



**Derecho**

**Universidad Nacional Autónoma de México  
Facultad de Estudios Superiores Aragón**

“LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA, SUS IMPLICACIONES EN LOS  
DERECHOS HUMANOS Y LA NECESIDAD DE SU  
PROTECCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO”

**T E S I S**

PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ARGÜELLO GÓMEZ MARÍA ELENA VERÓNICA

ASESOR: DR. CARLOS GONZÁLEZ BLANCO



San Juan de Aragón, Estado de México, mayo de 2011



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## **AGRADECIMIENTOS**

**...Cerca está de agradecido quien se  
conoce deudor.**

**(Calderón, *El gran teatro del mundo*)**

### **A DIOS**

Padre mío, te agradezco por haberme dado todo lo que tengo, por tantas bendiciones, por no abandonarme cuando todo parecía oscuridad, por permitirme mis dos anhelos: continuar con mis estudios y la dicha de ser madre.

### **ELENA Y CHUCITO**

De todo corazón mil gracias, porque sin ustedes este proyecto no hubiera sido una realidad, gracias por su apoyo incondicional en los momentos difíciles y su amor desmedido, gracias por que me enseñaron que todo se puede lograr, gracias por sus palabras sabias y gracias por ser mis padres, los amo y admiro.

### **MARCO**

Con amor te doy las gracias por tu apoyo, por todo tu esfuerzo, por ser mi compañero en esta vida, por impulsarme a culminar este trabajo y porque juntos alcanzaremos nuevas metas. Te amo

### **SAÚL**

Mi vida, tu naciste y creciste con este trabajo, gracias por tu comprensión, por entender a tu corta edad que mamá tiene otros deberes; por tu paciencia, gracias porque en los tiempos difíciles y cuando estaba cansada tu sonrisa y tu carita me daban mil razones para seguir adelante. Gracias por iluminar mi vida y por ser mi hijo. Te amo.

### **BETY Y ALE**

Gracias por ser mis hermanos, por apoyarme y por formar una gran familia. Gracias por que sé que siempre puedo contar con ustedes. Los quiero mucho.

### **JORGE Y DIANA**

Con cariño porque han contribuido para formar una gran familia, gracias por su apoyo.

### **DAYANNE, FERNANDA, YESHOVA, IAN Y CAMILA**

Gracias por su amor, por ser los hermanitos de Saúl y los angelitos que alegran a nuestra familia.

### **ABUELITAS**

Por ser ejemplo de trabajo y lucha constante. Esperanza: gracias por quererme tanto, como las estrellitas del cielo y las arenitas del mar. Concepción, gracias porque desde el cielo nos cuidas.

### **SOL**

Porque compartimos un sueño que se materializó en una bonita amistad.

### **DR. CARLOS GONZÁLEZ BLANCO**

Gracias por su tiempo, dedicación, asesoría y dirección en la elaboración y conclusión del presente trabajo de investigación.

### **MTRO. FRANCISCO EDUARDO VELÁZQUEZ TOLSÁ**

Por ser más que un maestro, mil gracias. Por contribuir a mi formación profesional, por tus enseñanzas y participar en la revisión y conclusión del presente trabajo.

**MTRO. ERICK OLIVERA MÉNDEZ**

Gracias por escucharme, por tus consejos, tu profesionalismo, disposición, comentarios y observaciones al presente trabajo.

**DR. CARLOS HUMBERTO DURAND ALCÁNTARA**

Mil gracias por todo lo que aprendí de usted, por su apoyo y por aceptar formar parte del jurado.

**DR. RUBÉN LÓPEZ RICO**

Le agradezco sus atenciones y apoyo en la revisión del presente trabajo.

**ING. ARMANDO LÓPEZ MARTÍNEZ**

Por su paciencia, apoyo y atención a fin de lograr que se cumpliera con este objetivo.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

Por ser un lugar abierto, en donde podemos expresar libremente nuestras ideas, y por otorgarme los elementos académicos, profesionales, materiales y económicos para la realización de la presente investigación.

**CONACYT**

Por su apoyo económico durante el curso de la maestría y del desarrollo de la presente investigación.

**A LAS SIGUIENTES INSTITUCIONES POR FACILITARME LA INVESTIGACIÓN:**

Comisión Nacional de Derechos Humanos

Comisión Nacional de Arbitraje Médico

Comisión de Derechos Humanos del D.F.

Embajada de Argentina

Embajada de Alemania

Embajada de España

Embajada de Italia

Embajada de Francia

Embajada de Perú

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Instituto Nacional de Perinatología

## **A LOS NIÑOS**

Para que los avances científicos no atenten contra su dignidad, identidad, igualdad, salud y vida.

