



UNIVERSIDAD DE SOTAVENTO A.C
ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

“NECESIDAD DE LEGISLAR EN MATERIA DE
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA”

TESIS PROFESIONAL

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

PRESENTA:

HÉCTOR GABRIEL MARTÍNEZ ZÁRATE

ASESOR DE TESIS:

LIC. CARLOS DE LA ROSA LÓPEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A MIS PADRES:

Ya que con su esfuerzo y motivación, fueron pieza fundamental para que lograra una preparación académica y profesional. Gracias por la vida, por su tiempo, por su apoyo; pero sobre todo por su amor y comprensión.

Por ustedes, soy quien soy en éste momento de mi vida, lo cual se reflejará sin duda alguna en mi futuro profesional y personal.

ERIK:

Hermano, has sido una gran fuente de inspiración para salir adelante, un gran apoyo para mi, ya que me has mostrado con tu valentía y fuerza como enfrentar los obstáculos y problemas de mi vida; eres un gran ejemplo para mi.

MAYI:

Mil gracias porque con tu alegría haces olvidar a cualquiera, lo difícil que puede ser enfrentar el día a día. Gracias por estar a nuestro lado.

RIVALDO y CHELSEA:

Ustedes dos son la fuerza que me hace salir adelante, aquel motor que no me hace retroceder por ningún motivo; gracias por estar conmigo y hacer que me sienta la persona más feliz del mundo.

A MI FAMILIA:

Gracias por sus consejos, por escucharme y darme palabras de aliento cuando más lo necesito. Gracias en especial a Dios por permitir tener a un miembro de mi familia más tiempo conmigo. Eres un claro ejemplo de lucha y valentía, tío Gabriel.

AGRADECIMIENTOS

A LA UNIVERSIDAD DE SOTAVENTO:

Por ser parte de fundamental de mi formación profesional.

A LAS AUTORIDADES EDUCATIVAS:

Gracias por sus atenciones.

LIC. CARLOS DE LA ROSA LÓPEZ:

Mil gracias por orientarme siempre, por compartir su sabiduría y experiencias con nosotros sus alumnos, por guiarme hasta éste último momento de ésta primera etapa de formación profesional. Gracias por saber ser, además de nuestro catedrático, un amigo. Mis respetos.

A MIS SINODALES:

Mi agradecimiento.

A MIS PROFESORES:

Gracias por ser mis guías, quienes fueran conduciendo mi camino y por ser parte de mi vida por cinco años.

INDICE

INTRODUCCION	i
CAPITULO I. LA PERSONA HUMANA	3
1.1 Persona humana, algunas consideraciones	4
1.2 Dignidad de la persona humana	12
1.3 La persona humana en el Derecho	15
1.3.1 Derechos Humanos	16
1.3.2 La personalidad (principio y fin)	18
1.3.3 Atributos de la personalidad	19
CAPITULO II. DERECHO DE FAMILIA	21
2.1 La familia y su importancia en el desarrollo de la persona humana	22
2.2 La familia como institución jurídica	22
2.3 El parentesco; derechos y obligaciones	24
2.4 La protección del ser concebido	27
CAPITULO III. REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA	34
3.1 Infertilidad y esterilidad	35
3.2 Inseminación artificial	35
3.2.1 Posibles hipótesis	36
3.2.2 Métodos y técnicas de inseminación artificial	40
3.3 Ética Médica y el consentimiento informado	42
3.4 Repercusiones psicológicas	49
3.5 El Derecho Canónico y su postura	51
CAPITULO IV. MARCO JURÍDICO DE LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN MEXICO	56
4.1 Derecho Constitucional	57

4.2 Ley General de Salud	62
4.3 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud	64
4.4 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos	65
4.5 Código Civil del Distrito Federal	66
4.6 Código Civil del Estado de Veracruz, Llave	67
4.7 Código Penal del Estado de Veracruz, Llave	67
4.8 Legislación Civil de otras Entidades Federativas que se han pronunciado sobre la materia de reproducción asistida	68
4.9 Tratados internacionales	73
CAPITULO V. DERECHO COMPARADO	80
5.1 Países que contemplan legalmente la Inseminación Humana Asistida	81
5.2 Comunidad Europea	86
5.3 Comisiones	88
5.3.1 Reino Unido (El Reporte de Warnock)	89
5.3.2 España (Informe Palacios)	90
5.3.3 Alemania (Informe Brenda 1985)	92
5.4 Algunos casos relevantes	93
CONCLUSIONES	102
PROPUESTA	104
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA	107
REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS	109
LEGISLACIÓN	110

INTRODUCCION

Durante el presente siglo, el avance científico y tecnológico se ha extendido a todas las áreas de la actividad humana, facilitando su realización, así es como la etapa en la que nos ha tocado vivir, ha generado un rompimiento de los esquemas socioculturales, se han superado las barreras del tiempo y el espacio, propiciando la globalización de todas las regiones del mundo, lo que significa también que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y valores.

Es por eso, que los problemas relacionados con la ética y la Bioética, provocan un gran interés, no sólo en los científicos, sino en la opinión pública en general, ya que los medios de comunicación permiten tener una visión de los descubrimientos más recientes casi en el mismo instante en que se producen, precisamente por vivir hoy en día la llamada “sociedad del conocimiento” o “era de la comunicación”. Y el Derecho no se encuentra ajeno a éste fenómeno, ya que las normas jurídicas establecen el sustento jurídico para que se realicen y se lleven a la práctica los procedimientos científicos y tecnológicos. En éste trabajo, me refiero específicamente a la reproducción humana asistida, la cual resulta de enorme importancia por el impacto que tiene en la salud, la familia, los derechos humanos y garantías individuales de los individuos; y por ser vista además, por algunos sectores del mundo científico como “la respuesta de la medicina moderna al problema de la esterilidad”.

El 28 de julio de 1978 marcó el inicio de una nueva era en el campo de la reproducción humana, ya que llega al mundo Louise Joy Brown, de Bristol, Inglaterra, el primer bebe en el que se había realizado la técnica de fecundación artificial in vitro o bebe probeta, en la cual, se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo, con el espermatozoide del padre. Pocos meses después, nace con la misma técnica una niña en Australia, en 1981 lo mismo acontece en Francia y en Estados Unidos, y en 1984 en España.

En México no existen estadísticas confiables que permitan conocer el índice de esterilidad de las parejas, ya que muchas no recurren a las instituciones del sector

social o público por no contemplar en su cobertura las técnicas de reproducción humana asistida, y las que acuden para ello lo hacen a instituciones privadas.

Un gran número de clínicas ubicadas en las Ciudades más importantes del país, ofrecen estos servicios a un alto costo, lo cual es una limitante a las parejas estériles para beneficiarse de ellas.

Pero esto, no significa que las parejas mexicanas se encuentren del todo desamparadas respecto al problema de la esterilidad, ya que en marzo del 2000, el Instituto de Seguridad Social y Servicios para los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE) dio a conocer en el boletín informativo interno, la noticia del primer embarazo logrado por la técnica in vitro en un establecimiento de salud pública.

En nuestro país, no existe una ley especializada que se encargue de regular las diversas técnicas de reproducción humana asistida, tal y como sucede por ejemplo, con la Ley 35/1998 sobre Técnicas de Reproducción Asistida española o las legislaciones de países como Alemania, Suiza e Italia.

Es por eso, que ante el trastocamiento vertiginoso de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse y de incorporar estas nuevas conductas sociales al amparo de la ley, la cual, debe delimitarlas correctamente, para que el sistema jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta integral a los nuevos esquemas conductuales y de valores que se integran al cuerpo social.

En relación a este panorama y a la necesidad de una certeza jurídica al respecto, considero necesario realizar un estudio profundo de la maternidad a través de técnicas de reproducción artificial, en relación con nuestra realidad social, cultural y aún legal para poder en un momento determinado proponer una alternativa de legislación al respecto, con base en el análisis previo de estos elementos.

CAPITULO I

LA PERSONA HUMANA

1.1 Persona humana, algunas consideraciones

Sin lugar a dudas, muchas han sido las definiciones que a través de la historia se han dado del hombre: animal racional, animal político, animal simbólico, animal estructural, proletario; entre tantas otras.

Lo cierto, es que ni una sola definición, ni todas juntas, dan razón todavía de quien es el ser humano, ya que el ser humano es más que todas ellas, pues cada una de esas definiciones o conceptos deja fuera un inmenso campo de valores o características sin definir. Por tanto, el tema de la persona ahonda sus raíces en la filosofía y en la antropología.

El ser humano en cuanto tejido único con sus tres estratos: biológico, psicológico y espiritual, es objeto de estudio tanto de las ciencias del espíritu, como de las ciencias experimentales o de la naturaleza. “El hombre moderno ha topado consigo mismo y vive obsesionado por alcanzar la comprensión, la expresión y la realización de sí mismo. Y aún estamos inmersos en el horizonte de lo antropológico, entre la admiración y el espanto que nos produce lo humano”¹.

Por su parte, la cultura clásica no reconocía valor absoluto al individuo en cuanto tal, ya que hacía depender su valor de la proveniencia, del censo y de la raza. La afirmación de que el individuo fuera persona, y ésta fuera única e irrepetible y de igual dignidad para todos los individuos de la especie; empieza en sí con el cristianismo. Poco a poco ésta concepción del ser humano se fue abriendo camino y se fue imponiendo. El cristianismo, conforme a las enseñanzas de su maestro declara que ante el Sujeto Absoluto, todos los seres humanos tienen la misma dignidad y en cuanto hijos de una misma familia todos son herederos y dignos de aspirar al cielo que llevan ya escrito dentro de ellos mismos; razón por la cual buscan una respuesta.

El concepto de persona, en cuanto que pone el acento sobre el individuo singular y concreto, se aleja del pensamiento griego, que daba mucha importancia,

¹ Lobato, A. OP. El ser personal. Roma 1994. Pontificia Universitas Sancti Thomae Aquinatis in Urbe Pag. 15.

reconocimiento y valor solamente a lo universal, a lo ideal, a lo abstracto, considerando al individuo solamente como un fenómeno lógico de la especie, un momento transitorio del gran ciclo omnicomprendivo de la historia².

La palabra persona fue ya utilizada por los etruscos, algún testimonio lo encontramos todavía en una de las 3.000 tumbas etruscas de Tarquinia, en la Tomba degli auguri, en la cual aparece dos veces escrita la palabra. De todas formas, dice Nedoncelle, que la interpretación de la palabra phersu o phersuna, no son del todo seguras, porque podría ser una alusión a las fiestas de la diosa Persepone o Proserpina, como podría indicar al actor que lleva la máscara. En este caso sería la prueba gráfica del origen etrusco de la palabra persona. Los romanos, entonces habrían sido los receptores, habrían recibido en herencia el vocablo de los etruscos con su primer significado³.

El origen de este vocablo persona, siempre ha sido discutido, autores romanos como Aulio, Gelio y Boecio, piensan que provenía del uso teatral, porque la máscara servía para hacer resonar la voz, tenía una concavidad como los instrumentos musicales⁴. Personare es la palabra griega que tiene el mismo significado de máscara teatral. Esta era obligatoria para todos los personajes en la escena. En la máscara el hombre asume las diversas figuras, y se las apropia para infundir en los espectadores sentimientos diversos.

En el siglo II a.C, Polibio designa ya un individuo que ejerce una función en un grupo, y finalmente una dignidad moral. Son los estoicos los que han dado un significado más concreto a la palabra, que llega a significar el sujeto responsable de sus acciones, capaz de dominio, con una interioridad, dignidad y autonomía, en la cual se implica una participación en el logos, y por ello la inteligencia de la realidad.

² Cf. *Ibid.* pp. 464-469

³ Cf. Nedoncelle, M. *Prosopon et persona dans l'antiquité classique*. Essai de bilan linguistique, en *Rev. des Sciences Relig.*, No. 22., 1948, pp. 277-299. y Cf. Lobato, A. *OP. El ser personal*, Roma 1994. Ed. Angelicum. Preámbulos, p. 4

⁴ Cf. Boecio, S. *Liber de Persona*, PL. 64 col. 1343 D S. *Contra Eutychem*, 3.

En el mundo Heleno, se distinguen tres momentos, cada uno de ellos con una idea del hombre implícita: El mundo de la mitología antes de Tales de Mileto o periodo pre-filosófico; un segundo momento, conocido como pre-socrático; y el tercero, que va desde los clásicos Sócrates, Platón y Aristóteles, hasta finales de la dominación del imperio macedonio a finales de la era pre-cristiana

En el primer momento se tiene una mirada del mundo y del hombre desde los dioses, todo lo que ocurre en la tierra es una determinación de los dioses inmortales del Olimpo. El hombre está en el mundo para cumplir el ciclo que los dioses han determinado para él, sin poder huir del destino.

En un segundo momento, con los filósofos naturalistas, se ve al hombre como uno más de los elementos de la naturaleza. Inserto en el mundo, responde, a manera de microcosmos, a las mismas condiciones en que se encuentra el macrocosmos o mundo externo. Se contempla al hombre como puesto ahí, en el mundo, siendo un elemento más de la naturaleza.

Y en el tercer momento: Humanista, que inicia con Sócrates, se concibe al hombre como un ser racional. No es sólo un ser más de la naturaleza, es un sujeto que piensa y se piensa, se presenta como un todo. Aquí aparecen los primeros esbozos del hombre como sujeto de derechos naturales.

Los filósofos griegos, se habían distinguido también por el cultivo del sentido religioso, estos se plantearon el problema del destino del hombre y su inmortalidad, y con ellos el destino de la persona, tal como lo hicieron entre otros: Parménides, Heraclito, Empédocles, Demócrito, Fololao y Protágoras.

Los problemas mayormente discutidos en la filosofía griega en torno al alma humana, han sido cuatro; su naturaleza, su origen, sus relaciones con el cuerpo y su inmortalidad o sobrevivencia después de la muerte del cuerpo.

En cuanto a su naturaleza, para Platón el alma es totalmente de naturaleza espiritual, mientras que para Aristóteles es de naturaleza espiritual solamente la función del intelecto. En cuanto a la sobrevivencia después de la muerte, para Platón, toda el alma es inmortal y vuelve al mundo de las ideas, sin embargo; para Aristóteles es divina e inmortal solamente la función del intelecto. En cuanto a las relaciones con el cuerpo, Platón dice que el alma está unida accidentalmente al cuerpo, el cuerpo es la cárcel del alma, lugar de expiación de sus culpas. Aristóteles, por el contrario afirma que el alma y el cuerpo constituyen una sola substancia y son, por tanto, indisolubles; están unidos entre ellos substancialmente. En cuanto al origen; según Platón, el alma tiene origen fuera del cuerpo y antes que el; según Aristóteles el alma tiene origen junto con el cuerpo. Ésta viene inmersa en el cuerpo cuando éste ha conseguido ya una estructuración suficiente, esto es, 40 días después de ser concebido.

Con la llegada del cristianismo se produce una ósmosis entre la cultura griega y la romana, se puede hablar de una cristianización de éstas dos culturas, asumiendo así, de cierta manera primero el platonismo y más tarde el aristotelismo.

Es Tertuliano (160-200) el iniciador del uso del vocablo persona en teología. Es el creador de un nuevo lenguaje cristiano; el primero en emplear la palabra trinitas y en aplicar la palabra persona al misterio trinitario. Dios es unum, una sola cosa, pero no unus, un solo individuo, porque siendo una sola substancia son tres personas. En su obra se hace frecuente el uso de la palabra persona, se cuentan más de trescientas veces que la utiliza.

En el Nuevo Testamento no significa máscara, sino individuo humano y “persona”, pues la palabra prosopon ha sido evitada en teología. Es por eso que entre los latinos no tiene un itinerari. En vez de ese término han recurrido al vocablo hypóstasis, de mayor tradición filosófica. Tienen que pasar los concilios de Constantinopla (381), de Calcedonia (451) y de II Constantinopla (553), para que la fe de la iglesia acepte la equivalencia entre prosopon e hypóstasis.

En la fe cristiana la palabra hypóstasis tiene un significado especial. Es Orígenes (165-254) el primero en utilizar el vocablo en teología. Para él, los tres en la trinidad se pueden designar como hypóstasis. Las personas divinas no son modos, son realidades subsistentes, un todo, un sujeto único e irrepetible⁵.

San Agustín (354-430) se esforzó por encontrar un término que se pudiera aplicar indistintamente a las tres personas divinas, sin caer en el error de convertirlas en tres dioses, y por otro lado, evitar la disolución de su individualidad. San Agustín hace ver como los conceptos “esencia” y “substancia” no poseen ésta doble virtud por cuanto se refieren a aspectos comunes a los tres miembros de la trinidad.

Indudablemente, la más célebre definición de persona es la formulada por Boecio: *“Rationalis Naturae Individua Substantia”* “Sustancia individual de naturaleza racional”, conceptos de origen aristotélico. Por substancia individual, entiende lo que para Aristóteles era la substancia primera, una realidad indivisa en sí misma, y separada en cambio, de las demás realidades. Para Boecio, la persona humana está integrada de la siguiente manera:

a) Tiene cuerpo y alma

La constitución del hombre se divide en dos: Un cuerpo físico, sujeto a todas las leyes biológicas de todos los seres vivos (nacimiento, nutrición, crecimiento, reproducción y muerte) Y un alma, principio de movimiento de todo ser vivo, que es diferente a la de los demás seres vivos ya que está dotado de sentimiento y voluntad. La inteligencia es la potencia espiritual del hombre de conocer la verdad y la voluntad, la potencia espiritual del hombre de buscar o tender al bien.

b) Es individual

Porque es distinto de todos los miembros de la especie humana, es una totalidad en sí y porque es una unidad, que no puede dividirse sin perecer. Se compone de alma y cuerpo, espíritu y materia.

⁵ Orígenes In Ioan 2.10. pag.20

c) Es social

El hombre es un ser consciente, racional y libre, y por eso mismo es un ser social, que sólo en la compañía de sus semejantes encuentra las condiciones necesarias para el desarrollo de su consciencia, racionalidad y libertad, características que lo distinguen de otros animales; y por eso mismo, el hombre posee derechos inalienables y deberes morales, mientras que el animal sólo tiene instintos y hábitos.

De éste conjunto de condiciones que caracterizan a la persona humana: ser consciente, racional, libre, social, con deberes y derechos, resulta la dignidad absoluta y la misma igualdad esencial para todos los hombres, independientemente de su color. Situación socioeconómica, religión o cultura. Así, con la definición de Boecio entra el concepto de persona humana en la historia⁶.

