo que el derecho a la procreación, el cual está reconocido constitucionalmente, se refiere simplemente al derecho de tener hijos bien sea mediante relaciones sexuales o por inseminación artificial y que en el caso analizado el señor Stern no fue privado de ese derecho, puesto que por mediante inseminación artificial con su semen a la señora Whitehead, la bebé M resulta ser su hija.

El Tribunal Superior estableció que en el caso de la bebé M no había lugar a duda de que el dinero era pagado para obtener una adopción y no por los servicios personales de la madre suplente o subrogada, y establecía que si fuera el caso de un contrato de maternidad subrogada gratuito esto no ofendería la legislación vigente pues no se le obligaría a una madre, por haberle entregado un dinero a renunciar a su hijo.

Este tribunal además establece que la guardia y custodia, compañía y crianza que siguen al nacimiento de un ser humano, no son parte del derecho a la procreación, son derechos que pudieran también estar constitucionalmente protegidos pero que comprenden otras muchas consideraciones, así que concluye diciendo que el derecho a la procreación es mejor entendido y protegido si se le circunscribe a sus elementos esenciales y cuando se trata de otros derechos sobre la criatura resultante, otros intereses entran en juego. Por lo cual el tribunal superior determinó dar la custodia de la bebé M a la señora Whitehead y conceder derechos de visita al padre de la niña el señor Stern.

Encontramos una resolución judicial contraria al caso de la bebé M, el cual, se denominó el caso del bebé Johnson, el cual se dio en California y se refiere a un varón nacido el 19 de septiembre de 1990, y cuyos antecedentes son que en

enero de ese año Anna Johnson, una enfermera de 29 años y madre soltera residente de Orange Country, California, contrató procrear el hijo de Mark y Crispina Calvert. Se le pagarían diez mil dólares por gestar el embrión creado mediante fertilización *in vitro* con los gametos de los Calvert.

De esta manera una vez que fue implantado en el útero de Johnson, el embrión de los Calvert, dicha mujer lo gestó hasta su alumbramiento, pero al momento de nacer se negó a entregar al niño, por lo que el caso fue llevado a la Corte, y el Tribunal Superior de California a través del Juez Richard Parslow, resolvió que el “bebé de probeta” era hijo de sus progenitores genéticos y no de la madre subrogada.

Otro caso de gran relevancia que se ha llevado en las cortes de Estados Unidos es el seguido por la Asociación de Paternidad subrogada contra el Estado Kentucky, en donde el Tribunal Supremo de ese Estado por mayoría declaró válido un contrato de maternidad subrogada, reconociendo que “la decisión o no de concebir o procrear un niño, está en el corazón mismo de las alternativas constitucionalmente protegidas.

Este tribunal determinó que existen diferencias fundamentales entre las disposiciones del contrato de maternidad subrogada y la legislación que prohíbe se pague beneficio económico o material alguno por la adopción de un menor de edad, pues en dichos contratos la madre recibe una remuneración por sus servicios, pero no por obligarse a dar a la criatura en adopción. Sostuvo además que entregar la custodia al padre biológico-jurídico el niño, no tiene como finalidad quitarse el peso y la responsabilidad de una crianza, sino que el fin perseguido con estos contratos es ayudar a una pareja estéril a tener un hijo, biológicamente relacionado con al menos uno de ellos.

En la decisión de este tribunal encontramos que se extiende la protección constitucional a la libertad de procreación, a la maternidad subrogada y que

declara inaplicable la legislación que prohíbe se pague beneficio económico o material en la adopción de menores, por entender que presentan situaciones diferentes.

De los dos casos planteados puede observarse perfectamente la divergencia de opiniones judiciales en un mismo país, cierto es que el sistema jurídico que regula la vida de esa nación es completamente independiente de un estado a otro pero la sociedad es prácticamente la misma y ante situaciones parecidas se ha fallado de forma contraria, claro está que en el caso del bebé Jhonson, el Juez tomó en consideración también la procedencia biológica del embrión aunque de todas maneras se trataba de validar un contrato de maternidad sustituta que en este caso quedo validado con la salida jurídica que ofrece la adopción.

Los casos presentados llaman nuestra atención porque no hay que dejar de lado la fuerte influencia que en todos sentidos ejerce sobre nuestra sociedad el país vecino, de tal manera que muchas problemáticas que hoy en día constituyen nuestros conflictos sociales se han generado en dicho país y posteriormente se han presentado en el nuestro como consecuencia de los movimientos migratorios que se dan a gran escala entre ambos países, de lo cual se infiere que no es lejano el día en que se estén llevando a los distintos juzgados de lo familiar las controversias derivadas de la procreación, gestación, filiación, patria potestad, guarda y custodia, alimentos, derechos hereditarios de seres humanos concebidos por medio de cualquier técnica de reproducción humana asistida o bien gestados y alumbrados mediante un contrato de alquiler de útero, la cercanía de tales hechos se vislumbra ya en el horizonte de nuestra sociedad, bástenos para afirmar esto simplemente escuchar toda la propaganda que encontramos de clínicas de solución a la esterilidad e infertilidad en los distintos medios de comunicación de nuestro país.

CAPITULO III.
**“DERECHO, BIOÉTICA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA.”**

"Ni la sociedad, ni el hombre, ni ninguna otra cosa deben sobrepasar para ser buenos los límites establecidos por la naturaleza."

Hipócrates

3.1 Derecho.

Recordando pasadas lecciones de Introducción al estudio del derecho podríamos referirnos lisa y llanamente al concepto que nos ocupa como el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida del hombre en sociedad, enunciado cierto pero quizá limitado a los ojos de diversas posturas ideológicas, que pueden emitir una definición por demás profunda y acabada, así, para efectos del presente trabajo considero prudente ahondar un poco más al respecto.

No puede pasar desapercibido que el derecho está sometido a diversas influencias y es permeable a la cambiante realidad social, de tal manera que el mismo se presenta en una sociedad como la interacción de tres dimensiones: **la norma**, expresada como una regla exterior que regula la conducta humana, **el hecho social** o situación en un contexto social y **el valor** como el sentido, finalidad y justificación de una norma.

Sabemos que el derecho en tanto orden normativo se forma por normas jurídicas obligatorias, de las cuales se puede exigir su aplicación coactiva a través de órganos establecidos para ello los cuales tienen los medios para hacerlas cumplir, existiendo tres criterios a tener en cuenta en una norma para pertenecer a este conjunto, que se identifican como la validez, la eficacia y la justicia.

No obstante lo anterior, es pertinente mencionar que cualquier derecho debe incluir una serie de valores o exigencias expresadas en: normas generales, las cuales siendo emitidas por el mismo Estado resulten ser claras y comprensibles, lo que implica que no tengan contradicciones para que todo esto facilite su aplicación.

Además nos queda claro que el derecho como hecho social, se produce en cada comunidad en particular siendo configurado por los grupos y fuerzas que de manera desigual operan en ella, por tanto, es parte de esa comunidad, en cuanto se encuentra en relación con los demás factores sociales, de tal manera que éste no desempeña siempre las mismas funciones en todas las sociedades. El derecho en una comunidad madura no es algo que se transforme súbitamente a golpe de nuevas mayorías políticas sino que va evolucionando con el paso del tiempo, responde a los deseos de una mayoría y puede existir la desviación de una minoría que no acepte esos usos.

De lo anterior se deduce que el derecho tiene que ser legítimo, para no provocar su rechazo social. Cuando se pretende establecer la legitimidad de un derecho podemos señalar cinco premisas las cuales son: 1) legitimidad de origen, dada por la legitimidad misma del órgano que las dicta, 2) legitimidad de contenido, en cuanto a los hechos sociales que regula, 3) tiene que respetar a las minorías, 4) la eficacia de las normas en cuanto a su aplicación práctica y 5) las normas jurídicas han de ser justas, es decir deben ser ajenas a cualquier arbitrariedad.

Siendo la última de las premisas señaladas en el párrafo anterior las que nos lleva a sostener que el Derecho en tanto valor es el instrumento a través del cual se realiza la Justicia, consistente en la vieja máxima de dar a cada quien lo suyo, finalmente, nos contentaremos en este apartado en dar algunas definiciones doctrinarias del concepto que nos ocupa a efecto de respaldar con autoridades de la materia lo antes manifestado.

El jurista Eduardo García Maynez atribuye a la palabra derecho la siguiente acepción:

“El derecho en un sentido objetivo es un conjunto de Normas impero-atributivas de tal manera que el derecho subjetivo es una función del objetivo, éste es la norma que permite o prohíbe, aquél el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo pues siendo la posibilidad de hacer (o omitir) lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de

la licitud...El tecnicismo puede usarse para designar tanto un precepto aislado, como un conjunto de normas o incluso todo un sistema jurídico.”¹⁶⁸

Por su parte el profesor Fernando Flores Gómez González, respecto al concepto que nos ocupa señala:

“La palabra Derecho proviene del vocablo latino *Directum* que significa en su primer origen lo que dirige o es bien dirigido, no apartarse del buen camino, seguir el sendero señalado por la Ley. En general se entiende el conjunto de normas jurídicas creadas por el poder legislativo *para regular la conducta externa de los hombres en sociedad y en caso de incumplimiento está provisto de una sanción judicial*. Además de regular la conducta humana, el derecho establece los órganos del Estado, así como los servicios públicos.”¹⁶⁹

Luego de abundar sobre la problemática que ofrece establecer un concepto de Derecho, Miguel Villoro Toranzo afirma al respecto:

“Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.”¹⁷⁰

Con lo anterior, consideramos que bien podemos expresar una definición de Derecho que lo considere ese conjunto de normas impero atributivas que constituyen el llamado derecho objetivo que a su vez genera la facultad de los ciudadanos de reclamar para sí las facultades que el derecho objetivo consagra a su favor dando así vida al denominado derecho subjetivo, siendo esto una expresión del equilibrio social, que encuentra en esta dinámica la salvaguarda de los intereses más preciados de la supervivencia del hombre en sociedad.

Partiendo de este concepto considero que podemos continuar con el tema que nos ocupa, el cual reside en evidenciar la relación existente entre el derecho y la bioética, así como las proyecciones de esa relación en un futuro inmediato.

¹⁶⁸ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 42ª ed., ed. Porrúa, México, 1991, p. 36

¹⁶⁹ FLORES GOMEZ GONZALEZ, Fernando. *Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil*, ed. Porrúa, 6ª edición, México, 1990, p. 3

¹⁷⁰ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. Porrúa, 7ª edición, México, 1987, p. 127.

3.2 Principios Generales del Derecho.

Los principios generales del derecho son una de las cuestiones más complejas y polémicas para poder definir y por ello los estudiosos del Derecho no se ponen de acuerdo, por existir entre otras causas, diferencias de corrientes del pensamiento jurídico como por ejemplo; los ius naturalistas, los ius positivistas, los legalistas, los filósofos del derecho, los legisladores y aún los mismos jueces, pues cada uno cuenta con su muy particular punto de vista. Para algunos, dichos principios son los del derecho romano, para otros, los universalmente admitidos por la ciencia jurídica y, otros más, los identifican con los del derecho natural.

No siendo nuestra intención entrar a un estudio profundo de los mismos, en este apartado comenzaremos haciendo referencia a lo que menciona nuestra Jurisprudencia al respecto de los principios generales del derecho:

“DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS.

En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues **el artículo 14 de la Constitución Política** de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que **"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."**; mientras que en su párrafo tercero dispone que "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.". Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, **exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento**, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se tenga en el sitio y época en que se emitan los

preceptos que lo vayan integrando, debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen.”

No. Registro: 189,723, tesis aislada, materia(s): común, novena época, instancia: Segunda Sala, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XIII, Mayo de 2001, tesis: 2a. LXIII/2001, página: 448
Amparo directo en revisión 1124/2000. Abel Hernández Rivera y otros. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Minerva Cifuentes Bazán.¹⁷¹

Jurisprudencia que hace mención al fundamento constitucional de los principios generales del derecho el cual descansa en el artículo 14 de nuestra Carta Magna y que además indica que de los textos de las normas legales se desprenden los principios generales, concediéndoles con ello una universalidad tal que se deduce que muchos de ellos subyacen en las normas de derecho positivo, corroborando el anterior criterio, la siguiente tesis que a la letra dice:

“INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO.

De acuerdo con el cuarto párrafo del **artículo 14 de la Constitución** Política de los Estados Unidos Mexicanos, el órgano jurisdiccional, al resolver la cuestión jurídica que se le plantee, deberá hacerlo 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**. En este sentido, los juzgadores no están obligados a aplicar un método de interpretación específico, por lo que válidamente pueden utilizar el que acorde con su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto. Sin embargo, en principio deberá utilizarse el literal, pues como lo establece el propio precepto constitucional, los fallos judiciales deberán dictarse "conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley", con lo que se constriñe al juzgador a buscar la solución del problema que se le presente, considerando en primer lugar lo dispuesto expresamente en el ordenamiento jurídico correspondiente.”

No. Registro: 181,320, tesis aislada, materia(s): común, novena época, instancia: primera sala, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XIX, junio de 2004, tesis: 1a. LXXII/2004, página: 234
Amparo directo en revisión 1886/2003. Miguel Armando Oleta Montalvo. 31 de

¹⁷¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencias y Tesis Aisladas, CD Rom, Ius 2006

marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz.¹⁷²

Por otro lado, resulta ilustrativo conocer el criterio de algunos doctrinarios respecto del concepto que nos ocupa, es así que en el ánimo de tener una visión más amplia en torno del mismo a continuación se transcriben algunas definiciones de diversos autores las cuales nos pondrán en una situación mejor de emitir el propio concepto de los Principios Generales del Derecho.

Tenemos que para el maestro Rafael Preciado Hernández, los principios Generales del Derecho son:

“estos son los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual.”¹⁷³

Por su parte el maestro Ignacio Galindo Garfías, menciona:

“son conceptos fundamentales que pueden ser conocidos mediante inducciones sucesivas, coordinando las normas o preceptos que regulan una institución jurídica hasta llegar, objetivamente, por abstracción, a encontrar esos conceptos o ideas centrales.”¹⁷⁴

Puig Peña los define como:

“aquellas verdades o criterios fundamentales que forman el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un orden determinado de cultura condensados generalmente en reglas o aforismos transmitidos tradicionalmente, y que tienen virtualidad y eficacia propia, con independencia de las normas formuladas de modo positivo”¹⁷⁵

Para el tratadista Italiano Francesco Carnelluti, estos principios son:

“no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, se encuentran dentro del derecho escrito... son el espíritu o la esencia de la ley.”¹⁷⁶

¹⁷² *Idem*

¹⁷³ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, Principios Generales del Derecho, Wikipedia la enciclopedia libre http://es.wikipedia.org/wiki/Principios_generales_del_Derecho

¹⁷⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, ed. Porrúa, México, 1997, p.100

¹⁷⁵ PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil, Madrid, 1957, p.46

¹⁷⁶ FRANCESCO CARNELLUTI, Sistema de Diritto Processuale Civile. Funcione e composizione del Processo, Padova, 1936, p. 120 *citado por* GARCÍA MÁYNEZ, Introducción al estudio del Derecho, ed. Porrúa, 42ª edición, México, 1991, p. 371.

Nicolas Coviello, citado por el Doctor García Máynez, dice que son:

“...los fundamentales de la misma legislación positiva que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de derecho romano y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano y científicos, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente.”¹⁷⁷

Según el **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, de la Universidad Autónoma de México, los principios generales de derecho son:

“Criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación...el fundamento de esos principios es la naturaleza humana racional, social y libre; ellos expresan el comportamiento que conviene al hombre seguir en orden a su perfeccionamiento como ser humano”¹⁷⁸

De lo anterior, considero que estamos en la posibilidad de manifestar respecto de los **Principios Generales del Derecho** que son: Verdades supremas que provienen de la razón y que sirven de base orientadora para que el Juzgador en un momento dado pueda solucionar casos concretos de especial naturaleza y dificultad ante el hecho de que no exista al respecto norma aplicable con los cuales se podrá resolver con fundamento en lo que se estime más justo según una concepción global del ordenamiento vigente, siendo de esta manera fuente inagotable del Derecho e imperando más allá de las normas positivas, por estar constituidos por la naturaleza misma de las cosas, al ser el derecho que vive en la conciencia común del pueblo

De los conceptos anteriormente citados y más aún del propio ya expresado podemos señalar ciertas características de los principios generales del derecho como son: Ser de naturaleza normativa, al estar regulados en una legislación vigente, son válidas por ser de máxima generalidad y aceptación, son lógicos, son éticos, son racionales, se usan para solucionar las deficiencias de la ley,

¹⁷⁷ COVIELLO, Nicolas, *Doctrina General del Derecho Civil*, p.96, citado por GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, 42ª edición, México, 1991, p. 370.

¹⁷⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico*

constituyen lo abstracto en el ordenamiento jurídico positivo, se obtienen mediante inducciones sucesivas, objetivas o también puede ser por deducciones partiendo de los principios racionales, son fuente inagotable del Derecho, se derivan de factores culturales, no se encuentran expresamente establecidos en una norma escrita, no son contrarios a los preceptos positivos vigentes, no son particulares de cada pueblo o nación, su fundamento se encuentra en la naturaleza humana racional, social y libre.

Sólo de manera enunciativa, baste señalar algunos de los principios generales del derecho que el seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México presenta en su página electrónica y que a continuación se transcriben:

- 1.- Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.
- 2.- Quien puede lo más, puede lo menos.
- 3.- Quien sabe y consiente no recibe injuria ni engaño.
- 4.- Nadie está obligado a lo imposible.
- 5.- Nadie debe enriquecerse con daño de otro.
- 6.- Nadie debe ser condenado sin ser oído.
- 7.- Lo que no consta en los autos del pleito, no existe en el mundo.
- 8.- Las convenciones de los particulares, no derogan al Derecho Público.
- 9.- En todas las cosas y muy particularmente en el Derecho, debe atenderse a la equidad.
- 10.- El Derecho nace del hecho.
- 11.- Las cosas que se hacen contra el Derecho se reputan no hechas.
- 12.- El error quita la voluntad y descubre la impericia de su autor.
- 13.- El género se deroga por la especie.
- 14.- Se entiende que hace la cosa, aquél a cuyo nombre se hace.
- 15.- Las palabras deben entenderse de la materia de que se trata.
- 16.- Lo que es nulo no produce efecto alguno.
- 17.- Se presume ignorancia si no se prueba ciencia.
- 18.- Nadie puede alegar en su beneficio, la propia torpeza.
- 19.- Lo que no está prohibido, está permitido.
- 20.- El primero en tiempo, es primero en derecho.
- 21.- Donde la ley no distingue, no hay por qué distinguir.
- 22.- Donde hay la misma razón, es aplicable la misma disposición.
- 23.- No hay mejor testigo que el papel escrito.
- 24.- No se puede ser juez y parte de una misma causa.
- 25.- Donde no hay ambigüedad, no cabe interpretación.
- 26.- Es inadmisibles toda interpretación que conduzca a lo absurdo.
- 27.- La sentencia solo obliga a las partes.
- 28.- Las obligaciones no se presumen, hay que demostrarlas.
- 29.- El que afirma está obligado a probar.
- 30.- El que no hace lo que debe, hace lo que no debe.

- 31.- El poseedor se presume propietario.
- 32.- El derecho público no puede renunciarse por los particulares.
- 33.- La ignorancia de la ley, no exime de su cumplimiento.
- 34.- Nadie debe ser juzgado dos veces por la misma causa.
- 35.- La cosa que ha sido entre unos, no beneficia ni perjudica a los demás.
- 36.- No hay pena sin ley.
- 37.- Los hechos negados no necesitan prueba.
- 38.- Nadie tiene derecho a hacerse justicia por su propia mano.
- 39.- No hay tributo si no está previsto en la ley.
- 40.- A confesión de parte, relevo de prueba.
- 41.- Las leyes nuevas, deben respetar los derechos adquiridos.
- 42.- No se puede conocer la verdad, sino atendiendo las circunstancias del ilícito.
- 43.- No debe ser oído en juicio, el que pide cosas contradictorias o se contradice a sí mismo.
- 44.- El abogado solo debe alegar razones, no denuestos.
- 45.- Una cosa es vender y otra consentir en la venta.
- 46.- El alegato de una parte de ninguna manera es derecho.
- 47.- Ninguno puede poner a otro una condición inicua.
- 48.- El argumento que se toma del absurdo no es válido en Derecho.
- 49.- En derecho vale el argumento que se forma del sentido contrario.
- 50.- El argumento que se forma del sentido contrario cesa si lo contradicen otras leyes.
- 51.- El caso se decide por el Derecho común.
- 52.- La voluntad aunque sea forzada, es voluntad.
- 53.- La confesión hecha una vez, no puede retractarse sino en el acto.
- 54.- La costumbre es la mejor intérprete de las leyes.
- 55.- No corre la prescripción contra el que no puede valerse.
- 56.- Contra testimonio escrito, no ha de traerse testimonio no escrito.
- 57.- La ley se entiende corregida cuando no ha sido su razón.
- 58.- El delito debe castigarse donde se cometió.
- 59.- A cada cual lo suyo.
- 60.- No tiene culpa el que sabe y no puede impedir la cosa.
- 61.- En los casos fortuitos no se presume culpa, si no se prueba.
- 62.- La culpa lata se compara al dolo.
- 63.- Cuando a uno se prohíbe una cosa se le prohíben las que sigue de ella.
- 64.- Al que se le prohíbe algo por un medio, se le debe admitir por otro.
- 65.- Cuando es obscuro el derecho de las partes de ha de favorecer más al reo que al actor.
- 66.- Las leyes favorecen al engañado, no al que engaña.
- 67.- El dicho de un testigo es como el de ninguno.
- 68.- No se presume el dolo si no se prueba.
- 69.- Las dudas deben resolverse en el sentido más favorable.
- 70.- La ley es dura, pero es la ley.
- 71.- Las condiciones imposibles se tienen por no puestas.
- 72.- Los actos del juez que no pertenecen a su oficio no tienen fuerza.
- 73.- Al caso nadie está obligado sino por culpa, pacto o tardanza.
- 74.- Lo expreso daña; lo no expreso no perjudica.
- 75.- Ni daña ni favorece la expresión de las cosas que son tácitas

inherentes.

- 76.- El hecho perjudica al que lo hizo, no a su contrario.
- 77.- Se presume hecho lo que se acostumbra hacer.
- 78.- En el mandato deben observarse cuidadosamente sus límites.
- 79.- No se debe cumplir la palabra al que se niega a cumplir la suya.
- 80.- El heredero tiene el mismo poder y derecho que el difunto.
- 81.- Es vana la acción de un acreedor si la excluye la pobreza del deudor.
- 82.- En materia de penas debe ser benigna la interpretación.
- 83.- A los peritos de un arte se debe creer.
- 84.- No perjudica el contrato a los que no intervienen en él.
- 85.- Las leyes deben concordarse unas con otras.
- 86.- La más pequeña variación en el hecho, hace variar el derecho.
- 87.- Las leyes son para las cosas y no para las palabras.
- 88.- Se dice claro lo que consta por confesión, por prueba legítima o por evidencias.
- 89.- La necesidad dispensa de la ley.
- 90.- No enajena el que solo deja la posesión.
- 91.- Lo que es nulo en principio no se hace válido con el tiempo.
- 92.- No es permitido al actor lo que no le es al reo.
- 93.- No todo lo que es lícito, es honesto.
- 94.- Lo que es notorio no necesita probarse.
- 95.- No hay mora antes de que haya petición.
- 96.- A nadie debe dañarle su oficio.
- 97.- A nadie debe favorecerle su fraude o dolo.
- 98.- Ninguno está obligado a beneficiar a otro con daño de tercero.
- 99.- A nadie se prohíbe usar de muchas defensas.
- 100.- En derecho son peligrosas las definiciones.
- 101.- La utilidad de muchos debe preferirse sin duda alguna a la utilidad de uno solo.
- 102.- La presunción cede a la verdad, porque esta prevalece respecto de aquella.
- 103.- El que concede u otorga lo principal, concede lo accesorio.
- 104.- No debe estrecharse la facultad de probar.
- 105.- Las leyes deben ser más inclinadas a absolver que a condenar.
- 106.- El que puede deducir acción, puede con mayor razón oponer excepción.
- 107.- El que de dos consecuencias niega una, se presume que afirma la otra.
- 108.- El que calla, parece que consiente.
- 109.- Cualquiera puede mejorar, pero no empeorar la condición de otro.
- 110.- Cualquiera puede renunciar al derecho introducido principalmente a favor suyo.
- 111.- Lo que abunda no daña.
- 112.- Lo que no tiene señalado para hacerse, puede verificarse en cualquiera.
- 113.- Puede alegarse la razón a falta de derecho escrito.
- 114.- La cosa para otro con sus cargas.
- 115.- La cosa es de su dueño, sea quien fuera su poseedor.
- 116.- En general se comprende siempre lo esencial.
- 117.- Sin culpa ni proceso, ninguno debe ser castigado.

- 118.- Ninguno puede ser testigo en causa propia.
 119.- En los testigos debe atenderse más a sus cualidades que a su número.
 120.- Lo útil no debe ser viciado por lo inútil.
 121.- Las palabras dudosas se interpretan contra el que prometió.”¹⁷⁹

Estos principios son cotidianos en la aplicación del derecho procesal mexicano siendo verdades que aceptamos en su mayoría en virtud de que encierran el cumplimiento del más alto ideal de justicia a falta de norma expresa que dirima el conflicto, dejaremos hasta este punto el tratamiento de los principios generales del derecho para continuar con el desarrollo del presente capítulo y con el ánimo de no perder el objetivo central del mismo, el cual consiste en presentar de que manera la Bioética y el Derecho se interrelacionan e incluso se encuentran gestando una innovadora rama a la que muchos doctrinarios han dado por llamar Bioderecho.

3.3 Bienes Jurídicos Tutelados en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Entenderemos por bienes jurídicamente tutelados, los valores que son protegidos por el Estado bajo su amparo, por lo cual se han plasmado en el derecho positivo, éstos se han ido insertando en la letra de la norma con el devenir histórico y cultural del hombre, con lo cual podemos decir que aún éstos bienes están sujetos al dinamismo intrínseco del derecho.

El doctor Carlos de la Torre Martínez, al analizar la inserción de los valores en el derecho, manifiesta que en primer lugar debe entenderse al Derecho como un producto cultural y cuyo contenido se entenderá partiendo de la intencionalidad del hombre, basando su postura en lo que sostiene Coing Helmut y que a continuación se transcribe:

“...Siempre existe una determinada intencionalidad, fundada en la voluntad y en las tendencias del hombre, lo cual implica que el Derecho sólo pueda entenderse por su sentido teleológico, es decir buscando la específica intencionalidad que con él persigue el hombre, la cual presenta varias capas o

¹⁷⁹ http://v880.derecho.unam.mx/web2/modules.php?name=seminario_internacional&file=principios

estratos en la conciencia humana diferenciados principalmente por un estrato superior donde se encuentra la personalidad humana o la llamada conciencia de sí mismo, estrato en que se es capaz de proponer los fines que determinan conscientemente su conducta. Los demás estratos se refieren a los diversos estados de conciencia del hombre como son: el anímico o la vida del sentimiento, el instinto animal y el estrato de los actos inconscientes.”¹⁸⁰

De lo anterior se puede deducir que los bienes jurídicos tutelados, son aquellos fines que el Derecho pretende lograr a través de las normas, es decir éstos encierran en sí mismos el porqué y para qué de la existencia misma del derecho, es evidente que los ciudadanos que nos acogemos al amparo y protección de la ley, buscamos que ésta sea suficiente para preservar los elementos básicos de la supervivencia y desarrollo humano, es por ello que el gobierno tiene la obligación de ser eficaz en la aplicación de dichas normas y que éstas a su vez cumplan con los fines para las cuales fueron creadas.

En este entendido vemos que los bienes jurídicos tutelados no son el plano meramente abstracto del Derecho, sino que al estar dentro de las facultades del Estado el cumplirlos y hacerlos cumplir, se vuelven en derechos subjetivos que el Ciudadano bien puede hacer valer, en el momento que sienta que se limita o se le impide respecto de su persona el goce de dichos derechos.

De acuerdo con el constitucionalista español Lucrecio Rebollo Delgado, tenemos que tratándose de la fecundación asistida, encontramos que tres son las ramas del derecho que entran directamente en juego con ésta y los bienes jurídicos que encierra, dichas áreas son; el derecho penal, el derecho civil- familiar y el derecho constitucional, pues tienen relación directa con el radio de aplicación de dichas materias.¹⁸¹

¹⁸⁰ COING, Helmut. *Grundsätze der Rechtsphilosophie*, Berlin, Walter de Gruyter, 1950, citado por DE LA TORRE MARTINEZ, Carlos. *La recepción de la Filosofía de los Valores en la Filosofía del Derecho*, ed. UNAM, México, 2005, pp. 202-204.

¹⁸¹ REBOLLO Delgado, Lucrecio; *Constitución y técnicas de reproducción asistida*, en Boletín de la Facultad de Derecho, número 16, España, 2000, págs. 97-134.

Considero que la relación existente entre el derecho penal y la fecundación humana asistida tiene un carácter evidentemente punitivo ante una conducta u omisión que lesione bienes relativos a la vida e integridad corporal, la libertad y dignidad de la persona, la integridad familiar y la filiación, de igual manera los bienes jurídicos que encierra la relación de estas técnicas con el derecho civil y concretamente el derecho familiar giran en torno a los derechos de la persona y de la familia, por cuanto hace a la relación constitucional en torno al tema que nos ocupa, podemos afirmar que el artículo cuarto de nuestra Carta Magna implica derechos de orden social y derechos inherentes a la dignidad humana.

En general se cuentan entre los bienes jurídicos relacionados con la reproducción humana y su consecución de manera asistida, entre otros los siguientes: El derecho a la vida, el derecho a la libre procreación, el derecho a la salud reproductiva, el derecho a la intimidad o privacidad de nuestros actos, el derecho a una identidad personal, el derecho a pertenecer a una familia, los derechos derivados de la personalidad, la situación jurídica de un embrión, la autonomía de la voluntad, el derecho a la libre disposición del cuerpo, el derecho a la información, las obligaciones y derechos derivados de la filiación e incluso el orden público e interés social.

A continuación presento un breve panorama del contenido de los bienes jurídicos que en su expresión de derechos subjetivos entran a la escena de la aplicación y uso de la reproducción asistida, con la intención de evidenciar que el tratamiento jurídico que de las mismas se da en nuestro país encontrará serias limitaciones porque en éstas técnicas muchos derechos se contraponen o se excluyen el uno al otro, aunado a la circunstancia que se aludió en el capítulo precedente, referente a que la legislación de la materia en México es deficiente e incompleta.

Esto nos llevará en el siguiente capítulo de esta tesis a evidenciar que en la aplicación práctica de las técnicas más utilizadas en la reproducción asistida

encontramos serios problemas que el juzgador tendrá que resolver quizá por ausencia o deficiencia en una norma específica por los principios generales del derecho y tendrá además que atender al fin perseguido por nuestra legislación en los bienes jurídicos tutelados por el Estado, toda vez que la materia es delicada en tanto las implicaciones reales que tiene la reproducción asistida en el sano desarrollo de la personalidad de un individuo como lo es, sólo por citar un ejemplo el derecho a la identidad.

3.3.1 El derecho a la reproducción.

Para poder establecer lo que debemos entender como derecho a la reproducción hemos de recordar brevemente lo que consideramos por derecho objetivo y subjetivo, el primero de ellos referente al conjunto de preceptos o normas que integran el ordenamiento jurídico y el segundo como el poder o facultad reconocidos a un sujeto a cuya voluntad se entrega su ejercicio y defensa, más aún cuando un derecho se le puede exigir a un órgano del Estado, se dice que estamos ante un derecho público subjetivo.

En este entendido es frecuente que los derechos y libertades se incorporen a los ordenamientos jurídicos, lo cuales se encuentran agrupados en distintos niveles cuya cúspide en nuestro caso es la Constitución, la cual prevalece sobre los ordenamientos secundarios.

Tratando de establecer un fundamento constitucional para el llamado “derecho a la reproducción”, pudiera llegar a nuestra mente inmediatamente el contenido del artículo **cuarto** de la Constitución Política de México, el cual señala:

“toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”¹⁸²

¹⁸² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 14ª ed., Ed. Sista, México, 2006, p. 5

Sin embargo, resulta interesante considerar que quizá este párrafo del artículo cuarto no sea el único sustento constitucional del llamado derecho a la reproducción o que quizá sea una expresión específica de un fundamento más amplio, esto en atención a la tesis que sostiene la jurista Yolanda Gómez Sánchez, quien afirma encontrar la base constitucional aludida en la llamada “garantía de Libertad” como derecho fundamental de todo ser humano, el cual se encuentra consagrado como tal por todas las Constituciones democráticas de nuestros días.¹⁸³

La Constitución Mexicana no es la excepción y contempla en sus artículos, primero al veintinueve un apartado que doctrinariamente se le ha conocido como la parte dogmática de la Constitución por contener las llamadas Garantías individuales, donde subyacen esencialmente ideas de libertad e igualdad que se consideran necesarias para que toda persona dentro del territorio nacional alcance su pleno desarrollo, concretamente en nuestra Carta Magna podemos encontrar que la libertad se reconoce como un elemento inseparable de la personalidad humana y por ende un derecho público que el Estado está obligado a respetar, a diferencia de la Constitución española a la que hace referencia Yolanda Gómez Sánchez, nuestra ley fundamental, no consagra una garantía genérica de libertad, sino que consigna varias libertades específicas a título de derechos subjetivos públicos, que podemos encontrar en los artículos cuarto (libertad a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos), cinco (libertad de trabajo), seis (libre expresión de las ideas), ocho (derecho de petición), nueve (libertad de reunión y asociación), diez (libertad de posesión y portación de armas), once (libertad de tránsito), y veinticuatro (libertad religiosa), entre otros que de manera tácita se desprenden de los numerales que integran las garantías individuales.

En palabras del constitucionalista Ignacio Burgoa podemos afirmar que la libertad es una cualidad inseparable del ser humano consistente en la potestad

¹⁸³ GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; El Derecho a la reproducción humana, Ed. Marcial Pons, Madrid, España, pp. 39-52

que tiene de concebir sus propios fines, metas y objetivos que en su vida quiere lograr a efecto de alcanzar su felicidad por medio del desarrollo de su propia personalidad a través de los medios que estime más apropiados para su consecución, a efecto de ser más concretos en la cita del concepto de Libertad que emite el tratadista señalado cabe hacer referencia textual a ello:

“...la *libertad* concebida no solamente como una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y escogitar los medios subjetivos de ejecución de los mismos, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la actualización de la teleología humana... por consiguiente el hombre es naturalmente libre para concebir sus propios fines vitales y para seleccionar y poner en práctica los medios tendientes a su realización.”¹⁸⁴

De lo anterior se infiere que el contenido básico de la libertad es la posibilidad de organizar y llevar a cabo autónomamente la propia vida con todas las decisiones que ella implica, de esta manera el problema del derecho a la reproducción como derecho a la autodeterminación física es propiamente un problema de libertad dentro de la cual también puede verse expresada la intención de la procreación como un aspecto más del libre desarrollo de la vida de un ser humano.

Apoyando esta consideración tenemos el hecho de que la libertad debe entenderse como ese radio de acción en el cual el individuo puede actuar con plena autonomía dentro del margen que da lo no prohibido expresamente por la ley, lo que a *contrario sensu* se entiende como permitido, en nuestro caso encontramos en el código penal del Distrito Federal, así como en la Ley General de Salud ciertas limitaciones que ya se enunciaron en el capítulo que antecede, pero que fuera de ellas se tiene un amplio margen para hacer uso de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, según sea el caso de infertilidad o esterilidad del que se trate.

¹⁸⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio; Las Garantías Individuales, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, pp 19-23.

Como ya se manifestó en el capítulo segundo de esta tesis los límites legales de la reproducción asistida en México aún son endeble por lo tanto podemos decir que la misma se encuentra permitida y al alcance de quien quiera hacer uso de ella, todo esto dentro de un ámbito de autodeterminación personal que permite actuar sin injerencias de los poderes públicos, más aún partiendo de esta postura del derecho a la reproducción como una expresión de la libertad, estaríamos ante la obligación de los poderes públicos para adoptar las medidas necesarias que salvaguardar y posibilitar tal derecho.

Si bien es cierto que del texto del artículo cuarto de la Constitución, no se desprende un reconocimiento expreso a las técnicas de reproducción asistida sí podemos afirmar que del mismo se obtiene la base constitucional para la protección de lo que pudiéramos llamar derechos reproductivos, como lo son:

- elegir reproducirse contando con la información del caso;
- elegir reproducirse con completa libertad;
- elegir el momento en que se desea tener hijos;
- elegir el número de hijos que se desean tener.

Sin embargo, podemos inferir no sólo los derechos que de manera textual se contemplan en el artículo cuarto de la Constitución, sino también algunos otros que son ineludibles en la comprensión y tratamiento de la reproducción humana, como lo son en un momento dado; el derecho a la vida, a la salud, a la protección de la familia, a la filiación e investigación de la paternidad, a la intimidad, entre otros que atenderemos con más detenimiento en los apartado subsecuentes.

Podemos inferir que cualquier persona que se encuentre en nuestro país tendría la facultad de ejercitar a su favor el derecho de elegir el número y espaciamiento de los hijos que desea tener, de tal manera que si se encuentra en el supuesto de presentar alguna limitación para lograr la propia reproducción podría acceder a la información que sobre técnicas de reproducción humana asistida existen y en un momento dado pretender hacer uso de las mismas a

efecto de posibilitar en su favor el derecho constitucional al que hemos hecho referencia.

Lo anterior se considera porque a *contrario sensu* sucede hoy en día que la mayoría de los centros hospitalarios y de atención a la salud, tanto de asistencia pública como privada, en los cuales se informa, asiste e implementan tratamientos médicos en torno a la planificación familiar, acto que tiene que ver con el derecho constitucional a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos que se desean tener partiendo del hecho de poder alcanzar la reproducción de manera natural, lo cual implica que si una persona ve limitada o imposibilitada dicha facultad bien pudiera hacerse uso de las técnicas reproductivas que las ciencias biomédicas han desarrollado para ello.

A manera de conclusión se puede afirmar que el derecho a la reproducción en tanto expresión de la libertad de todo individuo a fijar sus metas y objetivos a cumplir en el transcurso de su vida así como para allegarse de los medios suficientes para la consecución de los mismos, como en un momento lo sería el pretender tener un hijo, lo que permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural como valerse de las técnicas reproductivas, estará limitado por lo que disponga la misma Constitución y sus leyes secundarias con base al respeto a los derechos de los demás y al de otros bienes constitucionalmente protegidos.

3.3.2 El derecho a la Salud.

Como ya lo he mencionado el llamado derecho a la reproducción se encuentra en íntima concordancia con el denominado derecho a la salud, el cual puede exigirse al Estado en tanto derecho público subjetivo en relación a que existan los centros hospitalarios pertinentes para la atención a la salud, sobre todo tratándose de los sectores de la población que más lo necesitan y en ese entendido tienen que acudir a la atención médica estatal por resultar la privada un tanto inaccesible para

sus bolsillos, por ello en este apartado se hablará de manera más específica del tema.