Por su parte, Santo Tomás de Aquino prefiere, entre todas la definición de Boecio. Para Santo Tomás, la palabra persona significa lo que hay de más perfecto en toda naturaleza, es decir, lo subsistente en una naturaleza racional. Ahora bien, como todo lo que sea perfección debe atribuirse a Dios, puesto que su esencia contiene en sí, toda perfección, es conveniente emplear esta palabra hablando de él, aunque no del mismo modo que se aplica a las criaturas. Santo Tomás expresa que persona atribuida al hombre significa “substancia individual de naturaleza racional”.

Puede afirmarse que el paso de la Edad Media a la Edad Moderna: Renacimiento, Humanismo, Revolución Científica, fue doloroso y lento. Teología, Filosofía y Ciencia, con sus propias metodologías, toman caminos distintos. La vía del ser dejó paso a la vía del conocer. Lo que interesa de Dios es aquello que hace referencia al hombre. Nos encontramos en el humanismo para dar paso al antropologismo. Se elige la subjetividad ahondando en la conciencia y la libertad para obtener una definición del ser humano. En John Loocke el hombre se define por la conciencia y no por la substancia que es inalcanzable, sin conciencia no hay persona. En su obra sobre la teoría del conocimiento, queda claro que el ser humano es un ser inteligente y

⁶ Rodríguez Guerra, Á. Dimensión natural y sobrenatural del humanismo en ARS MEDICA vol. 1, pag 14

pensante dotado de razón y reflexión, con conciencia de sí en diferentes tiempos y lugares.

Para David Hume, el yo o la persona, es un haz de percepciones en constante movimiento. Con Emmanuel Kant se da el salto de la conciencia empírica a la conciencia trascendental, el a priori de toda experiencia particular.

En el racionalismo y empirismo inglés se da la identificación de la conciencia con la persona. El hombre se encuentra a sí mismo como un yo pensante.

Hegel identifica la idea teológica con la idea antropológica y esta con la idea de la historia y de la cosmología. Desde esta perspectiva, éste filósofo se convierte en padre del existencialismo contemporáneo. Para Hegel, el hombre es finito y temporal, completamente histórico en cuanto a que vive y existe como libre individuo histórico, y en esto, en cuanto que vive y actúa en el mundo. En este concepto, no hay ningún lugar para Dios y no otro para el hombre que el de su finitud temporal.

Para Carlos Marx, no se trata de entender el proceso histórico, sino de transformarlo. Para Marx el ser humano es esencialmente un animal de trabajo, la esencia del ser humano no está en lo que piensa, sino en lo que hace, en la praxis que lo pone en relación con la naturaleza y con los demás, y así deviene un animal social.

Nietzsche⁷ manifiesta que Dios muere en el hombre, hace del hombre su sepulcro.

Los atributos de este Dios muerto deben ser restituidos al hombre, han sido siempre suyos; así aparece el concepto de superhombre. Al provocar la muerte de Dios se provoca la muerte de cuanto divino hay en el hombre, el hombre ya no es imagen de alguien, sino de sí mismo; ya no es una persona, sino un "hominido", un ser con una biología y una psicología muy desarrollada, pero nada más.

⁷ Cf. Nietzsche, F. El gay saber. Introd. traduc. y notas de Jiménez Moreno, L. colec. Austral, Madrid, Espasa Calpe, p. 125. y Umano Troppo umano. Introd. di Bertin, G

Para Heidegger⁸ la existencia humana es toda temporal, con lo cual se produce una identificación de su ser con la muerte y con la nada: La muerte es el final y la finalidad de lo existente, no es ruptura con el espacio o con el tiempo, es lo constitutivo de la vida misma. Es decir, la muerte no viene desde afuera a aniquilar la existencia de ese ser, sino que coincide con el ser de la existencia misma. Sartre con su obra “El ser y la nada”, ratifica la posición de Heidegger

Max Scheler, considerado el autor más importante de la corriente del personalismo del siglo XX, y fundador de la Antropología Filosófica moderna en su obra: “El puesto del hombre en el cosmos” realiza un profundo análisis acerca del hombre. Y se pregunta⁹: ¿Si se concede la inteligencia al animal, existe más que una diferencia de grado entre el hombre y el animal? ¿Existe una diferencia esencial? ¿O es que hay algo en el hombre completamente distinto, algo que convenga específicamente a él, y sólo a él, algo que la inteligencia y la elección no agotan, y ni siquiera tocan? Scheler sostiene que la esencia del hombre y lo que podemos llamar su puesto singular está muy por encima de lo que llamamos inteligencia y facultad de elegir, y no podrían ser alcanzados aunque imaginásemos esa inteligencia y facultad de elegir acrecentadas cuantitativamente hasta el infinito. Lo que hace del hombre un hombre es un principio que se opone a toda vida en general, un principio que como tal no puede reducirse a la evolución natural de la vida, sino que si ha de ser reducido a algo, sólo puede serlo al fundamento supremo de las cosas, o sea, al mismo fundamento de que también la vida es una manifestación parcial. Ya los griegos sostuvieron tal principio y lo llamaron razón.

Como se ha expuesto anteriormente, el concepto “persona” ha sido uno de los más estudiados y analizados en todos los tiempos desde cualquier disciplina científica, así, se ha tratado definir a la persona humana desde la perspectiva filosófica, psicológica, sociológica, Teológica, Jurídica, etcétera. Pero de todas las interpretaciones de dicho concepto, lo cierto es que en el lenguaje cotidiano, la palabra persona hace referencia a

⁸ Cf. Heidegger, M. Ser y Tiempo. Traduc. Prólogo y notas de Rivera C., Jorge Eduardo. Colec. El Saber y La Cultura. Ed. Universitaria, Santiago de Chile 1997, pp. 79-86.

⁹ Cf. Scheler, Max. El puesto del hombre en el cosmos. Ed. Losada S.A., B. Aires, 1938, p. 53 y ss.

un ser racional y consciente de sí mismo, que posee identidad propia. Una persona es un ser social, dotado de sensibilidad, de inteligencia y voluntad propiamente humanas.

1.2 Dignidad de la persona humana

Siguiendo desde la perspectiva filosófica, la persona humana tiene ciertas propiedades como son: La libertad, la igualdad, y la dignidad entre otras.

La palabra dignidad, deriva del latín dignitas, del adjetivo dignus, lo que nos revela su origen del verbo decet: decente. Es la actitud de respeto a sí mismo y a los otros, por el reconocimiento que toda criatura humana posee características que la elevan por encima de los otros seres. El respeto a esa dignidad es la garantía suprema del orden social.

Según el Diccionario de la Lengua Española, “dignidad significa: “Excelencia y realce. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse”¹⁰.

En pocas palabras es el respeto que se tiene en sí mismo y en los demás. Es una estima que se tiene la persona por tener inteligencia y voluntad y que además tiene esa misma estima o respeto para con los demás seres de su misma especie.

Boecio afirmaba que en virtud de su dignidad, todos los hombres, porque son personas, es decir, estén dotados de razón y voluntad libre, y provistos de una responsabilidad personal, están presionados, por su naturaleza misma, y obligados, por obligación moral, a buscar la verdad. Están obligados también a adherirse a la verdad tan pronto como la conocen y a reglamentar toda su vida según las exigencias de esta verdad.

La dignidad de la persona humana consiste en el hecho de que el hombre no obedece a ninguna ley que no sea instituida por el mismo. La moralidad es la condición de la dignidad del hombre. La moralidad y humanidad son cosas que no tienen precio¹¹.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española. Océano, México, 1997.

La dignidad humana le corresponde a cada ser humano por el hecho de poseer la naturaleza humana, no por ejercitar las capacidades propias de ésta. La naturaleza humana está constituida por la unión substancial del cuerpo y el alma, por lo que una persona que esté impedida para ejercitar algunas operaciones propias del hombre (físicas o mentales), sigue siendo persona.

El hombre, al estar hecho a imagen y semejanza de Dios, tiene la cualidad sagrada que hace que todos los hombres sean iguales en dignidad. Pero en este punto, se hace necesario plantear una pregunta: ¿Desde cuándo se es persona?

Si se acepta que la vida de un ser humano empieza desde la concepción y progresa hasta la muerte individual, ¿Se debe aceptar también que la vida de una persona humana empieza en la concepción?

Al respecto, algunos filósofos argumentan que los términos “ser humano” y “Persona humana” no son lo mismo, ya que en su opinión, debido a que el embrión y el feto carecen de conciencia y otras capacidades individuales típicas de las personas adultas, ellos no merecen ser llamadas personas.

Pero esto es refutable, ya que tampoco serían llamadas personas aquellas que tuvieran daño cerebral o que fueran seniles. Lo que importa en la noción de persona no está presente en la conciencia o en las habilidades intelectuales, sino en una cierta clase de naturaleza, una naturaleza racional.

Pueden no existir habilidades racionales ejercitables mientras dormimos, pero esto no nos convierte temporalmente en sólo seres ni dejamos de ser personas. Por tanto, un embrión y un feto que sigan su desarrollo normal, obtendrán esas habilidades intelectuales en alguna etapa de su vida. Y ya que sus vidas son continuas, permanecerán como los mismos seres individuales desde el inicio de la concepción hasta que mueran.

¹¹ Emerich Coreth. ¿Qué es el hombre? Herdez, Barcelona, 1985. P. 48

En conclusión, todo apunta a que el alma humana está presente desde la concepción y el recién concebido es una persona humana. Por tanto, somos personas desde el mismo momento en que somos concebidos.

Pero también, la naturaleza de la dignidad de la persona humana consiste en conseguir el fin último del hombre, en buscar los medios más eficaces y adecuados para lograr el bien de la persona misma y el bien de las demás personas.

Y para poder desarrollar la dignidad de la persona, se necesita de un Estado que esté al servicio del hombre y permita a éste una libre elección, hecha a conciencia, en la participación de la vida política del Estado. Que el hombre, porque tiene dignidad, pueda escoger a sus gobernantes, pueda tener libertad en el trabajo, en la religión, en la participación económica social, en pocas palabras, que tenga libertad con responsabilidad individual y social en su vida.

Sin embargo, no puede llegarse a un sentido de responsabilidad individual y social, si no se facilitan al hombre condiciones de vida que le permitan tener conciencia de su propia dignidad. El Estado tiene el deber de facilitar al hombre las condiciones de vida necesarias creando instituciones públicas y privadas que protejan la dignidad del hombre y le permitan desarrollar todas sus potencias, para que a su vez, el Estado se desarrolle también.

Por lo tanto, un Estado que quiera aspirar a la justicia y el bien común, debe respetar y desarrollar por medio de múltiples instituciones la dignidad humana, otorgándole garantías para su crecimiento y respetando, a su vez, la libertad que tiene el hombre para participar en la vida política y económica del país.

En éste sentido, me permito señalar la importancia de la dinamicidad del Derecho, esto es, que si se pretende realmente lograr la justicia y el bien común, el Estado no sólo debe respetar, desarrollar y preservar la dignidad humana, sino crecer,

desarrollarse y cambiar o modificarse día a día de acuerdo a los requerimientos y necesidades de ella.

1.3 La persona humana en el Derecho

Como se ha mencionado, y debe quedar claro, es que el vocablo “persona”, en su aceptación común, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra “hombre”, que designa al individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo.

En cuanto a la persona humana como sujeto del Derecho, Eduardo Serrano Alonso establece lo siguiente: “El ser humano, el individuo, es el centro y razón de ser del Derecho, ya que éste trata, en sus diversas manifestaciones de tutelar y regular las múltiples situaciones en que aquél puede encontrarse en su vida en sociedad¹².”

La persona es a la vez, una hipótesis de trabajo y un valor fundamental para el derecho, el hombre en toda su plenitud, considerado como un ser dotado de voluntad y al mismo tiempo como destinatario de las disposiciones legislativas.

Esto es así, porque la persona humana no es un dato que el derecho haya elaborado. No es una construcción del derecho, es una realidad biológica y social; aunque no haya sido entendido así en otras épocas históricas. La persona humana es un fin metajurídico.

Es a la sombra del humanismo o personalismo jurídico, cuya raíz histórica se encuentra en la doctrina cristiana, donde se produce la revalorización de la persona humana¹³. En cuanto al planteamiento filosófico, su significativo aporte es recogido por el Derecho.

¹² Eduardo Serrano Alonso, Derecho de la Persona. La Ley Madrid, 1992 p. 5.

¹³ Dentro de estos pensadores, cabe citar a Jean Paul Sartre, Gabriel Marcel yEmmanuelle Mounier, en Francia Martín Heidgger y Xavier Zubiri en España. Debe considerarse a Kierkegaard que escribe en 1944 El Concepto de la Angustia, como un válido predecesor de la filosofía de la existencia.

Por dicha razón a la persona se le concibe en la actualidad, como la creadora, destinataria y protagonista del derecho. El pensamiento científico-jurídico considera a la persona como el valor supremo del Derecho, y reconoce su protagonismo en el ámbito jurídico

En este contexto, surge un sector de la doctrina que planteó una teoría sobre la tutela de la persona, es a partir de éste momento que surgen nuevas situaciones jurídicas subjetivas que protegen al ser humano en sus diversos aspectos. Por ello es que los intereses patrimoniales no pueden prevalecer frente al fundamento de la dignidad y centralidad de la persona, ello debido a que el patrimonio está al servicio de la persona y contribuye a su mejor desarrollo, la cual deberá ser respaldada por la justicia.

1.3.1 Derechos Humanos

De lo anteriormente expuesto, cabe hacer notar, que hay una distinción perceptible entre la concepción filosófica o común de la persona y la que se puede encontrar en lo jurídico, pues aquí es entendido como una categoría genérica, importante para la vida práctica; y sus raíces se encuentran en el Derecho Romano. Así mismo, el derecho ve a la persona humana como un sujeto destinatario de la norma legalmente establecida, presupuesto y fundamento de la justicia y la ley, ser capaz de adquirir derechos y obligaciones.

Hegel, con su máxima “se persona y respeta a los otros como personas”, manifiesta la importancia para la vida moderna del individuo, para la sociedad civil y el Estado. Quiere decir también que cada individuo constituye la relación básica del derecho y la ética. Esta afirmación pone en un sentido iusfilosófico los fundamentos de los derechos humanos, no en la positividad legal, sino en las necesidades personales de cada sujeto como un ser moral, valorativo, racional y creador. Así es como la acepción de persona que tiene la filosofía permite iluminar el concepto jurídico que de ella se tiene, logrando un concepto más integral.

Nuestro Código Civil Veracruzano vigente, en el Libro Primero De las Personas, Título Primero y Capítulos Primero y Segundo, establece exactamente lo que es la Persona para el Derecho y las clases de personas reconocidas por él; en los siguientes términos y numerales:

Artículo 24: *“Para efectos de la ley civil, es persona el ser o la entidad capaz de tener derechos y obligaciones”.*

Artículo 25: “Las personas son físicas o morales”.

Artículo 26: “Es persona física todo ser humano nacido vivo o viable”.

Artículo 27: “Es persona moral toda entidad a la que la ley reconoce personalidad jurídica propia, distinta de la de sus componentes”.

Artículo 28: “Las personas físicas adquieren la capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden 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”.

Se entiende por derechos fundamentales, aquellos derechos de los cuales es titular el hombre por el sólo hecho de serlo, y que son respaldados y asegurados por el orden jurídico del país. Es decir, que son poseídos por cualquier hombre, cualquiera que sea su raza, condición, sexo o religión. Se designan con varios nombres: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Derechos Inalienables, Derechos Morales, o Derechos de la persona humana. Tales derechos del hombre se han englobado en las siguientes categorías: Derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad, a la igualdad, a la justicia y la paz; y poseen las características de ser imprescriptibles, inalienables, irrenunciables y universales, los mismos que han sido acogidos por las Leyes Fundamentales de la mayoría de los Países del mundo.

Los derechos fundamentales constituyen para los ciudadanos la garantía de que todo el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana.

Para efectos de la presente investigación me parece importante resaltar que el Derecho a la vida es esencial y primordial, y se encuentra por encima de los demás en los casos extremos, pero sin menoscabar el derecho a la igualdad de los seres humanos, sin importar raza, edad, sexo, nacionalidad, condición social, etcétera.

1.3.2 La personalidad (principio y fin)

El Derecho, a consecuencia de la naturaleza intrínseca del hombre, como ser dotado de inteligencia, de libertad y de responsabilidades, reconoce a la persona humana como una realidad que viene impuesta al ordenamiento jurídico.

La persona es el centro imprecindible alrededor del cual, se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales, como la noción y la existencia misma del Derecho Objetivo y del Derecho Subjetivo, la obligación, el deber jurídico, y la concepción de toda relación jurídica.

El concepto de personalidad, íntimamente ligado al de persona, no se confunde con ésta; porque la personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo¹⁴. En el lenguaje ordinario, se dice que una persona tiene o no personalidad, o que tiene, de acuerdo con su forma de ser, mayor o menor personalidad, sin que esto implique la negación de su categoría de persona.

De la misma manera, en el ámbito jurídico, la persona participa en las relaciones jurídicas creándolas o extinguiéndolas, o viviendo las consecuencias de la violación de un deber jurídico como sujeto activo o pasivo de un determinado vínculo de derecho.

¹⁴ R. RUGGIERO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I p. 215

Los conceptos de personalidad y capacidad de goce no son lo mismo, aunque se relacionan entre sí. La personalidad, significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho, es una posibilidad, es la posible gama de relaciones jurídicas que pudieran presentarse y él actuar en ellas. Por su parte, la capacidad alude a situaciones jurídicas concretas, como por ejemplo: contraer matrimonio, comprar un bien. De tal manera, que sin menoscabo de su personalidad, una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado; si es por ejemplo, el mandatario del vendedor. La personalidad, es un dispositivo o instrumento creado por el Derecho, a través del cual, las personas físicas y morales pueden actuar en el tráfico jurídico, como sujetos de las relaciones jurídicas concretas y determinadas. Por lo tanto, la personalidad es única, indivisa y abstracta, mientras que la capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta.

En términos sencillos: La personalidad es la aptitud para intervenir en ciertas y determinadas relaciones jurídicas. Que en términos generales, se adquiere con el nacimiento y termina con la muerte, como se establece en nuestra legislación civil sustantiva.

1.3.3 Atributos de la personalidad

La personalidad lleva implícita ciertas cualidades que le son propias por su misma naturaleza, es decir, la personalidad denota necesariamente dichas cualidades que se denominan atributos de la personalidad. Cabe mencionar que también las personas morales tienen dichos atributos.