En primer lugar, debemos tratar de establecer lo que se entiende por **salud**, toda vez que en dicho concepto confluyen lo biológico y lo social, el individuo y la comunidad, lo público y lo privado, debemos entender que la salud es un medio para la realización personal y colectiva en virtud de que es un indicador del bienestar de la vida en comunidad.¹⁸⁵

A efecto de ser más puntuales en la conceptualización podemos partir de una manera muy simple, manifestando que "salud es la ausencia de enfermedad o el estado de un ser orgánico exento de enfermedades"¹⁸⁶, hasta otras más generales y comprensivas, como la que recoge el preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud que la define como "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de dolencia o enfermedad", más aún en el mencionado preámbulo podemos encontrar que "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social "¹⁸⁷

Existen diferentes instrumentos internacionales que enriquecen y amplían el concepto de salud, como lo son las Declaraciones y Planes de Acción de las Conferencias Mundiales de Naciones Unidas, dentro de los cuales se encuentra el Plan de Acción de El Cairo, promulgado en 1994 y el cual establece una serie de principios internacionales sobre población y desarrollo, de tal manera que el principio octavo define lo que se entiende por salud sexual y salud reproductiva, como a continuación se cita:

“Principio 8 Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas

¹⁸⁵; TAPIA CONYER, Roberto *et. al.* "El Derecho a la protección de la Salud Pública", en BRENA SESMA, Ingrid *Salud y Derecho*, ed. UNAM, México, 2005, p. 149

¹⁸⁶ PASCUAL FORONDA ELADIO (Coordinador), *Diccionario Larousse Esencial de la Lengua Española*, ed. Larousse, 57ª reimpression, México, 2004, p. 593

¹⁸⁷ http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la **salud reproductiva**, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.”¹⁸⁸

Siguiendo la misma tesitura, la Plataforma de Acción de Beijing, la que se originó en 1995 y representa un conjunto de objetivos estratégicos para eliminar los obstáculos que entorpecen el adelanto de la mujer a nivel mundial, en ella se reconoce que “en la adolescencia y a lo largo de sus años de fecundidad, la mujer carece de asesoramiento adecuado y de acceso a los servicios **de salud sexual y reproductiva**. El resultado es un aumento del riesgo de embarazos no deseados y a edad prematura, así como de contraer el VIH y otras enfermedades de transmisión sexual y de abortar en condiciones peligrosas”, en dicho instrumento se destacó que la necesidad de garantizar a las mujeres y las niñas el acceso universal a la atención y a los servicios de salud apropiados, asequibles y de calidad era una de las doce esferas de especial preocupación que requerían atención urgente de parte de los gobiernos y la comunidad internacional.¹⁸⁹

De esta manera observamos que los diferentes organismos internacionales de importancia establecen a la **salud como derecho humano**, lo cual suena como una fórmula simple, pero en realidad es un difícil logro político. Porque en primer lugar la salud tiene la característica de ser por un lado un *derecho en sí mismo* y por el otro, ser *condición habilitante* para el ejercicio de otros derechos.

En ningún otro derecho como en la salud se observa la interdependencia entre los derechos tan claramente como en éste, pues es en la existencia de salud, donde depende el ejercicio de otros derechos, siendo pertinente señalar que a veces las condiciones de salud de una persona varían según el grado de

¹⁸⁸ <http://usinfo.state.gov/journals/itgic/0998/ijgs/gj-15.htm>

¹⁸⁹ <http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/fs3.htm>

libertad que vivan, o de la vivienda que habitan, del acceso a alimentación adecuada, a vestido, trabajo y otras condiciones socioculturales.

Siendo Pertinente recordar que el derecho a la salud aparece en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado en el año de 1966, bajo un contexto político de guerra fría y del enfrentamiento de dos sistemas económicos y políticos, de los cuales prevaleció el capitalismo y sus postulados, ponderándose con ello otras prioridades sobre la justicia social, de tal manera que al ser la salud un derecho de índole social presenta dificultades de facto para exigir al estado su cumplimiento, el cual a la letra dice:

“Artículo 12: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”¹⁹⁰

El problema que se observa en la aplicación del llamado derecho a la salud, consiste en que la obligación de los estados de adoptar medidas es un poco laxa y los países han olvidado que si bien los derechos debían lograrse de manera paulatina, el objetivo debía adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del pacto, cuando la realidad del caso mexicano es que en muchas comunidades y aún en sectores urbanos la atención de la salud en general es precaria y a la que pocos mexicanos tienen acceso y mucho menos se

¹⁹⁰ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm

puede pensar que en México contamos con un sistema de atención a la salud integral, que incluya los aspectos tanto físico como mentales que en un momento dado implica la salud reproductiva.

Siendo pertinente señalar que el **derecho a la salud** "*no debe entenderse como un derecho a estar sano*". Según el comité de los Derechos Económicos Sociales y culturales de Naciones Unidas, esto en virtud de que sería muy difícil que los estados "*podieran garantizar la buena salud ni... brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano... Los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona.*"¹⁹¹

El Comité concluye que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, puesto que el mismo entraña libertades y derechos.

Entre las **libertades** figura la de toda persona a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica; la de no padecer injerencias; el estar libre de torturas o de padecer tratamientos médicos no consensuales. Entre los **derechos** figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, dentro de un estado pluralista, que impida las discriminaciones de todo tipo.

Según la jurisprudencia del mismo Comité, el concepto del "más alto nivel posible de salud" tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el estado, encontrándose en la misma tesitura consignando el llamado **derecho a la salud** en diferentes instrumentos de Derecho Internacional, como lo son: La

¹⁹¹ [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.4.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.4.Sp?OpenDocument)

Declaración Universal de Derechos Humanos que lo insta en el artículo 25, párrafo 1, También está reconocido en el inciso IV, apartado e) del artículo 5 de la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial**, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**, de 1979.

En el sistema de **Derechos Humanos Interamericano**, el derecho a la salud está expresamente consagrado en el protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este protocolo sobre los derechos económicos, sociales y culturales es conocido también como el protocolo de San Salvador (1988). Aquí se entiende a la salud como el "*disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*".

A pesar del amplio reconocimiento del derecho a la salud en los tratados Internacionales de Derechos Humanos, algunos autores sostienen que la salud no puede consagrarse como tal en virtud de que ésta es un bien intangible que no puede ser otorgado, que no traspasa el dominio de lo privado y que está condicionada por factores en los que no se puede intervenir desde el ámbito del derecho, sin embargo el contexto jurídico actual nos reporta que de manera progresiva se ha ido reconociendo el derecho a la salud en las legislaciones de los diversos países en donde se establece una obligación al Estado en la que debe de proveer lo necesario para la atención de la salud de su población, obligación que sólo se verá condicionada por los principios de: *Disponibilidad* de bienes, servicios y centros de salud; *accesibilidad* de servicios y programas de salud, *aceptabilidad* de los planes y programas de salud, de acuerdo con las condiciones socio-culturales de la población y *calidad* de los servicios, medicamentos, personal y centros de salud.¹⁹²

Por su parte nuestro país contempla el derecho a la protección de la salud en el **artículo cuarto tercer párrafo de la Constitución Política de México**, el cual

¹⁹² ABRAMOVICH, V *et. al.*; Derechos Sociales, ed. Doctrina Jurídica contemporánea, México, 2003, pp. 143-157

menciona que *“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.”*¹⁹³

Siguiendo lo que dispone nuestra Constitución y al ser instrumentos internacionales signados y ratificados por el Estado mexicano, podemos mencionar que los derechos contenidos en ellos pueden ser exigidos por cualquier mexicano sin distinción alguna y para reclamar su disfrute se cuentan con los recursos constitucionales, además de los consagrados en las leyes y códigos nacionales y la normativa sanitaria, que debe incluir las últimas leyes dictadas sobre salud sexual y reproductiva.

Teniendo como base todo este marco normativo podemos decir que el Estado mexicano estaría obligado a proporcionar los recursos necesarios para la atención de la salud reproductiva de los mexicanos en cuanto a todos los aspectos que ésta implica como lo son:

- contar con un servicio público de atención a la salud reproductiva;
- solicitar y recibir de manera gratuita servicios de planificación familiar;
- recibir consejería o asesoría en planificación familiar;
- recibir consejería o asesoría en técnicas de reproducción humana asistida;
- recibir consejería o asesoría en atención las patologías psicogénicas derivadas de la infertilidad y esterilidad;
- solicitar y recibir de manera gratuita servicios terapia psicológica para afrontar todas las consecuencias, sociales, familiares y personales de la esterilidad e infertilidad;
- que todo lo concerniente a la salud sexual y reproductiva sea tratado con confidencialidad.

¹⁹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. Sista, México 2007, p.6

Derivado de lo anterior, es preciso señalar que **la salud es más que una noción médica, es un concepto predominantemente social**, por ende se encuentra en manos del Estado la obligación de garantizar el efectivo goce del contenido de ese derecho, por ende tiene una obligación de hacer que no puede desconocer, ni tampoco incumplir, esa obligación consiste en el otorgamiento de asistencia sanitaria a la población con la finalidad de prevenir enfermedades y curar a los enfermos, sin embargo los recursos con los que cuenta el Estado para cumplir con esta obligación, al menos en nuestro país son limitados, toda vez que también tiene que satisfacer otras necesidades de la población, por lo tanto la optimización de este derecho es realmente paulatina y limitada, existiendo esfuerzos recientes por instaurar “un seguro popular” que aplique para las familias no trabajadoras en el sector público o empresarial y que por ende no cuentan con un sistema asistencial en su salud.

En palabras de diferentes doctrinarios, se concluye que a menos en nuestro país se requiere reposicionar a la salud pública, dotándole de un marco jurídico sólido que permita un adecuado ejercicio del derecho a ésta, así como de la instauración de políticas, planes y programas económicos para generar la infraestructura necesaria que posibilite físicamente la creación de nuevos institutos de salud, así como el reforzamiento de los ya existentes a efecto de garantizar igual oportunidad para todos de acceder a los servicios de salud.¹⁹⁴

Los servicios de salud pública son bienes públicos y deben ser producidos, por el Estado por la simple razón de que el sector privado carece de incentivos y recursos suficientes para intervenir y por ende corresponde al estado un doble papel como sujeto y a la vez como instrumento para el desarrollo, así el derecho a la protección a la salud conlleva la generación de las condiciones que permitan que esa protección sea efectiva, toda vez que éste es un derecho prestacional que

¹⁹⁴ TAPIA CONYER, Roberto *et. al.* Op. cit. pp. 154-161

impone al Estado la obligación de realizar a favor del titular de este derecho una serie de prestaciones.

En palabras de Enrique Carlos Müller, podemos decir que al ser un derecho de índole social, cabe señalar que la doctrina jurídica mexicana le dio un tratamiento ideológico que dificultó que se tradujera en hechos concretos, hoy día el sector salud se halla afectado por la crisis económica, políticas estatales de ajuste y el pago de la deuda externa, de tal manera que a medida que aparecen nuevas formas de tratamientos médicos surge paralelamente el problema que representa la imposibilidad de acceso a ellos.¹⁹⁵

De tal manera que podemos concluir manifestando que los problemas reproductivos del mexicano, podrían a la luz del marco jurídico nacional e internacional ser atendidos por el sector salud de nuestro país; no obstante, existen impedimentos estructurales para la consecución del mencionado derecho a la protección a la salud en general y cuanto más a la protección de la salud a nivel de especialidad, como en este caso lo sería la salud reproductiva y su consecuente aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, ello no quiere decir que el ciudadano mexicano que desee hacer efectivo dicho derecho puede acceder a él instaurando los mecanismos jurídicos pertinentes para hacer valedero un derecho constitucional.

3.3.3 El derecho a la Intimidad.

Si establecemos que la intimidad se refiere al conjunto de pensamientos, sentimientos, decisiones, relaciones, espacio o hábitos propios de una persona y que a la vez son la expresión de lo más profundo e interior de un individuo, podemos afirmar que la misma es una necesidad inherente al ser humano, porque para que el hombre se desarrolle y gesticule su propia personalidad e identidad es

¹⁹⁵ MÜLLER, Enrique Carlos "Equidad en los Servicios de Salud" en BRENA SESMA, Ingrid Salud y Derecho, ed. UNAM, México, 2005, pp. 201-221

menester que goce de un área que comprenda diversos aspectos de su vida individual y familiar que esté libre de la intromisión de extraños.

En palabras de algunos estudiosos del derecho tenemos que si se toma a la intimidad como un principio del bioderecho, tendremos que el mismo tiene como base y fundamento la condición personalísima del ámbito interno de cualquier persona e implica la imposibilidad de intromisión o perturbación de cualquier ente o agente en el fuero interno del ser humano, sin que exista autorización expresa de la persona.¹⁹⁶

El jurista Lucrecio Rebollo Delgado, respecto de la intimidad personal, afirma:

“La intimidad personal esta referida de forma concreta al individuo, a un espacio psíquico y físico, relativo a la persona individualmente considerada ... pero la intimidad personal no refiere al individuo aislado de su entorno o de lo social, sino que por contra en todas sus manifestaciones tiene un ámbito relacional, de cara al exterior.”¹⁹⁷

De esta manera se afirma que todos los humanos tenemos una “vida privada” cuyo concepto no es fácil de determinar, porque se trata de algo relativo y por consiguiente variable conforme a ciertas condiciones dependiendo de la sociedad de que se trate, sus circunstancias particulares y la época o el periodo correspondiente, a decir de Yolanda Gómez Sánchez, se puede afirmar que en la definición del término “vida privada” son determinantes el factor social, cultural y aún histórico.¹⁹⁸

Sin embargo, a manera de aproximación, estimamos que la “vida privada” esta conformada por aquella parte de nuestra vida que no está consagrada a una actividad pública y que por lo mismo no está destinada a trascender e impactar a la sociedad de manera directa y en donde en principio los terceros no deben tener

¹⁹⁶ FLORES TREJO, Fernando y Héctor Fix Zamudio; Bioderecho, editorial Porrúa; México, 2004, p. 177.

¹⁹⁷ REBOLLO DELGADO, Lucrecio; Constitución y técnicas de reproducción asistida, en Boletín de la facultad de Derecho, número 16, España, 2000, p. 120.

¹⁹⁸ GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; *Op. cit.* p. 54.

acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia, ni les afectan.

Dentro de esta esfera de vida privada podemos considerar a las relaciones personales, afectivas y de filiación, las creencias y preferencias religiosas, convicciones personales, inclinaciones políticas, condiciones personales de salud, identidad y personalidad psicológica, inclinaciones sexuales, comunicaciones personales privadas por cualquier medio, incluso algunos llegan a incluir la situación financiera personal y familiar.

De esta forma el respeto a la vida privada y a la intimidad, tanto personal como familiar, se constituye en un valor esencial del ser humano, razón por la cual el derecho ha considerado importante tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación así como para intentar subsanar los daños ocasionados, siendo así como surge el llamado derecho a la privacidad, a la vida privada o simplemente **derecho a la intimidad**, como un derecho humano fundamental, el cual es un amplio conjunto de facultades referido a esferas determinadas de la vida del individuo al que el ordenamiento jurídico le confiere protección.

El Derecho a la Intimidad de manera genérica establece la facultad de excluir o negar a las demás personas del conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada persona que solo a ésta le incumben. Este derecho que tiende a proteger la vida privada del ser humano, es un derecho complejo que comprende y se vincula a su vez con varios derechos específicos que tienden a evitar intromisiones extrañas o injerencias externas en estas áreas reservadas del ser humano como son:

- el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y las comunicaciones privadas;
- el derecho a la propia imagen;
- el derecho al honor;
- el derecho a la privacidad informática;

- el derecho a no participar en la vida colectiva y a aislarse voluntariamente;
- el derecho a no ser molestado, en su persona, familia, papeles o posesiones;
- el derecho a la no exteriorización del pensamiento e ideas como parte de la libertad de expresión;
- la libertad de religión y creencias;
- el derecho a la privacidad personal y familiar;
- la libertad de procreación y de preferencia sexual;
- la libertad de pensamiento y de preferencia política.

Por cuanto hace al Derecho a la intimidad en su expresión personal y familiar, podemos decir que protege las decisiones del sujeto que afectan a sus relaciones personales con otros, a sus opciones sexuales, a su decisión de contraer o no un vínculo matrimonial y a la procreación, a la decisión de reproducirse o no, sobre cuándo procrear y, en su caso, determinar el número y espaciamiento de sus hijos, lo que en un momento dado nos lleva a afirmar que la intimidad personal ofrece una protección jurídica del derecho a la reproducción humana, puesto que ésta impide intromisiones ilegítimas en la vida privada del sujeto y ello alcanza a las decisiones y circunstancias que rodean a la reproducción humana, ya se produzca ésta por medios naturales o artificiales legalmente autorizados.¹⁹⁹

Al estar relacionado el derecho a la intimidad con un ámbito de plena autonomía del individuo podemos decir que existen aspectos concretos que tienen una directa relación con la reproducción humana, como específicamente lo sería la vida sexual de cualquier persona, la cual incluye como una de sus finalidades la procreación que llegado el caso de no poderse dar por medios naturales y al estar vinculada con el ámbito psíquico de un sujeto, podría desencadenar en el uso de técnicas de reproducción asistida que de esta manera se vería protegida por el ordenamiento legal, no sólo en el ámbito de intimidad personal sino también por el

¹⁹⁹ GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; *Op. cit.* p. 54-55

ámbito de intimidad familiar el cual resulta más trascendental por tener mayor implicación social.

Otro aspecto de la intimidad de una persona que se relaciona directamente con las técnicas de reproducción humana asistida tiene que ver con las intervenciones e inspecciones y registros corporales, siendo pertinente señalar que las intervenciones consisten en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial. Por otro lado, están las denominadas inspecciones y registros corporales que consisten en cualquier tipo de reconocimiento o examen del cuerpo humano, como lo serían los exámenes ginecológicos e inspección de los genitales masculinos, La diferencia entre ambos conceptos a decir de Rebollo Delgado, la podemos observar como sigue:

“Siendo que las intervenciones corporales entran de pleno en la integridad física o moral, mientras que las inspecciones o registros corporales lo que lesionan son el recato o el pudor de la persona, lo que entra de lleno en el ámbito de la intimidad personal, independientemente de que la fundamentación última en ambos casos sea la dignidad de la persona.”²⁰⁰

Dentro del marco jurídico que regulan el llamado derecho a la vida privada o intimidad, tenemos diversos instrumentos internacionales, de los cuales sólo citaremos algunos de los más relevantes, como lo son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la asamblea general de las Naciones Unidas en 1948, la cual en su artículo 12, establece que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”*²⁰¹

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos celebrado en 1966 dispone en su artículo 17, las mismas directrices que el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en obvio de repeticiones se omite transcribir, por cuanto hace al numeral 19, éste al hablar de la libertad de expresión señala en su párrafo tercero que *“el ejercicio de ese derecho entraña*

²⁰⁰ REBOLLO DELGADO, Lucrecio; *Op. cit.* pp. 121-122.

²⁰¹ <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

*deberes y responsabilidades especiales por lo que podrá estar sujeto a ciertas restricciones fijadas por la ley y que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas.*²⁰²

La Convención de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959, también protege la vida privada y familiar “*al prohibir las injerencias de los poderes públicos en la vida privada y familiar salvo las excepciones señaladas por la Ley*”, disposición que se recoge en su artículo 8 de la misma.²⁰³

En el ámbito regional contamos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, celebrada en 1969 que en sus artículos 11 y 13, hace referencia expresa a el Derecho a la Intimidad al señalar en el primero de ellos “*que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y que por tanto no deberá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familia, domicilio, correspondencia, ni deberá sufrir ataques ilegales a su honra o reputación además de que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”.²⁰⁴

Por cuanto hace al marco jurídico mexicano, encontramos que nuestra Carta Magna tutela la protección a la vida privada o el llamado derecho a la intimidad en el contenido de los artículos 6°, 7° y 16 de la constitución que a la letra establecen:

“Artículo 6. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Artículo 7. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa

²⁰² http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

²⁰³ GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; *Op. cit.* p. 55

²⁰⁴ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

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.”²⁰⁵

Es evidente que la protección de la vida privada frente a actos de las autoridades se encuentra debidamente instituida en el primer párrafo del artículo 16 constitucional al señalar que para que una injerencia de la autoridad en nuestra intimidad sea válida ésta deberá provenir de una orden de una autoridad facultada por la propia ley para realizar dicha intervención plasmada por escrito, la cual deberá estar debidamente razonada y justificada además de estar prevista en una ley el acto de molestia en cuestión.

El problema fundamental lo encontramos cuando la intimidad o privacidad del ser humano, su honor o su imagen se ven vulnerados por otros particulares, como en un momento dado lo sería el hecho de que una de las personas que intervinieron en la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida, como por ejemplo un donante, una madre sustituta o incluso un profesional de la salud, utilicen la información derivada de dicha técnica para chantajear o evidenciar a alguna persona, lo que desde luego vulneraría la esfera privada del individuo.

Con lo anterior podemos decir que, sin lugar a dudas sería importante contar con una legislación reglamentaria específica y apropiada que establezca de manera clara y con un criterio objetivo lo que comprende la vida privada o ámbito íntimo del individuo para así poder establecer con precisión los límites de este derecho a efecto de que concretamente tratándose de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida se pueda garantizar que su uso y aplicación se dará dentro de un marco de respeto absoluto para las personas que en ellas

²⁰⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. Sista, México 2007, pp. 7,8 y 11

intervienen pero sobre todo para los beneficiarios de las mismas, siendo del completo arbitrio de las personas que recurran a ellas el dar a conocer o no los datos relacionados con la forma en que logran la concepción y nacimiento de sus hijos.

Es importante reglamentar el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen propia delimitando bien las fronteras entre unos y otros y estableciendo los medios para salvaguardarlos y para restituir a los afectados cuando estos hubieren sido vulnerados, lo que estaría en íntima concordancia con la responsabilidad civil consistente en la obligación de la reparación del daño moral cuando se infringe el honor, la imagen o la dignidad de una persona. Al respecto el artículo 1916 del código civil federal establece:

"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad psíquica o física de las personas..."²⁰⁶

Lo que significa un óptimo precedente para hacer valer en vía de reparación del daño moral, todas aquellas invasiones a la intimidad de una pareja que recurra a las técnicas de reproducción humana asistida para lograr el advenimiento de hijos, lo que evidentemente repercute en la identidad de una persona, lo cual como ya lo hemos manifestado, tiene una fuerte carga emocional y psicológica en un ser humano, el cual tiene todo el derecho de mantener fuera del conocimiento de las demás personas la manera en que posibilitó su deseo a formar una familia con hijos, a pesar de la existencia de un factor biológico que lo impedía.

3.3.4 El derecho a la Identidad Personal.

Podemos entender -según palabras de Alicia Pérez Duarte,- que la **identidad** es un conjunto de elementos que distinguen a una persona de otra, un conjunto de circunstancias que la señalan indubitablemente, como en este caso lo sería desde

²⁰⁶ Código Civil del Distrito Federal, ed. Sista, México, 2006, p.154

luego su origen genético y la forma en que fue procreado, es decir la identidad es esencial para el ser humano toda vez que éste tiene un carácter único e irrepetible que se expresa en características tales que lo distinguen del resto del conglomerado social.

La individualidad de una persona se ve expresada en lo que en el lenguaje jurídico se le conoce como sus “generales”, expresados en el sexo, nombre, domicilio, estado civil, religión, ocupación, edad, lugar de nacimiento, fecha de nacimiento, datos que lo hacen particular y lo distinguen de los demás seres humanos, toda vez que es prácticamente imposible que dos personas en el mundo compartan la misma información distintiva, ahí la grandeza de la especie humana.

A efecto de puntualizar aún más lo que se entiende por derecho a la identidad, resulta pertinente citar lo que encontramos en la Jurisprudencia italiana a la cual hace referencia Carlos Fernández Sessarego, el cual ha puesto de relieve tres notas características del derecho a la identidad, los cuales se citan textualmente a continuación:

- “**1.- Carácter omnicomprendivo** de la de la personalidad del sujeto, representando la totalidad de su patrimonio cultural, cualquiera sea su específica manifestación, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección existencial.
- 2.- Objetividad**, la identidad personal esta basada en la realidad cognoscible según los criterios de la normal diligencia y de buena fe subjetiva.
- 3.- Exterioridad**, Se refiere al sujeto en su proyección social, su coexistencialidad.”

Podemos decir que la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. Es fluida, se crea con el tiempo, y por tanto cambiante.

Esto nos lleva a afirmar que una persona se constituye por una imagen, un nombre, una cosmovisión, una personalidad, un bagaje ideológico cultural que constituye sus pensamientos, opiniones, creencias, comportamientos que se exhiben en el mundo de la intersubjetividad, de tal manera que el **derecho a la identidad** supone la exigencia del derecho a la propia biografía, es la situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser fielmente representado en su interacción social.

En aplicación concreta a las técnicas de reproducción humana asistida, podemos decir que toda vez que éstas pueden complicar el origen genético y las relaciones parentofiliales de una persona, se debe en su utilización prever que no se viole el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes genéticos, pues psicológicamente tiene repercusiones importantes que detrimentan el óptimo desarrollo emocional de una persona, siendo pertinente la siguiente cita:

“Psicológicamente, quizá se debe a la seguridad que derivamos del hecho mismo de conocer nuestro linaje. Quizá nos sentimos contingentes y nuestro lugar en el orden de las cosas puede parecernos menos arbitrario si sabemos que somos un eslabón en la cadena que se extiende hacia el pasado. El saber esto nos despoja de todo anonimato: no caemos sin historia en el mundo...”²⁰⁷

Como marco jurídico que sustenta este derecho a nivel internacional, contamos con la convención sobre los derechos de los niños, ratificada por México la cual en sus artículos séptimo y octavo consagra la protección de los derechos a la identidad del niño, lo que se advierte en la transcripción que de los mismos a continuación se realiza:

Artículo 7.- “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan

²⁰⁷ FOX, Robin. Sistemas de parentesco y matrimonio, 4ª ed., Ed. Alianza, Madrid, 1985, p.13 y ss, *citado por* PEREZ DUARTE, Alicia; Derecho de Familia, 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p.12

contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8.- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a **preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”²⁰⁸

Convenio que fue ratificado por nuestro país y más aún legislado secundariamente al promulgarse la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, niños y Adolescentes, la cual, dada su naturaleza, es de interés social y de orden público como lo señala el artículo primero de la misma, de esta manera encontramos que en su artículo veintidós los componentes del Derecho a la Identidad, numeral que a continuación se transcribe:

Artículo 22. “El **derecho a la identidad** está compuesto por:

- A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil.
- B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
- C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.
- D. Pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos.

A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento.”²⁰⁹

De lo anteriormente escrito podemos afirmar que la identidad de un menor se traduce en la facultad de conocer su origen genético, esto es saber quienes son sus ascendientes, mantener una relación filial con ellos y con sus parientes incluso

²⁰⁸ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm

²⁰⁹ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

tener una identidad nacional que le de una referencia sociocultural en cuanto a costumbres, religión, idioma, etcétera.

Como ya se ha mencionado, algunas técnicas de procreación asistida pueden poner en riesgo el derecho de identidad de un menor, pues hay que recordar que a través de ellas un ser humano puede ser concebido incluso con la intervención de donantes tanto de óvulo y espermatozoides, los cuales no pretenden tener ningún vínculo filial con el ser humano concebido, por lo cual se debe atender con mucho cuidado en torno al uso y aplicación de las mismas.

3.3.5 El derecho a pertenecer a una familia.

La naturaleza del ser humano es compleja y contradictoria al ser un ente con relaciones externas determinadas por el medio social en que se desarrolla y a la vez tener la característica de unicidad que es lo que matiza y da forma a esas relaciones sociales, de tal manera que es en la familia en donde encontramos la unidad social primaria en la que el individuo cultiva y desarrolla ese doble aspecto de su personalidad.

Así tenemos que la idea de familia es inherente al hombre, pues desde la antigüedad, se ha caracterizado por su fuerte vínculo familiar el cual le da un sentido de pertenencia, identidad y seguridad, de tal manera que podemos afirmar que la familia cumple una serie de funciones biológicas, económicas, culturales, afectivas y sociales esenciales para el óptimo desenvolvimiento de un ser humano.

Por lo anterior considero pertinente en este punto expresar algunas conceptualizaciones de familia, de acuerdo con los juristas Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, el vocablo familia proviene de *famel* que en idioma de los oscos que significa siervo, manifestando lo siguiente como concepto de familia:

“...Es aquél grupo humano primigenio natural e irreductible que se forma con la unión de la pareja de una sólo hombre y una sola mujer y su linaje...Desde una perspectiva biológica...es la totalidad de personas que comparten la misma carga genética...Desde el punto de vista social y etnológico...además de la familia nuclear existe la extensa que incluye a los ascendientes de una o varias líneas, la descendencia en segundo o ulterior grado a los colaterales hasta el quinto o sextos grados afines y adoptivos.”²¹⁰

Como se puede apreciar, tenemos que el concepto de familia es equívoco y cambiará de acuerdo al punto de vista desde el que se le trate, para efectos del presente trabajo nos avocaremos a su tratamiento estrictamente jurídico, por lo cual debemos partir afirmando que la familia es una institución social regulada por el derecho desde la antigüedad, según Lucrecio Rebollo Delgado, esta institución ha pasado básicamente por dos etapas; la **agnaticia** que se encontraba fundamentada en vínculos de sometimiento y autoridad y la **cognaticia** fundamentada en lazos de sangre y parentesco, añadiendo que el concepto de familia ha evolucionado hasta ser el día de hoy un grupo social organizado en base a una comunidad de vida e intereses.²¹¹

Desde el punto de vista del **derecho** podemos decir que la familia es una institución natural de orden público e interés social, compuesta por un conjunto de personas que se encuentran vinculadas por lazos naturales (genéticos) o sentimentales (*afectio maritalis*), que surte efectos jurídicos respecto de cada miembro del grupo haciendo que entre ellos existan diferentes tipos de relaciones, a saber; parento-filiales, matrimonio, concubinato y parentesco.

Dentro de nuestro marco jurídico podemos remitirnos a la disposición constitucional consagrada en el artículo cuarto, párrafos primero y segundo, mismos que contemplan dos derechos diferentes relacionados con la vida familiar, siendo el primero de ellos el que toda ley mexicana deberá proteger la organización y desarrollo de la familia para que esta sea en todo sentido sana y ordenada cumpliendo los fines de su existencia y el segundo de ellos corresponde a la llamada paternidad responsable que tiene que ver con la elección del número

²¹⁰ DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez; Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación dl Distrito, ed. Porrúa, México, 2005, pp. 9-10.

²¹¹ REBOLLO DELGADO, Lucrecio; *Op. cit.* pp. 122.

y espaciamiento de los hijos, como a continuación se observa del mencionado texto constitucional.

Artículo 4.- “El varón y la mujer son iguales ante **la ley**. Esta 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.”²¹²

Por su parte los instrumentos internacionales de aplicación en nuestro país como norma suprema, también consagran la protección a la familia como elemento fundamental para el sano desarrollo de una persona, sólo para citar dos ejemplos podemos referirnos al artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el cual consagra el fundar una familia como un derecho esencial de hombres y mujeres a través de la plena expresión de la voluntad, dotándole además del carácter público en cuanto a su protección, como se lee de su transcripción:

Artículo 16.- “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”²¹³

En el preámbulo del Convenio Internacional de los Derechos del Niño, señala que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio idóneo para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, sobre todo el de los niños, es por ello que en este instrumento encontramos en el contenido de sus artículos 3, 5, 7, 8, 9, 10 y 18, entre otros numerales más disposiciones tendientes a la protección del derecho de los niños a vivir en familia, plenamente asistidos, sin violencia y con el sentido de pertenencia e identidad, que como ya hemos dicho es

²¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. cit.*, pp. 5

²¹³ <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/dudh.htm>

tan necesario para el ser humano, por ello considero necesario sólo transcribir el espíritu de los mismos, el cual se encuentra expresado en el preámbulo que cuando se refiere a la familia a la letra dice:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.”²¹⁴

Por su parte, los numerales 138 *ter*, 138 *quater*, y 138 *quintus*, del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales apuntalan el concepto de familia que desde la perspectiva jurídica anteriormente se ha vertido, artículos que a continuación se transcriben:

Artículo 138 Ter.- Las disposiciones que se refieran a la familia son de **orden público e interés social** y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Artículo 138 Quáter.- Las relaciones jurídicas familiares constituyen el **conjunto de deberes, derechos y obligaciones** de las personas integrantes de la familia.

Artículo 138 Quintus.- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas **vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.**²¹⁵

Al ser la familia la institución que dota de sentido de pertenencia, seguridad e identidad a un individuo y más aún al ser la célula social en donde como “caldo de cultivo” un ser humano ensaya y desarrolla su dualidad de relaciones tanto como ser único como ser social, desde el punto de vista de los derechos humanos, podemos afirmar que la familia es el ambiente donde los niños deben ser criados, siempre y cuando éstas provean un entorno de solidaridad y apoyo, que genere el estímulo que todos los miembros de ella necesitan para tener sentido de pertenencia, así como para prosperar y desarrollarse adecuadamente.

²¹⁴ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm

²¹⁵ Código Civil del Distrito Federal, ed. Sista, México, 2007, p. 41

Pertenecer a una familia es ser miembro de ella, lo que desde el punto de vista de la psicología ofrece condiciones que son esenciales para el desarrollo y crecimiento de una persona a la cual el sentido de pertenencia le dota de confianza en los lazos del cariño con los demás miembros de la familia así como de interacciones regulares, agradables y positivas con ellos.

Desde la esfera emocional la familia es tan importante para un individuo que la disfunción o carencia de la misma necesariamente repercuten en su esfera biopsicosocial, toda vez que esta unidad social dota a una persona de:

- un sentido de pertenecer a algo;
- un sentido de conexión emocional;
- un sentido de inclusión;
- un sentido de identidad;
- una fuente de conexiones sociales;
- una fuente de entendimiento;
- una fuente de poder.

Ahora bien, por cuanto hace a las técnicas de reproducción humana asistida, tenemos que el hacer uso de los distintos métodos asistenciales para la reproducción ha generado diversas problemáticas en materia de filiación, patria potestad, alimentos, sucesiones, la identidad de un individuo e incluso el repudio o el reclamo de la paternidad y de la maternidad, según sea el caso, lo cual necesariamente repercute en el derecho de todo individuo a tener una familia, de manera antaño inimaginables.

Algunos doctrinarios de la materia como Yolanda Gómez Sánchez, sostienen que la familia existe exclusivamente a partir de la descendencia y en función de ésta, de tal manera que cuando los ordenamientos jurídicos internacionales e internos de los estados ponderan el derecho a fundar una

familia, en realidad están integrando el derecho a la reproducción como forma de constituir una familia, lo que en un momento dado tendría como fundamento la libertad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.²¹⁶

Lo anterior me lleva a pensar si respecto del objetivo de fundar una familia mediante la descendencia existe o no límite alguno, toda vez que el avance vertiginoso de la biotecnología nos presagia que cada día se posibilitará de muy variadas formas la reproducción humana asistida, de igual manera el perfil sociológico de la posmodernidad en la que nos desenvolvemos, indica que se incrementará de manera constante el número de personas que hoy en día recurren a la reproducción asistida, sea porque presenten algún caso de imposibilidad procreativa a nivel biológico o simple y sencillamente porque así lo deseen hacer, dada su preferencia sexual, edad, estado civil, fines hereditarios u ocupación.

Esto nos lleva a sostener que el derecho de familia tiene ante sí un gran reto que, en nuestro caso, incumbe a los tres poderes del Estado; se necesitan leyes adecuadas que definan claramente la situación de parentesco y de filiación, respecto de cada una de las variantes de las técnicas de reproducción humana asistida, de igual manera se espera que el poder judicial sepa conciliar los principios de orden público e interés social que rigen los asuntos de familia en la aplicación de las diferentes técnicas de reproducción asistida como medio de lograr la descendencia, de igual manera el ejecutivo debe garantizar el derecho fundamental de libertad que todo individuo posee de decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos en relación con el acceso a la reproducción asistida, para lo cual creará la infraestructura institucional necesaria para el cumplimiento de tal fin.

²¹⁶ GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; *Op. cit.* pp. 54-59

3.3.6 El derecho a la Personalidad.

Hablar del derecho a la personalidad, significa hablar del ser humano mismo, se dice que al nacer un humano lleva en sí un conjunto de derechos originarios que le corresponden tan sólo por el hecho de ser hombre y a ese cúmulo de derechos es a lo que se le ha denominado derechos de la personalidad, los cuales se extienden hasta la culminación de la vida de una persona.

Muchos doctrinarios toman como base del derecho a la personalidad el derecho a la vida, a la conservación de la misma, a impedir que contra ésta atenten los demás hombres, toda vez que es con el devenir de la vida misma en donde un ser humano ejerce sus facultades anímicas y físicas, fijándose metas y tomando decisiones para llegar a ellas en el libre ejercicio de su voluntad, relacionándose, desarrollándose, de una manera natural, por ello a ninguna persona se le debe prohibir caminar hacia ello y alcanzar tales perfecciones.

El jurista Ignacio Galindo Garfias, menciona que los derechos de la personalidad protegen los elementos esenciales de la persona y para conceptualizarlos cita a Francisco Ferrara el cual menciona que éstos son los derechos que garantizan el goce de nosotros mismos y aseguran al individuo el señorío de su persona, así como la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales.²¹⁷

De esta manera podemos afirmar que los derechos de la personalidad operan dentro del ámbito del derecho privado y son elementos inherentes a la condición humana de tal manera que por estos derechos debemos referirnos a todos aquellos necesarios para la existencia y desarrollo de la vida de una persona, lo que a su vez constituye su personalidad, que nos lleva a afirmar que éstos derechos se expresan en un cúmulo de reglas e instituciones que se aplican a la persona considerada en si misma, en su individuación y en su poder de

²¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Estudios de Derecho Civil, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1994, p.466-474

acción, siendo las características principales de estos derechos el ser; derechos fundamentales, incondicionales, absolutos, inalienables, inmediatos, universales, extrapatrimoniales, irrenunciables e imprescriptibles.

De los conceptos vertidos con anterioridad, tenemos que por su versatilidad y amplitud de contenido resulta difícil enumerar de forma completa estos derechos, sin embargo dentro de algunos derechos de la personalidad podemos señalar: el derecho a nacer, el derecho a la conservación de la vida, el derecho a la conservación de la integridad corporal, el derecho a la disposición sobre el propio cuerpo, el derecho a la salud, derecho al mejor desarrollo de sus facultades corporales y espirituales, derecho al honor y la fama, derecho a una vida privada, el derecho a la intimidad, el derecho a la dignidad, el derecho al ejercicio de la libertad en sus distintas manifestaciones, derecho a la tranquilidad y el sosiego del ánimo, entre otros.

Para Castán Tobeñas el derecho de personalidad, es la facultad concreta de que están investidos todos los sujetos poseedores de un conjunto de características que perfectamente lo diferencian de los demás y a la vez se diferencian de los atributos de la personalidad, porque éstos últimos son cualidades de la persona, referencias mediante las cuales la persona se conduce en la sociedad la cual a través de estos atributos, la identifica e interactúa con la persona en facetas tan variadas, como el nombre, la familia, lo económico, laboral, político, relaciones sociales y hasta lo religioso.²¹⁸

Al hacer referencia a los atributos de la personalidad como parte integrante de la esencia de la persona, Rafael Rojina Villegas menciona que las personas físicas o seres humanos tienen como atributos los siguientes: Capacidad, Estado Civil, Patrimonio, nombre, domicilio y la nacionalidad, los cuales son constantes y

²¹⁸ CIFUENTES, Santos. El inicio de la vida humana. El embrión-principio jurídico de existencia de la persona en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos *et. al.*; Derecho Civil de nuestro tiempo, ed. Gaceta Jurídica Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Lima; Perú, 1995, p. 45

necesarios en toda persona física, lo cual permite identificarlos, contar con certeza jurídica en sus actos y relaciones sociales.²¹⁹

Dentro de la importancia de los atributos de la personalidad, se puede mencionar que **el nombre** es el elemento por el cual se distingue a una persona dentro de la familia o de la sociedad y puede hacerse valer en cualquier caso, tiempo y ante cualquier persona, el **estado civil** determina el lugar o situación que jurídicamente le corresponde en orden a sus relaciones familiares, **la capacidad** establece el grado de aptitud para ejercitar derechos y contraer obligaciones y el **domicilio**, del cual se puede decir que es la sede jurídica de las personas.

Existen diversas teorías relacionadas a la personalidad y su origen, entre ellas encontramos; la teoría de la concepción, teoría del nacimiento, teoría de la viabilidad, y la teoría ecléctica, a las cuales resulta interesante y pertinente hacer referencia toda vez que para efectos del objeto de estudio de la presente tesis, es primordial determinar cuando es que comienza la personalidad y por ende el ejercicio de los derechos que implica la misma.²²⁰

La **teoría de la concepción**, menciona que la personalidad principia desde que está concebido el ser y por ende desde este hecho de la naturaleza debe ser reconocida la capacidad jurídica. Si la personalidad jurídica, afirman sus seguidores, es inherente al ser humano, resulta lógico y consecuente que sea reconocida a partir de la concepción, máxime si se toma en cuenta que la ley protege la existencia humana aún antes del nacimiento. Esta teoría presenta el inconveniente de que de manera natural es casi imposible determinar el tiempo de la concepción.

Por su parte la **teoría del nacimiento**, establece que la personalidad se adquiere en el momento mismo del nacimiento porque el feto no tiene vida independiente a la de la madre, y en dado caso en que se le quisiera reconocer

²¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 423

²²⁰ CIFUENTES, Santos. *op. cit.*, pp. 44-50

esta personalidad dentro del vientre materno, tal situación presenta el inconveniente de la imposibilidad de determinar el momento de la concepción.

La **teoría de la viabilidad** exige para el reconocimiento de la persona no sólo el hecho de nacer ésta viva, sino, además, la aptitud para seguir viviendo fuera del vientre materno. Agrega esta teoría, al hecho físico del nacimiento, el requisito de que el nacido sea viable, es decir, que haya nacido con aptitud fisiológica para seguir viviendo fuera de la madre, por sí solo.

Todo esto ha hecho que se tome en consideración una recopilación de las anteriores teorías para dar surgimiento a lo que se conoce como la **teoría ecléctica**, la cual fija el inicio de la personalidad en el momento del nacimiento, reconociendo desde la concepción, por una ficción derechos al *naciturus*, bajo la condición de que nazca vivo, toda vez que al concebido se le tiene como una esperanza de hombre y los supuestos derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento de existencia jurídica son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que solo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

Aterrizando dichas teorías en el derecho objetivo podemos decir que el artículo veintidós del Código Civil del Distrito Federal, recoge ésta última teoría al configurar al concebido en su origen como sujeto titular de derechos pero no lo considera como persona, lo cual se advierte de la siguiente disposición:

“la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y termina con la muerte; pero desde que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todo los efectos declarados en el presente código.”²²¹

Aunque al respecto resulta pertinente resaltar que en este caso el legislador confunde un atributo de la personalidad que es la capacidad, con la personalidad misma, que como ya se ha mencionado es mucho más que los atributos de la

²²¹ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 3ª ed., Ed. Sista, México, 2006, p.31

personalidad, es el cúmulo de elementos inherentes a un ser humano y que lo destacan y distinguen como tal.

Por cuanto hace a la injerencia que los derechos de la personalidad tienen sobre las técnicas de reproducción humana asistida, podemos decir que ésta es central en el tratamiento jurídico de las mismas, toda vez que como ya se ha mencionado el cúmulo de derechos de la personalidad, al igual que la reproducción asistida, es cambiante y se enriquece a través del tiempo para proteger a la persona de mejor manera, frente a las complicaciones sociales, económicas, culturales y familiares del ser humano, por lo cual es una certeza que no se puede cerrar la gama de derechos de la personalidad, la cual permanece abierta ante posibles especificaciones futuras de la dignidad de la persona de acuerdo a futuros avances científicos y tecnológicos.²²²

Podemos decir que en la reproducción asistida, los derechos de la personalidad que se ven involucrados son; el de protección a la vida, a la disposición del cuerpo, la dignidad humana, el derecho a la intimidad, el derecho a la individuación, el de la libertad y el de la autonomía de la voluntad, esto si tomamos en consideración que el hombre desde su concepción, nacimiento y desarrollo es un ser vulnerable que necesita la asistencia de un cúmulo social primario para alcanzar la plenitud de su ser.

Los derechos de la personalidad implican el goce de la libertad, lo que significa la posibilidad de elegir respecto del uso de las técnicas de reproducción humana asistida para dar vida a un ser humano respecto del cual ejercerán una paternidad, no obstante en este ámbito de ejercicio de la autonomía de la voluntad, cabría preguntarse; ¿qué es lo posible? y ¿cuáles son los límites?.

Considero que al respecto no debemos pasar por alto el principio básico de todo ordenamiento legal respecto del ejercicio de cualquier derecho, se encuentra

²²² REBOLLO DELGADO, Lucrecio; *op. cit.*, pp. 107-112

como límite el respeto a la ley misma y la no invasión de la esfera de derechos de los demás, en este caso del no nato, partiendo de la realidad fáctica de que los avances científicos de las últimas décadas han evidenciado gran parte de los procesos orgánicos de la fecundación y del desarrollo del fenómeno celular que de ella proviene, lo que necesariamente implica un cambio de paradigmas en cuanto al inicio de los derechos de la personalidad.

Los logros de biogenética humana, tienen tal trascendencia sobre las definiciones y regulaciones jurídicas de las cuales se escapa toda previsión legislativa, dejando con ello una importante zona de penumbra, la cual no llenan las antiguas conceptualizaciones respecto de el inicio de la vida humana, su existencia intrauterina, el nacimiento y la filiación.

Esta revolución científica en materia reproductiva ha alterado los conceptos tradicionales de paternidad biológica, incluso el de *naciturus*, toda vez que no hay que olvidar la existencia de embriones congelados lo que rebasa el concepto de la fecundación en el seno materno, como proceso orgánico lleno de incógnitas y ficciones, lo que llevaba a establecer la identidad de las personas bajo *conditio juris*, hoy la fecundación extracorpórea, presenta el momento exacto de la conjunción de gametos, su constitución celular y su proyección hasta el parto, no obstante al tener la condición extracorpórea, este tipo de fecundación hace difícil la determinación de el inicio de la personalidad.

La óptima regulación de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida implica una difícil consideración del intelecto toda vez que al ser éstas tan cambiantes y relevantes en materia del inicio de la vida, de la viabilidad de un ser humano en potencia y en la filiación del mismo hace que su tratamiento no amerite un trato ligero o meramente especulativo, pero también implican la imperiosa necesidad de ser reguladas integralmente para no afectar derechos fundamentales como lo es la dignidad humana y el respeto a la vida misma, pues

no hay que olvidar que el fin último del derecho es servir a la persona y por ende se crea y modifica para atender las necesidades de ésta.

3.3.7 El derecho a la Vida.

La vida más allá de identificarse como la cualidad inherente de un organismo biológicamente determinado en cualquiera de los reinos en que se han clasificado los organismos vivos, es considerada por la filosofía como un valor básico que se constituye en el soporte material para el desarrollo armónico de todas y cada una de las etapas naturales de un ser vivo, es decir, nacer, crecer, reproducirse, y morir. En materia de filosofía del derecho, tenemos que tratándose concretamente del ser humano, la vida es una condición *sine qua non* puede existir el goce de los derechos, es decir es necesario estar vivo para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La vida es un derecho básico, estrechamente vinculado con el respeto debido a todo ser humano; por esto mismo se torna inviolable e imprescriptible, y abarca no solamente el derecho a la seguridad frente a la violencia que afecte la integridad física que conlleve a la muerte de un ser vivo, sino también el derecho a los medios de subsistencia y a la satisfacción de las necesidades básicas, que permitan el acceso a una vida digna que potencialice todas las posibilidades fácticas de un ser humano.

Es materia de debate el concepto de “derecho humano” o “derecho fundamental”, debate sobre el cual no entraré, dada la naturaleza del presente trabajo, toda vez que considero que efectivamente la vida es la condición habilitante de cualquier derecho, sin ella se caería en el absurdo de que un muerto ejercitara un cúmulo de derechos y obligaciones, de esta manera podemos decir que desde el momento que una persona existe se le puede considerar sujeto del derecho a la vida.

Una vez existente un embrión, ya sea en el útero o en una plaqueta de laboratorio, su derecho a la vida se torna indiscutible inviolable e imprescriptible, por el simple y sencillo hecho de que la vida en un embrión ya existe, contiene el código genético total que desarrollará la persona que en potencia ya es, esto es, la vida ya está en el embrión, pues no hay que olvidar que aún una molécula celular contiene en sí misma vida, cuanto más un embrión resultante de la fusión de dos gametos que han comenzado una división celular dando paso a un nuevo código genético.

Lo que entra a discusión para consagrarse como derecho humano o derecho fundamental a la vida, es precisamente el hecho de que se permita el óptimo desarrollo de ese ser humano en potencia que se ha denominado embrión, por los medios idóneos para alcanzar su desarrollo gestacional y en su momento dado la separación del seno materno a través del nacimiento que le dote de una vida autónoma e independiente de la madre.

Es en este punto donde el mencionado derecho entra en interacción con la reproducción médicamente asistida, toda vez que el derecho a la vida que se encuentra en juego es precisamente el del embrión que ha surgido de la concepción de los gametos masculino y femenino, pues como ya ha quedado anotado en páginas anteriores de esta tesis, muchas técnicas de reproducción asistida tienen que ver directamente con la manipulación de embriones humanos para la consecución del objetivo final del nacimiento de un bebé, en el camino a dicha meta se incluye la generación de embriones, su manipulación, su congelamiento e incluso su selección y desechamiento.

Con esto quiero dejar sentado que las técnicas de reproducción humana asistida indudablemente afectan la estructura de la personalidad humana y trastocan principios generales del derecho y aún al derecho positivo existente. El respecto del derecho a la vida significa un reto importante para los legisladores con relación a que se pueda lograr un óptimo manejo legislativo de éstas respecto

a la vida que de hecho existe en los embriones humanos ya sea que éstos se encuentren, en el útero o en un laboratorio.

Como marco normativo Internacional del derecho a la vida podemos hacer referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo tercero, y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo cuarto, disponen respectivamente, que todo individuo tiene derecho a la vida y que ésta protección legal a la vida por lo general debe comenzar desde el momento de la concepción, como se lee a continuación:

“Artículo 3 Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

“Artículo 4. 1.- Toda Persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará siempre protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado arbitrariamente de la vida.”²²³

Por su parte el marco normativo mexicano contempla en el artículo 14 de la Constitución Política de México, la protección al derecho a la vida, en óptima concordancia con la legislación internacional a la que ya nos hemos referido, al disponer:

“Artículo 14. **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.”²²⁴

En armonía con la disposición constitucional, encontramos el ordenamiento federal titulado Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual en su artículo quinceavo dispone respecto del derecho a la vida que los niños y adolescentes tienen derecho a la vida, lo cual se garantizará también en cuanto a su supervivencia y desarrollo, como a continuación se puede observar:

²²³ <http://www.derechoshumanosenmexico.org/framederhum.htm>

²²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. cit.*, p. 10

“Artículo 15. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida. Se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo.”²²⁵

Por su parte la legislación secundaria contenida en algunos Códigos Civiles locales de la República Mexicana como lo son: el Distrito Federal y Tabasco, que en sus respectivos artículos 22 y 31 contienen una presunción de tener por nacidos a los concebidos, incluyendo el código tabasqueño aún a los concebidos de manera artificial y que no se encuentren en el útero, como a continuación se presenta:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”²²⁶

“Artículo 31.- La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.”²²⁷

La protección al concebido no solo se limita legislativamente al ámbito civil del derecho, sino que éste también se extiende al ámbito penal, el cual señala la ilicitud de ciertas conductas relacionadas con la reproducción medicamente asistida, los embriones surgidos de ellas y el derecho a la vida, como lo podemos ver claramente en los artículos 144 y 146 del Código Penal del Distrito Federal los cuales establecen como delito de aborto la interrupción del embarazo después de la doceava semana de gestación o en cualquier momento del embarazo sin el consentimiento de la madre, lo que evidentemente choca con el espíritu constitucional, internacional y aún civil del marco jurídico existente respecto a la vida, pues dejan a voluntad de la madre la interrupción del embarazo si así lo desea hasta antes del término ya mencionado, a continuación transcribimos dichos numerales:

²²⁵ <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compil/L290500.html>

²²⁶ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 3ª ed., Ed. Sista, México, 2006, p.31

²²⁷ CODIGO CIVIL DE TABASCO p.

“Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.”²²⁸

No olvidemos que el nuevo código penal del Distrito Federal contempla en el libro segundo el título segundo referente a la procreación asistida, la inseminación artificial y la manipulación genética, el cual abarca los numerales 149 al 155, los cuales hacen especial mención al inicio de la vida humana en su calidad embrionaria por distintos medios a la concepción natural, de esta manera sanciona, en su artículo 149, a quien disponga de óvulos o espermatozoides sin consentimiento de sus donantes, de igual manera en el numeral 150, se pronuncia en contra de las conductas tendientes a la inseminación artificial forzada o bien a la implantación de embriones provenientes de material genético ajeno y sin que éste haya sido donado, sin el consentimiento de la receptora, como lo establece el artículo 151, penando también, la manipulación genética a la que se refieren los artículos 154 y 155 del mismo ordenamiento legal.²²⁹

De esta manera podemos concluir que en nuestro país se encuentra protegido legalmente el llamado derecho a la vida, no obstante en materia de reproducción asistida, existe cierta vaguedad y zonas de penumbra en torno al tratamiento de los embriones, además con las nuevas reformas al código penal el derecho a la vida de un embrión que se encuentra en el seno materno se encuentra supeditado a la voluntad de la madre quien puede poner fin a su vida gestacional hasta llegada la doceava semana del embarazo, por lo que se

²²⁸ Código Penal del Distrito Federal, ed. Sista, México, 2007, p. 54

²²⁹ Código Penal del Distrito Federal, *op. cit.*, p. 55

confirma la necesidad de una legislación más acabada y de fondo en materia de reproducción asistida y el derecho a la vida.

3.3.8 El derecho a la libre disposición del cuerpo.

Algunos doctrinarios han definido este derecho como parte de los llamados derechos de la personalidad o personales, los cuales también incluyen el derecho a la vida y a la integridad corporal, se le considera como la facultad de todo individuo de decidir sobre el propio cuerpo, contando dicha prerrogativa con la protección del Estado para evitar sobre el cuerpo intromisiones de algún tercero al cual no se le permite injerencia alguna.

El derecho a la libre disposición del cuerpo está arraigado en los principios más básicos de los derechos humanos, consistentes en la vida, la autodeterminación, la libertad, la dignidad, la salud, la integridad personal, la no violencia, entre otros, mismos que como ya se ha observado en el desarrollo del presente capítulo se encuentran por demás protegidos por las diferentes disposiciones legales, nacionales e internacionales.

Savigny dice que no hay un derecho a la disposición del cuerpo porque éste no esta recogido ni definido en el derecho positivo, no obstante no se puede negar que el hombre dispone lícitamente de sí mismo y de sus facultades, por su parte Ferrara manifiesta que las facultades de disposición del cuerpo constituyen la exteriorización de una actividad lícita más no el ejercicio de un derecho, con la obviedad de que esta disposición del cuerpo no puede estar supeditado a un abuso y destrucción del cuerpo mismo, lo que resultaría contrario a la moral y buenas costumbres.²³⁰

Existe una falsa idea de el llamado derecho a la disposición del propio cuerpo, que ha llevado a prácticas ilícitas como lo son: el tráfico de órganos, la

²³⁰ SAVIGNY Y FERRARA *citado por* Libre disposición del cuerpo.

venta de diferentes componentes del cuerpo, como la sangre, pues mucha gente ha llegado a pensar que tiene ese “derecho” a comercializar sobre los componentes de su cuerpo, práctica que se encuentra enquistada en nuestra sociedad en donde algunos sectores de la misma, por lo regular los más desfavorecidos, optan por aceptar o solicitar una remuneración económica por la “donación” de algunos órganos o componentes del cuerpo.

Debe quedar claro que este derecho no implica la propiedad sobre el cuerpo, lo que nos lleva a afirmar que nadie, ni siquiera la misma persona es dueño del cuerpo de tal manera que se vuelve antijurídico y antiético el hecho de la comercialización del mismo, lo que también opera para la idea que se tiene sobre actos como el suicidio, el suicidio asistido, la eutanasia, la mutilación, la autoflagelación, negativas a tratamiento médico de urgencia y el no cuidado de la salud.

Por cuanto hace al marco jurídico que consagra este derecho, tenemos algunos instrumentos internacionales que son la base para la protección del mismo como son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual contempla en su séptimo artículo, la prohibición de someter a algún ser humano a tortura, penas o tratos crueles y a no ser sometido a experimentos médicos o científicos sin su voluntad, como a continuación podemos observar:

“Artículo 7.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”²³¹

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo quinto nos habla del hecho de que toda persona tiene la prerrogativa de que se le respete su integridad física, psíquica y moral, consagrando también la prohibición a ser tratado de manera cruel o infamante, como se puede observar de la transcripción que a continuación se realiza.

²³¹ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”²³²

En concordancia con los instrumentos internacionales ya señalados, nuestra Carta Magna consagra los artículos 16 y 22 como los numerales que en este caso prohíben toda molestia a la persona en cuanto a su integridad física, así como las penas de mutilación y tratos degradantes, como se desprende de la transcripción siguiente:

“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.

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales...”²³³

Como legislación secundaria relacionada con el tema que nos ocupa tenemos a La Ley General de Salud, la cual parte de un modelo de consideración del cuerpo humano por la persona como disposición y no como propiedad irrestricta sobre el mismo, de tal manera que al hablarnos del manejo de órganos, células y tejidos del cuerpo humano con fines de donación y trasplante, establece en sus artículos 320 y 321 que una persona puede donar total o parcialmente su cuerpo al otorgar su consentimiento tácito o expreso y por su puesto estar facultado para otorgar dicho consentimiento, pero lo que no puede hacer es comercializar con dichas donaciones como lo dispone el artículo 327 del ordenamiento en comento que a continuación se transcribe.

“Artículo 327. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de

²³² <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

²³³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. cit.*, pp. 12 y 20

altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.”²³⁴

Por otro lado la misma Ley General de Salud, en su artículo 100 al hablar de la investigación científica en seres humanos, dispone que ésta se hará con el consentimiento expreso de la persona en la que habrá de practicarse dichas experimentaciones, como se observa en la transcripción que a continuación se realiza, numeral que reafirma el carácter dispositivo del cuerpo humano por lo que nunca debe entenderse que el ser humano ante la legislación mexicana tiene un carácter de propiedad sobre el cuerpo.

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

IV.- Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;...”²³⁵

Respecto de la relación existente entre el derecho a la libre disposición del cuerpo y la atención a la salud sexual y reproductiva que hace uso de las técnicas de reproducción humana asistida, podemos decir que éste se encuentra íntimamente ligado a la autodeterminación sexual y reproductiva, que como ya se ha mencionado en el cuerpo de este trabajo se expresa en la posibilidad de planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, y el derecho a estar libres de todas las formas de violencia y coerción que afecten la vida sexual y reproductiva del ser humano.

Por cuanto hace a la posibilidad de planear la familia sabemos que esto tiene que ver con la forma libre y responsable de determinar el número e intervalo de los hijos, lo cual implica el tener la información y los medios necesarios para alcanzar la reproducción, por cuanto hace al derecho a estar libre de interferencias

²³⁴ LEY GENERAL DE SALUD, ed. Sista, México, 2007, p.

²³⁵ LEY GENERAL DE SALUD, *op. cit.*, 2007, p.

en la toma de decisiones reproductivas está relacionado con principios más amplios de autonomía corporal y se suele aludir a él como derecho a la integridad física. Este principio tiene sus raíces en el derecho a respetar la dignidad humana, los derechos de libertad y seguridad de la persona, y el derecho a la intimidad, a los que ya se ha hecho alusión en el presente trabajo, además el estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afectan la vida sexual o reproductiva es una expresión más de la autodeterminación reproductiva por cuya protección todo estado debe velar.

En consecuencia, la libre disposición del cuerpo respecto a la capacidad reproductiva entraña la posibilidad de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no, así como cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y acceso a los métodos de planificación familiar de su elección seguros, efectivos, asequibles y aceptables, así como a otros métodos legales para la regulación de la fecundidad, y el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

No obstante, debemos recordar siempre, que al requerir la reproducción humana asistida de la participación del cuerpo de una mujer para lograr el fin deseado, puede llegarse a extremos de la explotación del cuerpo humano, en clara violación al principio de la dignidad humana, lo que puede redundar en la comercialización por ejemplo de una gestación por una madre sustituta, que permite que en su útero sea llevada a cabo la implantación de un embrión ajeno para ser entregado luego del parto a una pareja que ha pagado por ello, o bien a la comercialización de la donación de gametos masculinos y femeninos y aún de embriones, actos que por supuesto debe prohibir la ley pues trasgreden el principio básico de la no propiedad del cuerpo humano lo que implica necesariamente la imposibilidad de realizar cualquier transacción de tipo comercial o gratuita con algún componente o con la totalidad del cuerpo humano, pues esto

resulta totalmente fuera de la ley, de la moral y de las buenas costumbres, por lo que todo acto al respecto quedaría nulo de manera absoluta.

3.3.9 El derecho a la Información.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, podemos decir que el concepto información, se refiere a la “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada.”²³⁶ No obstante, además debemos entenderlo como un conjunto o colección de datos, sucesos o hechos significativos y pertinentes, para la persona que los percibe.

Esto nos lleva a afirmar que la información que contenga **datos significativos**, debe constar de símbolos reconocibles, completos y expresar una idea no ambigua, de tal manera que puedan ser correctamente interpretados. De igual manera al contener **datos pertinentes**, la información tiene datos relevantes, que son tales cuando pueden ser utilizados para responder a preguntas concretas.

Sin embargo al momento de pretender definir el derecho a la información, cabe responder que no existe una respuesta que ofrezca un concepto unívoco de validez universal que pusiera fin a esta interrogante, en su sentido amplio el derecho a la información esta de acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que lo establece como garantía fundamental que toda persona posee para: atraerse información, a informar y a ser informada, en su sentido estricto menciona que el derecho a la información se ha identificado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el derecho de acceso a la información pública.²³⁷

²³⁶ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición, versión electrónica, para la red mundial de información, sitio [ww.http://buscon.rae.es/drae/](http://buscon.rae.es/drae/)

²³⁷ VILLANUEVA, Villanueva Ernesto. “Temas selectos de derecho de la información”, ed. instituto de investigaciones jurídicas, México, 2004, pp.9-16.

El derecho a la información es un derecho constitucional reconocido al final del artículo 6° de la Constitución Mexicana desde 1977: "El Derecho a la Información será garantizado por el Estado".²³⁸ Es la garantía fundamental que tiene toda persona para obtener información, como podría ser; noticias, datos, hechos, opiniones e ideas, así como a informar y ser informada, de forma compatible con otros derechos humanos, podemos decir que éste derecho engloba tanto libertades individuales, como lo serían; libertades de pensamiento, expresión e imprenta, como otras libertades de carácter social, por ejemplo; el derecho de los lectores, escuchas o espectadores a recibir información objetiva, oportuna y el acceso a la documentación pública.

Por otra parte, el derecho a la información está reconocido en los ordenamientos internacionales sobre derechos humanos, dentro de ellos podemos citar; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que como ya lo he mencionado en su artículo 19 reconoce el derecho a la información como un derecho humano, como se puede observar de la transcripción que a continuación se hace:

"Artículo 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."²³⁹

El 11 junio de 2002, se promulga en México la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, la cual dispone en su artículo primero que esta ley "tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal"²⁴⁰, se deduce por tanto, que el derecho a la información gubernamental no había sido lo suficientemente impulsado, desarrollado y

²³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. cit.*, p. 8

²³⁹ <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

²⁴⁰ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244.pdf>

valorado en los últimos años, hecho que corresponde a una política autoritaria basada en la autodeterminación de los gobernantes, lo que necesariamente repercutía en todos los niveles de acceso a la información, quedando al arbitrio del que tuviera la información el comunicarla o no.

Por su parte la Ley General de Salud en su título sexto, capítulo único, artículos 104 al 109, establece que la Secretaría de Salud y los gobiernos estatales, en el ámbito de sus competencias, captarán, producirán y procesarán la información necesaria para la etapa de planeación, programación, presupuestación y control del Sistema Nacional de Salud, lo que constituye una fuente valiosa de datos, toda vez que la misma ley, contempla que esa información preponderantemente se refiera a estadísticas de mortalidad, natalidad e invalidez así como de los factores demográficos, sociales, económicos y ambientales que influyen en ellos.²⁴¹

Acercándonos a las técnicas de reproducción asistida, la misma Ley General de Salud, hace referencia en distintos artículos a la información que se debe dar a los usuarios de los servicios de salud, sólo por citar algunos tenemos los artículos 100 y 102 de la ley en comento, los cuales hacen referencia a la investigación en los seres humanos, de tal manera que para que un ser humano pueda ser sujeto a tratamientos, terapias o medicamentos experimentales, debe emitir su consentimiento por escrito, lo que implica su debida información sobre las posibles consecuencias positivas y negativas para su salud.²⁴²

De igual manera los artículos 321, 322 y 333 de la Ley General de Salud, se habla a cerca del consentimiento informado que debe mediar para realizar trasplantes entre vivos, pues para ello el donante deberá recibir información completa en torno a los riesgos de la operación y de las consecuencias de la extracción de un órgano o tejido.²⁴³

²⁴¹ Ley General de Salud, ed. Sista, México, 2007, pp. 35-36

²⁴² *Ibidem* p.33

²⁴³ *Ibidem* pp. 100-102

La relación de las técnicas de reproducción humana asistida con el derecho a la información, la encontramos en el hecho mismo de que todos los servicios de salud a nivel mundial y por ende nuestro país no es la excepción se han transformado de una cultura que concedía absoluta libertad de tratamientos e intervenciones al personal de salud a otra que otorga la libertad de elección del tratamiento por parte del paciente quien decide mejor que nadie cuando, como y con quien combatir su padecimiento o en este caso acceder a la reproducción humana asistida.

Antaño era el médico en una actitud paternalista o aún autoritaria quien decidía de manera unilateral lo que debía hacerse en cada caso en particular por ello la relación que se formaba era la de médico-paciente, pero hoy día ese concepto ha evolucionado a denominarse usuario-prestador de servicios de salud, por lo que se da por sentado un nuevo valor en los servicios de salud el cual consiste en la libertad de decidir sobre el tratamiento conducente para el caso en particular que en relación a nuestro tema lo es el uso y acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.

A efecto de que sea el paciente quien decida sobre la forma, el momento y el prestador de servicios de salud por los cuales atenderá su padecimiento o limitación física se debe partir de una premisa *sine qua non* que es precisamente la información, por ello cuando un usuario decide que tratamiento es el pertinente para su caso en particular, se habla del consentimiento bajo información o consentimiento informado.

En palabras de Fernando Cano Valle, tenemos que el consentimiento bajo información puede definirse de la siguiente manera:

“Proceso mediante el cual se garantiza por escrito que después de haber recibido y comprendido toda la información necesaria y pertinente, el paciente ha expresado voluntariamente su intención de participar en cualquier investigación o su autorización para que sobre él se efectúen procedimientos diagnósticos, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas de cualquier

tipo, que suponen molestias, riesgos o inconvenientes que previsiblemente pueden afectar su salud o su dignidad, así como las alternativas posibles, derechos, obligaciones y responsabilidades.²⁴⁴

Por su parte María Dolores La Calle González Haba, establece que al ser la característica principal de las técnicas de fecundación artificial la falta de unión sexual de la pareja, el consentimiento informado toma una importancia decisiva y se constituye en núcleo habilitante de esta práctica, además señala que este consentimiento no es exclusivo de la pareja usuaria de estas técnicas, sino que se extiende para todas y cada una de las personas que intervienen en las mismas, toda vez que no hay que olvidar que en estas técnicas intervienen como mínimo 3 o 4 personas, además del equipo médico que interviene, éstas personas son la pareja usuaria y el donante o donantes, esto sin hablar de una posible madre sustituta y el marido o pareja de ésta.²⁴⁵

A manera de conclusión podemos afirmar que el derecho a la información y las técnicas de reproducción asistida se entrelazan en el momento en que las mismas se actualizan mediante un procedimiento médico y no de manera natural, dicho procedimiento de salud necesariamente trae aparejado ciertas consecuencias y riesgos quirúrgicos que necesitan ser plenamente comprendidos por el usuario de las técnicas con la finalidad que éste pueda asumir todos los efectos de las mismas, que como ya lo hemos comentado no sólo se reducen a cuestiones de salud sino que incluso pueden estar dirigidos a determinar la filiación del concebido por estos métodos, consecuencia que analizaremos en el apartado siguiente.

²⁴⁴ CANO VALLE, Fernando; Bioética, ed. UNAM, México, 2005, p. 25

²⁴⁵ LA CALLE GONZALEZ-HABA, María Dolores; La prestación del consentimiento, en las técnicas de reproducción asistida, en Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 7, invierno, España 1994, pp.150-167.

3.3.10 Derechos y obligaciones de la filiación.

La filiación, *del lat. filiatío, -ōnis*, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende como, la procedencia de los hijos respecto de los padres, también como la dependencia que tienen algunas personas o cosas respecto de otra u otras principales, en este entendido podemos decir que la filiación es la relación que existe entre los padres respecto de la persona del hijo y ésta puede darse de manera biológica o por un supuesto legal que vincula jurídicamente a los padres respecto de la persona del hijo.

Alicia Pérez Duarte nos menciona que es la relación de tipo jurídico que existe entre el padre o madre y el hijo o hija, por ende esta definición incluye los conceptos de paternidad y maternidad, con la filiación se pretende regular el fenómeno de la procreación tanto dentro como fuera del matrimonio y se extiende por medio de la adopción a personas extrañas entre sí creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran el padre o la madre e hijo o hija.²⁴⁶

De acuerdo con Bernardo Gastón Gómez, en la teoría filiativa existen tres modelos de fuentes jurídicas de la filiación, las cuales denomina: 1) modelo clásico de presunciones, 2) modelo genético o de verdad biológica y 3) el modelo de la voluntad procreacional.²⁴⁷

El primero de estos modelos se puede decir que es el que imperaba en las legislaciones de familia del siglo pasado, suponía la maternidad, paternidad y concepción legítimas en base a presunciones derivadas del acto jurídico del matrimonio y del tiempo aproximado de gestación de un ser humano hasta el momento del parto.

²⁴⁶ PEREZ DUARTE, Alicia; Derecho de Familia, 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 164-172.

²⁴⁷ GASTON GOMEZ, Bernardo; Algunas consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida y derecho de familia, En Cuadernos de Análisis Jurídicos, número 28, Julio 1993, pp. 112-114.

El modelo genético o de verdad biológica supone aceptar que la relación filial, se constituye en virtud del origen o padrón genético de los sujetos, toda vez que los métodos para determinar ese origen genético ha alcanzado resultados cercanos a la certeza absoluta y puesto que las personas tienen derecho a saber y por ende a indagar su origen genético se debe dar cabida a los sistemas probatorios amplios de acceso a la certeza genética.

Por último el modelo de la voluntad procreacional establece que la relación filiativa se constituye por medio del consentimiento o sea que ante la voluntad individual y declarada de las personas puede asignárseles un rol definitorio constitutivo de la filiación, de manera similar a lo que sucede en caso de la adopción plena, o bien cuando un hombre consiente que una mujer se insemine con gametos donados.

En nuestro país se encuentra consagrado como **derecho constitucional** el hecho de que todo hombre y toda mujer tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número y espaciamiento de sus hijos, en el artículo cuarto de la nuestra carta magna, mismo que también establece el deber del padre y de la madre de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y de su salud física y mental.

Por su parte como instrumento internacional pertinente encontramos a la convención sobre de los derechos de los niños que en todo su articulado pondera el interés superior del menor en todo lo concernientes a su persona y a su tratamiento jurídico en cuanto a la filiación, para muestra basta citar el artículo séptimo de la misma que pondera la filiación como derecho fundamental del niño, de igual manera el artículo octavo establece el derecho a la identidad y de la preservación de las relaciones familiares y el noveno establece que el menor no sea separado de sus padres contra su voluntad a menos que sufra maltrato.

“Artículo 7 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y,

en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”
248

En el ámbito federal, tenemos a ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la cual en su artículo tercero establece que ésta protección, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, ponderando diferentes principios rectores de la protección de los derechos de los mismos, destacando entre ellos, el señalado con la letra d, que en relación de la filiación establece como derecho central de un menor, el de vivir en familia como espacio primordial de desarrollo.

En el mismo ordenamiento federal, encontramos un capítulo segundo, referente a las obligaciones de ascendientes, tutores y custodios de los menores, el cual contempla los artículos diez al trece, de tal manera que en el numeral once, letra a, se estatuyen de manera enunciativa, las obligaciones mínimas derivadas de la filiación, como puede observarse de la transcripción que a continuación se realiza:

“Artículo 11. Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

- A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.”²⁴⁹

Relacionando las disposiciones de la ley federal en comento con la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida encontramos que el artículo 15 establece que *“Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida. Se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo”*, lo que nos lleva a pensar necesariamente en aquéllos seres humanos generados por fecundación asistida y que en un momento dado han logrado nacer tienen derecho no sólo a la vida sino a que se les garantice el máximo de condiciones que

²⁴⁸ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm

²⁴⁹ www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/doc/185.doc

conlleven su supervivencia y desarrollo que necesariamente se ve expresado en el apoyo asistencial de su familia la cual tendrá acceso por virtud de lazos de filiación ya sean biológicos o jurídicos, toda vez que hay que recordar que el ser humano es un ser vulnerable en su origen y que de ello deviene la importancia de que sea inserto en un núcleo familiar que se encargue de sus cuidados.

De manera local encontramos debidamente regulados los derechos y obligaciones que se derivan de la filiación, en diferentes numerales del Código Civil del Distrito Federal, que van del artículo 324 al 343 de este código, encontramos en el mismo, la definición legal de filiación en el texto del artículo 338 que a la letra dice:

“Artículo 338: la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”²⁵⁰

En el mismo cuerpo sustantivo encontramos que para el caso de la impugnación de la paternidad, es causa de improcedencia de la misma el hecho de que el hijo haya sido concebido mediante técnicas de fecundación asistida con consentimiento expreso para la utilización de tales métodos, según lo dispone el último párrafo del artículo 326 en relación con el artículo 329 del ordenamiento legal en comento.

Otro aspecto que resulta interesante resaltar consiste en el hecho de que el código sustantivo en materia civil para el Distrito Federal en su artículo 336. Dispone que “*en el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo...*”²⁵¹ siendo lo que llama nuestra atención, el hecho de que ya se menciona en la Ley el hecho de que no sólo la paternidad puede ser impugnada sino que también lo puede ser la maternidad, lo que se relaciona indudablemente con la concepción de seres humanos a través de la fecundación asistida.

²⁵⁰ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *op.cit.*, p.58

²⁵¹ *Ibidem* p. 59

Derivado del marco jurídico de la filiación podemos ver que las técnicas de reproducción asistida han venido a trastocar los antiguos parámetros que hacían cierta las relaciones parento-filiales, toda vez que éstas han dado origen a situaciones nuevas que el derecho en general no alcanza a prever por completo, sólo por citar algunas de las complicaciones jurídicas que pudieran estar en la mesa de análisis de algún juez de nuestro propio país, en materia de filiación tenemos las siguientes hipótesis que me parecen las más plausibles en relación a la utilización y actual desarrollo de la reproducción asistida.

- 1) El que una mujer viuda conciba un hijo de su marido fallecido, en virtud de existir semen congelado de éste o incluso un embrión crioconservado y lo de a luz mucho tiempo después de los 300 días en que según el artículo 324 del Código Civil reputaría a un hijo como póstumo del marido fallecido y por ende no pudiese asignársele la calidad de legítimo hijo del *de cuius* con todas las implicaciones filiales que eso conlleva como sería el nombre y derechos patrimoniales por concepto de herencia de los cuales estaría privado a pesar de ser hijo biológico del esposo muerto, esto sin entrar al análisis de si el marido otorgó su consentimiento para el nacimiento de ese hijo o no.

- 2) Puede suceder que una mujer sea madre genética más no gestacional ni de parto de un concebido en virtud de estas técnicas por medio de la llamada maternidad sustituta, la cual rompe con el tradicional principio de *mater semper certa est*, toda vez que se tomaba como hecho indiscutible que la mujer que llevaba en su vientre un embrión al cual gestaba hasta su parto era sin duda la madre del mismo, cosa que en la actualidad no necesariamente es así, lo que genera un conflicto al momento de determinar la maternidad de un ser humano, por lo que como ya he mencionado el mismo Código Civil, ahora también puede impugnarse la maternidad de una persona.²⁵²

²⁵² GASTON GOMEZ, Bernardo; *op. cit.*, pp. 108-109.