La personalidad de que goza una persona física, lleva anexo los siguientes atributos:

- **Nombre.** Corresponde al conjunto de letras o palabras que sirven para identificar y distinguir a una persona; y a el se refiere el Título Tercero del Ordenamiento Adjetivo Civil Veracruzano.
- **Domicilio.** Se refiere al lugar donde la persona reside con el propósito de establecerse en él, a falta de éste, el lugar donde tengan principal asiento sus

negocios, o el lugar en que se halle; tal como se desprende del artículo 37 de la citada legislación, la cual dedica su Título Segundo a regularlo.

- **Nacionalidad.** Se entiende por tal, al vínculo jurídico que tiene una persona con un Estado o Estados determinados. Es la perspectiva legal de pertenencia.
- **Estado Civil.** Es el atributo específico de las personas físicas y consiste en la situación o relación particular que guarda cada persona en relación con la familia, la sociedad y el Estado.
- **Patrimonio.** Son el conjunto de derechos y obligaciones que son susceptibles de valorarse económicamente.
- **Capacidad.** Es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y asumir obligaciones.

Estas cualidades o atributos de la personalidad, tienen el carácter de ser intransferibles, irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles. Y con esto se debe entender que los trae la persona humana desde que nace y mueren con ella.

CAPITULO II

DERECHO DE FAMILIA

2.1 La familia y su importancia en el desarrollo de la persona humana

Desde el comienzo de la vida, los hombres tendían a agruparse para poder sobrevivir. Se juntaban para cazar y para luchar contra los animales que existían en esa época. Se puede decir, que este tipo de agrupamiento es lo que da origen a la familia, la cual en la actualidad, constituye la célula social más importante, y el núcleo inicial de toda organización social.

Para Ignacio Galindo Garfía la familia es:

“El conjunto de personas en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)”¹⁵.

Si bien es cierto la familia ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el pasado, principalmente dentro del Derecho Romano y en la Edad Media, y si bien hay que reconocer que desde el punto de vista económico, ha dejado de ser la familia un grupo productivo de bienes inmediatamente útiles en la economía de una nación, (pues en éste sentido ha sido sustituidas su capacidad de producción (por la gran producción industrial) sigue siendo todavía en nuestro país, el núcleo principal de la formación del hombre, por lo menos en su constitución moral.

Y me atrevería a afirmar que no sólo la familia es el núcleo principal de la formación del hombre en el aspecto moral, sino en todos los aspectos, ya que como bien decía Aristóteles el hombre es un zoon politicon, que requiere para desarrollarse del grupo social, y el núcleo inmediato y más próximo a él, es precisamente la familia.

2.2 La familia como institución jurídica

El conjunto de disposiciones jurídicas que organizan y estructuran a la familia a través de la evolución histórica y que conforman el llamado Derecho de Familia, se caracterizan por su naturaleza imperativa e irrenunciable.

¹⁵ Ignacio GALINDO Garfías, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas, Familia 19 edición, Porrúa, México, 2000.

De tal manera, que podemos entender al Derecho de Familia como un conjunto de normas jurídicas, destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales constituídas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes.

Las relaciones familiares en épocas históricas más o menos recientes, se consideraban como atributos de derechos subjetivos creados en interés de su titular. Ahora, se han transformado en verdaderos deberes en función de la protección de la persona y de los bienes de los miembros de la familia. Así ocurre hoy en día, por ejemplo, con la patria potestad que se atribuye en nuestro derecho tanto al padre como a la madre, pero cuyo ejercicio se impone como una verdadera función en vista de los intereses superiores de la familia¹⁶.

Lo anteriormente expuesto, queda asentado y ratificado a través de nuestra legislación civil, en diversas disposiciones, por enumerar algunas: El poder absoluto del pater familias, se ha transformado, al atribuirse a quienes ejercen la patria potestad, la facultad de corregir y castigar mesuradamente a sus hijos, ya que el exceso en el ejercicio de esa patria potestad constituye un abuso de poder que puede en un momento dado, ser limitado o castigado por el Estado. También les compete a los padres, y constituye un deber, el educar convenientemente a los hijos, que tienen bajo su patria potestad.

Hoy en día, el Derecho interfiere profundamente en la organización y funcionamiento de la familia. Puesto que ésta es una institución social fundamental, el Estado tiene interés, o debe tenerlo, en el sano desarrollo y en la conservación de la familia; prestando cuando sea necesario, su autoridad y auxilio para fortalecer al grupo familiar.

En todo caso, siendo la familia el germen de las virtudes del ciudadano y del hombre útil a la sociedad; el Estado, cuyo interés coincide en este respecto con el de la familia,

¹⁶ PACHECO E. ALBERTO, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama Editorial, México 1984 p. 28

debe intervenir para que éste grupo social cumpla la función que le ha sido encomendada.

Dicha intervención estatal, si ha de ser eficaz, debe tender a dictar las medidas protectoras de orden moral, económica o social que fortalezcan a la familia misma, y le permitan llevar de la mejor manera posible, sus finalidades naturales, que son la procreación, y la educación moral, intelectual y física de los hijos.

Aunque en las sociedades más desarrolladas los fines de la familia no se agotan en las simples funciones de generación y defensa de sus miembros, sino que, como se ha mencionado anteriormente, los individuos que forman el núcleo familiar –que son seres humanos- tienen fines no sólo biológicos, sino también de índole psicológico, a los que el Estado otorga igual importancia. El dato psíquico tiene en la formación del grupo familiar actual, capital importancia. A la necesidad de la conservación de la especie, se agrega la formación integral del individuo, y en función de ella se requiere de la solidaridad del grupo doméstico, de la existencia de lazos de unión no simplemente externos, sino fundamentalmente psíquicos, internos de orden ético y jurídico. De allí, la influencia decisiva de normas de orden moral y religiosos que caracteriza el Derecho de Familia.

2.3 El parentesco, derechos y obligaciones

El vocablo filiación, proviene del latín *filatio-onis*, de *filius*, hijo (G. Diccionario Jurídico de los grandes Juristas, 1999, pag. 530) pues es bien sabido, que ésta surge de la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo.

El vocablo filiación dentro de nuestro Derecho Positivo, tiene dos connotaciones trascendentales que resultan ser:

- La filiación en sentido amplio o *lato sensu*, es aquel que comprende el vínculo jurídico que existe entre los ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos y en línea

descendente hijos, nietos, biznietos, tataranietos (ogarrío saucedo Guillermo a. der. Familiar, mexico, 2001 pag. 1)

- La filiación en sentido estricto o *strictu sensu*, que abarca la relación de Derecho que existe entre el padre o la madre y su hijo.

En la actualidad se habla también de la llamada filiación artificial, derivada precisamente de las técnicas de reproducción humana asistida.

El maestro Pacheco Escobar expone: "La filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no sepa quiénes son".

La filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios.

Para el Derecho la filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado.

De esta manera, se puede asumir que la filiación, además de darle una identidad al menor, implica el conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el progenitor y el hijo, que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico que es el parentesco, de ahí, se deduce, que resulta importante destacar las diferentes especies de parentesco.

El nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco. Los sujetos de esa relación son entre sí parientes. El grupo de parientes y los cónyuges, constituyen una familia. Los derechos y deberes que se originan entre ellos, parten de un supuesto previo: la existencia del parentesco.

De acuerdo a la legislación civil, existen tres especies de parentesco:

1. Parentesco consanguíneo: Se da en las personas unidas entre sí por un lazo de sangre, o sea, por descender de un mismo tronco común.
2. Parentesco por afinidad: Es aquel que a los sujetos que por ser aprientes de uno de los cónyuges, son también parientes en el mismo grado, del otro cónyuge.
3. Parentesco civil: Es el que se da entre quienes une un acto de declaración de voluntad denominado adopción.

El parentesco consanguíneo, como ya se mencionó anteriormente, es aquel que se da entre personas que tienen la misma sangre, que descienden de un mismo tronco. Aunque entre los cónyuges no existe un parentesco en sí, sino un nexo jurídico constituido por la figura del matrimonio, de entrada se presume que los descendientes

Producto de esa relación o vínculo jurídico, tienen un lazo de sangre con ellos y con la familia (ascendente, descendente o colateral de ambos). Aunque cabe mencionar que en el contexto real se pueden presentar diversas situaciones que a simple vista no son tan fáciles de afirmar, como es el caso de las madres solteras, la concubina, la viuda, etcétera. Sin embargo, tales situaciones merecen un estudio más detallado en otras investigaciones.

Para efectos del presente, considero relevante también, analizar un poco más detalladamente el parentesco civil, y en este caso, se habla específicamente de la figura jurídica de la adopción, la cual se da, cuando una persona por acto de voluntad, dentro de un procedimiento establecido por la ley, declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor, naciendo así una relación paterno filial (vínculo de filiación) que aunque ficticia, es reconocida por el derecho.

La adopción cumple así una doble finalidad: atribuir una descendencia ficticia a quienes no han tenido hijos de su propia carne y establecer la posibilidad de que los menores encuentren de esta manera el cuidado y la protección que requieren.

Por otro lado, y respecto de los efectos que nacen del parentesco, éstos están constituidos por derechos y obligaciones que nacen a partir de tales vínculos, dentro de los que de manera general, podríamos mencionar los siguientes: El derecho a heredar por sucesión legítima, en el caso del parentesco consanguíneo y civil, la obligación o derecho, según sea la parte de dar o exigir alimentos, ejercer la tutela legítima, el parentesco constituye también un impedimento para el matrimonio, el cual es diferente en cada tipo de parentesco; en el parentesco civil además se cuenta la representación, administración y la mitad del usufructo de los bienes del menor adoptado, el derecho del adoptado a usar el nombre de su adoptante, entre otros.

2.5 La protección del ser concebido.

El hombre, es un ser complejo. Su cuerpo está formado por millones de células que se multiplican constantemente para sustituir a las que mueren por concluir su ciclo de vida, o por alguna otra causa.

Como se ha mencionado de acuerdo a la legislación civil imperante en nuestro país en lo que atañe a las personas físicas, ésta establece que la personalidad se inicia con el nacimiento y termina con la muerte. No obstante, la misma ley establece que antes del nacimiento de la persona, es decir, desde el momento en que el ser es concebido, se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código Civil, y por tanto, desde la concepción, desde que se inicia la vida intrauterina, entra bajo la protección de la ley.

Me parece importante y esencial, fijar entonces el sentido de esa disposición legislativa, que puede ser interpretada como si la personalidad se adquiriera antes del nacimiento de la persona.

Desde el Derecho Romano ha regido el principio de que al concebido se le tiene por nacido aunque durante el periodo de gestación, la existencia del *nasciturus* (el que va a nacer) depende de la vida de la madre, es parte integrante de las vísceras maternas, (*pars visceram matris*). Forma parte de la persona de la madre, no es todavía una persona.

Sin embargo, con vista a la protección del ser humano, y puesto que la gestación es un anuncio del alumbramiento; el Derecho objetivo, no puede desatender que ciertas medidas cautelares o precautorias de carácter conservatorio de los derechos que puede adquirir el ser concebido, deben ser adoptadas para que si llega a nacer, si adquiere vida propia, si llega a vivir por sí mismo, ya separado de la madre, pueda adquirir definitivamente ciertos derechos, de darse la condición suspensiva de su nacimiento.

De la misma manera, y para proteger la vida del feto, el Derecho Penal establece la figura delictiva del aborto provocado si no es con fines terapéuticos, y castiga con pena corporal ese hecho punible.

Pero desde el punto de vista gramatical o literal la redacción de la norma inserta en el Código Civil, no es clara al insertar la palabra “pero” que como conjunción alternativa debidamente entendida, quiere decir que a pesar de haber quedado establecido el principio general de que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento, y sólo a partir de ese momento la ley protege al *nasciturus*, lo hace desde que se encuentra en el vientre de la madre. Por eso es necesario fijar de manera clara, sin ambigüedades a partir de que momento se dice que el ser concebido ha nacido para el derecho.

Pero, de manera general, ¿el embrión es un ser humano? Si, si lo es, como lo afirma el profesor Jérôme Lejeune, catedrático de Genética de la Universidad de la Sorbona, existe un ser humano.

(...) desde el momento mismo de la fecundación, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide¹⁷.

En el preciso instante de la unión de los gametos femenino y masculino, inicia la formación de un nuevo ser; individual y autónomo. Se debe descartar la posibilidad de un antes y un después; ya que no existe ninguna transformación esencial por la cual

¹⁷ JERÓME LEJEUNE. ¿Qué es el embrión humano? Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones Rialp. Madrid. 1993 p. 89.

el cigoto, embrión o feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción. Se es un ser humano desde la concepción, hasta la muerte.

En ese mismo sentido, el Consejo de Europa, estableció lo siguiente:

La Ciencia y el sentido común, prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción, y que en este mismo momento están presentes, en potencia, todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano¹⁸.

El conocimiento biogenético actual demuestra, indiscutiblemente, que el embrión humano es tal desde el momento de la fecundación. Cuando un espermatozoide fecunda un óvulo se constituye un nuevo ser humano, que técnicamente se llamará cigoto. Inmediatamente después de la fusión de ambos gametos se dan una serie de eventos científicos sucesivos y encadenados, que lleva al desarrollo del embrión humano. A partir del momento de la concepción, los gametos ya no actúan como dos sistemas independientes entre sí, sino como un nuevo sistema. El cigoto tiene información genética que caracteriza a los organismos de la especie *homo sapiens*. El embrión humano está caracterizado por una nueva y exclusiva estructura informativa, que comienza a actuar como una unidad individual. Se puede afirmar que el embrión es la forma más joven de un ser humano¹⁹.

A pesar de que han existido controversias al respecto; ya que algunos investigadores sostienen que para que se de la individualización de un ser humano, se precisan dos propiedades: la unidad, referente a la realidad positiva que se distingue de otra; y la unicidad, que es la calidad de ser único e irrepetible.

Otros autores opinan que el embrión carece de personabilidad, lo cual implica una interioridad de autoconciencia y autoposesión, de tal modo que no puede ser considerado como persona. Pero, si se establecieran dichas opiniones como la verdad

¹⁸ Consejo de Europa. Resolución núm. 4376. Asamblea del 4 de octubre de 1982

¹⁹ HOMERO SÁNCHEZ SÁNCHEZ. El Derecho a la vida del concebido no nacido. Tesis de la Facultad de Derecho. Universidad Anahuac. México. 2000 pp. 1-5.

absoluta, ¿Qué pasaría con las personas en estado de coma que no tienen esa autoconciencia y autoposesión? Sería interesante plantearse si ya no son personas, o si nuestro ordenamiento legal las dejaría por tal motivo en el desamparo total. Y como las opiniones vertidas anteriormente, existen otras más.

Pero lo interesante es, que en la actualidad, la ciencia ha dado la más rotunda razón al argumento de que en cuanto ha concluido la fecundación, (ya sea de forma natural o artificial), se ha concebido un ser humano único e irrepetible (que no puede tener otro carácter que el de persona), y nos encontramos, por tanto, ante un ser humano con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico²⁰.

Ahora bien, en el ámbito jurídico, a éste embrión se le llama *nasciturus*, como se ha mencionado anteriormente y que significa lo siguiente:

Ser humano como sujeto de derecho que ha sido concebido, pero que no ha nacido aún²¹.

Tradicionalmente, la doctrina ha sostenido la idea de que la persona física nace para el Derecho a partir de su nacimiento, es decir, a partir de que es expulsado del vientre materno.

En México, Rafael Rojina Villegas establece que el *nasciturus* tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho, como son; capacidad para heredar, para recibir legados y donaciones. Y para ser heredero, legatario o donatario, se requiere tener personalidad jurídica ya que por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales. Se pudiera decir que el *nasciturus* está representado por sus padres, pero ésta representación, descansa en la existencia del representado, de manera que

²⁰ “Carta de una experta española a los Senadores de la República Oriental del Uruguay”. Natalia López Moratalla. Universidad de Navarra. Departamento de Bioquímica y Biología Molecular; dirección en internet: http://www.bioeticaweb.com/Comentarios_juridicos/Moratalla_uruguay.htm.

²¹ Juan palomar de miguel. Diccionario para juristas. Mayo Ediciones. México, 1981. P. 901

se admite que el embrión humano es persona y que tiene una capacidad mínima para considerarlo sujeto de derecho²².

Y como fundamento de lo expuesto por el maestro Rojina Viilegas, se pueden mencionar los derechos que la legislación civil otorga al concebido no nacido, entre los que se encuentra; el derecho a heredar y recibir donaciones, para detener y modificar las obligaciones limentarias de la sucesión hasta su nacimiento, o el efecto de suspender la partición de la herencia hasta el momento del parto de la viuda encinta o hasta que transcurra el término máximo de la preñez.

Es importante resaltar, para efectos del presente trabajo, que, de acuerdo a la legislación civil, ésta reconoce implícitamente, la existencia del *nasciturus* como persona y no como una cosa, en consecuencia, es inadmisibles atentar contra su vida o su dignidad.

Por otra parte, y para efectos de una mayor comprensión de la condición jurídica del nasciturus, la Ley General de Salud, reconoce dos fases de desarrollo en él:

Artículo 314 “Para efectos de éste Título, se entiende por:

(...) VIII Embrión, al producto de la concepción a partir de éste, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

IX Feto, al producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno (...)”²³

También en el artículo sexto del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos²⁴ (RLGSODTC), sólo se reconocen dos etapas del desarrollo del nasciturus,

²² Rafael rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Introducción y Personas. Séptima Edición. Porrúa México, 1996. Pp. 434-437.

²³ Art. 314, decreto por el que se reforma la Ley General de Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 2000.

²⁴ Reglamento de la Ley Genral de Salud en Materia de Control Sanitario de Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos (RLGSODTC), <http://www.scjn.gob.mx/Legislación/>.

que son embrión y feto, sin enunciar una fase “pre-embionaria” como lo hacía la Ley General de Salud antes de la reforma a la misma en el año 2000.

Además de la Ley General de Salud y de su Reglamento, se encuentra el Reglamento de la Ley Genral de Salud en materia de Investigación Para la Salud, (RLGSIS), en el que también se distinguen dos etapas del desarrollo del *nasciturus* (embrión y feto) pero además lo protege de investigaciones que pudieran afectar su desarrollo o que lo expongan a un riesgo, exceptuando la intervención que se tenga que hacer para salvar la vida de la madre.