- 3) Al posibilitarse el hecho de la fecundación de los gametos humanos sin necesidad del acceso carnal, las presunciones de paternidad que marca el Código Civil han de revisarse porque los tiempos que contempla la ley pueden ser rebasados perfectamente y revelar una verdad biológica que de manera jurídica se tendría por no cierta, como sería el caso de un hijo póstumo y de un hijo nacido después de disuelto el vínculo matrimonial al poderse implantar el embrión congelado tiempo atrás en el útero de la viuda o de la ex esposa de un varón que en su momento aportó el material genético necesario para la fecundación *in vitro*.
 - 4) Cabe preguntarse qué pasa con la paternidad o maternidad del donante que de manera anónima aporta su material genético en aras de que un hombre o mujer solteros accedan a la procreación asistida y de esa manera puedan criar a un menor sin que sea su deseo compartir esa responsabilidad con el padre o madre genéticos, estableciendo hogares uniparentales, generando un problema de falta de claridad en la filiación, lesionando con ello el derecho a la identidad de un niño, acto, muy de moda actualmente.
 - 5) Otro supuesto en el que lo sociológico, lo jurídico y lo genético se entrelazan en estas técnicas de reproducción es el hecho de la paternidad que buscan a través de la reproducción asistida las parejas homosexuales, en las que el rol de padre o madre no se encuentra plenamente definidos.
 - 6) Cabe contemplar dentro de las posibles complicaciones para determinar un vínculo filial en virtud de las técnicas de reproducción asistida, el hecho de que pueda ocurrir un error humano al momento de fecundar el óvulo con el semen equivocado o bien implantar un embrión que proviene de pareja distinta a la que se realizó la transferencia embrionaria, todo esto creyendo los usuarios que es su material genético el que ha dado vida a un nuevo
-

ser, creando de esta manera la irónica paradoja de criar a un hijo como suyo cuando biológicamente no lo es y su verdadero hijo pueda ser criado por otra pareja, todo esto derivado de un error médico, al cual cualquiera es vulnerable.

- 7) Puede darse que una implantación embrionaria tenga lugar sin el consentimiento y más aún sin el conocimiento de la pareja comitente por el mismo aplicador de la técnica tan sólo porque así lo considera pertinente, y se de que existan de esa pareja otros hijos sin que ellos lo sepan, hijos que pueden ser traídos al mundo con el simple hecho de implantar los embriones para su gestación y nacimiento en otra mujer, llegando con el paso del tiempo a consecuencias trágicas dignas de un melodrama, pero no por ello alejadas de la realidad como lo serían relaciones incestuosas ante el desconocimiento del verdadero origen genético.
- 8) Otro elemento que puede darse en la práctica es el mercado negro del material genético y embrionario, ya sea con fines meramente de reproducción o de creación de órganos y tejidos para algún tratamiento terapéutico o bien incluso con fines más superficiales pero no por ello menos comerciales, como lo serían la industria cosmetológica y estética, dentro de la cual están tomando gran auge el uso de biotecnologías.

Con lo someramente manifestado, podemos decir que la procreación ha desbordado los límites legales que actualmente se tienen respecto a la filiación, lo que implica que la legislación al respecto debe replantearse a efecto de incluir los supuestos ya determinados con el devenir científico de las mismas técnicas, aunque al ser este desarrollo tan dinámico, siempre habrá lugar a conflictos respecto a la filiación, cosa que en el siglo pasado se resolvía con las presunciones que al respecto contemplaba la ley.

3.3.11 Situación jurídica del Embrión.

Entenderemos por embrión al ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie, se ha determinado que entre las veinticuatro y treinta y cinco horas siguientes a la fecundación, la primera célula individualizada, es decir el cigoto o blastocito, comienza a dividirse, haciendo surgir el embrión, al que transcurrido seis semanas se le denominará feto.²⁵³

El diccionario de la lengua española, define al embrión como el principio no desarrollado de algo, por otra parte también se ha denotado como embrión a la unión recombinante de un óvulo con un espermatozoide que forman un cigoto, el cual posee la potencialidad de que bajo el medio idóneo, el cual hasta el momento es el vientre materno, puede desarrollarse y llegar a convertirse en un ser humano.

En materia jurídica al embrión se le ha denominado con el término latino de *Nasciturus* en clara referencia al ser humano meramente concebido, mientras permanece en el seno materno, lo cual no resulta del todo completamente claro porque de manera general se refiere como tal al ser fecundado desde su etapa gestacional como huevo o cigoto hasta el instante mismo en que se desprende del seno materno.

A la luz de la biología podemos decir que el cigoto no es más que el inicio de una serie concatenada de pasos que dan lugar al llamado desarrollo embrionario y que la ausencia o interrupción de alguno de estas etapas repercute

²⁵³ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español, Ed. Civitas, España, 1988, pp. 87-88

necesariamente en la futura existencia del ser humano en potencia, por ejemplo si no llegara a darse la división celular de los primeros días en los que se genera la división celular de dos, cuatro, ocho, dieciséis, etcétera que significan la recombinación de los cromosomas de ambos gametos a efecto de generar la nueva información genética, si el proceso es interrumpido antes del día catorce, se puede decir que se tiene un embrión carente de información genética total, que en un momento dado lo individualizaría.

Una vez transcurridos los catorce días comienza el proceso de gastrulación mediante el cual se diferencian las tres capas de células a partir de las cuales se desarrollan los órganos y tejidos del embrión, además se ha identificado que es a partir de la tercera semana cuando ya se ha constituido el sistema nervioso central y comienza a funcionar el sistema cardiovascular, aunado al hecho de que el embrión comienza a tomar una forma corpórea bilateral que fácilmente se ha identificado como la forma primaria del feto, siendo en este momento cuando se pondera con mayor firmeza la individualidad del ser que se encuentra en el vientre de la madre.

La falta de homogeneidad en la disertación biológica en torno al comienzo de la individualidad del ser fecundado, necesariamente repercute en su manejo jurídico, de tal manera que existen doctrinarios que se pronuncian respecto del embrión como un “ente vivo pero no una nueva vida, toda vez que su individualización comienza en el catorceavo día después de la fecundación, toda vez que es hasta ese momento cuando se fija en las paredes del útero y resulta imposible ya que en su división celular de origen a unos gemelos.”²⁵⁴

Algunos tratadistas estiman que la protección dada al nasciturus, es en virtud de consideraciones a la madre. Ello está fuera de lógica, porque el propósito y finalidad fundamental es brindar esa protección al ser humano que se

²⁵⁴ BARBERO SANTOS MARINO

espera. Otros opinan que la indicada protección crea un derecho sin sujeto; lo cual no se puede aceptar en la doctrina, porque todo derecho tiene un sujeto.

De esta manera tenemos que el marco jurídico relacionado con la protección del embrión, lo encontramos en diversos cuerpos normativos como lo son: La Constitución, tratados internacionales, códigos Penales y civiles de las diferentes Entidades Federativas, así como diversas legislaciones secundarias que se generan ante la suscripción de diversos tratados internacionales.

Nuestra Carta Magna, expresamente no establece el derecho a la vida del embrión humano, pero sí establece la calidad de ley suprema que tienen los tratados en nuestro país, tal y como se lee del texto del artículo 133 de la misma que es la base con la cual el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, cobra vigencia y actualidad en el marco jurídico mexicano de cuyo texto a continuación podemos leer:

“Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”²⁵⁵

De igual manera del texto del artículo 22 de nuestra Carta Magna, se puede inferir una cierta protección del derecho a la vida, cuando señala que *“quedan prohibidas las penas de muerte ...”*, numeral que guarda íntima concordancia con lo que dispone el tercer párrafo del artículo 4 de la constitución el cual pondera la protección de la salud, la que evidentemente es un requisito íntimamente ligado para la continuidad de la vida **“Artículo 4 ... Toda persona tiene derecho a la protección de la salud...”**²⁵⁶

Por cuanto hace a las legislaciones secundarias, podemos enunciar la Ley General de Salud la cual en su artículo sexto fracción quinta, expresamente manifiesta que la salud que se deriva del mejoramiento de las condiciones sanitarias propicia el desarrollo satisfactorio de la vida, tal como se lee a continuación:

²⁵⁵ <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

²⁵⁶ <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/5.htm?s=>

“**Artículo 6.** El sistema nacional de salud tiene los siguientes objetivos:

v. Apoyar el mejoramiento de las condiciones sanitarias del medio ambiente que propicien **el desarrollo satisfactorio de la vida;**”

Respecto a la legislación local del Distrito Federal, el Código Penal, tipifica ciertas conductas atentatorias de la vida humana en el delito de homicidio y concretamente hablando de la vida que se desarrolla intrauterinamente con el delito de aborto y más aún de la vida que se da a nivel de laboratorio con la manipulación genética de embriones y de gametos, tal como lo establecen los artículos, 123, 144 y 154, que a continuación me permito transcribir.

“**Artículo 123.** Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la decima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Artículo 154. se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual termino para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

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

II. fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.²⁵⁷

Por su parte el Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 22 establece que la protección de la ley para un individuo se extiende al momento mismo en que es concebido lo que evidencia su protección en el seno materno o en un momento dado dicho amparo jurídico bien pudiera extenderse a la existencia misma de un embrión a pesar de no estar alojado en el útero, esto sería cuando

²⁵⁷ <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/208/128.htm?s=>

hablamos de los embriones congelados en algún laboratorio, a efecto de ser más enunciativos me permito transcribir a continuación el numeral invocado.

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.²⁵⁸

Respecto a la relación que guardan las técnicas de reproducción asistida con el tratamiento jurídico del embrión podemos señalar que se ha generado una problemática normativa derivada de la manipulación del inicio de la vida a través de medios artificiales, entiéndanse las técnicas de reproducción humana asistida, aunado al hecho de que la evolución de éstos elementos artificiales es demasiado dinámica para los ciclos naturales de creación de las normas, es decir la hipótesis normativa siempre va a la zaga del desarrollo biotecnológico.

Las diversas zonas de penumbras que se generan con este devenir biotecnológico hacen que sea muy difícil proteger al cien por ciento la vida en potencia que se encuentra latente en un embrión congelado, respecto de los cuales la protección legal se ve en mucho impedida para lograr que se respete el derecho a la vida que en potencia encierran, pese a que muchas legislaciones nacionales, incluyendo a la nuestra al concebido se le tenga por nacido.

Aplicando lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil ya invocado y particularmente en el caso de los embriones congelados se cae en la paradoja jurídica de tenerlos por nacidos a pesar de que no se encuentran en el vientre materno, el cual es el medio idóneo para la consecución de su desarrollo viable a efecto de que puedan en un momento dado nacer, argumento que sirve de base para que algunos autores afirmen que en estricto sentido no existe respecto de los embriones un “derecho a la vida” sino un “derecho sobre la vida”, porque sin vida ningún humano puede hacer válido derecho alguno.²⁵⁹

²⁵⁸ <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/202/default.htm?s=>

²⁵⁹ DOBERING GAGO, Mariana; Status jurídico del preembrión, en *Revista Jurídica*, número 28, México, 1998, págs. 258.

Cuando en alguna legislación se establece que nadie puede ser privado de la vida, cabría preguntarse si esto se extiende al preembrión y más aún si esto se extiende al preembrión *in vitro*, tomando en cuenta que éste último es el resultado de la fecundación del óvulo hasta el sexto día de su evolución que es cuando se implanta en el útero materno, toda vez que como ya se ha dicho la protección jurídica abarca al ser humano no nacido y más aún al meramente concebido que se encuentra absolutamente indefenso ante cualquier manipulación que pretenda detener su desarrollo a través de su eliminación.

Podemos mencionar a manera de conclusión del presente apartado que en México se carece de una legislación que proteja al ser humano en sus primeras etapas de desarrollo embrionario, donde incluso con reformas recientes al código penal, concretamente al delito de aborto se ha caído en el hecho de negarle incluso el derecho a la vida hasta la doceava semana fecha en que incluso se puede interrumpir un embarazo, cuanto más estará desprovisto de protección jurídica aquél preembrión *in vitro* o incluso aquél embrión congelado, hecho que no debe pasar desapercibido ante la posibilidad real de que dichos seres humanos en potencia puedan encontrar su viabilidad gestacional e incluso su alumbramiento bajo circunstancias que dependan exclusivamente de los fines de algún prestador de estos servicios, que puedan ser robados y usados con cualquier fin no procreacional, puedan ser elementos para la investigación genética fuera de los límites que la bioética marca con evidentes atentados a la dignidad del género humano.

3.3.12 Orden público e Interés Social en cuestiones Familiares.

El orden público puede ser definido como un código de valores jurídicos, éticos y sociales que una sociedad ha plasmado en su Constitución y en sus leyes, para crear un ámbito de confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil que resulta del hecho de que las personas físicas y morales ajusten su actividad a las normas que rigen la convivencia social.

De esta manera cuando se habla de una ley de orden público se entiende tal referencia como aquél cuerpo normativo en el que están interesadas de una manera muy inmediata y directa, la paz y la seguridad sociales, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral. Dicho en otras palabras, se habla de las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el que está estructurada la organización social.

También se entiende que una cuestión se llama de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que sólo juega un interés particular. Por eso las leyes de orden público son irrenunciables e imperativas, contrario a las de orden privado que son renunciables, permisivas y confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras.

En relación al tema que nos ocupa, como ya lo hemos mencionado el uso de las técnicas de reproducción humana asistida tienen injerencia directa en el derecho familiar, el cual por disposición expresa de la ley es considerado como de orden público e interés social, tal y como se desprende del artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a continuación se transcribe:

“Artículo 940.- todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.”
260

Por ende estamos ante el hecho concreto de que la materia familiar es considerada por la Ley Adjetiva Civil como de orden público y por ende de interés social, de tal manera que al estar ante las Técnicas de Reproducción Asistida las cuales como fin primordial tienen la consecución de la filiación biológica, podemos afirmar que el orden público debe también subyacer en el tratamiento jurídico de dichas técnicas pues la reproducción no sólo es un asunto individual, sino también social.

²⁶⁰ Código de Procedimientos Civiles, para el Distrito Federal. ed. Sista, México, 2008, p. 344

Actualmente la reproducción asistida es socialmente aceptable, sobre todo por la influencia que han ejercido los medios de comunicación al ponderarlas como el medio idóneo de lograr el nacimiento de un hijo a pesar de las limitaciones biológicas que al respecto tenga un ser humano, pero no por ello debe dejarse de lado que para el uso y aplicación de las mismas debe de hacerse un estudio minucioso de las mismas desde un punto de vista multidisciplinario, pero que sobre todo lleve a la protección de los derechos humanos de los distintos implicados, como lo son: los problemas de los donantes, el estatuto del embrión, el diagnóstico prenatal, la manipulación genética, el consentimiento informado, determinación de la paternidad y maternidad, el origen genético y el derecho a la identidad, entre otros.

Se puede concluir que el orden público tiene injerencia directa en el tratamiento que de las técnicas artificiales en reproducción humana tenga el derecho, al respecto María Casado, en el estudio que realiza de los problemas que genera la reproducción humana asistida, manifiesta:

“Tras las nuevas tecnologías se evidencia que subyacen los mismos planteamientos tradicionalmente patriarcales. Lo que se presenta como un logro para la mujer tiene importantes costos que deben ser tenidos en cuenta, ya que una vez iniciado el proceso el control del mismo escapa totalmente de sus manos y lo que se plantea como una nueva opción reproductiva puede devenir en una nueva forma de opresión.”²⁶¹

Para el tratamiento jurídico de las técnicas ya indicadas se debe partir de un análisis profundo de los valores primordiales que deben subyacer en la regulación de las mismas toda vez que la vertiginosa aparición de múltiples posibilidades para lograr la propia reproducción hace que se ponga a prueba la forma de afrontar y resolver los problemas que en materia de filiación aparecen con ellas, toda vez que el estado actual de dinámico perfeccionamiento de dichas técnicas llevan a admirarnos de la inteligencia humana que dota de medios para solucionar casi todos los problemas de infertilidad y esterilidad en el ser humano, pero que al

²⁶¹ CASADO, María; Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho, en Revista Papers, número 53, Barcelona, España, 1997, pp. 43-44.

mismo tiempo lleva a una abstracción tal que impide ver problemas jurídico, familiares, emocionales y aun personales que pueden surgir a mediano y largo plazo.

3.4 Bioética.

El término “bioética” fue utilizado por primera vez por Van Rensselaer Potter en 1970. Con este término aludía Potter a los problemas que el inaudito desarrollo de la tecnología plantea a un mundo en plena crisis de valores. La bioética surge por tanto como un intento de establecer un puente entre ciencia experimental y humanidades. Ésta fisura hunde sus raíces en la asimetría existente entre el enorme desarrollo tecnológico actual que otorga al hombre el poder de manipular la intimidad del ser humano y alterar el medio. De ella se espera una formulación de principios que permita afrontar con responsabilidad las enormes posibilidades biotecnológicas, impensables hace solo unos años.

A efecto de conceptualizar el término podemos citar que la bioética:

“Ha sido definida como el examen crítico de los aspectos morales de las decisiones en el sistemático de la conducta humana en el campo de la atención de la salud y también como el estudio de las cuestiones éticas que surgen en la práctica de las disciplinas biológicas.”²⁶²

La bioética se ha definido también como *el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y la salud analizadas a la luz de los valores y principios morales.*²⁶³ De tal manera que el fin de la bioética puede ser definido como el análisis racional de los problemas morales ligados a la biomedicina y su vinculación con el ámbito del derecho y las ciencias humanas, se podría decir que esta rama del saber establece unos límites al científico a la vez que aporta criterios éticos generales que van conformando un *deber ser*.

²⁶² LUNA, Florencia y Arleen L. F. Salles. Develando la bioética: sus diferentes problemas y el problema de la filosofía en Ensayos de Bioética. Reflexiones desde el Sur, ed. Fontamara, México, 2001, p. 19.

²⁶³ CANO VALLE, Fernando; Bioética, ed. UNAM, México, 2005, p. 5

Ante el acelerado devenir biotecnológico que necesariamente incide en cuestiones profundas del ser humano como lo son la vida misma, el valor que actualmente alcanza la bioética se traduce en ser un instrumento intelectual de reflexión que establece criterios de orientación para el comportamiento del científico en su interactuar con lo humano, partiendo del concepto de dignidad del hombre como cualidad constitutiva que singulariza a la persona y se concreta en un ser único, insustituible, lo cual debe subyacer en todo límite que establezca para el actuar del científico.

3.5 Principios de la Bioética.

Sabemos que todo campo de conocimiento humano tiende a establecer principios generales que encierran en sí mismos la esencia de su contenido cognoscitivo, de tal manera que la bioética no ha escapado al hecho mismo de ponderar ciertos principios básicos, lo cuales resultan un buen instrumento para analizar la calidad ética de las decisiones sanitarias. Tales principios son en una primera generación: beneficencia, no-maleficencia, autonomía y justicia, principios que se encuentran íntimamente relacionados con principios más bien filosóficos, los cuales me he atrevido a señalar como principios pertinentes en la bioética, por su fuerte injerencia en la misma, siendo estos: El respeto de la vida, la Dignidad Humana y el Conocimiento del Ser Humano.

El esfuerzo por respetar los principios de bioética en las actuaciones profesionales y su utilización como referente en la reflexión necesaria para resolver problemas éticos, permite orientar la práctica profesional hacia el cumplimiento de los fines de la medicina los cuales más allá de curar enfermedades y alargar la vida están siendo enderezados al hecho mismo de buscar una calidad de vida mayor en el ser humano, que sea el resultado de la atención de su salud.

La Bioética a través de sus principios busca conformar una ética profesional, en este caso biomédico-sanitaria, la cual ya no se dedica sólo a la

relación médico-enfermo ni en la forma tradicional, pues la relación de los profesionales con empresas sanitarias plantean una dinámica trilateral que abarca el servicio sanitario que prestan a un paciente, todo dentro de un marco jurídico, con obligaciones de información a la institución y a los pacientes que plantean contradicciones entre la autonomía de los mismos, los intereses empresariales e incluso la moral subjetiva de los protagonistas de conflictos en los que nos obligan a mantener una actitud laica.

Lo anterior se expone como el campo de acción de los principios de la bioética, lo cual no debe confundirse con la ética médica pues como ya se ha mencionado la primera apunta hacia el estudio de los valores humanos y su relación con la ciencia y la tecnología aplicada a ciertos ámbitos de la vida humana y no humana, se podría decir que ésta rama del conocimiento trata de humanizar el desarrollo de la ciencia y la tecnología sobre la base de las ciencias de la vida, la filosofía y la teología, lo que lleve a la orientación concreta de solución a casos prácticos que este necesariamente establecida de antemano en reglas clínicas y legales correspondientes con las políticas de salud y de medio ambiente imperantes en un contexto histórico, cultural y social determinado.²⁶⁴

Cabe señalar que en nuestra sociedad cosmopolita, globalizada y por ende plural, con diferentes filosofías y creencias religiosas, la bioética debe ser beligerante en defensa de los derechos humanos toda vez que el principio subyacente en ella es en primer lugar la dignidad humana. De esta manera tenemos que la bioética orientará la toma de decisiones en el “día a día” biomédico, por ejemplo en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, la multiplicidad de ellas siempre supone una elección entre alternativas diferentes, en las que siempre una será mejor o menos dañina para la pareja concomitante que el resto. Por ello ya sabemos que por procedimientos

²⁶⁴ CANO VALLE, Fernando; *Op. cit.* pp. 34-36

deductivos, inductivos o de inferencia, o reflexivos con coherencia, los procedimientos y planteamientos siguen basándose en los principios de: la vida, justicia, autonomía, beneficencia, no maleficencia, y dignidad humana, mismos que a continuación vamos a exponer.

3.5.1 Principio de la Vida.

El reconocimiento de la vida individualizada de los sujetos humanos no es, por sí mismo, un principio de la bioética, porque es preciso incluir formalmente la pluralidad de esos individuos en una unidad totalizadora (especie), para poder hablar de bioética, si ésta pretende ser universal, toda vez que el objeto de esta rama del conocimiento es ante todo un campo de individuos abstraída su personalidad, aunque ésta se sobreentiende, esto porque la bioética se ocupa primordialmente de los componentes corpóreos de los individuos orgánicos que por supuesto son seres vivos aunque no necesariamente seres humanos.

No obstante lo anterior y concatenando dicho principio con el objeto central de la presente tesis, el cual son las técnicas de reproducción humana asistida, es menester indicar que al referirnos al principio de la vida, por supuesto que se hablará de la vida humana y en este entendido diremos que la bioética aplicada a las ciencias de la salud se ocupa de decisiones sobre la vida de las personas y por ende resulta el ámbito propicio para los argumentos antropológicos y éticos apoyando la toma de dichas decisiones sobre los demás principios que ya se mencionaron.

Se entiende que en el campo de la medicina reproductiva el avance científico ha pretendido la consecución de nuevas vidas humanas ligadas genéticamente con aquéllos que por esterilidad o infertilidad se encontraban impedidos para la procreación propiciando con ello una mejora en su calidad de vida y un ambiente de bienestar humano, no obstante la bioética interviene en el momento mismo en que esos afanes reproductivos rebasan principios y valores

universales a los cuales los usuarios, centros médicos y aún el mismo personal de salud debe ceñirse.

Considero que es precisamente en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida en donde se puede trastocar en primera instancia el principio del respeto a la vida humana, pues como ya se ha dicho las mismas tienden a la consecución de la concepción y desarrollo de un ser humano, pero para ello presuponen el manejo y manipulación de gametos humanos en los que se encierra el principio vital de un nuevo ser en potencia, más aún tiene que ver con el manejo y manipulación de embriones humanos, que en muchas ocasiones son desechados discrecionalmente, aún cuando encierran en sí mismos esa potencialidad de llegar a desarrollarse hasta el punto de un ser humano.

Con la manipulación genética es posible hoy en día no sólo obtener seres humanos con determinadas características de tamaño, inteligencia, aptitudes, color y etnia, sino también se puede eugenésicamente, reemplazar genes defectuosos por sanos, mediante la técnica conocida como *gene splincing*.²⁶⁵

Ante el descubrimiento del Genoma humano se ha podido determinar que el ciclo biológico de cada hombre se ve claramente determinado por su carga genética por ende el hablar de la manipulación genética estamos hablando de la incidencia en la vida misma de un ser humano, lo que puede llevar desde luego a prácticas eugenésicas que en la historia de la humanidad ya han dejado dolorosos sinsabores.

Podemos afirmar que las Técnicas de reproducción humana asistida afectan la estructura de la personalidad humana al manipular los caracteres hereditarios a pesar de que es la misma genética la que confirma que desde el instante en que el óvulo es fecundado comienza una nueva vida que no es la del

²⁶⁵ BORJA, Rodrigo; Bioética en BRENA SESMA, Ingrid (coordinadora); Salud y Derecho, ed. UNAM, México, 2005, p. 5

padre ni la de la madre, pues desde ese momento se encuentra fijado el programa de lo que será ese ser viviente: un hombre con características ya bien determinadas, de tal manera que es de concluirse que el manejo de las técnicas de reproducción humana asistida generarán múltiples problemas de conciencia en el campo técnico-médico que deben, para resolverse, atender a los principios orientadores que aporte la bioética.

3.5.2 Principio de la Justicia.

Este principio encierra enfoques tan diferentes, como filosofías o planteamientos ideológicos se adopten. No hace referencia a un concepto jurisdiccional o rectificador de los derechos afectados. En la mayoría de los casos se plantea como la posibilidad del acceso igualitario a la atención sanitaria, ante la realidad, al menos en América Latina, de que el sector sanitario cuenta con recursos limitados, lo que hace que la mayoría de estos países atraviesen por una crisis de eficiencia en los servicios de salud.

Al menos en nuestro país en el sector público de atención a la salud se cuenta con pocas oportunidades de elección sobre tratamientos a pacientes en listas de espera de donación de órganos o aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Esto hace que la asistencia sanitaria sea deficiente y no cumpla con los objetivos de su propia existencia, por lo cual resulta pertinente hacer reflexiones constructivas en la política sanitaria, ahora bien, no se puede ser radical esgrimiendo una teoría ideológica de la justicia en el sector salud, pues es de reconocerse que los recursos económicos y humanos con que cuentan en muchas ocasiones resultan insuficientes en la atención de los casos que se presentan, lo cual redundará en imposibilidades fácticas para poder otorgar un servicio de mejor calidad.

Derivado de lo anterior podemos decir que en la justicia en tanto valor universal se confunden la bioética y los derechos humanos, resultando ser una exigencia axiológica que el Estado distribuya con justicia los recursos para la atención de la salud lo que conlleve no sólo a la infraestructura hospitalaria, sino también los elementos necesarios para que tenga lugar la expansión de la investigación biomédica, el desarrollo tecnológico de métodos de diagnóstico y terapéuticos, de tal manera que por concepto del principio que nos ocupa podemos citar las palabras de Fernando Cano Valle al respecto:

“Principio de Justicia: El cual consiste en proporcionar un trato digno y justo al enfermo, respetando en todo momento los derechos que tiene como persona y como paciente.”²⁶⁶

No olvidando que el principio de Justicia implica tanto una imparcialidad distributiva en los servicios biomédicos así como imparcialidad en la distribución de riesgos que en un momento dado las técnicas de reproducción humana asistida conllevan.

3.5.3 Principio de la autonomía.

Este principio ha sido objeto de críticas al entenderlo como parte de una Bioética liberal, que lleva a cada individuo a vivir su vida, como si esta tuviera al margen de la vida de los demás miembros de la sociedad, cosa que evidentemente no sucede en ningún grupo humano. Sin embargo podría decirse que tal principio de bioética puede ser expresado como una regla de limitación de la intervención del grupo ante la expresión de la voluntad humana, plenamente consiente y sin que exista error, dolo o algún otro elemento que vicie dicha voluntad.

De esta manera se entiende que una persona otorgue su consentimiento bajo información respecto de actos que tengan que ver sobre la salud de su cuerpo como pueden serlo las decisiones sobre una intervención médica, o biotecnológica como lo serían las técnicas de reproducción asistida, que como ya

²⁶⁶ CANO VALLE, Fernando; *Op. cit.* p. 98

hemos apuntado en líneas precedentes por su impacto en el cuerpo de diversas personas, por su repercusión jurídica y aún emocional deben ser plenamente comprendidas y aceptadas por quienes recurren a ellas ya sea en vía de donadores, receptores o propiciadores de las mismas, de tal manera que el hacer uso de las mismas lleva implícito necesariamente la expresión de la autonomía de la voluntad de cada ser humano que quiere y acepta el resultado de sus acciones.

Derivado de lo anterior podemos decir en cuanto a los criterios de reconocimiento de la capacidad de autodeterminación, que podrían resumirse esencialmente en la “conciencia”, la “libertad”, es decir que el individuo sea capaz de tomar una decisión y en este caso consentir en torno al uso y aplicación de la técnicas de reproducción humana asistida, es decir que no haya nada que le impida comprender la naturaleza y envergadura de la decisión que quiere tomar, que conozca todos los pros y los contra de la misma y que aún así decida llevarla a cabo, pero además el otro criterio habilitante para el ejercicio de la autodeterminación de un individuo, lo es el límite de los derechos de otros individuos o mejor dicho lo que denominaremos una libertad de actuación que se ve limitada a no dañar a otros con nuestro actuar, de tal manera que el límite en cuanto al uso de técnicas de reproducción humana asistida se ve expresado en el momento mismo en el que se le cause daño a otra persona.

Podemos decir en este punto que el principio de la autonomía en bioética se traduce en el respeto de las personas en cuanto a sus opiniones o decisiones en cuando a su propio cuerpo cuando éste debe ser intervenido por cualquier causa que busque su mayor beneficio y su menor perjuicio, se dice que éste es el más moderno de los principios de la bioética, ya que surge como consecuencia de un concepto de ser humano que implica la idea de libertad personal lo que lo hace independiente del todo social y en palabras de Cano Valle podemos citar al mismo como:

“**Autonomía:** En donde se considera el respeto y el reconocimiento de la capacidad y libertad que tiene todo paciente para tomar decisiones informadas”²⁶⁷

A manera de conclusión podemos decir que el principio de autonomía exige el respeto a la capacidad de decisión de las personas, y el derecho a que se respete su voluntad, en aquellas cuestiones que se refieren a ellas mismas.

3.5.4 Principio de Beneficencia.

Este principio o concepto evidentemente ha derivado de la actividad médica cuyo actuar éticamente encuentra su fundamento en el llamado juramento hipocrático el cual pondera el compromiso del médico “*para actuar siempre en beneficio del ser humano, y no perjudicarlo*”²⁶⁸ de tal manera que el profesional de la salud debe en todo momento buscar el bien o mayor beneficio del paciente, debe buscar a la protección de sus derechos en materia de salud, y tiene la obligación de proporcionar socorro necesario en caso de urgencia y tomar las decisiones que requieren a veces un análisis de costo, riesgo y beneficio en la aplicación de métodos terapéuticos.

En el caso concreto de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se debe analizar si se cuenta con los recursos biotecnológicos para su aplicación, cuál será el costo de los mismos para todos los participantes en las mismas, además se debe valorar el riesgo o perjuicio a futuro en la salud tanto física como mental de las personas intervinientes, para sólo entonces actuar para alcanzar el mayor beneficio con la aplicación de dichas técnicas que se verá expresado en un avance en la condición de salud o una mejoría de las condiciones de vida del paciente.

²⁶⁷ CANO VALLE, Fernando; *Op. cit.* p. 98

²⁶⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Juramento_Hipocr%C3%A1tico

A manera de conclusión se puede decir que este principio se refiere a que en materia de salud deben evitarse tratamientos y medidas ineficaces o fútiles, toda vez que cada paciente es un fin último en sí mismo, y la actividad médica en materia de reproducción debe procurar un mejoramiento en la calidad de vida o salud reproductiva de las personas que a través de las mismas buscan la consecución de un hijo, muchas veces pasando por alto los altos costos y riesgos que las mismas implican, siendo en este punto donde el profesional de la biomedicina debe realizar el análisis correspondiente de los costos, riesgos y beneficios que la utilización de las técnicas asistenciales en materia de reproducción encierran, cuyo actuar debe ser regido por este principio, el cual en palabras de Fernando Cano Valle, podemos definir como “*Se entiende como la obligación de no hacer daño y de extremar los beneficios al promover el bienestar del paciente*”²⁶⁹

3.5.5 Principio de no maleficencia.

Suele tratarse al principio de beneficencia y no maleficencia como si fuesen un mismo principio estrechamente vinculado por el resultado antónimo, es decir si actúe benéficamente por ende no realice mal alguno en la vida de un paciente, sin embargo la beneficencia implica ayuda activamente, mientras que la no maleficencia es simplemente abstenerse intencionalmente de realizar acciones que puedan causar daño.

Este principio que ya era conocido y formulado desde la época hipocrática, se refiere a la obligación de no hacer daño a los pacientes con la frase conocida de “*primum non nocere*”.²⁷⁰ De esta manera el médico debe en primer lugar no hacer daño alguno a su paciente, teniendo una preeminencia en el orden de conducta ética de mayor a menor, siendo dicha jerarquía, la siguiente: no hacer

²⁶⁹ CANO VALLE, Fernando; *Op. cit.* p. 98

²⁷⁰ http://www.facmed.unam.mx/eventos/seam2k1/2002/ponencia_jul_2k2.html

daño, impedir el daño, eliminar el daño y promover el bien, es decir se deben minimizar los riesgos al prevenir el daño en la medida de lo posible.

Aplicando dicho término a las técnicas de reproducción humana asistida podemos aducir que el profesional médico debe hacer notar a las personas comitentes los riesgos y los posibles daños que eventualmente tendrán lugar con la aplicación de dichas técnicas, riesgos y daños que se han tratado ampliamente en el capítulo primero de esta investigación, los cuales son económicos, físicos y psicológicos, mismos que conllevan daños concretos de los cuales el individuo habrá decidido tomar el riesgo, razón por la cual en las técnicas de reproducción asistida se hace tan necesario el consentimiento bajo información.

3.5.6 Principio de la Dignidad Humana.

Para establecer el contenido de este principio en cuanto a su aplicación en la bioética y concretamente en la reproducción humana asistida se hace necesario profundizar en cuanto al sentido específico de la idea de dignidad humana, toda vez que como refiere el profesor de derecho constitucional de Chile Alfonso Banda Vergara, ésta es *“el sustrato sobre el que descansa el estatuto constitucional de la persona”* y que es la dignidad de la persona la que se ve afectada con el uso indiscriminado de la reproducción asistida.²⁷¹

Podemos decir en primer término que la dignidad humana hace referencia a una naturaleza intrínseca en el ser humano, la cual lo hace único y diferente a las demás especies vivas del planeta de ahí que la racionalidad sea tomada como presupuesto de la dignidad humana, entendida ésta como *“la capacidad de pensar, evaluar y actuar de acuerdo a ciertos principios de optimidad y consistencia, para satisfacer algún objetivo o finalidad”*²⁷²

²⁷¹ BANDA VERGARA, Alfonso; Dignidad de la persona y reproducción humana asistida, en Revista de Derecho, volumen IX, diciembre, Concepción, Chile, 1998, p. 11.

²⁷² <http://es.wikipedia.org/wiki/Racionalidad>

De esta manera podemos afirmar que el hombre tiene una especial dignidad porque es un ser racional, capaz de interponer o utilizar los medios necesarios para alcanzar sus objetivos que encierran no sólo acciones primarias de supervivencia como podría encontrarse en algunos animales sino también la capacidad de realizar planes, proyectos incluso prever eventualidades que pudieran surgir en el camino a la consecución de sus metas actos que por supuesto no realiza ninguna especie viva en el planeta.

Se puede decir que el Hombre es el único ser que presenta ciertas características que lo diferencian de las demás especies vivas del planeta y por lo tanto fundamentan su concepto de dignidad, entre dichas características podemos mencionar; tiene conciencia de tiempo y espacio sabe que morirá, es consciente de lo valioso de su vida, así como de lo efímero de la misma, no obstante es un ser en constante perfeccionamiento que busca dejar una huella de su paso contribuyendo al mejoramiento de las actuales condiciones de vida humana, es capaz de transformar su entorno, encuentra en la colectividad el fundamento de su propia individualidad, razón por la cual se le ha denominado un ser social, es consciente de sus actos y por ende entiende y acepta las consecuencias de las mismas, toda vez que tiene la capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, posee autonomía de su voluntad y la construcción de una propia intimidad que sólo comparte con quien su libre albedrío le indica.

Por lo anterior podemos decir en palabras de Lucrecio Rebollo Delgado que la dignidad *“requiere de la actuación del resto de los seres humanos... de esta forma y previo a cualquier reconocimiento jurídico la persona es el fin último de cualquier organización social”*²⁷³ por ende es un ser social que construye su individualidad desde los otros en quienes encuentra una retroalimentación consistente en el intercambio de conocimientos, destreza, afectos y conductas.

²⁷³ REBOLLO DELGADO, Lucrecio; Constitución y técnicas de reproducción asistida, en Boletín de la facultad de Derecho, número 16, España, 2000, p. 114.

Aunado a este concepto podemos citar a Gloria Moreno Botella quien al respecto manifiesta:

"El valor de la persona consiste... en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida y esta superación, este dominio es la raíz de la dignidad de la persona. La dignidad de la persona consiste, precisamente, en ser persona y ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales."²⁷⁴

Más aún al ser humano también se le considera altamente solidario y también altruista toda vez que es capaz de dar incluso a quien no puede retribuirle, de ahí la razón de tantos "héroes sociales" que se preocupan y ocupan de las necesidades de los menos favorecidos por los regímenes políticos y sociales siendo la razón de ser de actividades como la medicina, la cual encuentra sus antecedentes en todos los pueblos desde épocas remotas.

Concretamente hablando de la Bioética y su injerencia en las técnicas de reproducción humana asistida, podemos decir que el principio de la dignidad humana, debe ser tanto elemento rector de la conducta de los profesionales de la salud que se encarguen de sugerirlas y aplicarlas como el elemento delimitador de las mismas, es decir es precisamente la condición de dignidad que acompaña a toda persona es la que debe impedir los abusos y excesos que se cometen con el uso indiscriminado de las mismas, toda vez que como se ha apuntado en el capítulo primero de este trabajo muchas de estas técnicas, como por ejemplo la maternidad subrogada, suelen propiciar la explotación de seres humanos, más aún implican transacciones sobre el acto biológico de la gestación en el cuerpo de una mujer y de la renuncia a la relación filial, que por supuesto redundan en convenios ilegales, que trastocan el orden jurídico, del cual ya se ha dicho encuentra su origen mismo en el principio de la dignidad humana, de tal suerte que el actuar de los profesionales de la salud, de las personas comitentes y de todos aquéllos que intervengan de alguno u otra manera en las mismas debe estar

²⁷⁴ MORENO BOTELLA, Gloria; Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, volumen VIII, Madrid, España, 1991, p.97.

plenamente ajustados al respecto irrestricto de la condición especial del ser humano que lo hace prevalecer sobre cualquier otra especie en el planeta.

3.6 Bioética de la Reproducción Humana Asistida.

El concepto de bioética y sus principios de actuación, tratados en los dos apartados precedentes aportan elementos clarificadores en cuanto a la importancia, aplicación e interrelación de la bioética y la reproducción humana asistida, toda vez que es la reproducción el hecho biológico perpetuador de nuestra especie, de la cual sostenemos la supremacía sobre cualquier otro ser vivo en el planeta en virtud de nuestra racionalidad que nos hace pensar y transformar el entorno, elementos que nos hacen sostener en el presente trabajo que respecto a la reproducción humana por medios no naturales, debemos sostener un principio general de reproducción conservadora.

Reproducción conservadora que debe entenderse delimitada por el principio de la dignidad humana, la cual condena toda práctica atentatoria de la integridad genómica humana, sabedores que el devenir biotecnológico al respecto es realmente vertiginoso y aún tentador, la bioética en esta materia debe regir el actuar del profesional de la biomedicina quien por ningún motivo debe ceder ante la emoción científica de romper barreras y límites, como lo sería la transformación por ingeniería genética de un individuo de la especie humana en otro organismo de morfología no conocido, en una quimera.