Nuestra constitución en su artículo cuarto establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, y esto da a entender que el embrión y el feto, al ser personas; también tienen derecho a la protección de su salud y de su bienestar. Así, cualquier manipulación del *nasciturus*, debe perseguir siempre su bienestar y la protección de su salud.

Igualmente, la vida del *nasciturus* se infiere que es protegida por los Artículos 14 y 16 Constitucionales, en lo que se establece lo siguiente:

Artículo 14...Nadie puede ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos.

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

En éste sentido, un ser humano –y el *nasciturus* lo es,- se entiende que está incluido en la protección consatitucional que ofrecen los artículos 4, 14 y 16.

En conclusión, es importante reiterar que el *nasciturus*, desde el momento de la concepción tiene el derecho a la protección que debe ser dada por nuestras leyes a

toda persona, es decir, el nasciturus tiene derecho a la vida, a que se respete su dignidad como ser humano, a la libertad y a preservar su salud. Y no obstante que su vida dependa biológicamente de su madre, el nasciturus tiene su propia individualidad, su propio código genético que lo hace un ser humano único e irrepetible, y su existencia y derechos están protegidos por nuestra legislación.

CAPITULO III
REPRODUCCION HUMANA
ASISTIDA

3.1 Infertilidad y esterilidad

Procrear es un deseo razonable de todo hombre, pero este deseo algunas veces se topa con la barrera de la infertilidad, y es aquí donde entran las técnicas de reproducción asistida, ofreciendo una alternativa para remediar esa infertilidad.

Pero aquí cabe una pregunta ¿tener un hijo es un derecho o es un don? Muchas personas piensan que es un derecho, tal como lo expresa el artículo cuarto constitucional cito anteriormente, y al ejercer ese derecho pueden optar por cualquier medio para obtenerlo. Si existe ese derecho a la procreación, pero no es un derecho sobre la persona que se pretende procrear, por lo tanto, este derecho debe tener límites, los límites que importe la dignidad de la persona humana, el proceso de procreación debe ser tanto humanizado, como humanizador. Un hijo nunca debe ser un medio para lograr algo u obedecer algún deseo desmedido de sus progenitores. Un hijo es un valor en sí mismo, y para traerlo a éste mundo el límite es su dignidad.

Una de las razones más importantes para que una pareja recurra a las técnicas de fecundación asistida es la infertilidad o esterilidad. Prácticamente utilizamos esos vocablos como sinónimos en la vida cotidiana, pero existen algunos autores para los que no significa lo mismo.

Ya que desde el punto de vista médico, infertilidad es la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación, y por tanto, el desarrollo del embrión o feto.

En cambio, la esterilidad es la imposibilidad de efectuarse la fecundación, y esta alteración, puede ser irreversible. Para efectos del presente trabajo, se utilizará de manera general el término infertilidad.

3.2 Inseminación artificial

La inseminación artificial, se lleva a cabo mediante una inyección intravaginal de líquido seminal. Dicho en otras palabras, se trata de un sencillo proceso que consiste en depositar semen en el fondo de la vagina de una mujer que se encuentra en su periodo fértil.

La inseminación artificial, consiste en aplicar técnicas específicas a hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización. En vista de la variedad de personas que en ella intervienen y del distinto papel que desempeñan, se origina variedad en los tipos de inseminación y cada una de ellas produce distintas consecuencias.

La mujer que se somete a la inseminación debe ser mayor de edad y puede ser soltera o casada. Si está casada y para la inseminación se utiliza semen del esposo, la inseminación se denomina *homóloga*, lo mismo que la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable (concubino); en cambio, será *heteróloga* la producida con semen de un tercero. Otras posibilidades se plantean si el donador está vivo o si ha muerto y la fecundación se produce después de su muerte.

3.2.1 Posibles hipótesis

Las técnicas de reproducción asistida son diversas, y la aplicación de cada una de ellas está, sin duda alguna, en relación a la problemática enfrentada por las parejas y a otras circunstancias como son la económica, su tendencia religiosa, la oportunidad de acceder a los óvulos, espermias, el encontrar una madre sustituta, etcétera.

Sin duda alguna, los efectos jurídicos que se pudieran producir con la reproducción humana asistida, se derivan de cada una de las diversas técnicas aplicadas y al estado familiar, que consisten básicamente en las diversas relaciones jurídicas que pueden sostener las distintas personas que participan en una técnica de reproducción humana asistida, entre estos mismos y con el ser fecundado. Por lo tanto, resulta interesante analizar cuales son las circunstancias de fecundación humana asistida que se pueden presentar en el campo real, y analizar los alcances jurídicos de cada una de ellas.

A continuación se presenta un cuadro conceptual de las diversas modalidades que puede revestir la reproducción humana asistida y las posibles situaciones jurídicas que pueden presentar cada una.

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

1. **Madre estéril, con capacidad de concebir, con esperma del padre y óvulo de la madre**, ésta situación no produce ningún conflicto en la esfera jurídica ni en la tecnológica, pues este problema puede ser tratado por otros medios sin llegar a la reproducción asistida.
2. **Padre esteril madre con capacidad de concebir, con esperma del donante y óvulo de la madre**, en el útero de la madre, en éste caso, se necesita de un tercero que sería el “donador”, portador del esperma, que en términos científicos sería el padre bilógico. Desde la perspectiva jurídica, la relación paterno-filial, se sostendría con el ser fecundado y con el padre estéril, sin considerar su incapacidad para fecundar. ¿Pero que pasaría con el padre biológico? ¿Puede el Derecho desaparecer o ignorar por completo su relación paterno-filial por el lazo consanguíneo? ¿Tendrá derecho el producto de ésta concepción a saber la existencia de su padre biológico?

3. **Madre estéril con capacidad de gestar, con espermatozoides del padre y óvulo de la donante, en el útero de la madre**, en éste caso, la madre puede ser fecundada, encontrarse en estado de gravidez sin haber aportado ella el óvulo, por lo tanto, también existe una tercera persona femenina que es la “donante”, quién sería la madre biológica. Siguiendo el parentesco tradicional del Derecho Familiar, cabrían los cuestionamientos hechos anteriormente; y además, (que pasaría si la donante reclama la maternidad biológica?)
4. **Pareja estéril, con capacidad de gestar de la madre, con espermatozoides y óvulo de donadores, en el útero de la madre**, esta situación presenta mayor complicación, ya que aquí, ambos padres biológicos son los donadores del semen y el óvulo. Entonces, se podrían dar conflictos jurídicos mayores, ya que el parentesco entre el hijo respecto de los padres sería el que reconoce el Código Civil, aunado a que formalmente, a la madre que alumbró en el parto, se le imputa la maternidad. Esta forma de fecundación arroja más problemas jurídicos que beneficios, por lo que pienso que sería mejor opción la adopción.
5. **Madre estéril e incapaz de gestar con espermatozoides del padre y óvulo de la donante, en útero de sustituta**, considero que este caso, es difícil que se de en la sociedad, ya que el hombre puede lograr la reproducción humana, procreando naturalmente con cualquier otra mujer distinta a su pareja. Sin embargo, nada se puede descartar, ya que se puede dar el caso que el padre negocie ilícitamente, con la madre del menor, para registrarlo como hijo de su pareja formal.
6. **Pareja estéril con madre incapaz de gestar, con capacidad de concebir, con espermatozoides y óvulo de los donadores, en el útero de la sustituta**, este caso en la práctica, pudiera ser mas remoto, y que bien podría ser una vía alterna y menos complicada la adopción legal de un menor.

7. **Pareja fértil con madre incapaz de gestar, espermatozoides y óvulo del padre y madre, en el útero de la sustituta**, se considera que esta situación social puede ser a menudo concurrida, lo que se conoce como “alquiler del útero”, al existir el deseo de los padres de lograr la fecundación con sus propios gametos, pero con la ayuda de una madre sustituta. Los aspectos jurídicos que pueden originarse de ello, es la situación del menor creado con respecto a la madre sustituta y con su madre portadora del óvulo. Siguiendo los lineamientos del parentesco familiar, la maternidad le correspondería a la llamada madre sustituta, por alumbrar en el parto, sin importar si la misma fue o no donadora o portadora del óvulo. Pero, si no está establecida por los legisladores la figura de la madre sustituta, ¿cuál será la consecuencia de ello?
8. **Madre fértil e incapaz de gestar, padre estéril, con espermatozoides de donador, óvulo de la madre, en el útero de sustituta**, en ésta situación se buscaría a la madre sustituta, para la gestación del ser fecundado. Si seguimos los lineamientos del parentesco, no existiría ningún vínculo jurídico entre los padres del menor, toda vez que la maternidad le correspondería a la madre sustituta.

La reproducción humana asistida, también es reconocida como la filiación artificial. Ahora bien, lo difícil es contextualizarlo a la esfera jurídica.

Dentro de los tratadistas mexicanos que se han pronunciado al respecto, está el maestro ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ, quien define la reproducción humana asistida, como: *El encuentro del espermatozoo y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra –útero- por la introducción del espermatozoo del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad del coito*²⁵.

A su vez, el Español LUIS MARTINEZ-CALCERRADA, define por su parte la reproducción humana asistida como: *El medio para poner en contacto dos elementos*

²⁵ 27 GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Editorial Porrúa, México 1995 p. 254.

ontogénicos, la “fecundación” será el resultado de ese contacto o la “unión o fusión de dichos elementos”²⁶.

De igual forma, VLANIMING-BENDER, define a la reproducción asistida como: *el modo de introducir el espermatozoides en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto a la forma natural²⁷.*

3.2.2 Métodos y técnicas de inseminación artificial

Ya se ha hecho mención sobre la confusión que existe entre los términos “inseminación” y “fecundación”, los cuales se llegan a manejar indistintamente confundiéndolos como sinónimos, de la misma manera se ha mencionado que no es así, puesto que el primero alude a un proceso que será la causa que desembocará en el segundo, estos es, se insemina, para fecundar, de ahí surge la diferencia entre ambos vocablos (Martinez-calcerrada)

Respecto de la filiación artificial, han surgido novedosas y diversas formas y técnicas de procreación, mismas que se pudieran sintetizar en las siguientes: Inseminación artificial, estimulación ovárica, captura folicular, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, fertilización in vitro, fertilización ICSI, el préstamo de útero y, la fecundación post mortem.

Cabe mencionar, que la semejanza de cada uno de estos medios de reproducción, consiste precisamente, en la ausencia del coito sexual o la relación carnal, pero la diferencia estriba en los distintos procedimientos como se desglosa de la breve explicación de cada uno de ellos:

- ❖ **Inseminación artificial**, es la técnica de introducir el espermatozoides en la vagina de la mujer, lográndose la fecundación dentro del vientre materno.

²⁶ MARTINEZ CALCERRADA, LUIS. *La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988)*, Madrid, España 1989. P. 33

²⁷ VLANIMING-BENDER, citado por MARTINEZ-CALCERRADA, LUIS *La Nueva Inseminación Artificial (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988)* Madrid, España, 1989 p. 33.

- ❖ **Estimulación ovárica**, se utiliza para producir ovulación, con inyecciones diarias de medicamentos, controladas con seguimiento de ultrasonido, para precisar el momento de la ovulación y evitar embarazos múltiples.
- ❖ **Captura folicular**, es la técnica de la aspiración de óvulos de los folículos que están en los ovarios. Se efectúa a través de la vagina con una aguja guiada con ultrasonido, con anestesia sencilla y recuperación inmediata.
- ❖ **Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubérica de embriones**, es la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando un catéter muy fino, que se introduce a través de la vagina y el cuello uterino. No se utiliza anestesia.
- ❖ **Fertilización in vitro**, este método, surge para parejas que no responden a los tratamientos convencionales anteriormente señalados, y que tienen indicaciones específicas. Los óvulos se obtienen mediante estimulación ovárica o captura folicular; luego se colocan con los espermatozoides preparados y seleccionados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial. Se guardan en una incubadora durante dos o tres días en condiciones fisiológicas que simulan las que se dan en las Trompas de Falopio, promoviéndose así, la fecundación y la división celular que originan los embriones. Para lograr este tipo de fecundación, se requieren por lo menos las siguientes situaciones: 1) Disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación: 2) Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado, y 3) Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo, esperando que la fecundación in vitro se produzca.
- ❖ **Fertilización ICSI**, esta técnica se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos o su capacidad de fertilización está disminuida. Para ello, es necesario emplear un microscopio de alta complejidad, con el cual se selecciona y se captura el espermatozoide de mejor calidad, y luego se inyecta directamente dentro del citoplasma del óvulo, el cual ha sido previamente capturado utilizando los procedimientos de estimulación ovárica y punción de ovarios.
- ❖ **Préstamo de útero, o maternidad sustituta**. La subrogación, es un término utilizado en el derecho de las obligaciones. Se dice que la sustitución es real

cuando se sustituyen bienes por otros bienes, mientras que la subrogación personal, es la sustitución de personas, (especialmente del acreedor). En ese orden de ideas, llamamos maternidad subrogada, cuando la gestación del feto se realiza por una tercera persona (hembra) quien presta su matriz, derivado de un contrato.

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

- ❖ **Fecundación post mortem.** Es aquella que se logra después de la muerte de quien aportó el semen. Para esto, el semen se congela mediante la tecnología criogénica (congelación), guardándose el esperma por un tiempo indeterminado, hasta posteriormente, sacarlo de la congelación para realizar la concepción.

No debe confundirse la fecundación póstuma con la fecundación post mortem, ni los efectos naturales de la filiación consistente en ser hijo póstumo e hijo post mortem.

En la filiación póstuma, existe nacimiento del descendiente del *cujus*, en un término que comprende de 180 días a trescientos días después del fallecimiento del padre biológico. En cambio, la filiación post mortem, puede ser un término mayor al de 300 días, pudiendo incluso, ser hasta de años.

Por lo tanto, me parece necesario regular esta situación jurídica para efectos del derecho sucesorio, y definir la situación jurídica de los gametos o embriones congelados.

3.3 Ética médica y el consentimiento informado

Si en términos generales, entendemos a la ética como una disciplina organizada y sistematizada con principios, normas y valores morales que intentan orientar o guiar el actuar libre del hombre hacia el bien moral. En términos prácticos, la ética es la disciplina que se ocupa de la moral, de algo que compete a los actos humanos

exclusivamente, y que los califica de buenos o malos, a condición de que ellos sean libres, voluntarios y conscientes. Esta relacionada con el deber, con lo que uno debe o no debe hacer.

Las bases de la ética médica son las diversas leyes que formulan con mayor o menor precisión los deberes profesionales del médico, y su debida interpretación. Medicina, dice el Diccionario de la Real Academia Española, “Es la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano” de tal manera que en éste caso, estaríamos hablando de que los médicos deben tener principios tales como el ser humanitario, el respeto a las personas a la dignidad humana y a su integridad moral, psíquica, física y social como expresión de su derecho a la salud.

Por ende, la toma de desiciones médicas debe basarse en la consideración de tales principios que deben guiar en cada caso.

Antes de que cualquier pareja se someta a una técnica de fecundación asistida, deberán expresar su solicitud y aceptación. Se habla entonces de un principio: El consentimiento informado.

Se define el consentimiento informado como:

“El acto mediante el cual se informa detalladamente al paciente sobre el padecimiento, los diversos procedimientos diagnósticos, terapéuticos, posibles complicaciones, secuelas o riesgos inherentes a ellos, a efecto de que decida y autorice los procedimientos médicos en forma consciente, libre y responsable”²⁸.

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 en su caso.

²⁸ MARTHA ARELLANO Y ALONSO ERICK VAZQUEZ. “Responsabilidad Profesional Médica”, en Introducción a la Bioética pag. 95.

La Ley Reglamentaria de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, es muy específica en cuanto al consentimiento informado, y se refiere a ello en los siguientes términos:

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

Artículo 21 *“Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de la investigación, o en su caso, el representante 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. Cabe mencionar, que en el caso de la fertilización asistida, la explicación deberá versar acerca de por qué se recurre a ese medio alternativo de procreación y que efectos tendrá la inseminación artificial en su cuerpo, cual es el motivo por el que se utiliza la clase de inseminación a la que será sometida, etc. La paciente y su pareja deben entender la causa y razón del procedimiento.*
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales.*
- III. Las molestias y los riesgos esperados. En estos casos, debe explicarse a la pareja que efectos tendrá en el cuerpo de la mujer, y que complicaciones pudieran surgir.*
- IV. Los beneficios que pueden observarse. Las ventajas*
- V. Los procedimientos 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 o 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.* En relación con la fertilización asistida, este precepto puede interpretarse como el derecho de la mujer o de la pareja a interrumpir el procedimiento, sin perjuicio de que su tratamiento de infertilidad continúe por otros medios.
- VIII. *La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.* La pareja en el caso de fertilización asistida, tiene derecho a que se guarde la mayor discreción respecto a su infertilidad, al tratamiento que recibe para superarlo y demás pormenores que podrían invadir su privacidad.
- IX. *El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para seguir participando.* Esto implica recibir información acerca del curso de su tratamiento, de sus problemas y de posibles resultados, a fin de que la pareja decida si continúa con él o lo abandona.
- 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 le ameriten, causados directamente por la investigación y,*
- XI. *Que si existen pagos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.* Es claro que las dos últimas fracciones, no operan en el tema en cuestión que es la Reproducción asistida.

La pareja que se va a someter a alguna de éstas técnicas, debe tener muy claros los riesgos que puede tener la mujer, las posibilidades reales de que se produzca un embarazo múltiple; pero más que nada, debe tomar conciencia de que al lograr tener un hijo, pueden sacrificar a otros más porque habrá embriones sobrantes, si deciden fecundar varios óvulos, cuyo destino será la crioconservación. También es importante que la pareja de su consentimiento para que éstos embriones sobrantes puedan ser adoptados por otra pareja, si es que ellos ya no los quieren.

Por último, el **Artículo 22** del Reglamento en cuestión establece que el consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los requisitos siguientes:

- Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada anteriormente y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría de Salud.
- Será revisada, y en su caso, aprobado por la Comisión Ética de la Institución de atención a la salud.
- Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y de la relación que estos tengan con el sujeto de investigación.
- 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 el designe, y
- Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Es importante, a mi parecer, no dejar de mencionar el principio de beneficencia, de hacer el bien, de buscar el bien, o por lo menos, no maleficencia, de evitar el mal, el daño, o por lo menos de minimizar el riesgo de daño. Como el objetivo en la medicina no es matar, sino dar vida, en el caso de la reproducción humana asistida, los cigotos sean o no personas actuales o potenciales, viven solo gracias a la ciencia y a la técnica, de otro modo, su vida no sería posible, lo cual encarna una gran responsabilidad moral, social y jurídica.