Además la bioética llevará a evitar que se caiga en abusos de la condición humana de una mujer que es vista como una simple “incubadora” de un “producto”, diseñado al “gusto” del “comprador”, circunstancias que pudieran darse con la maternidad sustituta, la manipulación genética con fines eugenésicos y aún con la comodidad que un alquiler de útero pudiera reportar a aquella mujer que por razones estéticas o aún profesionales desea no vivir en su propio cuerpo un embarazo.

La bioética en relación con la reproducción humana artificial llevará a limitar el actuar de los médicos, genetistas y centros hospitalarios, pero también debe influir con sus principios rectores la legislación positiva que al respecto se genere en nuestro país a efecto de que la práctica científica de los mismos no esté compeliada únicamente a la recomendación ética, sino también a la disposición jurídica que delimite y sancione el proceder indebido en la materia.

La reproducción humana asistida debe respetar los principios de la bioética en mayor grado, toda vez que el objeto de la misma es la consecución del nacimiento de un nuevo ser humano que será insertado en la sociedad en una familia que será quien se encargará de guiar a ese nuevo ser humano en su camino de interacción social, la cual se verá gravemente afectada y disminuida si desde su origen mismo se han dado circunstancias que enturbiaran una vida humana en su totalidad, al respecto baste citar las palabras de un profesional de la salud mexicana, el Doctor José Antonio Moreno Sánchez, especialista en bioética:

“Los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos y en especial en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado el desarrollo y la utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana generalmente conocidas como técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, alguna de ellas inimaginables hasta hace muy poco. Estos avances científicos han cursado por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos...Entre tanto, al carecer de regulación jurídica específica, en nuestro país, es necesario establecer algunos límites que deben ser considerados por los científicos y personal de salud vinculados con el proceso de reproducción asistida, pues mientras el Derecho como *mínimum* ético de comportamiento no lo establezca el patrón de referencia más sólido será la ética y los deberes morales...”²⁷⁵

Palabras bastante ilustradoras de la necesidad de que en nuestro país exista una legislación coherente, integral, delimitadora y clara que regule el uso y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, la cual ha tardado en integrarse en su totalidad, pues como lo dice el Doctor Moreno Sánchez el

²⁷⁵ MORENO SANCHEZ, JOSE ANTONIO. Limites en la reproducción asistida de humanos, en Summa Bioética, Número Especial, septiembre, ed. Comisión Nacional de Bioética, México 2003, p.78.

derecho en este respecto siempre ha permanecido a la zaga quizá no por falta de interés legislativo sino porque el devenir biotecnológico de la materia la hace un concepto inacabado en constante evolución y por ende en constante cambio de las hipótesis fácticas cuya realidad venidera con mucho pueden rebasar la más prolífica imaginación de ciencia ficción que hasta el momento exista.

Es en esa zaga del derecho donde encuentra su razón de ser la bioética, la cual siempre será vigente en cualquier circunstancia o hipótesis aún inimaginables, por encontrarse basada en principios de aplicación universal que básicamente tienden a preservar la dignidad del ser humano la cual es el sustrato y sustento axiológico de cualquier regla de conducta, de tal manera que hasta que no se escriba el punto final en el amplio abanico de posibilidades que la reproducción artificial ofrece la bioética será por demás aplicable a la misma.

3.7 Interacción entre Bioética y Derecho.

Considero pertinente hablar de la necesaria interacción entre la bioética y el derecho, toda vez que las llamadas técnicas de fecundación humana asistida han sido consideradas actualmente como parte del objeto de estudio de la bioética, la cual como ya se ha dicho intenta ser un marco guiador del actuar científico en torno a su uso y aplicación y a los límites que a esta actividad se impongan.

El primer elemento de interacción que encontramos lo constituye el hecho mismo de que ambas ramas son interdisciplinarias toda vez que la bioética se constituye de diversos elementos normativos que no son únicamente éticos o filosófico sino también jurídicos, al mismo tiempo que el derecho al tener como elemento principal de su existencia el regular la vida del hombre en sociedad a efecto de crear certeza jurídica en torno a su actuar e interacciones con los demás, no debe soslayar el regular las cuestiones que se generan con el desarrollo biotecnológico de nuestro tiempo, entre las cuales se puede contar la reproducción humana artificial toda vez que la mencionada regulación genera la certidumbre que requieren hoy día tanto los profesionales biomédicos y genetistas,

como los usuarios de todos aquéllos sorprendentes avances científicos de los cuales nos dan cuenta todos los días los medios de comunicación, de lo cual se sigue que si ambas ramas del conocimiento son interdisciplinarias llega a unirse en un aspecto y ese aspecto por supuesto es el normativo.

De lo anterior se sigue que ambas ramas son normativas de la conducta humana sólo que la bioética se ha generado como el elemento regulador, no coercitivo, de un vertiginoso devenir biotecnológico que no termina de ser regulado por el derecho el cual debe delimitar realidades fácticas que hayan sido develadas en su totalidad con el paso del tiempo, de tal manera que se conozcan las consecuencias benéficas y perjudiciales que acarrea dicho acto, como en este caso lo serían las técnicas de reproducción humana asistida, tanto en su uso y aplicación como en las consecuencias jurídicas que las mismas acarrearán, esto a efecto de propiciar que el derecho genere normas jurídicas claras y no así normas oscuras, incompletas, contradictorias, inconstitucionales y aún incompletas, ante la falta de comprensión total del legislador.

La interacción normativa entre bioética y derecho se le conoce hoy día como bioderecho cuyo rol fundamental es tratar las cuestiones bioéticas y proveer de una prudente y adecuada respuesta jurídica, pues como ya se mencionó la ética, por sí sola, no brinda la indispensable seguridad jurídica que requieren dichos actos, concretamente hablando de la reproducción artificial, el bioderecho debe encaminarse a establecer normas que señalen cuándo y en qué condiciones puede procederse a efectuar un determinado acto asistencial reproductivo en humanos y cuándo tanto profesionales de la salud reproductiva y personas comitentes deben abstenerse de hacerlo.

Se ha dicho ya que el desarrollo científico actual es sorprendente y fascinante, pero también atemorizante pues el uso de los tales puede redundar tanto en hechos benéficos como perversos, siendo esta la razón principal por la cual ha surgido la bioética a efecto de guiar el actuar científico a través de sus principios fundamentales, en tanto que el derecho va un tanto a la saga por el

hecho mismo de que el avance científico rebasa el proceso natural de producción de normas y las consecuencias jurídicas apenas se vislumbran en su totalidad.

Concretamente hablando de las técnicas de reproducción humana asistida el derecho en nuestro país ha quedado un poco al margen de su devenir, pero ello no significa que no se encuentre latente la obligación del legislador de proveer una ley específica de la materia, con todo dicha ley no satisfecerá todos los supuestos fácticos generados, pero sí debe sentar las bases y principios generales que delimitará las nuevas normas que surjan respecto de nuevos avances biocientíficos.

Es por esto que no debe separarse a la bioética y el derecho o ponderarse uno como superior al otro, sino que en realidad debe atenderse a los puntos de unión entre ellos, tal y como lo trata la doctora Ingrid Brena Sesma en su ensayo “Interacciones entre bioética y derecho”, al sostener que en la regulación de los nuevos avances en materia de biomedicina tanto la bioética como el derecho juegan papeles específicos, cuya consideración a continuación se transcribe:

“La bioética como reflexión ética en torno a la vida en general que profundiza no sólo en el estudio de la moral, médica, sino también de todas las ciencias que actúan sobre la vida y medio ambiente. El derecho como necesario actor, se convierte en agente regulador de las nuevas situaciones aparecidas que deben ser recogidas y reguladas en normas jurídicas. Tal regulación será la garantía del respeto a los derechos y a la dignidad de los seres humanos.”²⁷⁶

La citada doctora menciona que existen dos elementos principales de interacción entre la bioética y el derecho, la primera de ellas es una conexión material y la segunda una conexión metodológica, refiriéndose a la primera de ellas como el elemento regulador expresado en normas de conducta presentes en ambos campos, normas en las que subyacen valores y principios que servirán para reinterpretar las normas creadas y llenar vacíos normativos, por otro lado la conexión metodológica entre ambas ramas se entiende como la forma en que

²⁷⁶ BRENA SESMA, Ingrid; Salud y Derecho, ed. UNAM, México, 2005, p. 18

tanto la bioética como el derecho resuelven casos concretos, toda vez que tanto los comités de bioética como los jueces de diversas materias han dado solución a asuntos referentes a la problemática que se deriva del avance biocientíficos basándose en principios generales del derecho los juristas, y en los cuatro principios medulares de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia distributiva los bioeticistas.

Por supuesto, es obvio que del hecho de que haya legislaciones de avanzada no se sigue que el problema moral esté resuelto, así como tampoco lo estará con tan sólo ello el problema jurídico, siendo una ilusión creer que su solución ha de provenir exclusivamente de la ley, ello porque la materia justiciable es siempre contingente, móvil y variable, por lo que debe atenderse, siempre y forzosamente, a las peculiaridades fácticas propias de cada caso a resolver, y porque, en particular, de la complejidad propia de las cuestiones bioéticas resulta hartamente comprobado que las decisiones demandadas por los múltiples casos específicos no pueden venir rígidamente precondicionadas por la ley, es decir ésta no puede ser ya concebida como fuente acabada, omnicompreensiva y perfecta donde se prevén todas las soluciones, de ello es que en determinados casos es preferible que el legislador no intervenga hasta que adquiera información suficiente sobre la complejidad de las cuestiones biomédicas y bioéticas y sus consecuencias, a fin de no generar absurdos jurídicos más perjudiciales que benéficos.

3.8 Bioderecho.

El concepto denota la vinculación entre las ciencias de la vida y la ciencia jurídica, es un concepto relativamente nuevo pero ahora necesario en el entendido de que nos encontramos en un mundo globalizado, dinámico, en constante desarrollo tecnológico y de vertiginosos descubrimientos científicos, de esta manera el bioderecho ha adquirido gran importancia nacional e internacional, debido a la trascendencia práctica de los temas que estudia los cuales evidencian la relación

entre las ciencias biológicas y el humanismo, así como sus repercusiones en el ámbito jurídico, lo cual requiere de una permanente reflexión interdisciplinaria.

El objeto de estudio del bioderecho se verá relacionado con temas concretos de biotecnología que influyan en el origen y fin de la vida humana, la individualidad biológica que se ve trastocada con la manipulación genética y la clonación, además la comprensión del genoma humano que ha llegado a descifrar la estructura primordial de la vida propiciando alteraciones con fines eugenésicos, los trasplantes de órganos que en la práctica han generado la posibilidad de la comercialización de los mismos, de igual manera debe ocuparse de la aplicación de los desarrollos biotecnológicos, como lo serían las técnicas de reproducción humana asistida cuyo uso puede ocasionar un atropello a la dignidad o a la libertad del ser humano, tópicos que, como ya se ha dicho, han propiciado la aparición de la bioética como disciplina teórica que los delimita, pero que orillan al derecho a dar una respuesta práctica, en la incipiente rama jurídica que se ha denominado bioderecho.

Debido a las estrechas relaciones no sólo con otras especialidades del Derecho, sino también, con otras áreas del conocimiento, se hace necesario abordar su temática dentro de un enfoque integral, con una perspectiva interdisciplinaria, sin sacrificar el contenido y rigor jurídico que le es propio como área del derecho, donde el aspecto jurídico debe prevalecer en su abordaje. De acuerdo con Fernando Flores Trejo y Héctor Fix Zamudio el bioderecho se entiende como a continuación se transcribe.

“El Bioderecho constituye una rama científica inédita... surge como respuesta a los avances del progreso científico y tecnológico vinculada con la intrincada problemática de los seres vivientes, originándose un campo primigenio de análisis a diversas interrogantes de orden biológico y jurídico... implica un campo interdisciplinario que sirve de puente entre la biología y el Derecho para acometer temáticas que no pueden ser analizadas de manera particularizada por dichas ciencias confiriéndole adicionalmente un sesgo de carácter humanístico, representa una simbiosis entre la vida y el comportamiento del ser humano en su entorno natural, se ensancha con todo

aquello que se encuentra relacionado con la salud e igualmente con la dignidad del hombre.”²⁷⁷

De lo anterior podemos inferir que existe una relación entre la biología y el derecho, que son áreas de conocimiento con objetos de estudio claramente definidos y por ende trataremos al bioderecho como un campo simbiótico que agrupa aspectos metodológicos, sistémicos y conceptuales de ambas áreas, para de esta manera tratar desde el ámbito regulador del Estado la problemática que pueda desarrollarse con los seres vivientes, particularmente la vida del ser humano así como la manipulación que de éstas vidas pueda realizarse artificialmente a través del uso de biotecnología que permite incluso llegar a manipular genéticamente alguna especie sin excepción de la humana.

El bioderecho tendrá pues la imperiosa tarea de delimitar la actuación científica al respecto, debe de establecer lineamientos de lo permitido y de lo prohibido en el devenir científico de nuestros tiempos, cuyo desarrollo invita constantemente a los científicos de la biotecnología a querer romper más y más barreras generando con ello nuevas problemáticas a las cuales desde luego el derecho debe dar solución pero siempre bajo la base del respeto a la dignidad humana, que como ya se ha mencionado en el presente trabajo es la base de cualquier derecho humano.

²⁷⁷ FLORES TREJO, Fernando y Héctor Fix Zamudio; Bioderecho, editorial Porrúa; México, 2004, p.167.

CAPITULO IV.
**“RETOS Y PERSPECTIVAS DE LA REGULACIÓN DE LAS
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA A LA
LUZ DEL ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS.”**

"Es una gran felicidad ver a nuestros hijos alrededor de nosotros; pero de esta buena fortuna nacen las mayores amarguras del hombre."

Esquilo

4.1 Consideraciones Generales.

Relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida encontramos los problemas de filiación que las mismas generan con su uso, problemáticas que hoy en día no se encuentran totalmente solucionadas y no han encontrado una respuesta jurídica en la letra de la ley, la cual hasta el momento continua en silencio propiciando la libre acción de personas que buscan lograr la propia reproducción, a través de las mencionadas técnicas.

Se ha mencionado a lo largo del presente trabajo de tesis, que el derecho se encuentra ante diversos retos legislativos porque el devenir biotecnológico le ha puesto enfrente distintas disyuntivas a las cuales debe atender a efecto de generar certeza jurídica para todos los involucrados en el uso y aplicación de las mismas, también se ha mencionado que en nuestro país, concretamente se han realizado esfuerzos encaminados a legislar en torno a la materia, pero que esos esfuerzos han resultado ser hoy día limitados.

En aras de evidenciar tal circunstancia, es como en el presente capítulo quiero hacer mención somera de la problemática jurídica que se genera con el uso de algunas técnicas de reproducción humana asistida, esto con la intención de poner en claro que la misma no sólo rebasa la simple metodología científica de lograr la concepción, gestación y nacimiento de un ser humano concebido por medios artificiales, sino que los verdaderos conflictos surgen con el nacimiento de dicho ser humano, quien debe contar con la certeza jurídica de una filiación y

quien de acuerdo a tratados internacionales debe tener garantizados los derechos de identidad y de pertenecer a una familia.

También pretendo poner de relieve que no obstante el hecho de la falta de legislación en torno a las diferentes formas de reproducción asistida en México o de la deficiente legislación, como es el caso del Distrito Federal, en el momento mismo que a un juez del fuero común se le presente un litigio al respecto debe resolverlo a la luz de lo que le indican los artículos 19 y 20 del Código Civil local, los cuales a la letra dicen:

“Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de la ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho.

Artículo 20. Cuando haya conflicto de derechos a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.”²⁷⁸

Estos artículos expresan con claridad que ante la ausencia de ley, el juez está obligado a resolver la controversia jurídica planteada, con los elementos legales con que cuente que en este caso son los principios generales del derecho y el elemento de igualdad entre los interesados, ante el cual no podrá dejar de dictar sentencia cualquiera que sea el problema que se le exponga.

Como ya ha quedado expresado en anteriores capítulos, las técnicas de reproducción humana asistida son diversas, pero pueden focalizarse cuatro de ellas como las más usadas desde el último cuarto del siglo veinte por lo que a más de treinta años de su aplicación podemos observar ya las consecuencias de las mismas en la vida de las personas así concebidas y nacidas, técnicas que a continuación analizaremos, en cuanto a sus alcances y consecuencias jurídicas,

²⁷⁸ Código Civil, para el Distrito Federal. ed. Sista, México, 2009, p. 30

tomando siempre en cuenta que llegado el momento, un juez de lo familiar no puede dejar de resolver la controversia planteada.

4.2 Filiación ante la Inseminación Artificial Heteróloga.

De esta manera, en este primer apartado hablaremos de las repercusiones que tiene en materia de filiación la técnica de reproducción asistida muy comúnmente usada hoy en día y que es la inseminación artificial. Como ya señalamos en el capítulo primero de esta investigación, dicha inseminación puede ser homóloga o heteróloga, lo cual más allá de precisiones terminológicas, se ha establecido para designar que en la primera de ellas, el semen proviene del esposo o compañero de la mujer comitente, es decir, la técnica se reduce a propiciar mecánicamente que el semen del compañero llegue a fecundar al ovulo de su pareja, acto que no se realiza de manera natural con el coito entre ambos.

La inseminación homóloga desde luego, no va a generar problemática alguna salvo que se utilice semen congelado del compañero en ulterior ocasión por parte de su pareja, desconociendo éste tal evento que se realice sin su consentimiento, lo cual sería materia de una reflexión aparte, aunque debe partirse del hecho de que al acudir a la realización de una inseminación artificial, la pareja comitente lo hace voluntariamente y de esta forma lleva a cabo las indicaciones prescritas por el personal médico para lograr la inseminación de la mujer a efecto de que la fecundación tenga lugar de manera natural dentro del cuerpo de la mujer.

En la inseminación homologa se entiende que la concepción que se busca lo es para lograr la reproducción de la pareja comitente que pretende mediante la mencionada técnica el poder concebir y gestar un ser humano que será su hijo, sin que exista lugar a dudas respecto de esta condición.

El problema se genera con la inseminación heteróloga pues esta se lleva a cabo en la mujer, con el semen de un hombre que no es su esposo o compañero, de tal manera que la filiación en este caso se vuelve imposible para aquél, siendo una realidad que el ser humano así concebido es hijo de su esposa o compañera y de otro hombre, aun cuando este semen provenga de un banco de semen donde se proteja el anonimato de dicho donante.

Como ya se mencionó, la inseminación heteróloga se utiliza en aquellos casos en los cuales el compañero o esposo de la mujer no cuenta con la capacidad de inseminar a su pareja de manera natural, ya sea por tener bajo conteo de espermatozoides o porque es portador de enfermedades genéticas, de tal manera que el semen es aportado por un tercero no vinculado a la mujer, convirtiéndose éste biológicamente en el padre del hijo que resultara de esa fecundación, acto para el cual nuestro actual código civil para el Distrito Federal, no contempla solución alguna.

Es en la fecundación heteróloga cuando surgen interrogantes como las siguientes: a la luz del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, es suficiente para presumirse hijo del marido el hecho de que la pareja comitente se encuentre unida en matrimonio, enunciando, “salvo prueba en contrario”, lo cual, constituiría una excepción a la regla. Basta la voluntad del hombre estéril para recurrir a esta técnica en particular y asumir la paternidad del concebido sin que ésta se pueda impugnar como se establece en el artículo 326 del ordenamiento legal citado, el concebido en un momento dado podría solicitar la filiación que le une a su padre biológico según lo dispone el artículo 347 del Código Sustantivo invocado.

Ahora bien, en términos generales se ha considerado que la inseminación homologa no reporta grandes problemas de filiación, toda vez que se parte del hecho de que el marido o compañero de la mujer a quien se le practicará dicha inseminación, acude al centro especializado con la esperanza de lograr la propia

reproducción, la cual no ha podido generarse con el acto sexual *per se*, entonces se busca en el centro de reproducción asistida la inseminación con el propio semen a efecto de lograr la tan ansiada fecundación, acto que conlleva expresamente la participación activa del marido o compañero lo que hace presumir su consentimiento del acto y por ende la consecuencia filiatoria del mismo, que sería igual al de un hijo nacido en el matrimonio de forma natural toda vez que no habrá disociación entre la presunción legal y la verdad biológica.

Sin embargo, con el devenir de la aplicación de la mencionada inseminación heteróloga, a lo largo del mundo se han encontrado diversos problemas de filiación, cuando esta técnica se combina con otras como lo sería, el caso de la crioconservación del material genético del marido o compañero, toda vez que esta técnica permite detener el tiempo para los espermatozoides, pero no para el devenir de esa pareja. Pudiera suceder eventos como; la muerte del esposo o compañero y el divorcio o separación de la pareja comitente, las cuales generarían otra situación legal bajo la cual tendría lugar la concepción y nacimiento de un ser humano.

Las cuestiones filiatorias se complicarían por los tiempos de presunción legal que señalan los artículos 324, 325, 326 y 329 del Código Civil, cuando un hijo nazca después de los trescientos días señalados, en dichos preceptos legales, porque la compañera se inseminó tiempo después de la muerte o del divorcio, lo que hace rebasar dicho término, más aún el factor del consentimiento del varón se vería de esta manera anulado y a pesar de ser hijo biológico del padre difunto o del ex compañero o ex esposo, se podría impugnar dicha paternidad según lo prevé nuestro Código Sustantivo, tanto por los demás herederos de una posible sucesión como por el ex marido o compañero que no desee reconocer a dicho infante. Situaciones todas que dada la aplicación y utilización de las mencionadas técnicas en nuestro país, no están muy lejos de ser llevadas a los tribunales como casos a resolver por nuestros jueces.

Otra problemática que se vislumbra con la inseminación heteróloga es el caso de parejas lesbianas, toda vez que cuando estas deseen tener un hijo, necesariamente tendrán que recurrir a esta técnica de reproducción asistida, para que una de ellas sea inseminada y pueda de esta manera gestar a un nuevo ser en su vientre, de tal manera que el bebé que nazca de este procedimiento llegará a un círculo familiar en el que tendrá dos madres y crecerá sin padre, lo que evidentemente afectará el sano desarrollo emocional de ese bebé.

Circunstancia no lejana en nuestro horizonte socio jurídico pues no hay que olvidar que este tipo de minorías sociales, constantemente se encuentran luchando por el reconocimiento de derechos similares a los que presenta la mayoría heterosexual, cayendo en muchas ocasiones en la paradoja de una lucha que raya en lo contradictorio toda vez que se pretende que se reconozca una desigualdad y a la vez que se les conceda un trato igualitario a aquellos que son diferentes, como en este caso sería el hecho de formar una familia, la cual por supuesto incluye el nacimiento de hijos para ser criados por ellos, prueba de ello es la ley de sociedades de convivencia proclamada el 9 de noviembre de 2006 en la capital de la República, legislación que significa la punta de lanza en la positivización de los derechos de homosexuales y lesbianas que en primer término han querido homologar la convivencia con miembros de su mismo sexo con los derechos familiares y patrimoniales que se derivan de un matrimonio heterosexual, lo que consecuentemente les llevará a luchar por la legalización de hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida y así poder procrear a la descendencia biológica de un miembro de la pareja o bien incluso para poder adoptar a menores con la intención de criarlos como hijos de ambos miembros de la pareja homosexual.

Supuesto que ha arribado al horizonte jurídico mexicano, con las recientes reformas al Código Civil del Distrito Federal, en donde a partir del cuatro de marzo de dos mil diez, las parejas lesbianas y de homosexuales pueden contraer

matrimonio civil y adoptar a menores para constituir núcleos familiares constituidos por dos padres o dos madres.

4.3 Filiación ante la inseminación Artificial Homóloga post-mortem y una vez que se ha disuelto el vínculo matrimonial.

Hemos determinado ya que existe diferentes tipos de inseminación atendiendo a la calidad y procedencia del semen, de esta manera encontramos que la inseminación artificial puede practicarse con **semen fresco**, es decir, que es aplicado inmediatamente después de ser eyaculado por un hombre, con lo cual se logran mayores probabilidades de embarazo, o con **semen congelado**, el cual permite verificar más la calidad de la muestra y el riesgo de reducir la transmisión de graves infecciones a la mujer por no haber sido debidamente analizado; puede ser **completo**, es decir, se insemina todo lo eyaculado o **fraccionado**, lo que implica un tratamiento del semen en el laboratorio a efecto de volverlo mas viable, puede ser **homóloga**, si el semen proviene del esposo o compañero de la mujer, y **heteróloga**, si el semen proviene de un donador

Concretamente hablando de la inseminación *post mortem*, nos encontramos ante un supuesto que encierra las características de la aplicación de la citada técnica con semen congelado del marido o pareja muerto, el cual por alguna razón había dejado su material genético en algún laboratorio, siendo la más común de ellas el haber acudido a un centro de salud reproductiva en la búsqueda por la aplicación de algún método de inseminación artificial, toda vez que es común que el centro médico solicite a la pareja deje material genético congelado para ulteriores pruebas por el caso de la falibilidad de la aplicación, lo cual suele ser frecuente.

No obstante tratándose de la fecundación *post mortem* tenemos que tal evento choca con el bien jurídico tutelado internacionalmente relativo a que todo ser humano tiene derecho a tener una familia, a convivir con ellos y a ser

protegido por ellos, derecho que en este caso se vería anulado en su origen ante el hecho de que el padre del ser humano así concebido, se encuentra muerto y por ende no podrá convivir con él físicamente y al no haber prestado su consentimiento para la aplicación de dicha técnica, ni haber hecho el reconocimiento filiatorio en un testamento, por cuanto hace a su padre biológico, no podrá solicitarse el reconocimiento de la paternidad y mucho menos reclamar para sí posibles derechos hereditarios, de tal manera que la utilización del semen congelado del marido para dar vida a un hijo póstumo al cual necesariamente le espera una vida sin padre, biológico, significa un reto legislativo y judicial, el cual al menos en nuestro país no se encuentra lejos de volverse una realidad en los tribunales, por ser un acto que en otros países ya ha propiciado controversia.

Cabe señalar que la controversia que se ha generado tiene bases de diversa envergadura, las cuales van desde las meramente sentimentales, relativas al nacimiento de un hijo del ser querido, antropológicas relativa a la perpetuación sanguínea de una estirpe y aún económicas las cuales involucran el deseo de acceder a un patrimonio por medio de una sucesión a bienes del padre muerto, motivaciones que por supuesto se separan de la naturaleza de los lazos de filiación, los cuales son recopilados por la ley cuando se legisló en materia filiatoria.

Por otro lado se ha mencionado ya que la fecundación homóloga puede generar otro tipo de controversia del orden judicial, tal es el caso de que los cónyuges se divorcien o los concubinos se separen y la ex compañera decida fecundarse con el semen del que fuera su esposo o compañero, mismo que se encontrará congelado en algún laboratorio y con ello se dará lugar al nacimiento de un hijo sin consentimiento del padre, y fuera de los tiempos que la ley civil señala para efectos de tener a un hijo de matrimonio y por ende, establecer el lazo filiatorio con el anterior compañero, lo cual estaría vedado por ministerio de ley aun cuando en la vida real es hijo biológico de éste.

Qué pasará cuando la madre o el ser humano así concebido desee entablar ante los juzgados de la materia el reconocimiento de la paternidad del menor o incluso qué sucederá cuando el hombre por esta manera sorprendido desee repudiar la paternidad alegando que jamás existió el consentimiento aunado al hecho de que la fecundación y nacimiento del menor se realizó cuando ya no existía tal matrimonio, independientemente del hecho de que responsabilice a la madre y a la clínica que realizó tal procedimiento, por el daño moral y civil que le ocasionan.

Se observa que la fecundación *post mortem* y la post-matrimonial encierran serias consecuencias en el orden de la filiación para el ser humano concebido bajo estas circunstancias, esto porque la mayoría de las legislaciones a nivel mundial no las prevén y porque sin duda trastocan principios fundamentales del derecho así como el espíritu de las leyes de la materia. No obstante al tener una aplicación y una consecuencia en la vida real, el legislador debe dar una directriz legal que le permita al juzgador discernir en torno al caso y cuya decisión repercutirá en la vida de dos seres humanos que no pudieron decidir la instauración de dicho método o no, es decir, una decisión legislativa y aún judicial trastocará la vida de un padre que no deseaba serlo o bien que incluso se encuentra ya muerto y de un hijo que no tiene la certeza jurídica de un padre, ni de la crianza del mismo, toda vez que fue concebido tiempo después de la muerte de éste, aunque biológicamente no haya lugar a dudas de su filiación, siendo pertinente resaltar que la importancia de una adecuada legislación descansa en el hecho mismo de que son muchos los bienes jurídicos tutelados en la procreación de un ser humano a través de la fecundación *post mortem* y *post matrimonial*, bienes que son determinantes para el sano desarrollo psicosocial de una persona y que repercutirá a lo largo de toda la vida de ésta.

4.4 Filiación ante la maternidad sustituta.

Médicamente esta técnica se ha desarrollado para mujeres estériles sin útero y con ovarios, de tal manera que se han creado programas en donde mujeres que reúnen ciertos requisitos de edad y características psicológicas, médicas, entre otras, establecen un convenio en el que se comprometen a llevar en su útero el producto de la concepción de los gametos de una pareja estéril y regresarlo a esta pareja inmediatamente después del parto vaginal o cesárea, por lo general, la paciente estéril sin útero se somete a una hiperestimulación ovárica para producir oocitos en sincronía con el ciclo natural de la portadora subrogada y se realiza después el procedimiento de reproducción asistida que se haya decidido.²⁷⁹

También se aplica para lograr la reproducción biológica de al menos el varón de la pareja tratándose de la maternidad compartida, o simplemente para satisfacer la necesidad psicológica de comprometerse con un ser humano desde su gestación cuando se trata de los extremos en los que el embrión se ha obtenido de material genético de donadores, lo que incluye que la portadora sea inseminada con el material genético de un donador.

Los riesgos propios de la misma son los que se derivan de la hiperestimulación ovárica, inseminación artificial, fecundación *in Vitro* y transferencia de embriones, mismos que ya hemos analizado con anterioridad, además de los propios del embarazo y parto tanto para la madre, como para el bebé.

Sin embargo, se presenta un riesgo adicional principalmente para el ser humano en gestación, el cual consiste en que la portadora descuide su salud, su alimentación consuma drogas, cigarrillos o alcohol, en virtud de evitar una vinculación con el bebé gestado y así se le haga más fácil la entrega del mismo.

²⁷⁹ PÉREZ PEÑA, Efraín. *op cit.* pp. 657-659

La maternidad substituta ha recibido el rechazo de la doctrina y generalmente es objeto de la prohibición legislativa, pues más que involucrar dificultades médicas implica una serie de problemas respecto a la filiación paterna y/o materna, como lo sería el hecho de tener dos madres o dos padres, que en un momento dado podrían pelear en los Tribunales su patria potestad y su correspondiente guarda y custodia.

De esta técnica se dice que es violatoria de la dignidad de la pareja, de la fidelidad conyugal y del derecho del niño de ser concebido y gestado, así como de nacer y ser educado por sus padres, además de que se puede llegar el caso en que se atente contra la dignidad y responsabilidad materna, cuando una mujer recurre a estas técnicas no por problemas de infecundidad sino para evitar los trastornos de un embarazo en función de una lucrativa carrera que sería detenida o trastocada ante las desavenencias de la preñez.

Con esta técnica también se trastoca el concepto de dignidad humana, principio por el cual la mayoría de las legislaciones civiles del planeta han determinado que los elementos corporales de las personas no se encuentran sujetos a transacción alguna, cayendo en el hecho mismo de la comercialización de una gestación por cuenta ajena, disponiendo de esta manera de por lo menos un año de la vida de una persona, en cuanto a su elemento corpóreo y volutivo, pues la mencionada técnica encierra el hecho de que una persona pague o “compense” a una mujer y en ocasiones a la pareja o esposo de ésta y a veces hasta a alguna “agencia intermediadora” por el hecho de la gestación de un embrión concebido en el laboratorio, o incluso por la gestación de un embrión obtenido con el propio ovulo de la gestadora, arribando lisa y llanamente a una comercialización disfrazada del elemento humano y de las posibilidades que de esto se obtienen, dejando por tierra el elemento de la dignidad y de la libertad que nos hace iguales entre humanos y que en esencia impide la realización de tales actos por ser denigratorios de la libertad y de la igualdad.

Más aún esta técnica deja de lado elementos del derecho natural como lo son las leyes de la vida y de la naturaleza, en virtud de que por más que se firme en un convenio que desde el momento de la implantación embrionaria o de la fecundación asistida, durante la gestación y hasta el momento mismo del alumbramiento la madre subrogada o sustituta, se abstendrá de generar algún vínculo afectivo con el ser de esta manera procreado, lo cierto es que el acto de la gestación rebasa toda disposición de la voluntad y fuertemente une a ambos seres a la madre (aunque lo sea exclusivamente obstétrica) y al bebé que creció y se desarrolló en su vientre mismo que fue alimentado por su cuerpo y cuyos primeros meses de vida los pasó en el interior de un útero que le sirvió de casa, alimento y abrigo, percibiendo a través de los estímulos de esa madre que a lo largo de esos nueve meses, dejó determinantes huellas evolutivas en ese ser humano, toda vez que no hay que dejar de lado que ha sido científicamente probado que las vivencias recibidos desde la gestación generan determinantes consecuencias físicas y emocionales en el ser humano.

4.5 Protección jurídica del preembrión, embrión y feto en su desarrollo e investigación.

Un elemento central que se ha puesto sobre la mesa de debates en torno al uso y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, es precisamente el hecho de que éstas encierran en sí mismas la potencia del género humano una vez que han posibilitado la fecundación que da inicio a esa recombinación celular que va generando una asombrosa división celular preembrionaria que culmina en un embrión listo para ser implantado y seguir el curso natural de una gestación para su posterior alumbramiento, sólo que en este caso muchos de esos gametos, preembriones y embriones humanos no encuentran ese desarrollo ideal en la gestación y nacimiento de un nuevo ser, saltando así el hecho de que este material genético queda congelado en una completa penumbra jurídica.

Nuestra constitución en su artículo 14 consagra el derecho a la vida con el cual habríamos de preguntarnos si esta protección se retrotrae a la fecundación

misma, a los preembriones y a los embriones, siendo prudente señalar en este momento, a efecto de que exista mayor precisión conceptual que un preembrión es el resultado de la fecundación de un óvulo con un espermatozoide hasta el sexto día después de la misma, tal unión se realiza *in vitro* con la intención de ser implantado en el útero donde comenzará su anidación, etapa que dura hasta el doceavo día, momento en que se le puede considerar un embrión, como hemos mencionado ya en el transcurso de este trabajo se sostiene que a partir del décimo cuarto día posterior a la fecundación el embrión cuenta con todos los elementos para afirmar que ahí existe vida humana.²⁸⁰

En nuestro país con las recientes reformas al código penal del Distrito Federal se ha establecido la despenalización del aborto siempre y cuando éste se practique antes de la décimo segunda semana del embarazo, por ende podemos afirmar que el embrión no cuenta con protección jurídica alguna en las primeras etapas de su desarrollo, a *contrario sensu* se podría decir que la protección solo se le concede al feto en las últimas etapas de su desarrollo, es decir, por todo un trimestre ese embrión que llega al estatus de feto, se encuentra totalmente a merced de la voluntad de la madre que en dado caso desee dar por terminado su embarazo y por ende la vida del ser que en su útero se desarrolla, además éstos preembriones y embriones se encuentran a merced de quienes lo manipulan en un plato de laboratorio o bien en una gavilla de crioconservación.

Como ya se ha mencionado en el primer capítulo de este trabajo, la generación de preembriones y embriones en estricto sentido se debe a un procedimiento que se puede entender como un acto previo para facilitar la fertilidad por medio de Fecundación *in vitro* pues con él se asegura que el porcentaje de embarazo sea mayor en virtud de que se obtienen, por medio de la hiperestimulación ovárica un número suficiente de ovocitos que serán fecundados

²⁸⁰ DOBERING GAGO, Mariana; Status jurídico del preembrión, en la reproducción asistida, en Revista Jurídica, número 28, México, 1998, pp 258-259.

en el laboratorio y que podrán generar varios embriones muchos de ellos que quedan congelados para su posterior utilización.

La problemática se produce cuando esa hiperestimulación ovárica ha generado tantos preembriones que rebasan con mucho los realmente utilizados (generalmente se usan entre 3 y 4 de ellos) y de los sobrantes se llega a las interrogantes respecto a su destino último, ¿quién dispondrá de ellos, la clínica, el laboratorio o la pareja?, para el caso que sea la pareja ¿qué pasa si esa pareja se divorcia, se separa o bien si es que fallece uno de ellos o ambos?, es en este punto en donde confluyen la bioética, el derecho y las técnicas de reproducción humana.

Toca al legislador dar una respuesta acorde a esta necesidad, porque concretamente hablando de los preembriones y embriones el problema está claramente delimitado y especificado, al momento en que se producen más fecundaciones ováricas que las necesarias para la consecución de un embarazo, se dará el caso que no serán utilizados muchos de ellos los cuales permanecerán en la penumbra de un laboratorio al ser congelados y muchas veces olvidados por sus progenitores, entonces surgen cuestionamientos tales como: ¿qué hacer con ellos?, ¿se procede a desecharlos después de un tiempo?, ¿se donarán a alguna pareja que no pueda lograr la fecundación de sus propios gametos?, ¿se dispondrá arbitrariamente de ellos por parte del científico?, ¿se donarán para el estudio e investigación de nuevas fronteras en la materia, tal y como se donan cadáveres y otros componentes del cuerpo?.

La solución a las interrogantes ya planteadas se vuelve necesaria porque son una realidad que ya nos ha alcanzado y que desafortunadamente tiene una incidencia directa sobre la vida de una persona y sobre relaciones parento-filiales que se complican cada vez más.

Llegado el caso de proponer una legislación al respecto se deben tomar en cuenta los principios de la bioética que son cada vez más comentados y desarrollados en la comunidad científica, toda vez que han sido rebasadas en este aspecto las meras sugerencias de que la creación de embriones sólo sea usada con fines de procreación, o que se generen estrictamente los embriones necesarios para la consecución de un embarazo o bien el hecho de prohibir toda práctica que conlleve la afectación de la especie humana al querer realizar mezclas con distintas especies.

La generación de embriones conlleva en sí misma otras actividades que pueden darse fácilmente al momento en que se obtienen los citados embriones, actividades científicas tales como; la manipulación genética, el congelamiento de embriones y la clonación, técnicas de las cuales hablaremos a continuación de manera separada por las especificaciones que tienen cada una de ellas.

4.5.1 Manipulación Genética

Recientemente ha comenzado a darse una nueva terminología para esta técnica, en virtud de que la denominación *manipulación genética* encierra en sí misma un sentido peyorativo, que lo hace pensar en un acto negativo, en una conducta maquiavélica o ilícita, es por ello que hoy en día se le conoce también como Ingeniería genética, denotando así un sentido de una actividad profesional y científica a la cual se puede dirigir lícitamente la vocación de algún individuo, tan es así que nuestra casa de estudios ofrece la licenciatura en investigación biomédica básica, contando incluso con el Instituto de Investigaciones Biomédicas, el cual cuenta con los departamentos de investigación en; Biología Celular y Fisiología, Biología Molecular y Biotecnología Inmunológica, así como Medicina Genómica y Toxicología Ambiental, áreas de investigación que claramente tienen que ver con la intención de la Universidad Nacional Autónoma de México de corresponder a las necesidades profesionales de la sociedad actual, en donde la genómica es punto clave y multidisciplinario en el devenir social.

Como ya se ha dicho esta práctica en sus inicios se denominó manipulación genética porque hacía alusión a la realidad fáctica de poder intervenir u operar a nivel molecular el material genético de un individuo para la consecución de fines teóricamente terapéuticos, que es el fin máximo de toda ciencia médica, no obstante que en la realidad se le ha asociado con eugenesia, porque se sabe que a través de la misma, puede generarse el mapeo genético de una persona y con ello enterarse de su propensión a ciertas enfermedades, su calidad biológica, sus posibles defectos fenotípicos, de tal forma que mediante la intervención del genetista fácilmente se podría eliminar, modificar o sustituir algún gen que signifique un determinado perjuicio en la salud o en la apariencia de ese ser humano, logrando con ello la consecución de seres humanos “a la carta”, por decirlo en un sentido coloquial, lo cual es éticamente reprochable, pero que inmersos en una sociedad tan superficial como la de hoy en día será un recurso al que se recurra si es que se quiere lograr la existencia de un ser humano con determinadas características.

El mapeo genético o el Genoma humano, se ha desarrollado para descifrar el código genético de cada raza de ser humano en aras de poder diagnosticar a tiempo enfermedades de carácter hereditario y que pueden comprometer la salud de un ser humano próximo a nacer, de tal manera que con dicho mapeo, los científicos están en la posibilidad de erradicar en un futuro no muy lejano enfermedades de un determinado núcleo de población y más aún implementar políticas sanitarias que tiendan a prevenir y curar esas enfermedades en la población ya existente.

La micromanipulación de gametos y embriones, se ha utilizado para tratar bajo el microscopio gametos y huevos fecundados con la finalidad de diagnosticar y corregir anomalías genéticas y cromosómicas, en el núcleo del embrión fecundado y así evitar algunas posibles malformaciones congénitas en los productos.

La realización de un mapeo genético no implica mayor riesgo a la salud de la persona toda vez que hasta hoy en día con tomar una muestra de cualquier componente del cuerpo humano para poder realizarlo, bastaría simplemente un cotonete mojado con saliva, una gota de sangre, un cabello con folículo, células de la piel, entre otros elementos corporales que a diario desechamos, toda vez que nuestra información genética se encuentra en cada célula de nuestro organismo.

Por su parte la micromanipulación de gametos y embriones, para corregir un problema genético, presenta los mismos riesgos que implican la obtención de ambos gametos, así como los de la fecundación *in Vitro*, mismos que ya hemos analizados con anterioridad, por lo que en obvio de repeticiones los tendremos por reproducidos en el presente apartado.

Estas técnicas en particular son tema de las últimas discusiones en materia de reproducción humana asistida, bioética y bioderecho, en virtud de que existe la posibilidad real de que sean usadas para una maquiavélica eugenesia, de tal manera que puedan nacer seres humanos “a la carta” o bien puedan eliminarse ciertas características raciales al completo arbitrio de unas cuantas personas, lo que elimina por completo el curso normal de una fecundación y posterior procreación.

Más aún con el uso de estas técnicas puede caerse en prácticas discriminatorias en función de la carga genética de una persona, tal como sería el hecho de que una empresa contratante rechace a personas en edad laboral por su genética, o que los seguros de vida y de gastos médicos varíen sus tarifas en función de la información hereditaria de un individuo, e incluso que se niegue el acceso a desempeñar alguna actividad profesional, cultural o artística simplemente por esta información, lo que a simple vista al menos en nuestro país vulneraría garantías consagradas en los artículos primero, tercero y quinto de nuestra Carta Magna, sin mencionar claro está los derechos humanos de la libertad e igualdad esencialmente.

En nuestro país es una realidad esta actividad, tan es así que en julio de 2004, el Honorable Congreso de la Unión creó el Instituto Nacional de Medicina Genómica (INMEGEN), el cual es un órgano público descentralizado, que ha venido desarrollando investigaciones en esta área, aplicadas concretamente a la población mexicana, tan es así que en junio de 2005 comenzaron el estudio de la diversidad Genómica de la Población Mexicana, investigación que inició en junio de 2005 con el objetivo principal de “determinar variaciones genéticas comunes en la población mestiza y comparar regiones diferentes de México”, entregándose los resultados de esta primera fase el 11 de mayo de 2009, con lo cual se completó y se presentó a la sociedad de nuestro país el llamado “Mapa del Genoma de los Mexicanos”, por medio del cual se manifiesta que se pueden conocer las principales propensiones hereditarias de nuestra sociedad en materia de enfermedades.²⁸¹

Por último, nos tocaría preguntarnos para qué sirve el conocer el mapa genético de una persona y de qué manera esto se relaciona con las técnicas de reproducción humana asistida, podemos decir que ésta actividad está íntimamente relacionada con las técnicas reproductivas concretamente con la fecundación *in vitro* toda vez que es en el laboratorio donde se pueden realizar alteraciones o nuevas combinaciones a la secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) que es la base de la herencia, esta manipulación se realiza con la intención de mejorar la existencia de un ser humano, en este caso para propiciar el nacimiento de un ser humano sin las anomalías hereditarias que sería muy factible que presentara dado el historial médico de la familia, tenemos que son tres las posibles formas de intervención genética que se enuncian a continuación:

- “1. Introducción de un gen en la célula para que corrija su anomalía.
2. Modificación de un gen en el interior mismo de la célula para normalizarla en sus funciones.
3. Sustitución del gen o cromosoma anómalo por otro en buenas condiciones.”²⁸²

²⁸¹ <http://genomamexicanos.inmegen.gob.mx/index.html>.

²⁸² GISBERT CALABUIG; J.A.; Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética, en Revista Mexicana de Justicia, nueva época, número 10, México, 2000, p. 214.

Cabe hacer la puntualización, siguiendo al autor ya citado, que la ingeniería genética propiamente dicha es la capacidad de realizar nuevas combinaciones de secuencias de ADN en el laboratorio para su posterior incorporación al organismo huésped a efecto de modificar alguna falla en él, lo cual abre oportunidades extensas en el campo de la medicina, la manipulación genética ayuda concretamente en áreas como: diagnóstico prenatal, identificación criminalística, obtención de proteínas humanas por expresión de genes humanos en células no humanas, terapia génica por transferencia de genes, cultivos celulares de células somáticas, manipulación y crioconservación de células germinales, embriología experimental, entre varias aplicaciones incluso negativas, como lamentablemente lo sería la eugenesia y la hibridación de especies así como la persecución de quimeras.²⁸³

Tales repercusiones negativas de la manipulación genética no han escapado al legislador local, por ende en un intento de prevenir y sancionar las actividades ilícitas que se generen de esta actividad ha establecido los artículos 154 y 155 del Código Penal del Distrito Federal, los cuales se han comentado ampliamente en el capítulo segundo de esta investigación pero en esencia van encaminados a evitar la manipulación que no tenga fines terapéuticos.

Sin duda este campo ofrece apenas el vislumbramiento de todo aquello que puede hacerse desde ahora mismo en la plaqueta de un laboratorio, muchas cosas de la vida cotidiana en la sociedad se verán afectadas directa o indirectamente por la genómica en virtud de que es la puerta al microcosmos que se desarrolla en cada célula de nuestro cuerpo y que sin duda nos determina en cuanto a nuestra calidad de vida, de tal manera que tan sólo la genómica será producto de disertaciones doctrinarias multidisciplinarias que enriquecerán el enfoque y tratamiento de este campo de investigación y sus repercusiones.

²⁸³ *Ibidem* pp. 213-219.

4.5.2 Congelamiento de embriones.

Técnicamente este procedimiento consiste en permitir la fecundación *in vitro* de los gametos masculinos y femeninos de una pareja, de cuantos óvulos se han conseguido de una mujer, para lograr la existencia de varios preembriones que esperan ser implantados en el útero, en virtud de que la implantación embrionaria ofrece riesgos opuestos en sí mismos, como ya se ha mencionado en páginas anteriores de este trabajo, es decir tanto su total desechamiento como la consecución de un embarazo múltiple, con consecuentes riesgos maternos y fetales, ahora bien para lograr un punto medio se ha llegado al acuerdo que se implantarán en una mujer hasta tres embriones para lograr un justo medio entre esos dos riesgos, el problema resulta con los embriones que se lograron en el laboratorio, que en todas las ocasiones rebasa el número de tres y los cuales fueron criopreservados a menos de 160 grados Celsius, los cuales en dado caso de que la implantación haya sido todo un éxito y la pareja comitente haya logrado su objetivo de procreación, adoptan la calidad de “embriones sobrantes”

La polémica, respecto de esta práctica se ha generado básicamente por tres posturas; una primera que indica que el embrión es una persona en potencia a la cual debe respetarse el derecho a la vida, otra postura indica que no es una persona sino más bien un conjunto de células que aún no pueden ser definidos como un individuo y otra postura más señala que es un organismo en fase inicial de desarrollo, con una naturaleza incompletamente constituida, y por lo tanto no es claro de que ya tenga todos los derechos de una persona humana ya constituida, en función del criterio que tome cada doctrinario será el tratamiento ético que le dé a las misma, el problema radica en que más allá de posturas doctrinarias luego de un embarazo exitoso por transferencia de embriones, tenemos un conjunto de embriones congelados y no existe legislación al respecto que indique la pauta a seguir para su posterior tratamiento.

La circunstancia de la utilización de varios embriones para la aplicación de esta técnica, genera duras polémicas de índole ético moral en virtud de que en muchas ocasiones, como ya se ha mencionado esto genera graves riesgos para la salud de una mujer y situaciones tales como un embarazo múltiple que obliga en muchos de los casos, a practicar abortos selectivos de fetos dentro de una mujer con la finalidad de que uno o dos de ellos sean viables, con independencia del sufrimiento fetal que traen aparejado, asimismo cuando se ha logrado el procedimiento con éxito, los padres por lo general se olvidan de los demás embriones dando la oportunidad a muchos laboratorios a disponer de ellos para su destrucción o bien para su experimentación.

El problema central radica en el destino de aquéllos embriones denominados “sobrantes” los cuales la pareja comitente ha dejado en el olvido en un centro de fertilidad congelados, con la eterna capacidad de generar la vida de un nuevo ser humano una vez que encuentren su implantación embrionaria, circunstancia que puede originar las más ingeniosas circunstancias que en otros tiempos sólo eran parte de la ciencia ficción, generando realidades reproductivas muy complicadas como lo sería que tiempo después que una persona muriese naciera un hijo de él o de ella, toda vez que un embrión congelado puede ser implantado para su desarrollo o fecundación después de uno o cien años, también puede suceder que se implanten sin el consentimiento de los padres en otra mujer perteneciente a otra pareja de tal manera que se tenga hijos biológicos sin saberlo y estos coexistan en la misma sociedad y tiempo, puede ser también que se den errores humanos en el manejo de los embriones y se implanten equívocamente en mujeres que no son la madre biológica pero que así lo creen y den lugar al nacimiento y crianza de un hijo que no comparte ninguna relación biológica con ellos y el hijo que sí es de ellos sea a su vez gestado, alumbrado y criado por la otra pareja.

El dilema de fondo consiste en el hecho de que todas estas posibilidades fácticas de nacimientos de seres humanos provenientes de un embrión congelado,

es precisamente que se trata de embriones humanos quienes al ser la especie racional del planeta merecen por sí mismos un respeto a su dignidad y no pueden ser jamás tratados como las especies menores, no se les puede traer al mundo como simples logros científicos, se debe atender a su derecho de una vida con identidad así como de ser criados y cuidados por una familia cierta y determinada, ya sin mencionar el hecho de que la potencial vida humana que encierran en sí estos embriones debe de ser protegida en todo momento por las legislaciones internacionales y nacionales ante la posibilidad de que sean usados para experimentación que nada tiene que ver con la reproducción sino más bien con lucrativas industrias como lo sería la cosmética o bien para ambiciosas pretensiones científicas de lograr por fin la hibridación de la especie o bien la creación de quimeras, no olvidando que incluso ronda en el mundo de las ideas científicas del ramo aún la ectogénesis que tiene que ver con el lograr la gestación de estos embriones de manera artificial fuera del útero materno.

4.5.3 Donación de embriones.

Ligado al apartado anterior encontramos la donación de embriones que tiene que ver con el consentimiento informado de una pareja que acepta dar los embriones que han “sobrado” de la fecundación *in vitro* en virtud de estar satisfecha ya su necesidad reproductiva y por ende deciden sean tomados por otra pareja que pueda gestarlos, alumbrarlos y criarlos como sus hijos, con el consuelo para la pareja gestadora de que los seres humanos así nacidos son sus hijos al menos obstétricos, lo que en muchos de los casos genera la ilusión de que son sus padres desde el momento mismo en que les dieron la vida.

Ahora bien, la donación de embriones tiene incluso que ver con el hecho de que sean personas que generaron el embrión ex profeso para una pareja que solicitaba donadores de ambos gametos para luego que el embrión fuera creado sea implantado en el útero de la mujer comitente, es decir que ante la problemática reproductiva de ambos miembros de la pareja, solicitan la

intervención de donadores de gametos tanto masculinos como femeninos para de esta manera dar lugar a embriones de laboratorio que serán gestados por la mujer solicitante, lo que en realidad nos hace pensar que respecto a esta técnica y la adopción no existe mayor diferencia, en virtud de que el nuevo ser no guarda ninguna relación biológica con la pareja solicitante, no obstante y como ya se ha dicho, este procedimiento crea la ilusión que el hijo así nacido es propio por el hecho de que la mujer dio cobijo uterino para su gestación y que se buscó su creación desde la fecundación, máxime cuando el esperma del donador se mezcla con el del hombre de la pareja solicitante porque la ilusión se extiende al hecho de que posiblemente el espermatozoide que haya fecundado al óvulo sea el del hombre.

Cabe señalar que esta técnica significa una extensión lógica de la fecundación *in vitro* o *in vivo*, aunque la más usada es la primera de ellas, al no existir métodos adecuados en la actualidad para criopreservar ovocitos, así la donación de huevos fecundados *in vitro* se vuelven la opción para criopreservar embriones y posteriormente utilizarlos, en la aplicación de diversas técnicas de reproducción asistida, también pueden obtenerse los embriones mediante la técnica denominada *in vivo*, se caracterizan porque son el resultado de una fecundación mediante inseminación artificial a efecto de propiciar la unión de los gametos masculinos y femeninos en el útero de una mujer para después ser extraídos de la cavidad uterina mediante el lavado de la misma.

En la donación de gametos la problemática que se genera es en las relaciones filiales y en la identidad genética para efecto de atender circunstancias extraordinarias de salud que impliquen un peligro para la vida del hijo, el primero de los riesgos implica un verdadero embrollo filiatorio porque tratándose de la donación de embriones pueden estar implicados en el nacimiento de un niño hasta cinco personas a saber: dos donadores que biológicamente guardan la relación de padre y madre del nuevo ser, compartiendo con él su herencia genética, puede ser que también intervenga una mujer gestante por sustitución quien será la madre

obstétrica y también jurídica del bebé, y por último la pareja solicitante quienes mediante adopción o un acuerdo aparentemente legal han propiciado todo el desarrollo de esta técnica, la intervención de las personas ya mencionadas, han cubierto todos los gastos médicos y esperan la llegada de ese nuevo ser a sus brazos en calidad de hijos a efecto de criarlo como tal.

El riesgo se da cuando una de las personas aquí intervinientes cambia su voluntad y decide reconocer un vínculo filiatorio con el nuevo ser, entonces surgen los interrogantes en torno a qué pasa si reclaman la paternidad los donantes, o que a la madre obstétrica ante el principio que rige nuestro derecho de que *mater semper certa est*, manifieste que ella es la madre y nadie más puede serlo por ministerio de ley, más aún, si el esposo de esta última se acoge a la presunción que le da a los hijos de una mujer casada la imputación de su paternidad al cónyuge de ésta y manifiesta que él es el padre, por otro lado puede suceder que los donantes deseen refutar tal paternidad con la prueba de ADN, y ante todo esto la pareja solicitante que puede hacer, mostrar en todo caso algún convenio que por escrito haya precedido tal acto, y en un momento dado el Juez de lo Familiar, cómo resolverá este cúmulo de controversias, qué principios generales de derecho hará valer, cuáles disposiciones del derecho positivo mexicano aplicará, qué presuncionales, cómo conciliará el orden público y el interés social en las cuestiones de familia.

Como ya se mencionó un segundo gran riesgo que implica la donación de embriones consiste en el llamado derecho a la identidad genética, donde se espera que todo ser humano sepa cuáles son sus raíces genéticas en virtud de que hoy en día nos encontramos ante lo que se conoce como el umbral de la era genética, en donde este factor será determinante de ahora en adelante, como ya lo hemos señalado en apartados anteriores, la cuestión hereditaria será clave en las relaciones sociales como son; empleos, seguros de vida, prevención de enfermedades, así como la consecución de un diagnóstico con fines terapéuticos, hoy en día y concretamente en materia de reproducción asistida, se dice que la

donación de embriones encierra el único riesgo de enfermedades hereditarias en las que el conocimiento exacto de los antecedentes puede ser determinante en el diagnóstico y tratamiento de la misma, entonces se hace necesario para el ser de esta manera concebido saber en un momento dado la identidad de sus padres biológicos, esto es tan importante, que en algunos países se ha legislado en torno al hecho de que una vez que el menor alcance la mayoría de edad, si lo desea pueda tener acceso al expediente que contenga la identidad e historial médico de sus progenitores, lo que en un primer momento puede chocar con el derecho de la intimidad que asiste a los donadores los cuales en un momento dado desean permanecer en anonimato y en segundo plano tampoco concuerda con el hecho de que los donadores desde un principio no deseaban crear un vínculo filiatorio con un ser concebido a partir de la unión de sus gametos, no obstante en estas legislaciones parece prevalecer el derecho de un ser humano a conocer su identidad genética, así como el derecho a la protección de su salud.

Por otro lado, pueden contarse también entre las posibles consecuencias de la donación de embriones remotos pero posibles casos de incesto en virtud del desconocimiento del vínculo biológico, circunstancias que parecen más material de un melodrama o de una tragicomedia, pero que bien puede suceder de manera un tanto injusta para los implicados.

Llegados a este punto nos damos cuenta que la donación de embriones al igual que las demás técnicas de reproducción humana asistida tiene consecuencias de fondo que deben tomarse en cuenta y que evidencian el porqué la legislación que al respecto existe deviene en insuficiente y resulta rebasada una y otra vez, por el hecho social que en este caso es sorpresivamente cambiante.

4.6 Clonación Reproductiva.

Este recurso biotecnológico es el tópico predilecto de los escritores de ciencia ficción que dan rienda suelta a su imaginación respecto a un mundo en donde es

factible realizar copias de seres humanos a partir de un ser originario, lo que permite que éste sea reproducido indefinidamente, generando otros iguales y resguardándose las características genéticas del original, imaginaciones que ven su primigenia concepción en la novela “Un Mundo Feliz” de Aldoux Huxley, que precisamente centra el desarrollo de la misma en la capacidad científica de crear clones humanos por medio de una máquinas gestadoras, produciendo los individuos que esa sociedad necesitaba y desechándolos luego de un tiempo, por lo general las demás imaginerías de una sociedad idílica basada en individuos clonados han seguido más o menos la misma línea que marcó al respecto Huxley.

En la presente investigación hablaremos de la clonación con fines reproductivos, la cual vio su primera expresión en el año de 1997 cuando se dio a conocer la noticia de que el 5 de julio de 1996 nació la oveja Dolly mediante ésta técnica; a partir de ese momento se han puesto sobre la mesa de debates diferentes disertaciones al respecto, siendo las más relevantes de índole filosófico, biológico y jurídico.

El debate filosófico se ha centrado respecto a la unicidad e identidad de un ser humano, porque se dice que un ser clonado es simplemente una copia biológica del original, pero no se puede esperar que si la persona de donde proviene la célula adulta es un virtuoso de las ciencias, artes, o habilidades físicas o atléticas el ser o los seres así creados también lo sean, porque estos seres nacerán en otro contexto histórico y social que necesariamente determina el destino de esa persona, además se dice que se afecta la identidad de un ser clonado porque la etiqueta de ser simplemente una copia del individuo original lo seguirá en todo momento.

Las cuestiones biológicas que se han disertado giran en torno a que el ser de esta manera creado es producto de una copia genética pero no implica una recombinación genética que enriquece y fortalece a los individuos de una especie, aunado al hecho de que el individuo creado de una célula adulta, aunque en

aparición sea joven nacerá con la edad biológica de la célula de la cual proviene y que por ende al paso del tiempo padecerá enfermedades propias de la vejez, siendo el caso que el tiempo fortaleció este argumento pues el 14 de febrero de 2003, la oveja *Dolly* falleció a causa de una enfermedad progresiva pulmonar a la edad de seis años cuando las ovejas de su raza viven entre 11 y 12 años de edad.²⁸⁴

También el debate jurídico no se hizo esperar y respecto del derecho familiar se dijo que la relación que el nuevo ser guarda respecto del individuo del que proviene la célula adulta es la calidad de hermano y no de hijo, porque el material genético proviene de la original combinación de los gametos de sus padres, más aún se ha dicho que el individuo de donde proviene la célula adulta sería en dado caso el padre y la madre de ese ser humano, toda vez que en este caso no existe elemento biológico alguno que lo vincule con otro ser humano máxime cuando el individuo que dota de la célula adulta es una mujer, que bien puede incluso gestar y dar a luz al ser que fue tomado del ADN contenido en una de sus células, es en este caso cuando el derecho se ha pronunciado de manera tajante respecto a negar la autorización de tal práctica por ser contraria a la naturaleza misma y acarrea consecuencias graves de identidad en un ser humano que así sea obtenido, en palabras de los juristas Fernando Flores Trejo y Héctor Fix Zamudio podemos leer:

“...La posibilidad de que se efectúe la clonación humana, ¿debe ser aceptada sin mayores cuestionamientos?. Desde la óptica del Bioderecho la respuesta inmediata a la pregunta anterior sería una enfática negativa. Inicialmente debe considerarse que la clonación de seres humanos llevaría irremisiblemente a alterar las leyes biológicas insoslayables que presiden la procreación humana respecto del nuevo ser...representa sin duda una desviación del orden natural de las cosas que puede ser altamente perturbadoras respecto de la existencia de las especies vivientes”²⁸⁵

No obstante la negativa de la mayor parte de las legislaciones del mundo a permitir la clonación humana, he considerado pertinente referirnos a ella en este

²⁸⁴ http://es.wikipedia.org/wiki/Oveja_Dolly#Deceso

²⁸⁵ FLORES TREJO, Fernando y Héctor Fix Zamudio. *Bioderecho* ed. Porrúa, 1ª ed., México 2004 p. 250

trabajo, pues no hay que olvidar que el 13 de febrero se dio a conocer que científicos Sur Coreanos, clonaron con éxito embriones humanos de los cuales pretendían obtener células madre con fines terapéuticos.²⁸⁶ Esta y otras noticias más nos hacen pensar que la posibilidad de clonar seres humanos es tentadora y que tiene implicaciones no sólo de una narcisista intención de verse perpetuado así mismo, sino de fines de índole económico o netamente utilitarios de órganos y tejidos con la posibilidad de trasplante para perpetuar un estado de salud.

Lo dicho anteriormente pudiera sonar exagerado pero no hay que olvidar que recientemente la clonación en animales es justificada en aras de un mejoramiento de razas vinculadas a la alimentación, industria farmacéutica, ciencia o a la industria general, al margen de las opiniones en contra está presente la convicción científica de que el método pudiera ser utilizado en humanos al menos para finalidades terapéuticas y evitar la muerte de personas que esperan un trasplante que en muchas de las ocasiones no llega o bien no es compatible con su organismo, independientemente de que existe incertidumbre acerca de que ya hayan nacido seres humanos clonados.

Como ya se mencionó, existen posturas que advierten sobre la inadmisibilidad ética de la clonación determinando como ilícito tal proceder todo esto sobre la base de que los seres clonados son iguales pero no idénticos, puesto que el aspecto espiritual de cada ser humano es único e irrepetible más allá de la homogeneidad genética que pudieran tener dos personas clonadas.²⁸⁷

Desde mi punto de vista muy particular, considero que se debe descalificar tal proceder en seres humanos, en virtud de una franca violación al derecho de toda persona a nacer, a hacerlo dentro de una familia con un padre y una madre lo cual *ab initio* es desechado, ya que la identidad del ser clonado se falsea o modifica, también al ser una mera manipulación científica, el individuo clonado presentará en sí mismo consecuencias graves a su salud, naciendo con un

²⁸⁶ *Ibidem* p. 245.

²⁸⁷ CORDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. *op. cit.* pp. 48-53

cúmulo de años a costas y lo más relevante es que se atenta contra la dignidad humana, variando la forma sexuada que tenemos de reproducirnos, la riqueza genética que viene de la recombinación de dos ADN distintos, la ilogicidad que un ser humano sea el hermano y a la vez el padre y la madre de un ser clonado, definitivamente como ya se ha apuntado la clonación reproductiva es completamente antinatural para el ser humano.

4.7 Principios jurídicos filosóficos en las técnicas de reproducción humana asistida.

El desarrollo de los anteriores apartados de este presente capítulo ha servido para poner de relieve de manera somera, el lado oscuro de las técnicas de reproducción humana asistida, ese aspecto que no se publicita, esa información que ignora el ciudadano común, quien sólo concibe la reproducción asistida en relación a lo que los medios de comunicación le hacen llegar, el aspecto que aún las parejas que logran con éxito el nacimiento de un menor callan por considerar que finalmente el fin justifica los medios.

Hemos visto que aún las técnicas de reproducción asistida más antiguas, como lo es la simple inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, presentan serios riesgos tanto para la pareja comitente como para el nuevo ser, no obstante de ser éstas las técnicas que por su antigüedad debieran ser ya las más perfeccionadas, pero en la realidad no es así y como ya se dijo, encontramos casos en donde la paternidad queda en duda o en disputa, al igual que se dan errores humanos que hacen que el embrión se genere con gametos equivocados o en un momento dado sea cambiado en la implantación, dando lugar a la paradoja de que la pareja solicitante termina criando un hijo que biológicamente nada tiene que ver con ellos y que su hijo genético sea a su vez cridado por otra pareja igualmente errada.

La capacidad de que gametos y embriones humanos puedan permanecer perenemente congelados puede dar lugar a situaciones complejas, jamás vistas en la naturaleza y por ende no previstas en ordenamiento legal alguno, toda vez que pueden nacer hijos del cónyuge muerto aún después de los 300 días que establece la ley, quizá puedan nacer los nietos de personas cuyos hijos han muerto, o pasado 50 o 100 años de la creación del embrión para dar lugar a su gestación y nacimiento resultando que nace en un tiempo que le correspondería a sus bisnietos o tataranietos, donde desde luego sus padres biológicos han muerto desde hace tiempo.

La maternidad sustituta o subrogada es la técnica cuyas consecuencias negativas son más palpables, quizá por encerrar en sí misma la aplicación de casi todas las técnicas posibles y de depender para su óptima realización de la manifestación y cumplimiento de la voluntad de cuando menos tres personas, pero en casos extremos hasta de la intervención de seis personas, cuya revocación o incumplimiento de lo originalmente pactado ha dado lugar ya en cortes extranjeras a fuertes y dolorosas contiendas judiciales, como es el caso de la bebé M, en Estados Unidos.

Hemos reiterado a lo largo de este trabajo que las consecuencias de las técnicas de reproducción asistida tienen afectaciones directas respecto de bienes jurídicos tutelados de índole patrimonial, administrativo, aún criminal, pero quizá la afectación más importante y por la cual se ha desarrollado esta investigación lo es las consecuencias de índole personal y familiar, que constituyen el círculo primario de un nuevo ser que desde su concepción se encuentra en tal estado de vulnerabilidad y dependencia de la voluntad de las personas que han buscado su existencia aún potencial, cuando se trata de embriones, y su existencia real, cuando se trata ya de seres nacidos, que se encuentran en una incertidumbre respecto a la familia a la cual pertenecen.

Es así como en el presente trabajo se ha estado haciendo especial mención sobre la necesidad de la existencia de una regulación congruente con el fenómeno social que significan las diferentes técnicas de reproducción artificial, por ello se hizo alusión a la bioética y el bioderecho como nuevas ramas del conocimiento totalmente pertinentes en la materia y que en un futuro contribuirán indudablemente a un exacto conocimiento de las mismas y por ende una vez entendidas en su justa dimensión a su correcta y acabada legislación.

Se habló en este trabajo de los principios de bioética que deben ser considerados en el uso y aplicación de la reproducción asistida, médicamente se busca el cumplimiento de los principios denominados de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, incluso consideramos como pertinentes el concepto de la dignidad y conocimiento humano, no obstante estos principios pertenecen a la bioética. Desde la perspectiva del Derecho deben también existir principios que delimiten y configuren las normas en materia de reproducción asistida, al respecto poco se ha dicho pero en lo personal considero que estos principios rectores los podemos encontrar en la filosofía jurídica, principios que encierran en sí mismos grandes valores que subyacen en los bienes jurídicos tutelados por las leyes.

Si partimos del hecho de que la filosofía jurídica tiene que ver con aquella aproximación del hecho social, con la intención de crear y aplicar un derecho acorde al mismo, podemos ver que las diferentes técnicas de reproducción asistida, deben ser reguladas por normas que encierren un análisis epistemológico de las mismas, es decir que implique que el legislador ha comprendido en su exacta dimensión tales técnicas, sus pros, sus contras, sus beneficios y sus maleficios, ontológicamente debe determinarse qué es lo que se va a legislar, que técnicas constituirán el objeto de tales normas, toda vez que suele suceder el hecho de que se tomen por técnicas lo que en realidad no lo son y viceversa, por último axiológicamente el legislador debe determinar cuáles son los valores que

establecerán lo correcto del actuar en torno a las técnicas de reproducción asistida.

Considero que el presente trabajo ha contribuido en parte a la epistemología de las técnicas de reproducción humana asistida, de manera conceptual, en su marco legal y en cuanto a las incipientes ramas del conocimiento de la materia, las cuales tienen que ver con la bioética y el bioderecho, también el presente trabajo ha contribuido ontológicamente a determinar el objeto sobre el cual debe girar una correcta legislación de la materia, en virtud de que en el presente se han ponderado no sólo las bondades de la fecundación asistida, sino también esa parte negativa de las mismas, esto con la finalidad de que se tenga una exacta apreciación de nuestro objeto de estudio.

No obstante lo anterior, el título mismo de este trabajo de investigación nos remite a la axiología jurídica, es decir a los valores que deben subyacer en el tratamiento legislativo, lo cual se pone a consideración del legislador a efecto de que las leyes sean emitidas tomando en consideración estos valores siendo de esta forma congruente y eficaz. De esta manera considero que son cuatro los principios jurídicos filosóficos que deben subyacer en el tratamiento legislativo de las técnicas de reproducción humana asistida y estos son a saber; El principio del respeto por la vida, el principio de la Libertad, el Principio de la Dignidad Humana y por último el principio de Identidad. Cuatro principios que considero rectores de toda legislación en la materia por las razones que expondré en los apartados siguientes.

4.6.1 Principios Generales del derecho relacionados con el valor de la Vida

Ha quedado demostrado en este trabajo que es crucial, en la reproducción asistida que el legislador se pronuncie de manera determinante en torno al momento mismo en que comienza la protección jurídica del ser humano, aunque sea ésta

una vida en potencia como se le ha denominado al cúmulo de embriones generados por estas técnicas y que finalmente no han encontrado por distintas razones el desarrollo de esa potencia, pero a pesar de lo que se diga en cierran en sí la capacidad de que llegado el momento nazca en virtud de su gestación y alumbramiento un nuevo ser humano.

Hemos visto que la reproducción asistida ha sido fuertemente criticada por posturas iusnaturalistas ante el hecho de la disposición de esos embriones sobrantes, por su congelamiento que encierra la posibilidad perenne del nacimiento de un nuevo ser, por el manejo con fines terapéuticos, cosméticos e incluso de investigación, por ende el legislador debe pronunciarse respecto del momento en que esa vida en potencia se protegerá o quizá el valor que adopte sea meramente pragmático y asuma a los embriones simplemente como un cúmulo de células incapaces por sí mismas de desarrollar la vida que en potencia encierran y por ende desprovista de todo rasgo humano que respaldará su protección jurídica.

Es de señalarse que al respecto el legislador local ha determinado la protección jurídica del producto de la concepción, hasta la decimotercera semana de gestación comienza el legislador a proteger la vida de estos fetos, pues hay que recordar que al menos en el Distrito Federal se ha despenalizado el aborto hasta la decimosegunda semana de gestación de tal manera que podemos decir a contrario sensu que el legislador local le concede protección en cuanto a su vida en desarrollo sólo pasada la semana doce, mientras tanto la vida de ese ser queda en manos de lo que su madre decida al respecto.

No obstante tal legislación local se contrapone con lo que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, determina de un ser humano en potencia en virtud de que concede la protección de la ley al ser concebido y se le tiene por nacido para los efectos de la aplicación de ese código, que habla entre otras cosas de los lazos de parentesco, y de cuestiones patrimoniales, es ante este tipo

de contradicciones de un mismo legislador local donde se hace imperioso que antes de la positivización mismas de las normas se reflexione en torno a la vida que encierra un embrión, a que esa vida es de un ser humano y que la ley debe determinar en qué momento lo protege o bien que si se opta por quitar la protección de la ley en torno a estos embriones fundamentar el porqué queda desprovisto de toda regulación al respecto, la base en todo caso sería la inviabilidad de su desarrollo si es que no se implanta en un útero o bien que sería un simple cúmulo de células carente de los elementos que determinan la personalidad.

El que el legislador determine cuándo inicia la protección jurídica del no nato es determinante porque en ese momento el valor de la vida cobra especial relevancia pues es cuando el ser humano en potencia tendrá garantizado el que no se cortará su desarrollo y podrá culminar satisfactoriamente en el nacimiento de un nuevo ser, dotado de vida propia. Hablar de la vida en potencia de los embriones es un poco complicado dado que hoy en día se ha minimizado el hecho de que encierran en sí mismos una vida humana ante el utilitarismo de su uso industrial, congelamiento y experimentación, pero no obstante desde mi particular punto de vista y ontológicamente hablando es de decirse que lo que se destruye junto con miles de embriones denominados “sobrantes” es vidas humanas, en potencia sí, no viables también, pero finalmente la materia primigenia de todo ser humano que en un embrión ha visto iniciar su existencia, tales embriones son desechados, manipulados e incluso alterados sin la conciencia debida que cada embrión significa la posibilidad de un nuevo nacimiento, por ende considero que el embrión encierra una vida y se atenta contra ella al momento en que se permite su destrucción.

Considero que son los principios generales de derecho, las directrices últimas del actuar jurídico, por encerrar en sí mismos valores universales completamente aplicables ante la falta de legislación, como la misma jurisprudencia mexicana cita, podemos decir de los mismos que:

“...Son verdades jurídicas notorias indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosóficos jurídicos de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado, si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiera previsto el caso.”²⁸⁸

Son los principios generales del derecho en donde encontraremos elementos de los cuales se pueda echar mano ante problemáticas concretas en materia de reproducción asistida, es por ello que a continuación enumero alguno de estos principios que considero acordes con el valor de la vida, tomados de la obra del maestro José Luis Soberanes Fernández, en la obra ya citada y en la cual hace una recopilación acuciosa de estos principios, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

- 1.- “El acto debe interpretarse de manera que más bien valga, en vez de que deje de valer.”
- 2.- “No se cuentan propiamente como bienes aquéllas cosas que implican más perjuicio que beneficio.”
- 3.- “La costumbre es el mejor intérprete de las leyes.”
- 4.- “El caso omitido se decide por el derecho común.”
- 5.- “Para concordar las leyes necesario distinguir los tiempos.”
- 6.- “El dominio total no puede estar en dos.”
- 7.- “Las dudas deben resolverse en el sentido más favorable.”
- 8.- “Las condiciones imposibles o de cosas que no hay en la naturaleza se tienen por no puestas.”
- 9.- “Quien queriendo algo lo puede lograr, tiene la posibilidad de no quererlo.”
- 10.- “No hay lugar a la ficción cuando el caso es imposible.”
- 11.- “No se debe cumplir la palabra al que se niega a cumplir la suya.”
- 12.- “El que se rehúsa a cumplir la palabra que dio a otro, en vano exige de éste que cumpla la suya.”

²⁸⁸ Semanario Judicial de la Federación, 5ª época, t. XLIII, pp. 859-860, citado por SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, Los principios generales del derecho en México. Un ensayo histórico, ed. Porrúa, 1ª ed., México, 1999, pp. 11-12.

- 13.- “El género se deroga por la especie.”
- 14.- “El heredero tiene el mismo poder y derecho que el difunto.”
- 15.- “Por heredero no sólo se entiende al inmediato sino también a cuantos sigan de éste.”
- 16.- “Es culpa grave hacer algo con impericia o sabiendo no le atañe.”
- 17.- “A quien corresponde hacer una cosa, no se le debe imputar el que no se haga, sino dependió de él no hacerla.”
- 18.- “El juez debe imponer la pena que señalan las leyes, y si no lo está a su arbitrio.”
- 19.- “Las leyes deben interpretarse en concordancia con los derechos.”
- 20.- “El derecho que surge del parentesco por consanguinidad no es modificable jurídicamente.”
- 21.- “La nimia negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden, es culpa lata.”
- 22.- “El grande descuido es culpa, y la culpa grande es dolo.”
- 23.- “El mandato, no habiéndose empezado la cosa, se acaba por la muerte del mandante, o del mandatario.”
- 24.- “El mandato de cosa torpe es nulo.”
- 25.- “La muerte desata todas las obligaciones.”
- 26.- “Muchas cosas se prohíben que se hagan, y que hechas se sostienen.”
- 27.- “No se reputa nacido el que muere inmediatamente.”
- 28.- “El juramento contra las buenas costumbres no crea obligación.”
- 29.- “No puede decirse que deja de tener el que nunca tuvo.”
- 30.- “Conviene restringir lo odioso, y extender lo favorable.”
- 31.- “Bajo el nombre de padres, se comprenden los abuelos y demás ascendientes de uno y otro sexo.”
- 32.- “Se presume ignorancia sino se prueba ciencia.”
- 33.- “Los privilegios personales siguen a la persona y se extinguen con ella.”
- 34.- “Los privilegios concedidos por una causa pasan a los herederos, mas no los que lo son a las personas.”
- 35.- “El que no quiso lo que pudo, y no pudo lo que quiso, nada hizo.”