El médico que practique una inseminación artificial, debe tomar en cuenta además, lo siguiente:

1. Él y su paciente son entes separados en interacción.
2. No sólo es la paciente, sino su esposo, la familia y el producto de la concepción.
3. La sociedad y núcleo familiar en que la pareja se desenvuelve.
4. Las experiencias habidas con el procedimiento o metodología considerando, y los requisitos imprescindibles para su realización.

5. La legislación vigente o en vías de materialización que rige la ética médica en el país, área o región.
6. Los factores culturales y religiosos involucrados.

Por lo tanto, se trata de una responsabilidad compleja, donde el médico no está obligado a hacer lo que considere éticamente inaceptable, ni puede prohibírsele realizar lo que el considere éticamente válido.

Por otra parte, los médicos han entrado en contacto con un derecho que se considera inalienable: el derecho a la reproducción. Sin embargo, los principios fundamentales de ética deben estar basados sobre todo en el beneficio y protección del niño producto de la concepción, ya que los adultos tienen o deben tener mecanismos de defensa y de adaptación bien establecidos, mientras que los niños no, lo que los hace más vulnerables. Si Alguien tiene que sufrir consecuencias indeseables de una desición, que sean siempre los adultos y no los niños.

Aunque si bien es cierto, el derecho inalienable a la reproducción natural, es en el que la pareja involucrada toma sobre si todas las responsabilidades del acto y del ejercicio del mismo. El médico sólo puede estar involucrado cuando se trata de factores de esterilidad en esas parejas; pero las consecuencias finales del ejercicio de ese derecho y la responsabilidad del bienestar del niño nacido son de la exclusiva incumbencia de ellos.

Sin embargo, no siempre ha sido una obligación del médico informar al paciente sobre su condición y sobre los procedimientos que, de acuerdo con los avances científicos, el profesional estima necesarios para ayudarle a recuperar la salud o por lo menos, para tener mejora o alivio para su sufrimiento. Mas aún, en un modelo paternalista del ejercicio de la medicina como el que prevalecía en casi todos los países hasta bien entrado el siglo XX, el médico no debía informar sino aquello que se estimara necesario para obtener la colaboración del paciente, en todo caso, era potestad del médico decidir la cantidad y calidad de la información suministrada y en el mejor de los

casos se solicitaba el asentimiento del paciente. En la segunda mitad del siglo XX se dieron cambios fundamentales en el ejercicio de la medicina, la cual pasó del modelo paternalista a un modelo autonomista. Estos cambios se reflejan, entre otros aspectos, en el deber del médico o del profesional de la salud de informar sobre los procedimientos que aconseja verificar que el paciente ha comprendido y pedir consentimiento al paciente, quien tiene derecho de aceptar o rechazar el procedimiento en cuestión.

Solo se constituye el consentimiento informado cuando el paciente, con fundamento en su autonomía, decide si se somete o no a una determinada intervención quirúrgica o terapéutica. Este derecho que tiene el paciente frente al deber de informar que tiene el médico ha sido reconocido por la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

La expresión consentimiento informado fue utilizada por primera vez en 1957 y no en el campo médico, sino en el jurídico, haciendo referencia a un procedimiento médico. Una sentencia en el Estado de California, E.U fue la que señaló la necesidad de informar de los hechos relevantes para obtener un consentimiento inteligente. Esta decisión fue el anuncio del reconocimiento del derecho de los pacientes a recibir información acerca de los procedimientos médicos a los que van a someterse y a decidir libre y voluntariamente si desean o no someterse a ellos. Fue durante la segunda mitad del siglo XX que se reglamentó el deber por parte de los médicos y el derecho por parte del paciente de realizar acciones tendientes a obtener el consentimiento informado tanto para la aceptación de procedimientos médicos como, y de manera especial, para la realización de investigaciones con seres humanos. El respeto por la autonomía de los seres humanos es el que inspira ésta práctica que revolucionó el ejercicio de la medicina. Desde el punto de vista jurídico, el consentimiento informado se entiende como un acuerdo entre dos voluntades que puede tener consecuencias jurídicas.

Esta decisión debe ser tomada por la mujer de forma libre, voluntaria y consciente después de que el médico le haya informado sobre la naturaleza de la intervención así como de las alternativas posibles, con sus posibles riesgos y beneficios.

De acuerdo con lo anterior, es necesario que el profesional en ejercicio del acto médico y como parte de una relación médico-paciente humanizada y respetuosa cumpla a cabalidad con las características del consentimiento informado, como son; revelación de la información, comprensión de la misma, consentimiento voluntario y competencia para consentir.

3.4 Repercusiones psicológicas

Cuando una pareja que toma la seria decisión de tener un hijo, resulta infértil, esta decisión en consecuencia, representa el comienzo de una experiencia muy difícil y estresante.

El diagnóstico de infertilidad cambia radicalmente la vida de estas parejas, se vuelven esclavos de las visitas continuas al médico, de los medicamentos, de las intervenciones quirúrgicas y de las relaciones sexuales programadas. Todo ello afecta de alguna manera su estado físico y emocional.

Los problemas psicológicos más comunes por los que pasan las parejas infértiles, son la ansiedad y el estrés. La ansiedad por la naturaleza de los tratamientos y procedimientos terapéuticos a los que se someten y por el miedo a que éstos fallen; y la depresión, por la incapacidad que experimentan de no poder concebir o por los resultados negativos de los tratamientos.

Por ello, las parejas que deciden intentar tener un hijo por medio de alguna técnica de reproducción asistida requieren de ayuda profesional, sobre todo en el campo psicológico.

La ayuda que se le brinde a la pareja infértil debe incluir el apoyo psicológico de profesionales de la salud desde el momento en que se les diagnostica la esterilidad. Como se ha puntualizado anteriormenete, los problemas emocionales no sólo se le atribuyen a su infertilidad, sino también a los tratamientos elegidos y a la espera de resultados.

Por lo tanto, la intervención de un psicólogo se hace necesaria cuando:

- Las reacciones emocionales del paciente o de su pareja le impiden buscar tratamiento, cooperar o interfieren con el mismo.
- Las reacciones emocionales del paciente o su pareja perturban su vida diaria.
- Las reacciones emocionales o de su pareja se manifiestan en forma de síntomas psiquiátricos convencionales.

Debido a que la ansiedad y el estrés son problemas emocionales muy comunes en las parejas que optan por someterse a un tratamiento de reproducción asistida, es conveniente brindarles apoyo mediante un programa de entrenamiento en manejo de ansiedad y estrés.

Se pueden formar grupos de apoyo en los que se impartan técnicas de relajación y estrategias específicas para enfrentar la ansiedad y disminuir el estrés, como por ejemplo, la eliminación de patrones negativos de pensamiento, por patrones positivos, preparación mediante prevención de respuesta, búsqueda de apoyo social y familiar, y estrategias para aumentar la sensación de control de las situaciones que se presenten.

Todo lo anterior, es de gran ayuda para estas parejas, al producir una disminución de los síntomas psicológicos negativos de la pareja, también conlleva una mejoría en su calidad de vida, en su actitud frente a los problemas y un mejor afrontamiento de su infertilidad.

3.5 El derecho canónico y su postura

La religión, desde el ámbito de su estructura, se pudiera definir como una corporación con principios doctrinarios, que se encuentra organizada en un orden jerárquico, sustentado en miembros activos o no. En consecuencia, podría decirse que la religión, es el conjunto de deberes que resultan al hombre de sus relaciones con Dios y cuya difusión y vigilancia de esos deberes que tiene el hombre con Dios, son los representantes de la divinidad en la tierra, representados en una persona física.

La religión católica, que es la que más predomina en la sociedad mexicana, sirve para conocer a Dios, una divinidad que siempre es justa, bondadosa, misericordiosa. Un espíritu eterno que no tuvo principio ni tendrá fin, infinitamente sabio, santo, poderoso, inteligente, que no puede estar equivocado, ni puede engañarnos. Una divinidad que ha amado al hombre por sobre todas las cosas y en el cual existen tres personas distintas, a lo que suele llamarse La Santísima Trinidad, que está integrado por Dios Padre, Dios Hijo y Dios Espíritu Santo.

La doctrina católica, no solo nos enseña a amar a Dios, sino también a no ofenderlo, haciendo el bien y evitando el mal, haciendo buenas obras a amar al prójimo como a sí mismo.

Una vez expuestos de manera muy general los principios o mandamientos que sustenta la iglesia católica, corresponde ahora fijar cual es la postura que mantiene la Iglesia Católica, respecto a la fecundación humana asistida.

Categoricamente la Iglesia Católica considera que la fecundación humana asistida, es una práctica que agravia a Dios. Prueba de ello es lo manifestado por el anterior y máximo jerarca de la Iglesia Católica S.S. Juan Pablo II, quien en la Encíclica *Evangelium Vitae* (Evangelio de la Vida), trata este asunto en el número 14, donde se consideran estas técnicas de reproducción, como atentados en contra de la vida.

Existe un ensayo de la doctrina católica, intitulado *Inseminación Artificial y Clonación*, elaborado por el jerarca eclesíástico PEDRO HERRASTI, el cual reproduzco de manera textual, una visión del presente tema, desde el punto de vista de la doctrina católica, dada su importancia para la presente investigación:

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

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

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

Puede transplantarse un embrión, fertilizarse un óvulo con cualquier esperma y puede ser congelado, por lo que los primeros días de la existencia de este ser humano, los pasan en un laboratorio esperando a que otros decidan su destino.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El choque emocional de un niño normal al enfrentarse al divorcio de sus padres, es menos al compararlo con el niño “experimento” que encima de todo, se entera que su padre no es su padre, que su madre no es su madre o no lo llevó en su seno, y no son pocos los casos en que cuando el niño llega a los dieciocho años, se lance a las clínicas de fertilidad en busca de sus padres biológicas para ver si alguien puede amarlo y preguntar que tenían en mente cuando tomaron una decisión que lo hace desdichado²⁹.

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

Asi también, para la Iglesia Católica, desde la fecundación existe la persona humana, por consiguiente, los preembriones, embriones y fetos, son considerados como

²⁹ HERRASTI ALICIA Y R.P. PEDRO HERRASTI S.M INSEMINACION ARTIFICIAL Y CLONACION 2da. EDICION FOLLETO EVC 619 P. 2)

personas humanas. Para la religión la criogenia o congelación de un embrión, es consecuencia de la soberbia del hombre al congelar a un ser humano.

Se puede establecer que la Iglesia Católica acepta la inseminación homóloga, pero considera a la heteróloga como una abominación y un desorden moral condenable.

Y así lo expresa, ya que desde el 28 de septiembre de 1949, la Iglesia Católica fijó su postura, ya que Pio XII se pronunció en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos en el sentido de considerar la inseminación artificial fuera de matrimonio, pura y simplemente como inmoral. La procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio. La fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero, es igualmente inmoral, y como tal, debe reprobarse.

La instrucción vaticana ha manifestado que obtener gametos de una tercera persona para disponer de esperma u óvulos, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y de una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad.

CAPITULO IV
MARCO JURÍDICO DE LA
REPRODUCCION HUMANA
ASISTIDA EN MEXICO

Los descubrimientos en el campo de la Bioética nos colocan ante hechos que se encausan hacia la ética, lo moral y lo jurídico sin lugar a dudas. Así, los adelantos técnicos en materia de reproducción Asistida han creado situaciones que el Derecho se ha visto obligado, por su misma naturaleza dinámica a contemplar en sus leyes y reglamentos, tratando de sintetizar las consecuencias legales para dar certeza jurídica a los sujetos que se encuentren en los casos generales abstractos enunciados por la misma ley.

A continuación, se hace referencia al marco jurídico que rodea la fertilización humana asistida o también llamada reproducción artificial en nuestro país en sus diferentes leyes o reglamentos.

4.1 Derecho Constitucional

Como bien es sabido, la Constitución Política De los Estados Unidos Mexicanos, es nuestra Ley Suprema, tomando en consideración que ningún tratado internacional firmado y ratificado por el Estado Mexicano, ni así tampoco ninguna norma federal o de carácter secundario podrá transgredir preceptos constitucionales, atendiendo a su supremacía.

En éste sentido, me parece preciso y necesario hacer referencia a la máxima emitida por el benemérito Don Benito Juárez, que versa, “Entre las Naciones como entre los individuos el respeto al derecho ajeno es la paz”, lo cual tiene una íntima vinculación a lo consagrado en el artículo primero de nuestra Carta Magna que por su parte establece:

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

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

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

De igual forma, la Constitución mexicana consagra los derechos de conservación de la salud y de la vida, elevando ambos rubros a la categoría de garantías individuales, e incluso, con las reformas a los artículos 14 y 22 de la Carta Magna se confirma la concepción del legislador en el sentido del pleno derecho a la vida, al establecer que en la República Mexicana quedan prohibidas las penas de muerte, todo lo cual se contempla específicamente en los artículos ya citados así como en el artículo cuarto, que literalmente expresa lo siguiente:

Artículo 4 constitucional: *“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 esparcimiento de sus hijos...”*

“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 ésta Constitución. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a

la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendentes, tutores y custodios, tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”

Por su parte, el **artículo 22 de la constitución**, establece la prohibición de la pena de muerte, las mutilaciones, la marca, las infamias, los azotes, los palos, y en general, el tormento de cualquier especie; la multa excesiva y la confiscación de bienes. Menciona las circunstancias en las que no se considerará confiscación la aplicación total o parcial de bienes a una persona hecha por la autoridad judicial, y cuando se aplicarán éstos a favor del Estado.

Sobre las anteriores disposiciones constitucionales, y en relación a las técnicas de reproducción asistida cabe preguntarse lo siguiente: ¿hasta donde podemos anular o menoscabar los derechos de los embriones al utilizar técnicas como la criopreservación? ¿Tienen derecho o no los concebidos por este medio a conocer su verdadero tronco común? ¿Cuál es la postura legal de la madre sustituta?

En relación a tales cuestionamientos, estimo que no debemos menoscabar los derechos del concebido no nacido, ya que el artículo 14 de la constitución es categórico al plasmar que nadie puede ser privado de la vida, la libertad o sus propiedades, posesiones o derechos; así también, el artículo 16 de la misma constitución, establece que 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...

Luego entonces, si nuestra constitución consagra como garantía individual el derecho a la vida, es así como habrá que tener sumo cuidado con lo que a su vez habrá de

legislarse respecto a las técnicas de reproducción asistida, con la finalidad de no violentar preceptos de carácter constitucional, asimismo, es evidente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en estricto respeto a la norma constitucional, emitió el siguiente criterio de Jurisprudencia emitido por el Pleno y que está registrada bajo el número P./J. 14/2002, Novena Época, visible en la página 588 del Tomo XV, correspondiente al mes de febrero de 2002 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo epígrafe y texto, literalmente señalan:

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCION, SU PROTECCION DERIVA DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. *Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4º y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud, y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquella, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación, el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana,*

así como que en el estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte; así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 Constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro Gudiño Pelayo, Ponente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

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

Como se puede observar, a pesar de que el artículo cuarto de la Constitución, proclama la libertad para hombres y mujeres de decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos de manera responsable e informada; y señala el derecho a la protección de la salud, elevándolo a rango constitucional sentando las bases para la existencia de la Ley General de Salud y sus respectivos reglamentos; y atribuyendo al Estado mismo la obligación de prevenirla y preservarla, lo cierto es que en el sistema jurídico mexicano, existe una falta de regulación expresa en las técnicas de reproducción asistida. Sólo la Ley General de Salud y su Reglamento en materia de Investigación para la salud, y algunas leyes reglamentarias, es donde podemos encontrar disposiciones relativas a la fertilización in vitro.

4.2 Ley General de Salud

Por lo que hace a la Ley General de Salud que es reglamentaria del artículo 4º., párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ésta tuvo su aparición cuando el 26 de diciembre de 1983, el Congreso de la Unión la aprobó y publicó en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. Conformada por 472 artículos, distribuidos en dieciocho títulos, además de los transitorios dedicados a su entrada en vigor. Básicamente se definen en ellos las modalidades para el acceso a los servicios de salud, las disposiciones relativas a la investigación para la salud y donación y utilización de tejidos humanos; la integración, objetivos y funciones del Sistema Nacional de Salud y además se establece la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas en materia de salud en general.

Respecto a la atribución de competencias entre la federación y las entidades federativas, la fija el artículo 13, señalando al efecto que le corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de salud “Dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación en todo el territorio nacional, de servicios de salud, en materia de salubridad general y verificar su cumplimiento y coordinar el sistema nacional de salud, entre otras atribuciones. Mientras que a los Estados les corresponde, como autoridades locales “organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de servicios de salubridad en general”.

Esta Ley entiende por servicios de salud “todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”. Además, los servicios médicos de salud se clasifican básicamente en tres tipos: De atención médica, de salud pública y de asistencia social.

Como se puede apreciar, las disposiciones legales que van a regir en materia de salud, y por lo tanto las que atañen a la fertilización *in vitro*, serán disposiciones de carácter federal, válidas para toda la República

El Título Tercero correspondiente a la Prestación de los Servicios de Salud, en su Capítulo VI de los Servicios de Planificación Familiar, el artículo 68 de la mencionada Ley, establece los servicios que se comprenden en materia de planificación familiar, de los cuales, y para efectos del presente trabajo, sólo es de relevancia su fracción IV que literalmente establece:

Artículo 68 LGS: *“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.”

En materia de investigación para la salud, la citada Ley dispone en su **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 General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que se considere que es necesario.”

4.3 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

El Título Segundo del Reglamento en materia de investigación para la salud, reglamentaria de la Ley General de Salud, establece las normas para que se lleve a cabo, según sean los efectos de la investigación. Fijando a la Secretaría de Salud como la componente para emitir las normas técnicas a que se sujetará, en todo el territorio nacional, la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres humanos, incluyendo los embriones y fetos.

Para referirnos en concreto de las disposiciones regulatorias de los procedimientos de reproducción asistida en México, nos tenemos que remitir a dicho Reglamento, cuyo contenido al respecto se presenta a continuación:

TITULO IV: De las investigaciones 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 Reproducción Asistida.