- 36.- “El que una vez llega a ser heredero no deja de serlo.”
- 37.- “La cosa que no tiene dueño, la hace suya el primero que la ocupa”
- 38.- “Lo que es nulo, no necesita anularse ni romperse.”
- 39.- “Lo que no tiene tiempo señalado para hacerse puede hacerse en cualquier momento de la vida.”
- 40.- “Lo que llega al punto en el que no puede comenzar, se vicia.”
- 42.- “Lo que es nulo, no produce efecto alguno.”
- 43.- “El vínculo doble liga más fuertemente y es más difícil de romperse.”
- 44.- “El vínculo más fuerte rompe al más débil.”
- 45.- “La voluntad del testador y la institución de herederos no pueden depender de otro.”

4.6.2 Principios Generales del derecho relacionados con el valor de la Libertad.

Se mencionó en capítulos precedentes que se ha mal invocado el llamado “derecho a la reproducción” como el fundamento del uso y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, considero que en realidad el fundamento de las mismas lo encontramos en el principio de la Libertad de la cual nos encontramos dotados los seres humanos, dentro de ese cúmulo de posibilidades de decisión a las cuales la voluntad regida por nuestra inteligencia nos puede llevar, por ende un ser humano en condición de incapacidad reproductiva se da a la tarea de ver cumplidos sus deseos de procreación, es de esa manera como en primer lugar asume y comprende el origen de su condición limitada en este aspecto y con posterioridad se da a la tarea de buscar una solución, es el caso de que ese individuo no encuentra una solución, sino una gama completa de soluciones llamadas de manera genérica “técnicas de reproducción humana asistida”.

Ante ese cúmulo de posibilidades el individuo elige la técnica que probablemente resuelva su problemática reproductiva, el punto álgido lo

encontramos ante el hecho de que esa libertad de elección tiene que ver con el nacimiento de un nuevo ser humano, que significa el éxito de la mismas, pero como ya se ha mencionado, el lograr el nacimiento de un bebé es la condición ideal de las técnicas pero por lo general para la consecución de tal evento se atenta contra otros bienes jurídicos tutelados como son la vida, la dignidad humana, la identidad y porque no incluso hasta la libertad de otros seres humanos.

Es así como la libertad de una persona de acceder a la reproducción asistida debe quedar delimitada por el principio de justicia que norma el actuar de todo individuo, el hecho de que nuestra libertad llega hasta donde comienza la libertad del otro, que se constituye como mi igual y que también merece que se le garantice las condiciones mínimas que posibiliten su sano y óptimo desarrollo como ser humano.

Partiendo así de que el uso y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida proviene no del llamado derecho a la reproducción sino del principio de la libertad del hombre que puede conducir su voluntad hacia lo que desea se cristalice en el mundo fáctico, el legislador debe determinar hasta qué punto permitirá la expresión de esta libertad, definirá si habrá de observarse alguna limitación tomando en consideración la vida del nuevo ser humano que sea concebido, gestado y nacido por medio de estas técnicas.

Considero que en la regulación de la materia el legislador en todo momento debe tener en cuenta al nuevo ser que se busca por medio de estas técnicas y no sólo la narcisista necesidad de un ser humano de alcanzar la reproducción biológica, hecho lacerante sin duda, necesario desde una raíz antropológica también, pero que no debe ser considerado como superior a las necesidades y derechos del nuevo ser generado por medio de estas técnicas.

Existe en materia de derecho familiar dos elementos frecuentemente invocados, “el orden público y el interés social”, a los cuales considero que el legislador debe echar mano en un ejercicio profundo de reflexión antes de legislar sin ton ni son en un evidente individualismo legislativo tan de moda hoy en día que lo único que hace es generar “Franksteins” legales que lo único que hacen tarde o temprano es volverse contra su creador, que atendiendo al contrato social que nos rige somos la sociedad en su conjunto que a través de nuestro representantes, damos cabida a leyes que más bien son copias descontextualizadas de otros países, con fines meramente políticos y sin la seriedad debida a la importancia de que existan normas justas y congruentes con los principios que deben regir a una sociedad sana.

Siguiendo en la tesitura de enunciar los principios generales del derecho que se pueden adecuar al valor de la libertad son:

- 1.- “La obligación y la acción, una vez extinguidas no renacen.”
- 2.- “Los actos legítimos que no admiten día ni condición, si se les añade se vician.”
- 3.- “El ánimo se presume tal cual lo demuestran los hechos.”
- 4.- “A quien se le permite lo más le es permitido lo menos.”
- 5.- “Cuando a alguien se le prohíbe una cosa, se le prohíben las que se siguen de ella.”
- 6.- “Al que se le prohíbe algo por una vía, no se le debe admitir por otra.”
- 7.- “El daño que recibe una persona por su propia culpa, no debe imputarlo a otro.”
- 8.- “El efecto de la ley no debe extenderse a más de lo que quiso el legislador.”
- 9.- “Lo expreso daña, lo no expreso no daña.”
- 10.- “Los malechores, sus instigadores y sus encubridores deben tener la misma pena.”
- 11.- “Se puede hacer aquello que es jurídicamente posible.”

12.- “No se puede transferir lo que es nuestro a otro sin nuestro hecho.”

13.- “En las expresiones ambiguas debe atenderse la intención del que las pronuncia.”

14.- “En la donación no se presume duda, porque de nadie se cree que quiera perder sus bienes.”

15.- “En la concesión general no se comprenden aquellas cosas que no es verosímil se hubieran concedido especialmente.”

16.- “El juramento no debe ser vínculo para la iniquidad.”

17.- “El derecho público no es renunciable.”

18.- “El derecho nace del hecho.”

19.- “En vano invoca el auxilio de la ley el que obra contra ella.”

20.- “Por derecho natural todos los bienes son comunes, más por el humano se distinguen las propiedades.”

21.- “La libertad es favorable a todas las cosas.”

22.- “Es más útil a las repúblicas que sus leyes sean permanentes que cambiarlas con frecuencia a pretexto de mejorarlas.”

23.- “En el derecho se encuentran muchas cosas introducidas por la utilidad común, aunque tienen apariencia de irracionales.”

24.- “Conviene tolerar muchas cosas por equidad en beneficio del común, contra el rigor del derecho.”

25.- “A ninguno puede obligarse a lo imposible.”

26.- “No todo lo que es lícito es honesto.”

27.- “Ninguno debe beneficiar a otro con daño de tercero.”

28.- “En derecho son peligrosas las definiciones.”

29.- “Cualquiera puede hacer por otro lo que puede hacer por sí mismo.”

30.- “Cuando se prohíbe una cosa, se entienden prohibidos los medios para alcanzarla.”

31.- “Las cosas que se hacen contra derecho, se reputan por no hechas.”

32.- “Los casos nuevos necesitan nueva disposición.”

33.- “Las cosas que no se prueba que están prohibidas se reputan lícitas y permitidas.”

- 34.- “Cuando no hay ley el juicio se deja al arbitrio del juez.”
- 35.- “El que es primero en tiempo, tiene un derecho preferente.”
- 36.- “El que tiene a su favor el derecho común, no necesita de privilegio.”
- 37.- “Lo que el legislador no se reserva, se entiende concedido.”
- 38.- “Todas las dudas sobre libertad, deben interpretarse a favor de ella.”
- 39.- “Puede alegarse la razón a falta de derecho escrito.”
- 40.- “Muchas veces se atiende más a la razón de la ley que a sus palabras.”
- 42.- “No se comete injuria ni dolo al que lo sabe y lo consiente.”
- 43.- “Sin culpa ninguno debe ser castigado, a no ser que subsista una causa.”
- 44.- “Si no puede favorecerse a uno de dos sin perjuicio del otro, vale más favorecer de manera neutral que dañar a otro.”
- 45.- “Lo que no vale del modo en que se hace, vale sin embargo del modo en que puede valer.”
- 46.- “Lo que se subroga toma la naturaleza de aquello que se subroga”
- 47.- “Al ignorante y al impedido legítimamente no le corre tiempo.”
- 48.- “No debe ser oído el que alega sus propias torpezas.”
- 49.- “Cuando la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.”
- 50.- “Menos malo es que resulte escándalo, que abandonar la verdad.”
- 51.- “Las palabras dudosas deben interpretarse según el sentido común, y los contrayentes están obligados a guardar las palabras proferidas en sentido que regularmente tienen para los buenos entendedores.”
- 50.- “La voluntad se demuestra lo mismo por hechos que por palabras.”

4.6.3 Principios Generales del derecho relacionados con el valor de la Dignidad Humana.

Como ya se mencionó en el capítulo tercero de este trabajo la Dignidad Humana hace referencia a la naturaleza intrínseca del ser humano, es aquello que nos hace únicos y diferentes al resto de los seres vivos que habitan en el planeta, lo que nos coloca en una situación de preeminencia respecto de ellos, y que nos

constituye como especie única en el planeta, con la capacidad de entender y transformar su entorno, así como de ampliar sus habilidades.

Por ende nuestra especie se encuentra revestida de una condición de superioridad respecto de todos los demás seres vivos, de tal manera que toda experimentación que tenga que ver con la materia primigenia de la vida de un ser humano deviene en un atentado contra esa dignidad de la que está revestida nuestra especie, ahondando, considero que la dignidad de la especie humana se ve afectada en el momento mismo que se manipula en un laboratorio, un embrión con fines de “eliminar” cualquier enfermedad o condición que limite la vida de un ser humano, pues no hay que olvidar que las personas con capacidades diferentes también tienen su estatus de dignidad humana y eso es lo que los hace superar sus limitaciones, y qué decir de la simple manipulación genética con fines eugenésicos, o aún económicos por depender del sexo del bebé diversos intereses.

Considero atentatorio de la Dignidad Humana el hecho de que la clonación se encuentre de manera tentadora en la mente y en la práctica de muchos investigadores alrededor del mundo, lo cual llegado el momento en que viera su cristalización atentaría tajantemente con elementos perpetuadores de nuestra especie, en función de que los humanos nos reproducimos de manera sexual, mediante la combinación de dos secuencias de ADN, que se encuentran contenidas en los gametos masculinos y femeninos que han de unirse para la concepción, pero en el caso de la clonación la reproducción se volvería asexual y se eliminaría la sana recombinación genética que es lo que hace fuerte a una especie.

También resulta atentatorio de la Dignidad Humana el hecho de que ronde la posibilidad de la hibridación de la especie o la generación de quimeras, las cuales hasta el momento han encontrado su expresión con el “tets del hámster”, lo cual definitivamente llegado el caso también significa un claro atentado contra la

constitución de nuestra especie que en un momento dado dejaría esa condición de supremacía biológica para convertirse en algo quimérico.

Toca pues al legislador reflexionar respecto de este concepto el cual debe dar forma a toda legislación que en esencia es humana, porque es realizada por y para humanos entonces deben quedar claros los límites de la investigación en materia de reproducción humana asistida, deben dejarse de lado esas fronteras que se están cruzando en la actualidad y debe prohibir su transgresión bajo el argumento de ser éstas atentatorias de la Dignidad Humana.

Dentro de los principios generales de derecho encontramos que los siguientes encierran en sí el valor de la Dignidad Humana, por lo cual me permito enunciarlos a continuación:

- 1.- “No se castiga el afecto, sino se sigue el efecto.”
- 2.- “No se debe añadir aflicción al afligido.”
- 3.- “Ninguno puede poner a otro una condición inicua.”
- 4.- “La voluntad aunque sea forzada, es voluntad.”
- 5.- “Los contratos se reconocen por admitir una ley a través de un acuerdo.”
- 6.- “No tiene la culpa el que sabe y no puede impedir la cosa.”
- 7.- “Cuando es oscuro el derecho de las partes se ha de favorecer más al reo que al actor.”
- 8.- “Las leyes favorecen al engañado, no al que engaña.”
- 9.- “El error suprime la voluntad y descubre la impericia de su autor.”
- 10.- “Excusa la ignorancia del hecho, pero no la del derecho.”
- 11.- “No excusa la ignorancia de las cosas que se hacen públicamente.”
- 12.- “Es vana la acción de un acreedor, si la excluye la pobreza del deudor.”
- 13.- “No se puede alegar lo que se ha concedido alguna vez por necesidad.”
- 14.- “A nadie puede quitarse el beneficio que le concede el derecho.”
- 15.- “En las promesas injustas no debe guardarse la buena fe.”
- 16.- “El que ve actuar mal al que puede detener, si no lo detiene, se entiende consiente en ello y es responsable, pues nada hay como favorecer al necesitado.”

- 17.- “Causa el daño el que lo manda.”
- 18.- “La necesidad no está sujeta a la ley. La necesidad dispensa de la ley.”
- 19.- “No es impedimento lo que por derecho no tiene efecto.”
- 20.- “A nadie debe favorecerle su propio fraude o dolo.”
- 21.- “Ninguno tiene autoridad sobre su igual.”
- 22.- “Los pactos contra las buenas costumbres, las leyes o la honestidad, no tienen fuerza alguna.”
- 23.- “Las convenciones de los particulares no pueden derogar el derecho público.”
- 24.- “Lo que se hace o dice con ánimo alterado, no debe ser tomado en firme, por si se arrepiente cuando está tranquilo.”
- 25.- “Cualquiera puede mejorar la condición de otro, pero no empeorarla.”
- 26.- “El que compra contra derecho se presume que no tiene buena fe.”
- 27.- “Lo que uno no quiere para sí, no debe hacerlo a otro.”
- 28.- “Conforme a la razón, y al uso, ninguno puede ser obligado a hacer un beneficio contra su voluntad.”
- 29.- “Casi siempre comparamos a la esclavitud con la mortalidad.”

4.6.4 Principios Generales del derecho relacionados con el valor de la identidad

Un elemento central en el ser humano es poder responder a las preguntas: ¿quién soy y a dónde voy?, refiriéndose precisamente la primera de estas preguntas al principio de identidad que acompaña a todo ser humano, que a lo largo de su vida llega a un momento de reflexión y debe dar contestación a esta pregunta, es en este punto donde confluyen las técnicas de reproducción humana asistida en virtud de que las mismas trastocan el momento mismo del origen de ese ser humano.

Al respecto tenemos que de 1978 a la fecha contamos con el nacimiento de niños concebidos por la ayuda de alguna técnica de fecundación asistida, es a

partir de la década de los noventa cuando el uso y aplicación de estas técnicas encuentra su afianzamiento en las sociedades y hasta el día de hoy podemos decir que todavía no alcanzan el cisma de su desarrollo en virtud de que aún se anuncian bastantes sorpresas al respecto, no obstante se cuenta alrededor del mundo con el nacimiento de miles de niños nacidos bajo este esquema, que en algunas de sus facetas incluye la donación de embriones o de alguno de los gametos masculinos o femeninos, también puede implicar la intervención de una madre sustituta, esto hace que cuando el ser humano así concebido se pregunte respecto de sus orígenes, encontrará complejas interacciones que harán un tanto difícil su comprensión.

El papel del legislador se hace latente respecto de este principio, porque en un momento dado debe ponderar el derecho de un ser humano así concebido de conocer sus orígenes biológicos y aún obstétricos, si así lo desea, sobre el derecho de la intimidad que invocan los donantes o bien los mismos padres que no quisieran que todo esto fuera revelado a su hijo, más aún el derecho de la información del ser humano respecto de conocer que posibilidad de enfermedades genéticas posee y para ello necesita conocer sus orígenes biológicos.

Se debe regular el momento mismo en que esta información será proporcionada a un ser humano concebido por medio reproducción asistida, necesita normar los protocolos del expediente que deben resguardarse hasta en tanto sean requeridos por el interesado, precisar respecto a la certeza de los vínculos filiatorios de un menor concebido artificialmente para el caso de que pretenda conocerlos o que se de el caso de disputa por la paternidad pues hay que recordar que en algunas técnicas de reproducción asistida pueden intervenir hasta seis personas vinculadas biológica y jurídicamente con un menor.

Siendo pertinente señalar que los principios generales del derecho que se adecuan al llamado derecho de Identidad son los siguientes:

- 1.- “No se puede conocer la verdad sino atendidas las circunstancias del hecho.”
- 2.- “No hay lugar a la ficción cuando el caso es imposible.”
- 3.- “Es indispensable la ignorancia sobre el hecho ajeno, pero no sobre el propio.”
- 4.- “Las cosas dudosas deben interpretarse con benignidad.”
- 5.- “Es injusto querer obligar a alguien por el pacto de otro.”
- 6.- “De donde nace el derecho, no puede resultar la injusticia.”
- 7.- “En las cosas oscuras o dudosas debe seguirse lo que no sea contrario a las leyes.”
- 8.- “En todas las cosas debe atenderse a la equidad, pero sobre todo en el derecho.”
- 9.- “Las leyes deben interpretarse en concordancia con los derechos.”
- 10.- “Se dice claro lo que consta por confesión, por prueba legítima o por presunción.”
- 11.- “Las cosas que son claras no necesitan acusarse.”
- 12.- “Es mejor conservar ilesos los derechos, que después de lastimados buscarles remedio.”
- 13.- “Ninguno puede mudar dictamen en perjuicio de tercero.”
- 14.- “Nada es más natural que el que cada cosa se disuelva del modo como se unió.”
- 15.- “El beneficio debe servir de auxilio y no de daño.”
- 16.- “Lo que es nulo en su principio no se hace válido con el tiempo.”
- 17.- “Lo que es notorio no necesita probarse.”
- 18.- “La opinión cede a la voluntad manifiesta.”
- 19.- “Bajo el nombre de padres se comprenden los abuelos y demás ascendientes de uno y otro sexo.”
- 20.- “En derecho el padre y el hijo se reputan por una sola persona.”
- 21.- “No pueden muchos poseer una misma cosa a un mismo tiempo.”
- 22.- “La presunción cede a la verdad, porque ésta prevalece respecto de aquélla.”

23.- “Lo que al tiempo de hacerse fue voluntario, después de hecho es necesario.”

24.- “En casos dudosos siempre debe preferirse lo más benigno.”

Considero que en este último apartado ha quedado de relieve la necesidad de una profunda reflexión para legislar en torno a las técnicas de reproducción humana asistida y que en realidad las normas existentes han significado hasta el momento paliativos legislativos ante un hecho social todavía inacabado y más que nada incomprendido en su totalidad. Cuando el legislador realice un análisis profundo de estos cuatro principios podrá emitir normas jurídicas acordes con el hecho social y con la estructura general del Derecho, en México deben dejarse de copiar leyes de otros países y debe contextualizarse a nuestra sociedad.

Cabe hacer mención que la legislación se hace necesaria, porque cada vez son más asequibles estas técnicas para la sociedad mexicana y por ende los problemas inherentes a su uso y aplicación pronto comenzarán a tocar las puertas de los Tribunales de Justicia del país, siendo la tarea de los jueces dar respuestas a esos conflictos y manera justa y congruente, se hace imperante la existencia de legislación que signifique un marco jurídico adecuado y eficaz que aporte certidumbre jurídica a los usuarios de estas técnicas.

CONCLUSIONES.

Derivado del desarrollo de la presente investigación, consideramos pertinente arribar a las siguientes conclusiones.

PRIMERA: Las técnicas de reproducción humana asistida hoy por hoy son más utilizadas no sólo en nuestro país sino también alrededor del mundo; cada día es más frecuente oír en torno a su uso y aplicación sin que cause mayor asombro; incluso han llegado a considerarse como medios bastante idóneos para lograr la propia reproducción, pero además, también se les toma como elementos suficientes para definir las condiciones fenotípicas y genotípicas de un nuevo ser humano cuyo nacimiento se espera para ser incorporado a un núcleo familiar, son por ende un tema actual, objeto de estudio de frontera epistemológica, digno de ser estudiado y reflexionado. El estado de estudio de la materia es desde luego abundante e incluso reiterante, pero no obstante ello, es inacabado por el hecho mismo del dinamismo que caracteriza el desarrollo científico en torno a las mencionadas técnicas, devenir biotecnológico que aún no ha tocado fondo y del cual se vislumbran nuevos descubrimientos y perfeccionamientos en un futuro no muy lejano, es en este contexto en que la presente tesis limita su reflexión sólo a alguno de los múltiples puntos que encierra la materia.

SEGUNDA: Las técnicas de reproducción humana asistida en su inicio fueron concebidas con la finalidad de lograr, como su nombre lo indica, la reproducción humana, cuando de manera natural no era posible, aliviando con ello el dolor de las parejas que lo vivían ante el hecho de no lograr la propia reproducción, dolor que en el contexto sociocultural en que surgieron con éxito estas técnicas, es decir, a partir del nacimiento de Luis Brown en el año de 1978, se veía apuntalado por una serie de elementos socioculturales que rodeaban a las parejas estériles o infértiles, como se expuso en el capítulo primero de esta investigación, aún se contaba como paradigma fundatorio de una familia la unión de un hombre y una mujer en el vínculo religioso y legal del matrimonio, desde

luego de ese matrimonio se esperaba el nacimiento de hijos que significaban la expresión del deseo antropológico de trascender y perpetuarse, anhelo consolidado en la psique de todo humano desde edades tempranas, por ende el hecho de la no reproducción, llenaba de sentimientos de culpa, ira, frustración, vergüenza y amargura a las personas que la padecían, sentimientos apuntalados por la presión del núcleo social que los rodeaba, todo esto generaba esa apremiante necesidad de lograr la propia reproducción valiéndose del o los medios que fueran, es en este contexto en que surgen las técnicas de reproducción asistida llegando a representar una alternativa de reproducción de algunas parejas infértiles.

TERCERA: Como todo avance científico, las técnicas de reproducción humana asistida no son la excepción en presentar una bipolaridad en los fines de su aplicación, resultando con ello campo propicio para la reflexión axiológica y moral de su uso y aplicación, esto porque a partir de 1978 a la fecha su devenir ha sido asombroso, al grado que no sólo posibilitan la reproducción de una persona infértil sino de una persona estéril o totalmente imposibilitada en su cuerpo de poder lograr la concepción y nacimiento de un nuevo ser, más aún las llamadas técnicas de reproducción asistida no sólo son usadas por personas impedidas por esterilidad o infertilidad para la reproducción, sino que hacen uso de ellas personas que no tienen ninguna dificultad para que por medios naturales logren la propia reproducción, porque simplemente desean hacer uso de ellas para evitar en sus cuerpos las molestias propias del estado de gravidez, o bien desean que el nuevo ser esté lo mejor dotado a nivel genético en cuanto a características físicas, habilidades, e incluso protegido contra ciertas enfermedades de las que pudiera ser objeto, también son usadas para lograr la reproducción en personas homosexuales que no desean tener un contacto físico con persona de distinto sexo pero que desean el tener un hijo biológico; de igual forma son usadas en la actualidad para determinar el sexo de un nuevo ser con fines lucrativos, en el caso de condicionantes hereditarias en torno a un título nobiliario o sucesión económica, o incluso eugenésicos para evitar tener un hijo que sea propenso a

una enfermedad hereditaria condicionada por el sexo que presente; asimismo se ha llegado a recurrir a ellas para lograr embarazos múltiples que reduzcan una sola ocasión el estado de gravidez de una mujer, obteniendo el número de hijos deseados que por lo general son mellizos, hombre y mujer, y con ello evitar las futuras molestias de un nuevo embarazo.

CUARTA: Hoy en día se encuentra en incremento el porcentaje de la población que se ve afectada de alguna u otra manera en su capacidad reproductiva, esto en virtud del contexto sociocultural que nos ha tocado vivir en esta primera década del siglo XXI. Como se apuntó en el primer capítulo de esta investigación, la población mundial ha visto mermada la posibilidad de la propia reproducción en virtud del ajetreado estilo de vida que envuelve al individuo en la sociedad globalizada; en la actualidad encontramos una vida muy competitiva que exige cada vez más y mejor preparación, la mujer al igual que el hombre se encuentra en esa lucha por sobresalir y por ende ya no es una opción de vida primaria para una mujer joven el convertirse en madre, por ende, se posterga la maternidad para edades más avanzadas y en esa postergación se hace uso indiscriminado y en la mayoría de las ocasiones autorrecetado de métodos anticonceptivos que alteran la capacidad reproductiva, también influye el hecho de que cada vez se recurre menos al matrimonio y en una prolongada soltería se toma fácilmente la opción de tener relaciones sexuales con parejas diversas, lo que ha incrementado la incidencia de enfermedades venéreas que de igual manera afectan en cuanto a la reproducción, igualmente el actual ritmo de vida ha provocado cambios sustanciales en la alimentación lo que ha generado problemas de obesidad, uso indiscriminado de analgésicos, tranquilizantes, estimulantes, drogas, alcohol, cafeína y nicotina aunado al hecho de que el medio ambiente en el que vivimos también se ha visto alterado ante el uso de pesticidas, plomo, solventes, gases, radiación, entre infinidad de elementos que en conjunto contribuyen a la disminución de la capacidad reproductiva en los seres humanos contemporáneos.

QUINTA: Las técnicas de reproducción asistida se abordan desde distintos puntos de vista, los cuales delimitan su estudio, encontramos de esta manera estudios abundantes desde el punto de vista médico, el cual encierra fundamentalmente tres tópicos principales para su abordaje, que son; 1) el hecho de que la capacidad reproductiva se ha visto disminuida de forma creciente en las sociedades de todo el mundo; 2) ante esta realidad social el avance en biotecnología expresado en las distintas técnicas de reproducción asistida aparecen como la solución a problemas de infertilidad y esterilidad y 3) la aplicación de dichas técnicas ha sido benéfica para muchas personas que veían truncada su aspiración reproductiva, cada día las mismas se perfeccionan y ofrecen nuevas fronteras para alcanzar y superarlas, por su parte el punto de vista jurídico, estudia a estas técnicas de reproducción humana en torno a dos grandes paradigmas; el iusnaturalista y el iuspositivista, el primero de ellos influenciado por conceptos judío-cristianos que posibilitan los calificativos de “bueno o malo” respecto de las distintas técnicas y de los límites que éstas deben respetar el segundo de estos enfoques señala que el trato que el derecho debe dar a las técnicas de reproducción asistida es el de reconocer en un primer momento que la incapacidad reproductiva es un hecho social creciente en el contexto socio-histórico en el que vivimos, por ende el acceso y aplicación de dichas técnicas se ha convertido en una realidad en miles de personas que acuden a ellas, ante este elemento fáctico el derecho debe dar una respuesta legislativa que genere certeza jurídica entre los usuarios de las mismas y que a la vez establezca los límites de su aplicación, el único inconveniente que se encuentra para lograr la citada regulación es el constante cambio de las técnicas que día con día cruzan nuevas fronteras ofreciendo al legislador el continuo estudio de distintas realidades sociales a las cuales debe dar una respuesta jurídica.

SEXTA: En cuanto a la legislación positiva que existe en materia de reproducción humana asistida se puede concluir que alrededor del mundo las distintas regulaciones que existen en la materia han obedecido más a lo que se denomina “individualismo legislativo” que denota el hecho de crear leyes “a la

carta” o según se demanden por determinadas minorías activistas de la sociedad, toda vez que si bien es cierto existe legislación en la materia desde la década de los años ochenta del siglo pasado, en países sobre todo de Europa, también es cierto que las mencionadas legislaciones han tenido que ser revisadas y adecuadas a la realidad actual, si se observa el contenido normativo, nos damos cuenta que dichas regulaciones están inacabadas no sólo porque el objeto a regular se encuentra aún en constante cambio, sino que el fundamento axiológico de las mismas es confuso y no está claramente delimitado, es por ello que en la actualidad encontramos que la bioética y sus principios reguladores han tomado un auge como elemento determinante en el contenido de las normas creadas en la materia.

SÉPTIMA: En nuestro país existe ya un marco normativo de la materia que debe servir de base para futuras regulaciones, encontramos un fundamento en el artículo cuarto constitucional, aunado al hecho de que distintos cuerpos normativos secundarios hacen referencia a la fecundación asistida, entre los distintos ordenamientos nacionales encontramos: La Ley General de Salud y su reglamento en materia de investigación para la salud, de igual manera en distintas legislaciones locales de los estados de la república encontramos leyes al respecto, tan sólo en el Distrito Federal tenemos el Código Civil, el Código Penal, incluso en el estado de Tabasco encontramos que el Código Civil ha cruzado la frontera que legislaciones internacionales no se han atrevido, como es el hecho de legislar, por ejemplo, en torno a la maternidad sustituta a tal grado de establecer de qué manera se determinaría la filiación materna en caso de controversia, sin duda nos encontramos ante la necesidad de más y mejores leyes de la materia, pero por lo pronto puede decirse que tenemos una base normativa en nuestro país que ha comenzado a delinear el uso y aplicación de las distintas técnicas.

OCTAVA: El marco jurídico internacional aporta a nuestros legisladores un claro referente normativo, aplicable a nuestra sociedad. México, no ha escapado al mundo globalizado en el que nos vemos inmersos y por tanto las problemáticas

sociales cada día son más similares sin importar de que país se trate, es así como en el capítulo segundo de esta investigación se hizo referencia al derecho comparado que observamos en países como España, Inglaterra y Estados Unidos, donde existen disposiciones interesantes en torno a las técnicas de reproducción humana asistida y las problemáticas que su uso y aplicación están generando hoy en día. La legislación extranjera que más ha permeado los escasos intentos normativos en México, es precisamente la española de la cual hemos recibido mucha influencia tanto doctrinal como legislativamente, no obstante que en ese país existe Ley expresa en técnicas de reproducción asistida, la cual ha sido constantemente revisada.

NOVENA: El capítulo tercero retoma la necesidad legislativa de las técnicas de reproducción humana asistida desde el punto de vista del derecho positivo y de la bioética, toda vez que hoy en día se habla ya del Bioderecho como un nuevo concepto pertinente para el estudio y tratamiento normativo de las técnicas de reproducción humana asistida. En este contexto se analizó el contenido del llamado derecho a la reproducción, el derecho a la salud, el derecho a la intimidad, a la identidad personal, el derecho a pertenecer a una familia, el derecho a la personalidad, el derecho a la vida, el derecho a la libre disposición del cuerpo, el derecho a la información, los derechos y obligaciones derivadas de la filiación, la situación jurídica del embrión, así como las figuras del orden público e interés social en las cuestiones familiares, como elementos que deben tomarse en consideración al momento de legislar en la materia, derechos que ya han sido positivizados por parte del legislador y que forman parte del marco jurídico mexicano, diversos derechos que deben ser adminiculados a efecto de que sean la base sobre la cual pudiera crearse alguna legislación especializada en materia de reproducción humana asistida.

DÉCIMA: En el citado capítulo tercero también se aborda la bioética y sus principios fundamentales, proponiéndose que también sea un elemento tomado en consideración a efecto de legislar en materia de reproducción asistida en México,

toda vez que como ya se mencionó, la tendencia mundial postula al Bioderecho como una nueva rama del Derecho que tiene como objeto de estudio todas aquellas cuestiones que unan elementos biotecnológicos y su repercusión en la sociedad cuyo actuar desde luego regula el Derecho, es así como el legislador deberá tomar en consideración el principio de la vida, de justicia, de autonomía, de la beneficencia, la no maleficencia, el principio de la dignidad humana, de tal manera que se traten las cuestiones bioéticas y se prevea una prudente y adecuada respuesta jurídica a las necesidades de la sociedad.

DÉCIMA PRIMERA: El capítulo tercero nos permite arribar a la conclusión de que es aventurado realizar proyectos de ley en torno a las técnicas de reproducción humana asistida sin tomar en consideración los valores a los cuales hace referencia la filosofía del derecho, porque es precisamente en la reproducción humana asistida donde confluyen el principio de la vida, la libertad e identidad del ser humano; a mi consideración son elementos centrales que delimitan la mayor parte del desarrollo de la vida de una persona. Una legislación congruente debe atender al principio de la vida para determinar en qué momento se protege la misma; el legislador debe decidir si la protección va desde la concepción, cuando un embrión es implantado en el útero materno o hasta que éste embrión se desarrolla en un feto con la capacidad de lograr un óptimo nacimiento. Por su parte el principio de la libertad, implica que el legislador debe determinar si ésta llega hasta el punto de que cada persona se encuentra en la capacidad de recurrir a la reproducción asistida si así lo desea, sin importar cuáles sean las consecuencias de las mismas y sin importar que afectará necesariamente a otra persona nacida bajo estos procedimientos o bien que en un momento dado se debe tomar en consideración que la libertad de una persona llega hasta donde comienza la de otra, aunque en este punto surge otra interrogante ¿cómo proteger a un no nato cuando la tendencia es no reconocer su posibilidad de vida sino hasta la décimo tercera semana de gestación?. Por último se debe tomar en consideración el principio filosófico que acompaña a todo ser humano desde sus

primeras etapas de reflexión y éste es el derecho de la identidad la pregunta fundamental de quién soy y a donde voy es algo que tarde o temprano acompaña a todo ser humano y hablando concretamente de la reproducción humana asistida esto se vuelve más palpable porque llega un momento en la vida del ser así concebido en que se pregunta; ¿quiénes son sus padres biológicos?, ¿qué propensiones genéticas tiene?, ¿desearían sus padres tener algún vínculo con él? y ¿de qué manera afecta esto su personalidad y su futuro?. Consideraciones profundas en una persona, basta solo recordar la propia experiencia de identidad cuando en algún momento de nuestras vidas nos hicimos tales preguntas y de la repuestas a las mismas depende gran parte de nuestro desarrollo personal.

DÉCIMA SEGUNDA: En el último capítulo se expusieron de manera concreta alguna de las consecuencias prácticas de las técnicas reproductivas más usadas hoy en día, con la intención de evidenciar que existen repercusiones más allá de la idílica reproducción, efectos bastante serios porque trastocan la vida tanto de los seres humanos nacidos por las mismas, como de los seres que les han dado el ser biológico, obstétrico y aún jurídico, se trató de poner de relieve que las consecuencias jurídicas son complicadas y no tan fáciles de dilucidar. La legislación existente deviene en escasa, inacabada e incluso en algunos casos contradictoria entrando en conflicto directo con algunas otras normas, también destaca como elemento central de resolución de algunos casos concretos, el arbitrio judicial, el cual todavía está por verse si en estos casos es verdaderamente prudente, porque en realidad existe poca información al respecto de las implicaciones de la reproducción asistida, a pesar que pareciera hoy un tema cotidiano.

DÉCIMA TERCERA: Al término de este trabajo podemos afirmar que la reproducción asistida está plagada de múltiples consecuencias que trastocan principios de filosofía jurídica cuyo carácter universal hace que tarde o temprano una regulación que no los tome en consideración de manera congruente terminará siendo ineficaz, las repercusiones que se tendrán serán graves en la vida de la

persona por estas técnicas nacida y para la pareja cuya intención era únicamente lograr la procreación y no así una serie de vicisitudes e incertidumbres jurídicas, que lo único que propician es el abuso y explotación del ser humano mismo, denigrando con ello la dignidad y libertad que deben acompañar a cada persona. Es de esta manera en que se han propuesto que todo legislador debe fundamentar la creación de una Ley de la materia basada en los principios de: El respeto y protección de la vida humana, la libertad, la identidad y la dignidad humana a efecto de generar una legislación congruente, acorde con el hecho social y que no trasgreda el orden jurídico de nuestro país, toda vez que tenemos la base por donde puede comenzar a configurarse una legislación congruente a través de los principios generales del derecho, que se expusieron y agruparon dentro de las cuatro grandes categorías de valores derivados de la filosofía del derecho, pues no hay que olvidar que desde la Roma antigua estos principios se formularon como verdades jurídicas acabadas porque en sí mismas encierran una norma, la cual perfectamente puede ser contenida en una ley. Toca pues al legislador ser visionario en la materia y tomar con seriedad la labor que le ha sido encomendada por los ciudadanos a los cuales representa, dotándoles de leyes acordes a las necesidades sociales y no de simples copias al carbón de leyes extranjeras en donde se ha optado por el individualismo legislativo ocasionando graves conflictos de leyes y aún violaciones constitucionales, atentando contra bienes jurídicos tutelados desde la antigüedad.

DÉCIMA CUARTA: Por último es destacable que esta investigación a penas recorrió un poco el velo de la materia, falta mucho por estudiar al respecto tanto de lo ya existente como de lo por venir, de acuerdo a la tendencia biotecnológica, aún promete bastantes sorpresas respecto de lo que se puede hacer por medio de la reproducción asistida, devenir biotecnológico que confirma mi aseveración respecto a lo inacabado del tema, porque aún quedan bastantes áreas de investigación en lo que se refiere a la reproducción asistida, toca pues a las futuras generaciones aportar al respecto, no obstante fue mi intención abordar el presente estudio desde la perspectiva jurídica, pues es ahí donde encontramos

los valores que han dado origen a los principios generales del derecho de los cuales puede echar mano el legislador para comenzar a conformar un adecuado cuerpo normativo. Espero sinceramente que nuestros congresistas vayan más allá del mero populismo y la parafernalia electoral para que con todo profesionalismo den vida a leyes originales y debidamente contextualizadas, aparece obvio que una Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se hace necesaria en México, pero igualmente necesario es que esta ley no sea hecha al vapor sino que sea debidamente pensada y sustentada, a efecto de extender su protección jurídica de manera integral a cualquier ciudadano que quiera hacer uso de tales técnicas, dotándoles de la certeza jurídica necesaria que delimite el actuar, tanto de la persona que busca la propia reproducción, como de las personas que de alguna manera colaboran para que ese propósito se cumpla así como y sobre todos las personas intervinientes, se necesita una ley que pondere como interés superior el del menor de esta manera concebido, gestado y nacido.

LATINISMOS, LOCUCIONES Y FRASES LATINAS MÁS UTILIZADAS.

1.- <i>A contrario sensu</i>	En sentido contrario
2.- <i>Ab initio</i>	De inicio, de entrada.
3.- <i>A fortiori</i>	Por fuerza, con mayor razón.
4.- <i>A latere</i>	De lado, de cerca.
5.- <i>A novo</i>	Nuevamente, de nuevo.
6.- <i>A posteriori</i>	Con posterioridad, después de.
7.- <i>A priori</i>	Con anterioridad, antes de.
8.- <i>Bona fide</i>	De buena fe.
9.- <i>Conditio juris</i>	Condición jurídica o de derecho.
10.- <i>Conditio sine qua non</i>	Condición sin la cual no.
11.- <i>Confere (Cfr.)</i>	Consulte, confróntese.
12.- <i>De facto</i>	De hecho, real.
13.- <i>De jure</i>	De derecho.
14.- <i>Dura lex sed lex</i>	Dura es la ley, pero es la ley.
15.- <i>Errare humanum est</i>	Es propio del hombre equivocarse.
16.- <i>Et alteri o Et ali (et. Al.)</i>	Y otros.
17.- <i>Ex abrupto</i>	Bruscamente, de repente.
18.- <i>Ex post facto</i>	Después de haberlo hecho.
19.- <i>Ex profeso</i>	De propósito, con particular intención.
20.- <i>Exempli gratia (e.g.)</i>	Por ejemplo.
21.- <i>Facsímile</i>	Reproducción, copia
22.- <i>Fiat lux</i>	¡Hágase la luz!
23.- <i>Filatio</i>	Filiación
24.- <i>Grosso modo</i>	A grandes rasgos, aproximadamente, sin detallar.
25.- <i>Hic et nunc</i>	Gratuita y gustosamente.
26.- <i>Honoris causa.</i>	Meramente honorífico.
27.- <i>Ibidem</i>	En el mismo sitio
28.- <i>Idem</i>	Lo mismo.
29.- <i>In abstracto</i>	En lo abstracto
30.- <i>In aeternum</i>	Para siempre.
31.- <i>In crescendo</i>	Cáda vez más.
32.- <i>In dubio pro reo</i>	En favor del reo
33.- <i>In extensor</i>	Por entero, con todos sus pormenores.
34.- <i>In fine</i>	Al final.
35.- <i>In fraganti o In flagranti</i>	En el momento en que se comete el delito, mientras se realiza algo.
36.- <i>In memoriam</i>	En recuerdo.
37.- <i>In mente</i>	En la mente.
38.- <i>In procedendo</i>	En el procedimiento.
39.- <i>In re</i>	Sobre la cosa.
40.- <i>In situ</i>	En el mismo sitio.