Artículo 40: *Para efectos de ésta ley, se entiende por:*

...II Embarazo. Es el periodo comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciado por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva de embarazo médicamente aceptado) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

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

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

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

De lo anterior, se desprende que ahí sólo se limita a establecer que puede llevarse a cabo la Fertilización Asistida de manera homóloga, esto es, con las células sexuales

masculinas y femeninas de la pareja; o bien heteróloga, con la aportación de gametos provenientes de terceros donantes. Sin embargo, se omite precisar o definir en que consiste la Fertilización Asistida, así como el concepto de cada una de las técnicas que pueden practicarse en los pacientes que sufren de infertilidad, y que se entiende por éstas, para que en su caso y a modo ejemplificativo, tanto el gobernado como el juzgador en caso de controversia judicial, puedan no sólo establecer, sino entender cuando se trata de una Técnica de Reproducción Asistida intracorpórea o extracorpórea.

Por otro lado, el **artículo 43** del aludido ordenamiento, establece que para la fertilización asistida, se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario; cuyos lineamientos están contenidos en los artículos 20, 21 y 22 de dicho Reglamento y que ya fueron abordados en su oportunidad.

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

4.4 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, tejidos y cadáveres de Seres Humanos.

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

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

Dentro de la legislación en cita, específicamente en la Sección Cuarta “De las disposiciones de los productos”, se desprenden los siguientes preceptos legales que interesan respecto al tema que nos ocupa, y que son:

Artículo 56 *“Para efectos de este reglamento, además de los señalados por la fracción XVIII del artículo 6º. Del mismo ordenamiento, serán considerados como productos del cuerpo humano las excretas y las células germinales.*

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

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

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

4.5 Código Civil del Distrito Federal

Únicamente puedo expresar que en cuanto al Código Civil del Distrito Federal, en su Libro Primero, denominado De las Personas; en el Título Quinto intitulado Del Matrimonio, Capítulo III. De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, se dispone lo siguiente: Que los cónyuges tienen la obligación de contribuir cada uno por

su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, que tienen derecho a decidir sobre el número de hijos y a emplear cualquier método de reproducción asistida en los términos que señale la ley, con el fin de lograr su propia descendencia, y será de acuerdo a ambos cónyuges.

Más adelante, establece lo que es el vínculo de parentesco y sus clases; mismas que ya se abordaron en su oportunidad.

4.6 Código Civil del Estado de Veracruz, Llave.

Cabe hacer mención que además de reproducir las cuestiones relativas a la figura jurídica del matrimonio, al parentesco y sus clases y los derechos y obligaciones que se derivan de los mismos, no hace en ningún precepto mención en cuanto a la reproducción asistida se refiere.

4.7 Código penal del estado de Veracruz, Llave

A pesar de que nuestra legislación civil estatal, no contempla la figura de la Reropucción Humana Asistida, el Código Penal si lo contempla como delito en la modalidad expresada en su Libro Segundo, Título Segundo denominado Delitos de peligro para la vida y la salud personal, específicamente en su capítulo V de la Manipulación Genética, cuyo **artículo 159** establece:

“Se impondrán prisión de dos a seis años, inhabilitación hasta po el mismo tiempo para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, profesión u oficio y multa hasta de trescientos días de salario mínimo, a quien:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipule genes humanos de manera que se altere el genotipo;*
- II. Fecunde óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, o;*
- III. Mediante la clonación u otro procedimientos, pretenda la creación de seres humanos con fines de selección racial”.*

Artículo 160 *“Se impondrán de dos a siete años de prisión y quinientos días de multa a quien;*

- I. Disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes o donatarios;*
- II. Sin consentimiento de una mujer mayor de dieciséis años o aún con el consentimiento de una menor de edad o incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, o*
- III. Implante en ella un óvulo fecundado sin su consentimiento o sin el de los donantes o depositarios, o con el consentimiento de una menor de edad o de un incapaz para comprender el hecho o para resistirlo.*

Este delito se perseguirá por querrela. Si el delito se realiza con violencia o del mismo resultare un embarazo; la pena aplicable será de cinco a catorce años de prisión y multa hasta de quinientos salarios.

Además de las penas previstas, se impondrá privación del derecho de ejercer la profesión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. Si se trata de servidores públicos, se impondrán también, en los mismos términos, la destitución y la inhabilitación para el desempeño de empleo, cargo o comisión públicos”.

4.8 Legislación civil de otras entidades federativas que se han pronunciado sobre la materia de reproducción asistida.

San Luis Potosí: El Código Civil del Estado, en su artículo marcado con el numeral 147, de su Título Quinto denominado Del matrimonio y el concubinato; establece el derecho de las personas a decidir libre, responsable e informadamente sobre el número y esparcimiento de sus hijos, y que podrán ser utilizados los métodos de la fecundación artificial o asistida, exceptuando la madre sustituta.

En el Código Penal del mismo Estado se incluyen nuevos tipos penales debidos al avance científico y tecnológico, tales como la inseminación indebida y, la esterilidad

provocada en los numerales 157 y 158 respectivamente, que en síntesis expresan lo siguiente:

Artículo 157: Comete el delito de inseminación indebida quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años, o sin o con el consentimiento de una menor de edad o incapaz, practique en ella inseminación artificial.

Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá una sanción mayor que en el primer caso.

Artículo 158: Comete el delito de esterilidad provocada, quien sin el consentimiento de una persona, practique en ella procedimientos quirúrgicos con el propósito de causar esterilidad.

Estado de México. Su legislación civil sustantiva, en el Capítulo I de las Disposiciones Generales aborda el Consentimiento de la mujer para la inseminación artificial, dentro del Título Cuarto Del parentesco y los alimentos, que en el artículo marcado con el número 4,112 establece que la reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial sólo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento. En el caso de la mujer casada, establece el consentimiento forzoso de su cónyuge. Y añade que tampoco podrá dar en adopción al menor nacido mediante éste método reproductivo.

En el numeral 4,113 establece que los padres o tutores no pueden dar su consentimiento para la reproducción asistida en una menor de edad o incapaz. El 4.114 Habla sobre clonación y la prohíbe.

Tabasco. El Código Civil del Estado en cuestión en su artículo 92 aborda el tema del reconocimiento y registro de los hijos, y en su párrafo segundo hace la mención de que no será válido y se testará de oficio, de manera que quede ilegible, cualquier cuestión que califique la filiación con palabras como: “Hijo natural”, “Hijo ilegítimo”,

“Hijo de padre desconocido”, o “Habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial”. El párrafo tercero, cuarto y quinto expresan textualmente:

“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 éste hecho implica su aceptación. En los casos en 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 la sentencia ejecutoria que así lo declare”.

Artículo 165 Relativo a los deberes y derechos nacidos del matrimonio establece el derecho a emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia; derecho que se debe ejercitar de común acuerdo en la pareja y haciéndolo extensivo al concubinato.

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

Artículo 327 Cuando no podrá 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.

El artículo 329 Establece que el padre no podrá desconocer que es padre del nacido dentro de los 180 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.

El artículo 330 Establece que la acción de Contradicción de paternidad no prospera en los casos en que el marido haya reconocido expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por los métodos de reproducción humana asistida.

El numeral 340 Habla de la presunción de los hijos del concubinato, estableciendo al respecto:... III Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable”.

Coahuila. En el Código Civil de dicho Estado, en el Libro Segundo denominado del Derecho de familia, en su Título Segundo, del Parentesco y de los alimentos, CapítulolIII De la filiación. Sección Tercera intitulada De la Filiación resultante de la fecundación humana asistida, se desprenden los numerales marcados del 483 al 491, a cuyo contenido hago referencia a continuación de manera sintética:

Coahuila en su Derecho Civil sustantivo expresa: Que se entiende por asistencia médica para la procreación, las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.

Establece también que sólo podrán realizar algún método de reproducción asistida las parejas unidas en matrimonio o concubinato, pero sólo una vez que hayan transcurrido cinco años y no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles, pero si son diagnosticados con infertilidad o esterilidad, se les permite la inseminación heteróloga.

La Secretaría Salud del Estado tiene la obligación de entregarles a las parejas que se sometan a un método de reproducción humana asistida, una guía que contenga una descripción de las técnicas, las disposiciones legales aplicables; además de informar a los cónyuges ampliamente sobre el tema.

Los cónyuges o concubinarios, deben dar su consentimiento por escrito y protocolizarlo ante notario público; quienes hayan dado su consentimiento para el empleo de esta forma de reproducción, no podrán impugnar la filiación, a no ser que se pruebe que el hijo procreado por una de las técnicas mencionada no llegó a término o que el consentimiento otorgado para ello fue privado de efecto. Si muere quien ya dio su consentimiento, este se entiende como revocado.

Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no puede ser inseminada con material del que fuera su cónyuge, y si hubiera un óvulo fecundado en forma extracorpórea, deberá ser implantado a la viuda, divorciada o a la mujer cuyo matrimonio se anuló.

4.9 Tratados internacionales

Los tratados internacionales se pueden comprender de una manera sencilla como aquellos acuerdos celebrados por escrito entre dos o más Estados, los cuales obligan a las partes, y se rigen por el Derecho Internacional. Nuestra Constitución los menciona y los regula en el artículo 133 que establece:

Artículo 133 Constitucional: *“Ésta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los Tratados celebrados y que se celebren por el Presidente de la República on aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.*

Es necesario puntualizar, que cuando nuestro país ha firmado y ratificado un Tratado Internacional, éste se convierte en Derecho interno y forma parte del Derecho vigente, en una jerarquía de leyes, se encuentra sobre las federales y locales, así lo ha interpretado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis de Jurisprudencia número P.LXXVII/9, Nóvena Época, visible en la página 46 del Tomo X, Noviembre de 1999 al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que dice:

TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCION FEDERAL. *Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro Derecho. Existe unanimidad respecto de lo que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “...será la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los Tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha*

encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones entre las que destacan: Supremacía del Derecho Federal al Local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema, lo que sea calificado de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia, considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano, inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del Derecho Federal y local. Ésta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades ante la comunidad internacional; por ello se explica que el constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado, y de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar ésta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que, por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado, pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente que para otros efectos esto sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al Derecho Federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que: “Las facultades que no estén expresamente concedidas por ésta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, éste Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.”: Sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al Derecho Federal.

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

- **Declaración de Ginebra DE 1924.** Siendo ahora admitido en la profesión médica, solemnemente doy mi palabra de consagrar mi vida al servicio de la humanidad; guardaré respeto y gratitud a mis dignos maestros, practicaré la medicina con dignidad y conciencia, pondré en primer lugar la salud y la vida de mis enfermos, celosamente callaré cualquier confidencia de mis pacientes; mantendré el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; mis colegas serán como hermanos; no permitiré discriminaciones de raza, religión, nacionalidad, partidos políticos o posición social que intervengan entre mi deber y el paciente; **mantendré el mayor respeto a la vida humana desde su concepción, ni bajo amenazas usaré mis conocimientos contra las leyes de la vida y la humanidad;** espontáneamente y por mi propio honor, formulo éste juramento.
- **Convención Sobre Prevención Y el Castigo del Crimen Genocidio,** ratificado por México el 22 de julio de 1952 y publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de octubre del citado año.

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

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos,** adoptada el 10 de de 1948.
- **Declaración de los Derechos del Niño,** adoptada en la Asamblea General de 20 de noviembre de 1959, en donde dentro del preámbulo se refiere;

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

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

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

- **Declaración sobre la eliminación de la Discriminación Contra la Mujer**, adoptada el 7 de noviembre de 1967.
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, firmado en San José Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1969, ratificada por México el 24 de marzo de 1981, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo del mismo año.

Artículo 4. Derecho a la vida

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

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, ratificado por México el día 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de ese mismo año.
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de ese mismo año.
- **Convención de los Derechos del Niño**, adoptada el día 20 de noviembre de 1989, aprobado por el Senado de la República el 21 de septiembre de 1990 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, en donde se contiene, específicamente en el preámbulo lo siguiente:

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados

especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes, como después del nacimiento.

Independientemente del derecho que tiene el hombre y la mujer a la reproducción y perpetuación de la especie, incluso por medio de la inseminación artificial, estos avances reproductivos tienen implicaciones en la esfera de protección jurídica de los niños; baste citar los siguientes:

1. El derecho a una filiación paterna y materna (artículos 7 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño)

En el caso de la llamada inseminación homóloga, no representa conflicto jurídico, ya que se trata de su propio hijo biológico, su filiación y situación jurídica está claramente prevista en nuestra legislación; existe correspondencia entre la filiación consanguínea natural y la legal.

El problema se presentaría, por ejemplo, si nace un hijo producto de inseminación artificial de madre soltera, ya que prácticamente nace sin padre. Y como la filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno, hablese de hermanos, abuelos, tios, primos etcétera. De tal manera que al negarle a un menor, desde antes de su nacimiento, con conocimiento de causa, el derecho a un padre, se le niega también el derecho a una filiación paterna. Privándole, consecuentemente, dentro de un orden genealógico familiar una serie de vínculos afectivos y de derechos a los que por lógica, tendría acceso con la filiación paterna.

2. El derecho del menor a conocer sus orígenes genéticos (artículos 7 y 8 Convención de los Derechos del Niño)

En el caso de un niño engendrado con espermatozoides de un donador anónimo y de una mujer que proporciona su óvulo y que además presta o renta su útero, y al término del embarazo y del parto entrega a los padres contratantes al niño, nos lleva a un gravísimo problema de derechos fundamentales y de filiación, ya que el hecho de que

una persona desconozca sus orígenes genéticos, es contradictorio de los derechos humanos fundamentales; además de que el hecho puede causar graves prejuicios psicológicos al menor.

3. El derecho del menor a pertenecer a una familia integrada (artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño)

En interés del menor, considero que ésta es una de las condiciones más importantes para un perfecto desarrollo integral del menor, incluyendo la socialización de mismo. La separación de un menor de sus padres solo es justificable en casos de necesidad o cuando la misma convivencia causara un perjuicio al menor, pero mientras eso no ocurra, no se debe privar al menor de ese derecho.

4. Calificación jurídica del embrión

En la Recomendación 1046 de 1986 se afirma que desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua, con lo que no puede hacerse distinción en el curso de las primeras fases de su desarrollo, siendo necesaria una protección del embrión desde ese preciso instante.

Posteriormente la recomendación 1100 de 1989 señala la existencia de varias fases en el desarrollo embrionario, (cigoto, mórula, blastúla, embrión, preimplantatorio, embrión y feto), y reconoce la continuidad a lo largo de todas de la misma identidad biológica y genética.

En cualquier caso, la protección debida al embrión se basa en el respeto a la dignidad humana, y en el respeto de los derechos y de los intereses del hijo, que se puede resumir en el derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y existencial, en el derecho a la familia, en el derecho a recibir el cuidado de sus padres y a crecer en un ambiente familiar adecuado y en el derecho a la propia identidad genética.

También el embrión muerto en los primeros estadios de la división celular tiene un carácter humano. El respeto de la dignidad humana derivado del mismo, impide

tratarlo como simple objeto de investigación y condena su utilización con fines industriales o comerciales.

5. Implantación

Se considera el destino natural del embrión, pero para evitar producir embriones sobrante, se solicita limitar el número de embriones fecundados a aquel estrictamente necesario para aumentar la posibilidad de éxito de la fecundación, debiendo implantarse todos los embriones si ello fuera posible; si no lo es, se permite la crioconservación de los sobrantes para salvar una vida.

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

5.1 Países que contemplan legalmente la inseminación humana asistida

Entre los países que más se han destacado por legislar en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, podemos encontrar principalmente a los países europeos, como España, Alemania, Reino Unido y, Suecia, entre otros, pues atendiendo a la revolución en materia de reproducción humana que se inició con la técnica concerniente a la inseminación artificial, y que pretende terminar con la Ectogénesis, (concepción y gestación hasta el nacimiento de seres humanos en el laboratorio, sin utilizar el cuerpo femenino)³⁰, ha ocasionado la preocupación de diversos sectores que se sienten afectados, siendo que por cuanto hace al derecho, el principal impacto ha sido resentido por el Derecho Civil, específicamente en la rama familiar.

Por otra parte, en los distintos países europeos, existen diferentes tipos de regulación legal en materia de reproducción, algunos se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y normativas. Por último, existen países que tienen una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria; como se expone a continuación algunos de ellos:

FRANCIA:

- Código de seguridad social
- Ley relativa al respeto del cuerpo humano
- Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994).

GRECIA:

Ley 1329 de 15 de febrero de 1983

- Se regula la paternidad en caso de consentimiento del esposo de la inseminación artificial de la cónyuge.

³⁰ HURTADO OLIVER, XAVIER. El Derecho a la Vida ¿y a la muerte? Editorial Porrúa, México 1999 pag. 31

PAISES BAJOS:

- Código Civil: La acción de desconocimiento de la paternidad se rechaza mediante consentimiento del marido a la concepción artificial.

PORTUGAL:

- Decreto Ley No. 496 de 25 de noviembre de 1977: El marido que consiente la inseminación artificial no puede negar la paternidad.
- Código Penal de 23 de agosto de 1982. Quienes practiquen inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento, serán castigados con prisión de 1 a 5 años. La acción penal sólo se inicia por denuncia personal
- Ley sobre Educación Sexual y Planificación Familiar No. 3/84 de 20 de diciembre de 1984: El Estado mediante centros especializados avalará los tratamientos de esterilidad y desarrollará los estudios y prácticas de la inseminación artificial.

SUECIA:

- Ley No. 1139 sobre la inseminación artificial de 20 de diciembre de 1984. Prohíbe la inseminación post mortem. Reconoce el derecho del hijo a conocer la identidad de su padre biológico al llegar a la mayoría de edad.
- Ley sobre la fecundación in vitro (1988). Si la inseminación artificial realizada en la madre, lo es con consentimiento de su esposo o concubino bajo condiciones maritales, el concebido será reputado como su hijo.
- Ley sobre Inseminación No. 1140 de 20 de diciembre de 1984. Define a la inseminación como la introducción del semen a la mujer por medios artificiales. Sólo se realizará bajo la condición de que la mujer esté casada o en relación de concubinato, debiendo en éste último caso, obtener el consentimiento escrito del hombre. La inseminación se realizará con espermatozoides de hombre diferente al esposo o concubino, sólo se realizara en hospital estatal bajo la supervisión de especialista en ginecología y obstetricia.