41.- <i>In statu quo</i>	En la misma situación.
42.- <i>In vitro</i>	En vidrio, en el laboratorio.
43.- <i>In vivo</i>	En un organism vivo.
44.- <i>Inter alia</i>	Entre las partes.
45.- <i>Ipsa facto</i>	Entre vivos.
46.- <i>Item</i>	También.
47.- <i>Lato sensu</i>	Sentido amplio.
48.- <i>Locus citatus</i>	Lugar o locución citada.
49.- <i>Mater Semper certa est.</i>	Siempre se sabe quién es la madre
50.- <i>Minimum</i>	Mínimo, menor.
51.- <i>Modus Vivendi</i>	Modo de vivir.
52.- <i>Mortis causa</i>	Causa de muerte
53.- <i>Motu proprio</i>	De propia, libre y espontánea voluntad.
54.- <i>Naciturus</i>	No nato
55.- <i>Non liquet</i>	No está claro
56.- <i>Non plus ultra</i>	No más allá, lo no superado.
57.- <i>Opus citatus</i>	Obra citada.
58.- <i>Per analogiam</i>	Por analogía
59.- <i>Per capita</i>	Por cabeza, por cada persona.
60.- <i>Per se</i>	Por sí, por sí mismo.
61.- <i>Post scriptum</i>	Después de lo escrito, posdata
62.- <i>Post mortem</i>	Después de la muerte.
63.- <i>Praxis.</i>	Práctica.
64.- <i>Primum non nocere</i>	En primer lugar no dañar.
65.- <i>Pro forma</i>	Por la forma.
66.- <i>Quorum</i>	Número de miembros requeridos en una asamblea.
67.- <i>Ratio legis</i>	La razón de la ley.
68.- <i>Sic</i>	Así, textualmente, de esta manera.
69.- <i>Sine qua non</i>	Condición indispensable sin la cual no
70.- <i>Statu quo</i>	En el estado en que
71.- <i>Stricto sensu</i>	En sentido restringido
72.- <i>Sub judice</i>	Bajo la autoridad del juez
73.- <i>Sui generis</i>	Único en su género o especie, de género excepcional.
74.- <i>Supra</i>	Arriba
75.- <i>Ultima ratio</i>	La última razón.
76.- <i>Ut supra</i>	Como arriba.
77.- <i>Verbi gratia</i>	Por ejemplo.
78.- <i>Versus</i>	Contra.
79.- <i>Vide</i>	Véase.
80.- <i>Vide infra</i>	Véase más abajo.
81.- <i>Vide supra</i>	Véase más arriba.

G L O S A R I O.

Alquiler de útero: Se llama *maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero*: al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.

Aneyaculación: Se conoce así a la ausencia de eyaculación, lo cual supone esterilidad dado que el hombre que no eyacula no puede depositar el semen en vagina. Las causas más frecuentes son la diabetes y las lesiones medulares por accidente que provocan paraplejía; otras causas son hormonales o psicológicas. Estos hombres producen espermatozoides pero no los pueden expulsar. Tienen tratamiento cuando la causa es hormonal o psicológica y en alguna causa neurológica. Lo más frecuente es que haya que efectuarse reproducción asistida. Para ello hemos de obtener espermatozoides. Los métodos son: a) electroeyaculación que requiere ingreso en clínica y anestesia general. b) vibroestimulación que puede dar brote de hipertensión. c) extracción de espermatozoides de testículo mediante biopsia y d) masaje prostático.

Asexuada: Más fácilmente identificada con la reproducción vegetativa, consiste en que de un organismo se desprende una sola célula o trozos del cuerpo de un individuo ya desarrollado que, por procesos mitóticos, son capaces de formar un individuo completo genéticamente idéntico a él. Se lleva a cabo con un solo progenitor y sin la intervención de los núcleos de las células sexuales o gametos, sólo se presenta en aquellos organismos cuyas células conservan aún la **totipotencia embrionaria**, es decir, la capacidad no sólo de multiplicarse, sino también de diferenciarse en distintos tipos de células para lograr la reconstrucción de las partes del organismo que pudieran faltar.

Aspiración Microquirúrgica de Espermatozoides de Epidídimo: Técnica de reproducción humana asistida a la cual se le conoce mejor por sus siglas en inglés que son MESA y que significan *Microsurgical Epididimal Sperm Aspiration*, y esta es una técnica desarrollada específicamente para el problema de esterilidad en los hombres por problemas obstructivos postesticulares, se trata de una aspiración microquirúrgica de los espermatozoides en las porciones más proximales del epidídimo (lo más cercanas al testículo), los espermatozoides así obtenidos son preparados para una posterior fecundación *In vitro*.

Astenozoospermia: Se denomina así a la disminución de la movilidad espermática. Este parámetro es importante, pues si los espermatozoides no se mueven no se pueden desplazar desde la vagina (donde se depositan en un coito) hasta las trompas que es donde se encuentran con el óvulo. Las causas más frecuentes son: infección, autoanticuerpos, varicocele y alteraciones de la cola espermática.

Azoospermia: Es la ausencia de espermatozoides en el semen. Hay dos tipos: **Azoospermia Secretora:** No se producen espermatozoides en los testículos. En este grupo las causas más frecuentes son: cromosómica o genética, criptorquidia; (los testículos no han descendido a la bolsa escrotal); orquítis, (infecciones testiculares como en el caso de las paperas); déficit de hormonas; radioterapia o quimioterapia. **Azoospermia Obstructiva:** Se producen espermatozoides en los testículos pero los conductos que unen testículos con el pene están obstruidos. Causas más frecuentes: ausencia congénita de conductos deferentes (presente en pacientes afectos de fibrosis quística); infecciones de los conductos seminales que al cicatrizarse los obstruyen; sección de conductos deferentes, por vasectomía o como complicación quirúrgica de operación de hernia inguinal.

Bioderecho: El concepto denota la vinculación entre las ciencias de la vida y la ciencia jurídica, es un concepto relativamente nuevo pero ahora necesario para hacer frente a los hechos sociales que genera la innovación biotecnológica, por

ende, implica la relación entre las ciencias biológicas y el humanismo, así como sus repercusiones en el ámbito jurídico, lo cual requiere de una permanente reflexión interdisciplinaria. Su objeto de estudio está relacionado con temas concretos de biotecnología que influyan en el origen y fin de la vida humana, la individualidad biológica que se ve trastocada con la manipulación genética y la clonación, además la comprensión del genoma humano que ha llegado a descifrar la estructura primordial de la vida propiciando alteraciones con fines eugenésicos, los trasplantes de órganos que en la práctica han generado la posibilidad de la comercialización de los mismos, de igual manera debe ocuparse de la aplicación de los desarrollos biotecnológicos, como lo serían las técnicas de reproducción humana asistida cuyo uso puede ocasionar un atropello a la dignidad o a la libertad del ser humano.

Bioética: El término “bioética” fue utilizado por primera vez por Van Rensselaer Potter en 1970. Con este término aludía Potter a los problemas que el inaudito desarrollo de la tecnología plantea a un mundo en plena crisis de valores. La bioética surge por tanto como un intento de establecer un puente entre ciencia experimental y humanidades, se puede conceptualizar como el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y la salud analizadas a la luz de los valores y principios morales, de tal manera que el fin de la bioética puede ser definido como el análisis racional de los problemas morales ligados a la biomedicina y su vinculación con el ámbito del derecho y las ciencias humanas, se podría decir que esta rama del saber establece unos límites al científico a la vez que aporta criterios éticos generales que van conformando un *deber ser*.

Clonación: El clon es un individuo genéticamente igual a otro, que comparte todos sus genes; pueden ser naturales, como los gemelos monocigóticos, o de laboratorio. El debate filosófico se ha centrado respecto a la unicidad e identidad de un ser humano, porque se dice un ser clonado es simplemente una copia biológica del original.

Consentimiento Informado: Se conoce así a la aceptación expresa que realiza un paciente respecto de un tratamiento médico que significa la solución a un padecimiento, para lo cual existió previamente la pormenorización de todo lo que el tratamiento implica por parte del médico tratante, de acuerdo a los artículos 322 y 324 de la Ley General de Salud señala que este consentimiento, tratándose de donación de embriones, puede darse de dos maneras: La **donación expresa** constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes. Habrá **consentimiento tácito** del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

Disfunción eréctil: La disfunción eréctil (o DE) puede ser una incapacidad total para lograr una erección, una capacidad inconsistente para hacerlo, o una tendencia a tener solamente erecciones breves. Estas variaciones hacen difícil definir la DE y calcular su incidencia, la cual aumenta con la edad pero también puede deberse a causas nerviosas.

Donación de ovocitos y espermatozoides: Es una técnica que se ha utilizado desde hace más de cien años, donde comenzó a utilizarse la donación de espermatozoides, porque era muy difícil obtener los ovocitos y sincronizar a la donadora y a la receptora en un desarrollo ovular y endometrial completamente a la par, sin embargo, en las últimas dos décadas del siglo XX este procedimiento cobró fuerza y se perfeccionó a efecto de hacerse viable. Se ha demostrado que la calidad del ovocito y no la del endometrio es la que causa las tasas bajas de embarazo en mujeres de edad avanzada y que cuando se utilizan ovocitos de donadoras jóvenes aun en gestadoras de edad avanzada, los resultados mejoran

notablemente. Por lo que la donación de ovocitos se ha empezado a utilizar con diferentes técnicas de reproducción asistida según el caso particular. Existiendo en la actualidad bancos de gametos que se constituyen por la dación anónima del mencionado material genético de tal manera que queda a disposición de los solicitantes quienes hoy día pueden seleccionar las características genéticas que desean transferir a su descendencia.

Ectógena: Se dice de la intención de posibilitar la generación de niños que sean desarrollados sin un vientre femenino, en un contenedor artificial, intención que hasta ahora pertenece a la literatura de ciencia ficción, pero que es perseguida en la práctica científica hoy día.

Embarazos múltiples: Se denomina así al desarrollo simultáneo en el útero de dos o más fetos. Un embarazo múltiple puede resultar de la fertilización de un óvulo por un espermatozoide que se divide, el cual es denominado embarazo *monocigótico*. Los embarazos múltiples también pueden resultar de la fertilización de dos o más óvulos, denominándose entonces embarazo múltiple *bicigótico*. Las complicaciones maternas son 3-7 veces más frecuentes en los embarazos múltiples. Por lo general, el embarazo múltiple tiene mayor riesgo de morbilidad y mortalidad perinatal

Embrión: El artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, lo define como; el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación.

Esterilidad: Es la incapacidad de una persona para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva, sobre todo cuando se han orientado dichas relaciones sexuales a los días fértiles y no se ha conseguido la concepción, por lo cual uno o ambos miembros de una pareja pueden presentar algún problema que genere esta esterilidad.

Eugenesia: Es una filosofía social que defiende la mejora de los rasgos hereditarios humanos mediante varias formas de intervención. Las metas perseguidas han variado entre la creación de personas más sanas e inteligentes, el ahorro de los recursos de la sociedad y el alivio del sufrimiento humano.

Fecundación *in vitro*: También es conocida como fecundación artificial, extracorpórea, o “bebé probeta”, es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el espermatozoides del padre, es decir, consiste en reproducir con técnicas de laboratorio el proceso de fecundación que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, la FIV, es un proceso médico científico de varias etapas tendiente a subsanar problemas de esterilidad en la mujer y consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido por tanto el embrión fuera del claustro materno, es luego trasplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural.

Genética: Proviene del término "Gen", se deriva de la palabra griega γένος y significa "descendencia", es el campo de las ciencias biológicas que trata de comprender cómo la herencia biológica es transmitida de una generación a la siguiente, y cómo se efectúa el desarrollo de las características que controlan estos procesos.

Genoma Humano: Se ha denominado de esa manera al cartografiado genético del DNA del hombre que da a conocer todas las enfermedades que le han atacado, aun las futuras enfermedades del ser humano, para poder en primera instancia prevenirlas y posteriormente erradicarlas, con esto se ha iniciado el camino hacia la cura de enfermedades tales como: la enfermedad de Huntington, la hemofilia, el melanoma maligno, el síndrome de Down y otras, buscando en un futuro, el logro de la especie humana completamente sana. Siendo pertinente señalar que el mapa genético humano se completó en el año de 2003 y que

continúa en perfeccionamiento en diferentes países a efecto de que cada población tenga su propio mapa genético atendiendo a sus características raciales

Infertilidad: Es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, así, por **pareja infértil**, entenderemos a aquélla que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta en mayor grado que la esterilidad es susceptible de corrección.

Ingeniería genética: Es la tecnología de la manipulación y transferencia de ADN de un organismo a otro, que posibilita la creación de nuevas especies, la corrección de defectos genéticos y la fabricación de numerosos compuestos.

Inseminación artificial: Consiste básicamente en el depósito de semen, fuera del marco de una relación sexual, realizada por parte de un especialista médico, un ginecólogo, en los genitales internos de una mujer, con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual.

Inseminación *post mortem*: Este hecho nos remite en esencia a la inseminación artificial, sólo que tiene la peculiaridad de practicarse con semen congelado del marido o pareja muerto, el cual por alguna razón había dejado su material genético en un laboratorio, siendo la más común de ellas el haber acudido a un centro de salud reproductiva en la búsqueda por la aplicación de algún método de inseminación artificial, toda vez que es común que el centro médico solicite a la pareja deje material genético congelado para ulteriores pruebas por el caso de la falibilidad de la aplicación, lo cual suele ser frecuente.

Manipulación Genética: Esta técnica se ha desarrollado en estadios embrionarios de 8 a 10 células en los cuales puede extraerse uno de los blastómeros para diagnóstico genético o cromosómico, examinando las cadenas

de ADN, sin que los demás blastómeros pierdan su capacidad totipotencial y sin comprometer el posterior desarrollo de un organismo viable.

Micromanipulación de gametos y embriones: Hace referencia al tratamiento que en el laboratorio se les da a los óvulos y espermatozoides por separado y una vez que se ha logrado la fecundación del óvulo dando paso a la generación de un embrión, el cual también puede ser manejado en el laboratorio, con la finalidad expresa de evitar taras o malformaciones congénitas que se encuentren directamente asociadas con la carga genética de los gametos o del embrión.

Oligoastenospermia: Disminución del número y movilidad de los espermatozoides. Las causas son múltiples: cromosómica, genética, hormonales, infecciosas, obstrucciones parciales de los conductos seminales, varicocele, (varices en las venas del testículo).

Planificación Familiar: Es el conjunto de prácticas, que pueden ser utilizadas por una mujer, un hombre o una pareja de potenciales progenitores, orientadas básicamente al control de la reproducción que puede derivarse de las relaciones sexuales. Este control o planificación puede tener como objetivo engendrar o no descendientes y, en su caso, decidir sobre el número de hijos, el momento y las circunstancias sociales, económicas y personales en las que se desea tenerlos.

Portadora sustituta: También llamada **madre sustituta o madre subrogada**, hace referencia a la mujer fértil que se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena acordando mediante un convenio, permitir el implante de un embrión humano en su útero o bien ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo, para que al momento que éste nazca renuncie a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, para que la esposa del padre pueda adoptarlo.

Proyecto Genoma: Se le denomina de esa manera al intento de descifrar el mapa genético de una determinada raza o población de humanos, en virtud de que la composición del genoma humano a nivel general se logró establecer en el año 2003, de esa fecha al día de hoy, el gobierno de cada país se ha dado a la tarea de descifrar el mapa genético de su población, como medida de salud pública, en virtud de que la información genética permite la posibilidad de erradicar en el futuro enfermedades asociadas con la carga genética de los habitantes.

Semen completo: Con la finalidad de llevar a cabo la inseminación artificial, se necesita previamente la recolección de semen por parte del hombre que aportará su material genético a efecto de que un nuevo ser sea concebido, cuando se hace referencia a que se realizó una inseminación artificial con “semen completo” se hace alusión a que se insemina todo lo eyaculado por el hombre, la muestra en su totalidad se agota y no se reserva nada a efecto de ser usado con posterioridad.

Semen congelado: Directamente relacionado con la inseminación artificial, hace referencia a que tal técnica se practica con semen que luego de su recolección ha sido congelado lo cual permite verificar más la calidad de la muestra y el riesgo de reducir la transmisión de graves infecciones a la mujer por no haber sido debidamente analizado; análisis tras el cual se realiza la inseminación.

Semen fraccionado: Directamente relacionado con la inseminación artificial, hace referencia a que tal técnica se practica con una parte de semen fresco y la otra parte se procede a congelarla para posterior uso, lo cual permite verificar más la calidad de la muestra lo que implica un tratamiento del semen en el laboratorio a efecto de volverlo más viable.

Semen fresco: Directamente relacionado con la inseminación artificial, hace referencia a que tal técnica se practica con semen aplicado inmediatamente después de ser eyaculado por un hombre, con lo cual se logran mayores probabilidades de embarazo.

Síndrome de hiperestimulación ovárica: Consiste en una respuesta exagerada al tratamiento de inducción de la ovulación, se caracteriza por la acumulación de líquido en el abdomen e incluso en el tórax, así como por alteraciones de la coagulación sanguínea y de la función renal y/o hepática, que amerita hospitalización.

Técnicas de Reproducción Humana Asistida: También conocidas como técnicas de **reproducción no coital**, hacen referencia al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra. Puede dividirse en **básica o avanzada** y tiene importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas según sean los procedimientos que se utilicen, permiten embarazos en casos considerados previamente desahuciados y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que se le utiliza con mayor frecuencia, entre dichas técnicas encontramos la inseminación artificial, la hiperestimulación ovárica, perfusión espermática a oviductos, fertilización *in vitro*, transferencia de gametos y de embriones, donación de óvulos y espermatozoides, clonación, manipulación de genes y la maternidad sustituta.

Transferencia de embriones: Esta técnica es conocida por su nombre en inglés *Zygote Intra-Fallopian Transfer*, y se podría decir que es la mezcla entre el GIFT y el FIV ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados. Se le denomina de manera diferente según sea el estadio del huevo fecundado, ZIFT paracigotos, PROST (*Pronuclear Stage Transfer*), paracigotos o embriones en la etapa pronuclear o TEST (*Tubal Embryo Stage Transfer*), para embriones de dos a ocho células, pero a efecto de simplificar esta conceptualización, nos referiremos en general a todas estas técnicas bajo el nombre de ZIFT.

Transferencia intratubaria de gametos: Conocida de esta manera por sus siglas en inglés *Gamete Intra Fallopian Transfer*, es un procedimiento que fue

desarrollado por un científico argentino de nombre Ricardo Asch y sus colaboradores, mismo que consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en las trompas de la mujer estéril, siempre y cuando la permeabilidad de éstas no esté afectada, propiciando el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales.

FUENTES DE CONSULTA.

BIBLIOGRAFIA.

- ABRAMOVICH, V *et. al.*; Derechos Sociales, 1ª ed., Ed. Doctrina Jurídica contemporánea, México, 2003, 414 págs.
- ARROYO AMAYEHUELAS, Esther; La protección del concebido en el Código Civil, 1ª ed., Ed. Cuadernos Civitas, España, 1992, 165 págs.
- AZUA REYES, Sergio T.; Teoría General de las Obligaciones, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, 380 págs.
- BARTON, Chris and Mary Hibbs; Questions and answers of Family Law, 1a ed. Ed. Oxford, New York; United States, 2005, 257 págs.
- BARBERO SANTOS, Marino; Ingeniería genética y reproducción asistida, 1ª ed., ed. Benzal, Madrid; España, 1989, 320 págs.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel; Obligaciones Civiles, 3ª ed., Ed. Harla, México, 1996, 619 págs.
- BLANCO, Luis Guillermo; Bioética y Bioderecho, cuestiones actuales, 1ª ed., Ed. Universidad, Buenos Aires; Argentina, 2002, 463 pags.
- BONILINI, Giovanni; Manuale di Diritto di Famiglia, terza edizione, ed. Utet Giuridica, Torino; Italia, 2005, 339 pp.
- BRENA SESMA, Ingrid (coordinadora); Salud y Derecho, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 1ª ed., ed. UNAM, México, 2005, 432 págs.
- BRODY, Eugene, "Biomedical technology and human rights." Dartmouth publishing Company, Brookfield, USA. 1999, 1a ed., 300 págs.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio; Las Garantías Individuales, 10ª ed., Ed. Porrúa , México, 1998, 810 págs.
- CÁCERES NIETO, Enrique; ¿Qué es el Derecho? Iniciación a una concepción Lingüística, Ed. UNAM., México, 2000, 70 págs.
- CANO VALLE, Fernando; Bioética, 1ª ed., ed. UNAM, México, 2005, 181 págs.

- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia y Carlos María Romeo Casabona; Derecho, Genoma Humano y Biotecnología, ed. Temis, Bogotá; Colombia, 2004, 334 págs.
- CARMONA VALENCIA, Salvador; Derecho Constitucional Mexicano, a Fin de Siglo, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, 430 págs.
- CISNEROS FARIAS, Germán; La Voluntad en el Negocio Jurídico 1ª ed., Ed. Trillas, México, 2000, 157 págs.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.; Convenios Conyugales y Familiares. 2ª ed., Ed. Porrúa, México 1991, 300 págs.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.; La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y la Relaciones Jurídicas Familiares, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990, 500 págs.
- CÓRDOBA JORGE EASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia y Carlos María Romeo Casabona; Derecho, Genoma Humano y Biotecnología, 1ª ed., Ed. Temis, Bogotá; Colombia, 2004, 334 págs.
- CÓRDOBA JORGE E. y Julio Sánchez Torres; Fecundación Humana Asistida, 1ª ed., Ed. Alveroni, Córdoba; Argentina, 2000, 70 págs.
- COSSARI, José Manuel; El embrión de probeta, 1ª ed., Ed. Reus, España 1987, 350 págs.
- DE LA TORRE MARTINEZ, Carlos; La recepción de la Filosofía de los valores en la Filosofía del Derecho, 1ª ed., Ed. UNAM, México, 2005, 348 págs.
- DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez; Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005, 459 págs.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo; Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio e Invalidez, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1994, 630 págs.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos *et. al.*; Derecho Civil de nuestro tiempo, 1ª ed. Ed. Gaceta Jurídica Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Lima; Perú, 1995, 128 págs.
- F. LEE, Thomas; El Proyecto Genoma Humano, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1994, 307 págs.
- FLORES TREJO, Fernando y Héctor Fix Zamudio. Bioderecho ed. Porrúa, 1ª ed., México 2004, 264 págs.

- FRIEDERICH, Carl Joachim, La Filosofía del Derecho, 6ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, 443 págs.
- FREEMAN, M. David *et. al.*, Técnicas de Reproducción asistida, Ed. Granica, España, 1997, 300 págs.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio; Teoría General de los Contratos, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996, 479 págs.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *et. al.*; Temas de Derecho Penal, seguridad pública y criminalística, 1ª ed., Ed. UNAM, México, 2005, 187 págs.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; El Derecho a la reproducción humana, Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 1994, 182 págs.
- GRACIA MARTIN, Luis; La protección de la infancia, aspectos sociales y jurídicos, 1ª ed., Ed. Egido, Zaragoza; España, 1996, 414 págs.
- GUERRA DÍAZ, Diana; Cómo afrontar la infertilidad, 1ª reimpresión (México), Ed. Planeta, Barcelona, España, 2000, 241 pags.
- HERVADA, Javier; Introducción Crítica al Derechos Natural, 1ª ed., Ed. Minos S.A. de C.V., D.F.; México, 1996, 191 págs.
- HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo; Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica, 1ª ed., Ed. Eunsa, Pamplona; España, 1992, 260 págs.
- HIGAREDA LOYDEN, Yolanda; Filosofía del Derecho. La teoría pura del Derecho y el Derecho positivo, 1ª ed. Ed. Porrúa, México, 2003, 207 págs.
- HIGUERA, Gustavo, *et. al.*, Compendio de Genética humana, 1ª ed., Ed. Orbis, España, 1995, 700 págs.
- HURTADO OLIVIER, JAVIER; Derecho a la vida ¿y a la muerte?, 2ª ed., Ed. Porrúa, México 1998, 300 págs.
- HUXLEY, Aldous; Un mundo feliz, 1ª ed., Ed. Multimedios, México, 1999, 287 págs.
- KUTHY PORTER, José *et. al.*, Temas actuales de bioética, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, 275 págs.
- LEMA AÑON, Carlos; Reproducción Poder y Derecho. 1ª ed., Ed. Trotta, España, 1999, 425 págs.

- LUNA Florencia; Ensayos de Bioética, reflexiones desde el Sur, 1ª ed. Ed. Fontamara, México, 2001, 194 págs.
- LUQUE, José y Angel Herraes; Biología Molecular e Ingeniería Genética, 1ª ed. Ed. Harcourt, Madrid, España, 2001, 469 págs.
- MOGUEL CABALLERO, Manuel; Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, 270 págs.
- MONTEJANO, Bernardino; Curso de Derecho Natural, 7ª ed., Ed. Lexis Mexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires; Argentina, 2002, 364 págs.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio; La filiación en España, Jurisprudencia y Doctrina, 2ª ed., Ed. Comares, España, 1995, 413 págs.
- OLIVA, Rafael; Genoma Humano, 1ª ed., Ed. Masson S.A., Barcelona, España, 1996, 224 págs.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto; La Persona en el Derecho Civil Mexicano, 2ª reimpresión, Ed. Panorama, México, 1998, 198 págs.
- PALLARES, Eduardo; Diccionario de Derecho Procesal Civil, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996, 655 págs.
- PÉREZ DUARTE, Alicia; Derecho de Familia, 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, 370 págs.
- PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; Contratos Civiles, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1994, 308 págs.
- PÉREZ PEÑA, Efraín; Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción, un enfoque integral, 2ª ed., Ed. Salvat, México, 1995, 692 págs.
- PLATTS, Mark (comp.), Dilemas éticos, Ed. Fondo de Cultura Económica - UNAM, México, 1997, 250 págs.
- RODGERS, M. E.; Understanding Family Law, ed. Cavendish, Portland; United States, 2004, 305 págs.
- SÁNCHEZ CARO, Javier y Fernando Abellan; Reproducción Humana Asistida, protocolos de consentimiento informado de la Sociedad Española de Infertilidad, ed. Comares, Madrid; España, 2002, 188 pp.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; Teoría de los Contratos Civiles, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, 800 págs.
- SESTA, Michele; Diritto di Famiglia, ed. CEDAM, seconda edizione, Padova; Italia, 2005, 658 págs.

SILVA RUÍZ, Pedro F.; El Derecho de Familia, y la inseminación artificial, *in vivo e invitro*, 2ª ed., Ed. Tecnos, España, 2000, 300 págs.

TENA RAMÍREZ, Felipe; Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1997, 653 págs.

TOZZINI, Roberto Italo *et. al.*; Esterilidad e infertilidad humanas, 2ª ed., Ed. Médica Panamericana, Buenos Aires, Argentina, 1992, 476 págs.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español, Ed. Civitas, España, 1988, 180 págs.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel; Contratos Civiles 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, 500 págs.

HEMEROGRAFIA.

BAL FILORAMO, Liliana; Vissuti di sterilitá nella copia e procreazione assistita, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXX, no. 1, Gennaio-Marzo, Milano; Italia, 201, págs.

BANDA VERGARA, Alfonso; Dignidad de la persona y reproducción humana asistida, en *Revista de Derecho*, volumen IX, diciembre, Concepción, Chile, 1998, págs. 8-41.

BARBERO SANTOS, Mariano; Ingeniería genética y reproducción asistida. Consideraciones jurídico penales, en *Revista Jurídica Veracruzana*, tomo XL, números 53-54, abril-septiembre, Veracruz, México, 1990, págs. 165-176.

BARRAGÁN C., Velia Patricia; La reproducción humana asistida: marco jurídico, en *Revista Ius*, número 3, Diciembre, Durango, México, 1991, págs. 2-7.

BROWNE, Matthew; Preconception tort lawin an era of assisted reproduction: applying a nexus test for duty, en *Fordham Law review*, volumen LXIX, no. 6, May, New York; EUA, 2001, págs. 2555-2609.

CAMPIGLIO, Cristina; Procreazione assistita, regole Italiane e Internazionali a Confronto, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, anno XL, no. 2, Aprile-Giugno, Padova; Italia, 2004, págs. 531-554

- CARPIGNANO, Massimo; Il rischio di abusi nella procreazione assistita, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXX, no. 1, Gennaio- Marzo, Milano; Italia, 2001, págs.
- CASADO, María; Aspectos bioéticos y biojurídicos de la reproducción asistida, en *Revista Derecho y Opinión*, número 3-4, Cordoba, España, 1995-1996, págs. 255-260.
- CASADO, María; Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho, en *Revista Papers*, número 53, Barcelona, España, 1997, págs. 37-44.
- CID, Alberto; Técnicas de reproducción humana asistida, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, año XI, número 13, mayo, Uruguay, 1998, págs. 133-154.
- CESQUI, Elisabetta e Rita Sanlorenzo; Prime note sulla legge in tema di procreazione assistita, en *Rivista Questione di Giustizia*, no. 1, Milano; Italia, 2004, págs. 34-42.
- COFRE SIRVENT, Jorge; Reproducción Asistida y Constitución, en *Teoría y realidad constitucional*, número 7, España, 2001 págs. 343-363.
- D'AVACK, Lorenzo; La legge sulla procreazione medicalmente assistita, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIII, nos. 3-4, Luglio-Dicembre, Milano; Italia, 2004, págs. 793-812.
- DELLA BELLA, Silvia Delia; Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia, en *Rivista Responsabilita Civile e Previdenza*, volumen LXIX, nos. 4-5, Luglio- Ottobre, Milano; Italia, 2004, págs. 1244-1266
- DOBERING GAGO, Mariana; Status jurídico del preembrión, en la reproducción asistida, en *Revista Jurídica*, número 28, México, 1998, págs. 257-265.
- DOLCINI, Emilio; Embrione, pre-embrione, ootide: Nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, nuova serie, anno XLVII, Fasc. 2, Aprile-Giugno*, Milano; Italia, 2004, págs. 440-472
- DUNN, Sara L.; The art of procreation: why assisted reproduction technology allows for de preservation of female prisoners' rights to procreate, en *Fordham Law review*, volumen LXX, no. 6, May, New York; EUA, 2002, págs. 2561-2602.

- FERRARO, Bruno; Profili della disciplina sulla fecondazione medicalmente assistita, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIV, no. 1, Gennaio-Marzo, Milano; Italia, 2005, págs. 246-253
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio; La reproducción asistida en Derecho Español: Elementos subjetivos "activos", en *Revista Derecho y Opinión*, número 1, diciembre. Córdoba, España, 1993, págs. 223-235.
- GALUPI, Giovanni; La procreazione artificiale: prospettiva giurica, psico-sociologica e medico-legale, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIV, no. 1, Gennaio-Marzo, Milano; Italia, 2005, págs. 302-313.
- GASTON GOMEZ, Bernardo; Algunas consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida y derecho de familia, En *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, número 28, Julio 1993, págs. 91-131.
- GAZZONI, Francesco; Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIV, no. 1, Gennaio-Marzo, Milano; Italia, 2005, págs. 168-210
- GIACOBBE, Giovanni; Genitorialità Sociali e principio di solidarietà riflessioni critiche, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIV, no. 1, Gennaio-Marzo, Milano; Italia, 2005, págs. 152-167
- GISBERT CALABUIG; J.A.; Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética, en *Revista Mexicana de Justicia*, nueva época, número 10, México, 2000, págs. 190-220.
- GOLOFARB, Carolea; two mothers, one baby, no law, in *Western New England Law Review*, copyrights by New England Association, Inc., Massachussetts 1986, vol. 5, no. 37, pág. 20-49.
- GONZALEZ TREFIJANO, Pedro José; Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida, en *Revista de Derecho Político*, número 26, Madrid, España, 1988, págs. 85-113.
- GRASSO, Luciano; Le tecniche di procreazione assistita..., en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXX, no. 1, Gennaio- Marzo, Milano; Italia, 2001, págs. 314-345
- GREENBERG, Lisa and Harold Hirsh; Surrogate motherhood and artificial insemination: contractual implications, in *Medical Trial Technique Quarterly*, copyrights by Callaghan and Company, Illinois 1985, págs 100-160.

- GUEVARA, Beatriz; Nacerá el primer bebé *on line*, EL UNIVERSAL, año LXXXVII, tomo: CCXLV, número 31,295, sección Pasiones, México, 2003, p. G 5.
- HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen; Los aspectos jurídicos de las técnicas de reproducción asistida: ley Española y marco Europeo, En Revista de Derecho, año XLI, no. 193, Chile 1993, págs. 37-68.
- HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen; La filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988, En Revista de la facultad de Derecho de la universidad Complutense, no. 75, Madrid, España, 1989-1990, págs. 404-422.
- INTRONA, Francesco e Cristina Mazzarolo; Manipolazione genetica e procreazione assistita, en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, volumen XXIII, no. 6, Novembre- Dicembre, Milano; Italia, 2001, págs. 953-981
- IUSTITIA, (autore corporativo); Dichiarazione in tema di procreazione medicalmente assistita con riferimento..., en *Rivista Iustitia*, volumen LVIII, no. 2, Aprile - Giugno, Roma; Italia, 2005, págs.
- KOUNOUGERI-MANOLEDANKI, Efi; Assisted reproduction and human rights in Greece, in *Revue Hellenique de Droit International*, 55 eme, Annee no. 2, Atenas; Grecia, 2002, págs. 953-981
- KUSHENVSKY, Cynthia A.; Legal recognition of surrogate gestation, in *Women's Rights Law Reporter*, copyrights by State University of New Jersey, New Jersey 1987, vol. 7, no. 2, págs. 100-107
- LA CALLE GONZALEZ-HABA, María Dolores; La prestación del consentimiento, en las técnicas de reproducción asistida, en Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 7, invierno, España 1994, págs.145-167.
- LIPARI, Nicolò; Legge sulla procreazione assistita, en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LIX, no. 2, Giugno, Milano; Italia, 2005, págs. 516-523
- LOIODICE, Aldo; Per la vita: le linee guida ministeriali sulla procreazione medicalmente assistita, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIV, no. 1, Gennaio-Marzo, Milano; Italia, 2005, págs. 254-263
- MINISTERIO DELLA SALUTE, (autore corporativo); Decreto di 21 di luglio 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIII, nos. 3-4, Luglio-Dicembre, Milano; Italia, 2004, págs.

- MORELLI, M. R.; Valori Fondamentali della Persona e tecniche di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina..., en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIV, no. 1, Gennaio-Marzo, Milano; Italia, 2005, págs. 227-245.
- MORENO BOTELLA, Gloria; Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, volumen VIII, Madrid, España, 1991, págs.79-131.
- MOROZZO DELLA ROCA, Paolo; Riflessioni sul rapporto adozione e procreazione medicalmente assistita, en *Rivista Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, volumen XXXIV, no. 1, Gennaio-Marzo, Milano; Italia, 2005, págs. 211-227.
- NARANJO R., Gloria Patricia; La Ley Colombiana ante la reproducción asistida, En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB, no. 98, Colombia, 1997, págs. 102-116.
- NORTON, Fred; Assisted reproduction and the frustration of genetic affinity: interest injury and damages, en *New York University Law review*, volumen 74, no. 3, June, New York; EUA, 1999, págs. 793-843
- OJANGUREN, Silvia; Procreación, el milagro de la vida, periódico EL METRO, número 614, sección Salud, México, 2002, pág. 17.
- PÉREZ FUENTES, Gisela; Algunas reflexiones jurídicas sobre el tema de la esterilidad y las técnicas de reproducción asistida, en cuadernos de Biótica, volumen VIII, número 32, 4ª época, Santiago; España, 1997, págs. 1432-1440
- PANTALEÓN, Fernando; Técnicas de reproducción asistida y constitución, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 15, mayo-agosto, Madrid, España, 1993, págs. 129-160.
- QUEVEDO DE CARRERA, Rosa Edilia; Los efectos de la procreación humana artificial a las instituciones de Derecho Civil, en Revista Jurídica Nueva Epoca, no. 16, Diciembre 1998, Villahermosa, Tabasco págs. 85-97.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio; Constitución y técnicas de reproducción asistida, en Boletín de la facultad de Derecho, número 16, España, 2000, págs. 97-134.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis; Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología, en Revista Jurídica de Posgrado, año 3, números 9-10, enero-junio, México, 1997, págs. 119-132.

RODRÍGUEZ, Ruth; Fertilización In Vitro, esperanza de vida, EL UNIVERSAL, año LXXXVII, tomo: CCXLV, número 31,294, sección México, México, 2003, p. A 20.

SALVESTRONI, Paolo; Riflessioni sul rapporto adozione e procreazione medicalmente assistita, en *Rivista Studi Senesi*, 3ª serie, anno LIII, volumen CXVI, fasc. 2, Siena; Italia, 2004, págs. 268- 274

SILVA RUIZ, Pedro; El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler, en *Revista Judicial*, año 12, número 42, marzo, San José de Costa Rica 1988, págs.

SILVA RUIZ, Pedro; Programación humana asistida, la maternidad subrogada, suplente o sustituta, en *Anuario*, volumen 21, Valencia; Venezuela, 1998, págs. 141-150.

VALENTINI, Valentina; La procreazione assistita tra etica e diritto, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 4ª serie, anno LXXXI, no. 4, Ottobre-Dicembre Milano; Italia, 2004, págs. 627-690

VERONESI, Paolo; La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte Cstituzionale, en *Quaderni Costituzionali*, anno XXIV, no. 3, Settembre, Bologna; Italia, 2004, págs.523-554

VILLALOBOS OLVERA, Rogelio; Reproducción asistida en humanos, En *Lecturas Jurídicas*, no. 88, Chihuahua 1993, págs. 83-115.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Ediciones fiscales ISEF, México, 2009, 181 págs.

Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, México 2009, 300 págs.

Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Ediciones fiscales ISEF, México, 2009 300 págs.

Código Civil para el estado de Tabasco, Ed. Sista, México,2006, 436 págs.

Ley General de Salud, Ed. Sista, México 2009, 160 págs.

Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, ed. Sista, México, 2009, 55 págs.