REINO UNIDO:

- Surrogacy arrangements Act. De 16 de julio de 1985

BULGARIA:

- Código de familia de 18 de mayo de 1985: La maternidad se determina con el nacimiento: Similar criterio se aplica al concebido con material genético de otra mujer. El desconocimiento de la paternidad no se admite en el caso de la inseminación artificial si mediara consentimiento escrito del esposo

HUNGRIA:

- Ley de 1974

DINAMARCA:

- Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos bioéticos (1987)

NORUEGA:

- Ley sobre fertilización artificial (1987)
- Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina (1994)

ESPAÑA:

- Ley sobre técnicas de reproducción asistida. Limita el número de hijos con material de un mismo donante a seis.
- Ley sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (1988). Se acepta la inseminación post mortem, dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del cónyuge o concubino. Se admite la crioconservación hasta por 5 años.

ALEMANIA:

- Ley sobre protección del embrión humano (1990)

INGLATERRA:

- Ley sobre fertilización humana y embriología. Admite la crioconservación hasta por 10 años. A pesar de la estipulación del anonimato del donante, se permite al producto de su material, tener acceso a cierta información general de su padre biológico, y en ocasiones extremas, a conocer su identidad.

CANADÁ:

- Código Civil de Quebec. No se admite el desconocimiento de la paternidad sobre el concebido a través de la inseminación artificial mediante consentimiento
- Childrens Act o Yokon

ESTADOS UNIDOS:

A nivel federal, Estados Unidos, tiene dos leyes respecto al tópico abordado que son:

1. Clinical Laboratory Improvement Amendments Act de 1988, (CLIA) la cual establece los estándares de calidad que deben llevar a cabo todos los laboratorios que practican tests diagnósticos; y
2. Fertility Clinics Success Rate and Certification Act de 1992, (FCSRCA), en ésta se marcan los estándares mínimos que deben tener las clínicas de fertilización humana, en la realización de las mismas, así como el manejo y utilización de material genético. Por otra parte obligan a las clínicas a publicar estadísticas sobre su actividad y su tasa de éxitos y fracasos de los tratamientos aplicados.

Los Estados de este país que han regulado de forma exhaustiva las Técnicas de Reproducción Asistida, son:

- Florida
- Virginia
- New Hampshire
- Illinois

ESTADO DE ILLINOIS, USA:

- Ley y procedimiento criminal. Toda persona que intencionalmente provocara la fertilización de un huevo humano con esperma fuera del cuerpo femenino, deberá hacerse cargo del concebido

AUSTRALIA:

- Victoria Infertility Act. 1984 No. 10163. Procedimientos prohibidos: clonación, procedimientos con gametos humanos fertilizados con gametos animales, congelación de embriones

LIBIA:

- Código Penal ley de 28 de octubre de 1971. El que aplique inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento será castigado con pena de prisión hasta de 10 años, y con su consentimiento hasta 5 años; a la mujer que la consienta se le aplicarán hasta 5 años y el marido será castigado con a misma pena si consintió a la inseminación.

También en los países de éste lado del continente, se ha legislado o pronunciado respecto de la materia de Reproducción Humana Asistida, aunque cabe hacer mención que de manera menos específica o detallada que los países de Europa. De tal manera, que podemos mencionar a países como Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Perú, Panamá, Venezuela, Estados Unidos al cual ya me he referido; y México que contemplan de alguna manera, la legalidad de ésta forma de procreación; y que además cuentan con clínicas especializadas en ello. Aunque cabe hacer mención que dentro de éstos países no se lleva un registro oficial de tales instituciones.

Por citar un ejemplo, el Código de familia de Bolivia sostiene que la paternidad no puede desconocerse luego de dar su consentimiento por escrito. Argentina sostiene que no basta el consentimiento del marido para introducir un extraño en la familia, una persona entraña a la sangre; Costa Rica dispone que el consentimiento a la

inseminación artificial, tanto heteróloga como homóloga, equivaldrá a la cohabitación tanto a nivel de filiación como de paternidad.

5.2 Comunidad Europea

Por otra parte, en el seno de la Comunidad Europea han trabajado dos instancias en vista a establecer las normas, o al menos, las recomendaciones que han de inspirar la regulación del estatuto jurídico del embrión humano: El Consejo de Europa y el Parlamento Europeo.

El Consejo de Europa ha actuado a través de un Comité de expertos (denominado CDBI) y de la Asamblea parlamentaria, que ha adoptado dos recomendaciones: La Recomendación 1046 de 1986 relativa a la utilización de embriones y fetos de humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, y la Recomendación 1100 de 1989 sobre investigación científica relativa a embriones y fetos humanos. Asimismo, el Comité de Ministros aprobó el 1996 el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina.

El Parlamento Europeo adoptó en 1989 dos resoluciones relativas a estos problemas; La Resolución sobre la Inseminación Artificial in vitro, y la Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética. El 7 de diciembre de 2000, aprobó una Resolución solicitando la prohibición de la clonación terapéutica de embriones.

Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1996)

En el preámbulo hace referencia al desarrollo de la medicina y la biología, que debe emplearse para el beneficio de las generaciones presentes y futuras, y no emprender caminos que contrariarían sus propios objetivos legítimos. Proclama el respeto debido al hombre como individuo y como miembro de la especie humana. Concluye que el progreso, el beneficio del hombre y la protección pueden lograrse si se logra una

conciencia pública a través de un instrumento internacional diseñado por el Consejo de Europa en coherencia con su vocación. Se hace hincapié en la necesidad de una cooperación internacional para extender los beneficios de los avances a la humanidad en su conjunto.

En relación al tema que nos ocupa, transcribo los siguientes artículos:

Artículo 11. Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético

Artículo 12. Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto portador de un gen responsable de una enfermedad o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado

Artículo 13. Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

Artículo 14. No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

Artículo 18. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección garantizada al embrión.

Protocolo adicional (1998)

Artículo 1. Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto.

Resolución del Parlamento Europeo del 7 de septiembre de 2000, solicitando la prohibición de la clonación terapéutica de embriones humanos al considerarla contraria a la dignidad humana

“El Parlamento Europeo considera que la clonación terapéutica que implique la creación de embriones humanos con fines de investigación plantea un problema

profundo y franquea una frontera sin retorno en el campo de la investigación. Existen otros métodos para curar enfermedades graves, distintos a la clonación de embriones humanos y solicitan que la Unión Europea, promueva en la Organización de las Naciones Unidas, una prohibición universal y específica de la clonación de seres humanos en todas las etapas de su desarrollo.

5.3 Comisiones

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

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

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

En ese sentido, a continuación, se revisan las comisiones especiales más importantes y sus respectivas resoluciones, suministrando un especial énfasis en el reporte Warnok, pues fue éste el que prevaleció en sus decisiones y además de que sus similitudes son intrascententes.

5.3.1 Reino Unido (El Reporte de Warnock)

En el año de 1982, el gobierno inglés designó una Comisión encabezada por Dame Mary Warnok, con la finalidad de considerar el reciente y potencial desarrollo de la medicina y la ciencia en relación con la fertilización humana y la embriología; considerar qué políticas y salvaguardas deben ser aplicadas, incluyendo consideraciones sobre sus aplicaciones éticas, sociales y legales, haciendo las recomendaciones pertinentes.

El informe de ésta comisión,, leva por nombre Reporte Warnok en honor de quien presidió el mismo y que fue dado a conocer por el Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra en el año de 1984: es innegable que los razonamientos ahí contenidos orientaron a otros países de Europa en éste campo de la investigación.

El contenido del Reporte fue sintetizado por Xavier Hurtado Oliver en su texto intitulado El Derecho a la Vida ¿y la muerte?, del que transcribo a continuación su contenido:

Comienza el comité haciendo una reflexión general sobre los problemas que motivaron los avances de la ciencia en el campo de la reproducción humana, sus posibles consecuencias sociales, éticas, legales, etc., y el criterio de la mayoría de los integrantes, lo que serviría de fundamento a las recomendaciones que posteriormente emitirían sobre cada aspecto en lo particular. A continuación, reporducimos el criterio surgido sobre diversos temas.

Esterilidad y adopción

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

creados por lo que no se justifica el sacrificio de quienes desean tener descendencia propia.

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

5.3.2 España (Informe Palacios)

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana del Congreso de los Diputados 1986 (informe palacios).

Esto derivó en la creación de las siguientes leyes:

- Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida.
- Ley 42/1988, 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.
- Real Decreto 412/1996, de 1º. De marzo, por el que se establecen protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios y se regula la creación del Instituto Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con Fines de Reproducción Humana.

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

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

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

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

- A)** Existe posibilidad razonable de éxito.
- B)** En mujeres mayores de edad con buen estado de salud psico-físico.
- C)** Se requiere del consentimiento informado
- D)** Si está casada la mujer, se requiere el consentimiento del esposo.

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

- Que existan posibilidades de éxito y no se ponga en riesgo grave la salud de la madre o de la descendencia.
- Que sólo se aplique en mujeres mayores de edad y con plena capacidad jurídica, y que además hayan sido informadas en su totalidad de su situación médica, biológica, jurídica, económica y ética.
- Que se otorgue por escrito el consentimiento de la pareja.
- La emisión de un reglamento por parte de la Secretaría de Salud, en donde se especifican las Técnicas de Reproducción Asistida.

Cabe señalar que esta legislación no maneja número de embriones a utilizar.

La donación de gametos ha de ser gratuita y secreta. Por lo que hace al donador, éste deberá contar con las siguientes características: mayor de edad, buen estado de salud, otorgar su consentimiento; además, la ley contempla que de un mismo donador no podrán nacer más de seis hijos.

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

En circunstancias extraordinarias se podrá revelar la identidad del donante.

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

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

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

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

La crioconservación, está aceptada tanto en gametos masculinos como embriones. Respecto de la investigación y experimentación con preembriones, únicamente se llevará a cabo con fines diagnósticos o terapéuticos en beneficio del mismo y los gametos no pueden ser utilizados para investigación.

5.3.3 Alemania (Informe Brenda 1985)

Se creó la Ley 13 de diciembre de 1990, sobre protección de los embriones.

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

De éste país, se puede destacar las sanciones que se aplican por cuanto hace a las Técnicas de Reproducción Asistida, y ello se da de la siguiente manera.

Se sancionará:

- A.** A quien transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno.
- B.** A quien fecunde un óvulo humano para un fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo.

- C. A quien transfiera en un mismo ciclo más de tres embriones.
- D. Fecunde un número superior de óvulos de una mujer al de los óvulos que se le pretenden transferir de un mismo ciclo.
- E. A quien realice un contrato de maternidad subrogada.
- F. A quien practique una técnica de ICSI, misma que se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos o su capacidad de fertilización está disminuida.
- G. A quien enajene un embrión.
- H. A quien realice una selección de sexo (salvo enfermedades ligadas al sexo).
- I. A quien fertilice un óvulo con el semen de un hombre después de su muerte: Reproducción post mortem.

5.4 Algunos casos relevantes

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

Primer caso:

Un niño gestado por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria, lo cual tuvo lugar en Estados Unidos, en Louisville, Kentucky en 1980, cuando una mujer

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

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

En 1981 Mary Roe fue contratada para ser artificialmente inseminada con espermatozoides del esposo de una señora incapacitada para procrear por haberse ligado las trompas de Falopio. De acuerdo con el contrato celebrado, recibiría cinco mil dólares, por la promesa de gestar y dar a luz un hijo que entregaría al padre biológico a su nacimiento. Según los planes, antes del nacimiento el padre biológico daría a conocer su intención de reclamar la paternidad y al ser asentado lo reconocería como suyo. Por su parte, la subrogada y su esposo aceptarían que el contratante era padre de su hijo, renunciarían a su custodia y demás derechos sobre él y consentirían en que la esposa estéril lo adoptara. La ley que rige el procedimiento de adopción en el Estado de Michigan, similar a la de otros Estados de la Unión, establece que *Excepto por concepto de gastos y honorarios aprobados por la Corte, nadie ofrecerá, dará ni recibirá ni dinero ni otros bienes de valor en conexión con ninguno de los siguientes casos: a) Poner un niño en adopción...., d) Consentir en la adopción, etcétera.* Por lo que como esta ley impedía que el contrato fuera realizado conforme a lo planeado, los esposos contratantes iniciaron un juicio tendiente a que se declarara inconstitucional la prohibición, por considerar que les impedía indirectamente procrear un hijo mediante el procedimiento de “subrogación de maternidad”, lo que juzgaban violatorio en su perjuicio del “derecho a la privacidad”, declarado por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, como implícito en otros derechos constitucionales. El fallo de la primera instancia de la Corte declaró substancialmente que el interés del Estado expresado en la ley era el de evitar que el mercantilismo o afán de lucro afectara la decisión de una madre para otorgar su consentimiento para que su hijo fuera adoptado. Se añadió que era un principio fundamental que los niños no pueden ni deben ser materia de compraventa, y puntualizó que el proceder de manera

mercenaria para crear una relación de parentesco y su impacto en la unidad de la familia, afecta las bases mismas de la sociedad humana y ofende a la comunidad. La Corte de Apelación a la que recurrió la pareja contratante, rechazó la vista del caso y emitió su opinión diciendo: *La ley no prohíbe a los apelantes tener un hijo como lo planearon, sino hacer mal uso de los procedimientos de adopción establecidos por la misma. En efecto, el contrato celebrado revela la pretensión de usar la adopción como un medio para cambiar la situación legal del niño, y ese propósito consideramos que no se encuentra dentro del ámbito de las garantías protegidas por el Derecho Constitucional a la Privacidad.* Por su parte, el Procurador General del Estado de Michigan declaró con motivo del caso planteado ante los tribunales lo siguiente: *Pocas mujeres se prestarían por gusto a ofrecer el uso de su cuerpo por nueve meses si lo único que conseguirían fuera el placer de hacer a otros felices con la adopción de su hijo, por lo que, salvo los casos de excepción, el pago es el incentivo para que gesten el hijo que no desean concebir; lo lleven en el vientre por nueve meses, a pesar de que normalmente no lo hubieran hecho, y lo entreguen a su nacimiento renunciando a todos sus derechos; es obvio que cuando lo hacen es merced a la recompensa recibida.* El contrato realizado entre las partes resultó nulo a la luz del Derecho Estatal.

Segundo caso.

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

La Corte solicitó la intervención del Procurador General del Estado en vista del interés público que revestían ambas solicitudes, resolviendo el funcionario que: *Tanto que la*

señora había sido inseminada con el consentimiento de su marido, el niño por nacer debía ser considerado, de acuerdo con la ley, como hijo legítimo del matrimonio y no del contratante. Dos días después del nacimiento de una niña, producto de la inseminación artificial, la Corte Familiar desestimó la petición de que el contratante apareciera como padre de la menor en el certificado de nacimiento, aunque finalmente la niña fue entregada a los esposos estériles para su custodia, por considerar esa medida como beneficiosa para la menor, pero en el certificado de nacimiento no apareció el nombre del padre biológico o subrogante, como se pretendía. La Corte de Apelaciones desestimó la revisión, y abogó porque se legislara en la materia diciendo: *Si el Estado de Michigan, al fin y al cabo, va a reconocer los contratos de subrogación, comprensiva legislación es necesaria para resolver el profundo interés de la sociedad en relación con derechos, obligaciones e intereses de todas las partes involucradas en ellos.*

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

Los contratos de maternidad subrogada o madre sustituta, han sido generalmente cuestionados por las autoridades que los equiparan a la compraventa de niños, delito tipificado internacionalmente, circunstancia que los hace nulos de pleno Derecho, y por ende, inexigibles para efectos legales.

Tercer caso.

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

El niño nació microcefálico, deformación que es signo de retraso mental, y pronto desarrolló una infección producida por estreptococos. Las autoridades del hospital donde nació sugirieron un tratamiento que el supuesto padre biológico rechazó, por lo que ocurrieron a una Corte para que impidiera que Malahoff dispusiera del enfermo e interfiriera en su atención. En tanto se definía su situación, el niño fue llamado Baby Doe, como acostumbran llamar a aquellos que por alguna circunstancia tienen una filiación incierta. Mientras se resolvía esa situación, Malahoff comenzó a dudar que el niño hubiese sido engendrado por él, y finalmente objetó la paternidad legalmente. La noticia del litigio trascendió a los medios y comenzó a ser explotada por un programa de televisión donde las partes concurrían para exponer sus argumentos. La señora Stiver confesó públicamente que ella y su marido habían aceptado el contrato porque los diez mil dólares ofrecidos los utilizarían para disfrutar de unas vacaciones que no habían tenido desde hacía muchos años. El resultado de los análisis de ADN del niño, del marido, de la mujer y del contratante fue anunciado en un auditorio repleto de curiosos, con la asistencia de los interesados. Malahoff no era el padre, sino el marido de la subrogada quien confesó que el y su mujer habían violado el pacto de abstinencia sexual, y que no le extrañaba la condición del niño pues en otro matrimonio había engendrado un retrasado mental. Finalmente, el niño fue puesto en adopción, bajo la custodia del Estado. Ni los padres biológicos ni el pretendido padre subrogante aceptaron hacerse cargo de él. Con fundada razón, un comentarista escribió: *Baby Doe fue visto y discutido como mercancía de inferior calidad, como una imperfecta criatura que vino al mundo como un artículo diseñado. Se critica a la*

señora Stiver por carecer de sentimientos por rechazar cualquier conexión con el niño, pero esos sentimientos son precisamente los que busca destruir el proceso de subrogación.

Cuarto caso.

Más conmovedor aún, por lo fuerte de los sucesos que procedieron al juicio, fue el caso de Baby M., una niña nacida a raíz de un contrato de subrogación que por casi dos años careció de nombre, por la disputa que por su custodia y posesión protagonizaron sus padres biológicos y los solicitantes. Fue en el año de 1985, cuando un químico de 40 años de edad y su esposa, médico pediatra de 41, considerando que un embarazo podría agravar la esclerosis múltiple que la señora padecía, decidieron contratar a una mujer que se embarazara con el esperma del marido y que al dar a luz les fuera entregada la niña, renunciando a sus derechos sobre ella para que así la esposa la pudiera adoptar. Mary Beth Whitehead de 27 años, casada con un modesto empleado municipal, madre de dos niños e imposibilitada para procrear otros más con su pareja por haberse practicado su marido la vasectomía cuando contaba con 20 años de edad, fue seleccionada entre un catálogo de aspirantes por su notable parecido físico con la esposa del subrogante. Tanto ella como su esposo estuvieron de acuerdo en recibir diez mil dólares por la subrogación. El embarazo transcurrió con algunos problemas que obligaron a la madre subrogada a permanecer interna en el hospital por recomendación de los médicos a cargo del proceso. A su término nació su hija, una niña que fue jubilosamente aceptada por la familia. Sin embargo, merced al contrato celebrado y la presión de la pareja subrogante, la madre la entregó como había pactado. Enseguida solicitó que le permitieran tenerla unos días más para que pudiera amamantarla; pronto se dio cuenta de que no podría deshacerse del producto de su maternidad como lo había prometido, y se negó a entregarla de nuevo renunciando a la compensación ofrecida, sin embargo, los contratantes no estaban dispuestos a renunciar a ella. Siendo personas de recursos económicos considerables, habían obtenido de una Corte la custodia provisional, y ante la negativa de la madre de entregar a su hija, decidieron recurrir a las autoridades para rescatarla por la fuerza. Acompañados por la policía se propusieron cumplir la orden de

desposesión girada por el juez. Por tal razón, la familia Whitehead entera huyó entonces hacia Florida, de donde fue obligada a retornar. Para entonces, el marido había sido privado de su trabajo y debía hacer frente a cargos criminales, mientras que su esposa debía afrontar el juicio que decidiera la custodia. Baby M. permanecería con quienes pagaron el embarazo mientras durara el procedimiento. Bajo el antecedente que, tratándose de un caso de custodia, de los que tradicionalmente se resuelven en los Estados Unidos a favor de quien ofrezca las mejores condiciones de vida al menor en disputa, la labor de los abogados de la pareja subrogante se centró en mostrar la inconveniencia de que la niña se quedara con su madre biológica, Mary Beth, quien fue con ese propósito exhibida como pobretona, mal educada y vulgar, y después de siete meses del juicio, al que los medios le dedicaron mucho tiempo y espacio, la decisión del juez Harvey R. Sorkow se inclinó a favor de los subrogantes por considerar que era mejor opción para la niña el hogar que ellos le ofrecían, decidiendo en ese momento la adopción a favor de la doctora aparentemente incapacitada para gestar. El fallo dividió a la opinión pública y la validez de los contratos, que no formó parte del juicio de custodia, fue puesta a discusión, considerando unos que debía legalizarse y hacer exigible su cumplimiento, y otros, prohibirse por minar las bases mismas de la tradición familiar. Para el National Committee For Adoption, una agrupación que reúne a agencias que tramitan adopciones sin fines de lucro, entre las que se encuentran algunas agrupaciones religiosas, el contrato que motivó el pleito no resultaba irrelevante, pues mencionaron que aquél, el contrato de subrogación no era otra cosa que la comercialización de niños, pues añadió el director de política del referido Comité que tratan a los niños como mercancía que puede ser comprada o vendida. Asimismo, dijo que el contrato estipulaba que la madre recibiría diez mil dólares por entregar un niño vivo y mil dólares si resultaba muerto, por lo que claramente el objeto del contrato era la compra de un niño vivo, pues insistió en que mil dólares serían una compensación por el “fracaso”. El vocero del comité concluyó diciendo: *Estamos en contra de la maternidad subrogada, y sentimos que debe ser prohibida, pues no solamente se trata de una comercialización de niños, sino también de una nueva forma de explotación de las mujeres.* Fue claro que en ese caso, el martirio de la madre subrogada fue bastante,

pues durante el embarazo fue obligada a ingerir medicamentos que la enfermaron y obligaron a permanecer varias semanas en la cama de un hospital; después del nacimiento de la bebé fue obligada por la policía a desprenderse de ella, fue humillada y obligada a confrontar un juicio vergonzoso, en el que apenas pudo defenderse; su cónyuge fue acusado de haber secuestrado a la hija de su esposa, que no era suya, y por ello, fue esposado y conducido a prisión; su hija mayor, apenas una adolescente que trataba de defender a su madre del despojo, fue golpeada por la policía al pretender impedir que se llevara a su hermana menor. Todo ello lo distingue como uno de los casos más fuertes que han ocurrido en materia de maternidad subrogada.

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

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

En Inglaterra, en el año de 1978, correspondió a un juez de la división familiar de la Suprema Corte de Justicia Inglesa fallar un caso de disputa de un niño nacido como consecuencia de un caso de subrogación. Una pareja estéril que vivía en unión libre, decidió contratar los servicios de una mujer para que se embarazara con gametos del marido y les entregara el hijo al nacer. Las gestiones para encontrar a la mujer que se prestara al trato resultaron infructuosas, pues la mujer inglesa es más conservadora, resolviéndose entonces a ofrecer el contrato a una prostituta callejera que por la suma de tres mil quinientas libras esterlinas aceptó embarazarse. Una agencia de subrogación clandestina contrató a una clínica que sin hacer mayores averiguaciones

procedió a la inseminación, con éxito. La prostituta recibiría la compensación al hacer entrega de su hijo; los gastos del embarazo y del parto corrían por cuenta de los contratantes. La experiencia maternal hizo cambiar a la mujer y al nacimiento de su hijo se negó a entregarlo conforme a lo tratado, rechazando las ofertas de mayor paga que le hicieron para que cumpliera el contrato. El padre biológico ocurrió entonces ante los tribunales demandando la custodia y control del niño, pretensiones que fueron negadas, recibiendo en cambio el tratamiento que corresponde al “padre natural” de un hijo ilegítimo; alimentarlo hasta que pudiera valerse por sí mismo: A cambio de sus deberes, decretó el tribunal el derecho de visitarlo: Inconforme con los derechos de visita concedidos al padre, la mujer apeló la resolución y la Suprema Corte en forma unánime revocó ese derecho, prohibiendo además la publicación de los incidentes de su concepción y su nacimiento.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA: Es claro, que a pesar de ciertas controversias entre las posturas que se han planteado, la opinión general, nacional e internacional de juristas, médicos y miembros de organismos internacionales, apunta a la existencia de un ser humano con su propio mapa genético, a la existencia de una vida una vez que ha sido fecundado el óvulo con el espermatozoide.

SEGUNDA: De la misma manera, me queda claro que uno de los derechos fundamentales y prioritarios es el derecho a la vida, mismo que se traduce en la obligación suprema de cada Nación de protegerla, salvaguardarla y también el sano desarrollo y una formación integral de ese ser humano.

TERCERA. Si el derecho a la reproducción natural es considerado fundamental en legislaciones y códigos nacionales e internacionales, es lógico pensar que el derecho a la reproducción asistida también lo sea.

CUARTA: Por lo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece el derecho a la procreación en su artículo cuarto, incluida la que se obtiene por medio de la inseminación artificial y la Ley General de Salud se refiere a ella en forma tangencial, pero también es cierto que ese derecho no es absoluto, y habrá de regularse tomando en cuenta otros derechos, entre los que se encuentran los derechos del niño, atendiendo al principio de interés superior del menor.

QUINTA: Pero es necesario, que quienes ejerzan libremente ese derecho constitucional, lo hagan de manera responsable, garantizando al menos, el bienestar y seguridad material, educacional, afectiva y física de la prole generada. Y es la educación, los incentivos y la penalidad quienes deben garantizar las responsabilidades inherentes al ejercicio de esa libertad.

SEXTA: Por desgracia, la dinamicidad del orden jurídico en nuestro país no se ha adecuado realmente en muchos campos a la evolución y desarrollo del contexto real. Específicamente, en materia de Reproducción Humana Asistida, ya que no hay una Ley especializada en la materia ni en la de crioconservación. Baste mencionar, que nuestra Constitución data de 1917 y la Ley General de Salud, aunque más reciente, de 1984, no se apegan al desarrollo científico, social y cultural del presente, y no es posible, en muchos de los casos subsanar tales lagunas con simples reformas, adiciones o modificaciones a las mismas, sino que en muchos casos, es necesario una reforma estructural, para que se encuentren acordes a las necesidades actuales de la sociedad.

SEPTIMA: A pesar de lo anterior, es real que en nuestro país se llevan a cabo procedimientos de inseminación artificial, tanto en Instituciones públicas como privadas; pero de cuyos procedimientos no existen estadísticas ni un control sobre su efectividad o posibles consecuencias. Por lo tanto, muchos menos, contamos con un control de calidad y viabilidad para realizar dicha inseminación en los distintos casos que se presentan.

OCTAVA: Por lo anterior, considero necesario que se legisle en materia de reproducción humana asistida; pero de una manera eminentemente profesional, informada, racional y analizada. De tal manera que no sólo competiría a los legisladores hacerlo, sino que éstos deben escuchar la postura de investigadores en el área de la ética y la Biomedicina, de la Comisión Internacional de Derechos Humanos, etcétera.

PROPUESTA

En México se ha observado un aumento creciente en el interés general por tratar cuestiones relacionadas con la Bioética, sobre todo, por la comunidad científica desde el punto de vista médico. Sin embargo, el impacto de las manipulaciones genéticas en la familia y las instituciones jurídicas que la rigen, está íntimamente vinculado con los adelantos científicos relacionados con la fertilización y con los demás descubrimientos que se vayan realizando en ese ámbito; por lo tanto, la regulación jurídica de los mismos debe reflejarse en la legislación interna de un país; no pueden quedar al margen.

Ésta laguna me llevó a considerar imprescindible la reflexión sobre una serie de supuestos que sustenten, en su momento, las necesarias modificaciones legislativas que deberán implantarse, desde mi perspectiva, en una **Ley Reglamentaria de la Ley General de Salud, en materia de Fertilización Humana Asistida**, como son: la definición misma de la inseminación artificial y de cada una de las técnicas de reproducción, cuáles de las técnicas de reproducción humana asistida se podrían aplicar, la determinación de su naturaleza jurídica, de los sujetos que intervienen en ella, los intereses en juego, los supuestos en que debe aplicarse, cuales son las finalidades que se persiguen, y cuales sus efectos.

Lo anterior, obedece a implicaciones y a inquietudes personales de manera general; sin embargo, considero necesario de la misma manera, puntualizar sobre ciertas cuestiones esenciales que no deben escapar en ningún momento a la actuación e intención de los legisladores, pues el olvido de alguno de estos implicaría, implícitamente causar un menoscabo o ser violatorios de otros derechos esenciales del ser humano. Tales cuestiones que deberán tomarse en cuenta a la hora de legislar sobre la materia, serían:

- A. La vida es un derecho fundamental, prioritario e inherente al ser humano, como lo es también la igualdad, por lo tanto, deberán protegerse tanto a la madre, como al menor.

- B.** Los Derechos de familia son irrenunciables. Los derechos de los niños, también lo son.
- C.** Permitir la inseminación homóloga en parejas unidas en matrimonio y en concubinos; pues no generaría ningún conflicto jurídico en cuanto a la filiación del menor y al reconocimiento del mismo.
- D.** En cuanto a la inseminación heteróloga, permitirla únicamente en matrimonios o concubinatos cuyo cónyuge o concubino resulten estériles o infértiles, previo consentimiento por escrito, como lo marca la Ley Reglamentaria de la Ley General de Salud en Materia de Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres Humanos; pues no ofrecería problemas en cuanto a la paternidad y filiación, ya que una vez aceptado, el cónyuge o concubino, ésta no sería revocable. En el caso de la mujer soltera, en mi opinión, se puede permitir, pero en circunstancias que garanticen los derechos del menor, producto de la fertilización artificial en cuanto a su salud, educación, y sano desarrollo, tomando en cuenta que en México, resulta muy complicado, y sumamente burocrática la adopción si no es ésta solicitada por una pareja unida en matrimonio.
- E.** La maternidad subrogada pienso que no debe permitirse pues genera múltiples situaciones y problemas jurídicos, que por su complejidad aún legislando respecto de ello, colocarían en muchas ocasiones al menor producto de ella, en un estado de indefensión y de menoscabo de sus derechos como niño y como ser humano. Baste mencionar la simple figura materna, pues en algunos de los casos, podría hablarse de una madre genética (quien dona el óvulo), una madre gestadora (la que lo llevaría en su vientre 9 meses); y una madre social (la beneficiada, la que quiere al niño). Los argumentos en que fundamento dicha postura, se basan en lo siguiente: El útero no puede ser objeto de contrato, así como ningún órgano del ser humano puede serlo, pues representa una figura delictiva, como se deriva del artículo 327 de la Ley General de Salud, cuando dispone que es ilícita cualquier transacción comercial con cualquier componente del ser humano; por otro lado, nuestra legislación mexicana establece que los derechos de familia son irrenunciables, intransferibles e inenajenables, por lo que la madre gestadora, no

estaría en condiciones de renunciar a los derechos como hijo del producto de la fertilización artificial a favor de la madre social.

- F.** En el caso de la inseminación heteróloga, también debería existir un Comité Médico Central (Banco de semen) donde se realizarán estudios al donante, verificando su estado de salud, la calidad de su esperma y una investigación de su árbol geneológico hasta cierta generación, para evitar la posible transmisión o desarrollo de enfermedades hereditarias graves.
- G.** Además considero necesario no condenar a los menores a la incertidumbre total sobre su origen biológico, por lo que al llegar a la mayoría de edad, si el requiere conocer la identidad del donador, para cuestiones de salud personal o de su propia descendencia, se haga de su conocimiento la identidad del donador, junto con su historial clínico de una manera ética y estrictamente profesional; incluso, para evitar un posible matrimonio familiar, que causará descendencia con deformaciones.
- H.** Cualquier tipo de procedimiento, deberá regirse de acuerdo al respeto de los derechos fundamentales de la vida, la salud, la integridad y la seguridad del ser humano.
- I.** El personal médico que lo realizara, debe regirse por los principios del respeto a la persona humana, el balance entre riesgos y beneficios, y de justicia y equidad, no sólo en cuanto a los sujetos de la fertilización en si, sino en relación al concebido no nacido.
- J.** Deberá mediar causa médica justificada y consentimiento escrito, como lo marca el reglamento de la Ley de Salud para que proceda el tratamiento.
- K.** Los legisladores deben ir más allá, tratar de anticiparse a las situaciones que pueden presentarse en lo futuro, por lo que sería muy difícil anticipar los supuestos jurídicos normativos que pudieran darse y no legislar sobre lo que puede escapar en un momento dado de regulación jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **ALMAZÁN CUE, Juan Paulo.** “De la Filiación Resultante a través de la Aplicación de Técnica de Fecundación Humana Asistida” 1ª. Ed., México, 2008. Flores Editor y Distribuidor pp. 1-55.
2. **BURGOA ORIHUELA, Ignacio** “Las Garantías Individuales” 40 Ed., México, 2008. Porrúa pp. 251-273.
3. **CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.,** “Convenios Conyugales y Familiares” 2ª. Ed., México, 1991. Porrúa pp. 30-41.
4. **DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo** “Derecho Civil” Parte General. Personas, Cosas, Negocio e Invalidez.5ª. Ed., México, 2004. Porrúa pp. 134-167
5. **FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador** “Derecho Constitucional Mexicano y Comparado” 2ª. Ed., México, 2001. Porrúa pp.417-432
6. **GARCIA FERNANDEZ, Dora** “La Adopción de Embriones Humanos” 1ª. Ed., México, 2007. Porrúa pp.1-26.
7. **GALINDO GARFIAS, Ignacio** “Derecho Civil” 21 Ed., México, 2002 Porrúa pp.145-321.
8. **HERNANDEZ ARRIAGA, Jorge Luís** “Ética en la Investigación Biomédica” 2ª. Ed., México, 1999 pp.50 y ss.
9. **HURTADO OLIVER, Xavier** “El Derecho a la Vida ¿Y la Muerte?” 2ª. Ed., México. Porrúa, 2000 pp. 17-45.

10. **KHUTY PORTER, José** “Temas Actuales de Bioética” única ed., México 1999. Porrúa. pp.10-21.
11. **MARTINEZ BULLE, Victor M. (coord.)** “Diagnóstico Genético y Derechos Humanos” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 1988. Pag. 198.
12. **PACHECO ESCOBEDO, Alberto** “La Persona en el Derecho Civil Mexicano” 2ª. Reimpresión., México, 1998. Panorama. pp. 1-35.
13. **PLATSS, Mark (compendio)** “Dilemas Éticos” Fondo de Cultura Económica UNAM, México, 1997. pp. 15-17.
14. **PÉREZ DUARTE, Alicia** “Derecho de Familia” 2ª. Ed., México 1995 Fondo de Cultura Económica.pp. 4-20.
15. **PÉREZ PEÑA, Efraín** “Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción, un Enfoque Integral” 2ª. Ed., México, 1995. Salvat. pp. 102-112.
16. **SILVA RUIZ, Pedro F.** “El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial In Vitro” 2ª. Ed. Tecnos, 2000 pp. 8-25.
17. **SISTEMA NACIONAL, DIF** “Convención de los Derechos del Niño” México D.F. Marzo 1992.
18. **SOBERON ACEVEDO, Guillermo y otros.** “Derecho Constitucional a la Protección de la Salud” 2ª. Ed., México 1995. Porrúa.
19. **SOBERON MAINERO, Francisco Javier** “La Ingeniería Genética y la Nueva Tecnología” 2ª. Ed., México, 1999. Fondo de Cultura Económica. pp.270-290.
20. **VÁZQUEZ, Rodolfo** “Bioética y Derecho. Fundamentos y Problemas Actuales” ITAM. Fondo de Cultura Económica, México, 1999 pp 71-241.

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

1. **BARBERO SANTOS, Mariano** “Ingeniería Genética y Reproducción Asistida, Consideraciones Jurídico-Penales”, Revista Jurídica Veracruzana, Veracruz, México, t. XL, nums. 53-54, abril-septiembre de 1990.
2. **BRENA SESMA, Ingrid** “Algunas Consideraciones en Torno al Derecho a la Reproducción por Medio de Inseminación Artificial” Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 82, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM.
3. **DOBERING GAGO, Mariana** “Status jurídico del preembrión, en la Reproducción Asistida”, Revista Jurídica, México, núm. 28, 1998.
4. **GISBERT CALABUIG, J.A.**, “Técnicas de Reproducción Asistida. Manipulación Genética” Revista Mexicana de Justicia, México, Nueva Época, núm. 10, 2000
5. **OJANGUREN, Silvia** “Procreación, el Milagro de la Vida”, El Metro Salud, México, núm. 614, 2002.

LEGISLACIÓN

1. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** 10. Ed. México, 2009, Mc Graw Hill
2. **Código Civil para el Distrito Federal.** México, Sista, 2008
3. **Código Civil para el Estado de Veracruz.** 11ava. Ed. México 2008 Cajica
4. **Código Penal para el Estado de Veracruz.** México, 2008 Anaya, Editores
5. **Ley General de Salud.** México Sista 2007
6. **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.** México, Sista 2003
7. **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.** México, Sista 2005.