**“No hay vivir abstracto.**

**Vida significa la inexorable forzosidad  
de realizar el proyecto de existencia que cada cual es.”**

**José Ortega y Gasset  
Pidiendo un Goethe desde adentro**

## ÍNDICE

Introducción	I
<i>Capítulo 1</i>	
CONSIDERACIONES FILOSÓFICAS, SOCIOLÓGICAS Y ÉTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS	
1.1. Derechos Humanos	1
1.1.1. Concepto	1
1.1.2. Evolución histórica	7
1.1.3. Evolución por generación	11
1.1.3.1. Primera generación	11
1.1.3.2. Segunda generación	13
1.1.3.3. Tercera generación	14
1.2. Filosofía de los Derechos Humanos	15
1.2.1. Aspectos filosóficos de los Derechos Humanos	16
1.2.2. Corrientes filosóficas de los Derechos Humanos	17
1.2.2.1. Iusnaturalismo	18
1.2.2.2. Iuspositivismo	21
1.2.2.3. Iusrealismo	23
1.2.2.4. Iusmarxismo	26
1.3. Sociología de los Derechos Humanos	27
1.3.1. Principales modelos sociológicos de los derechos humanos	28
1.3.1.1. El modelo de la dialéctica sociedad civil-Estado	28
1.3.1.2. El modelo del normativismo jurídico	30
1.3.2. Evolución socio-histórica de los derechos humanos	30
1.3.3. Evolución socio-cultural de los derechos humanos	31
1.3.4. Evolución socio-científica de los derechos humanos	32
<i>Capítulo 2</i>	
LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUS CONCEPTOS FUNDAMENTALES	
2.1. Definición	34
2.2. Evolución de la medicina reproductiva hasta llegar a la reproducción asistida	37
2.3. Técnicas de reproducción asistida	40
2.3.1. Técnicas de baja complejidad	46
2.3.1.1. Inseminación artificial	46
2.3.1.1.1. Tipos de inseminación	49
2.3.2. Técnicas de alta complejidad	54

2.3.2.1. In vitro y transferencia embrionaria	55
2.3.2.2. Inyección intracitoplásmica de espermatozoides	57

### Capítulo 3

## INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y NACIONAL APLICABLE EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

3.1. Declaraciones Universales	60
3.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos	62
3.1.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Genoma Humano	64
3.1.2.1. Principio de dignidad humana	67
3.1.2.2. Principio de no discriminación	69
3.1.2.3. Principio de derecho a la información genética	69
3.1.2.4. Principios de consentimiento y confidencialidad	70
3.1.2.5. Reparación del daño	70
3.1.2.6. Solidaridad y cooperación internacional	71
3.1.2.7. Fomento de los principios de la Declaración	71
3.1.3. Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras	72
3.2. Instrumentos regionales	73
3.2.1. Europa	74
3.2.1.1. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina	74
3.2.1.2. Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales	80
3.2.1.3. El Código de Núremberg	82
3.2.1.4. La Declaración de Helsinki	83
3.2.1.5. El Proyecto de Recomendación del CAHBI (1986)	87
3.2.1.6. El Proyecto de Recomendación del CAHBI (1987)	87
3.2.1.7. La propuesta de la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia al proyecto de Convención del Niño	87
3.2.1.8. El Parlamento Europeo	89
3.2.1.9. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE	90
3.2.2. América	92
3.2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	93
3.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos	95
3.3. Principales países que han hecho aportaciones jurídicas en materia de Reproducción asistida	97
3.3.1. Italia	101

3.3.2. Australia	103
3.3.3. España	103
3.3.4. Alemania	113
3.3.5. Suiza	117
3.3.6. Francia	117
3.3.7. Suecia	123
3.3.8. Dinamarca	123
3.3.9. Inglaterra	123
3.3.10 Noruega	125
3.3.11 Grecia	125
3.3.12 El Consejo de Europa	126
3.3.13 Argentina	129
3.3.14 Perú	135
3.4. Marco jurídico en materia de reproducción asistida en México	137
3.4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	138
3.4.2. La Ley General de Salud	139
3.4.3. Código Civil de Entidades Federativas que regulan la Reproducción asistida	141
3.4.4. Código Penal de Entidades Federativas que regulan la Reproducción asistida	144

#### *Capítulo 4*

### LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

4.1. Naturaleza jurídica de los derechos reproductivos	148
4.2. Principios éticos y sociológicos	150
4.3. La procreación asistida como realidad científica	154
4.4. Bioética y reproducción asistida	157
4.4.1. Origen y evolución de la bioética	158
4.4.2. Principios de la bioética	160
4.4.3. Bioética y los Derechos Humanos	163
4.5. Protección a los Derechos Humanos de los implicados en la reproducción Asistida	167
4.5.1. Protección a la reproducción asistida como derecho fundamental	168
4.5.2. Protección al hijo como sujeto de derechos	173
4.5.2.1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica	176
4.5.2.2. El derecho a la dignidad	178
4.5.2.3. El derecho a conocer el propio origen biológico	180
4.5.2.4. Derecho a nacer y a crecer dentro de una familia	187

4.5.3. La colisión de los derechos fundamentales de las partes que intervienen en la reproducción asistida (padres-hijo), y sus probables soluciones desde nuestro punto de vista	189
4.6. Propuestas y recomendaciones	191
CONCLUSIONES	209
BIBLIOGRAFÍA	215

## INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos nacen con el ser humano, forman parte de su naturaleza, son inherentes a sí mismo, y aunque existen derechos fundamentales, considerados como clásicos, entre ellos: el derecho a la vida, libertad, seguridad, salud; también es cierto, que como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos, en específico el desarrollo de la ingeniería genética, se han derivado otros derechos de la persona humana, como son: el derecho a la no discriminación genética, a la información del código genético, los derechos a la filiación, el derecho a conocer nuestro origen, y el derecho a la reproducción asistida, que es precisamente el tema de análisis de la presente investigación.

La posmodernidad ha traído consigo un cambio radical en el mundo en cuanto a la aplicación de las tecnologías, en específico las que se derivan de la biología y que se relacionan con el ser humano, lo que le permite grandes transformaciones, y un desarrollo vertiginoso, pero al mismo tiempo lo enfrentan a una reflexión ética, ante los desafíos que le propone la ciencia.

En el primer capítulo que pongo a su consideración, el lector encontrará en primer término, el marco teórico relativo a los Derechos Humanos, iniciando con la conceptualización del mismo. Así mismo, se señalará el marco histórico de los derechos humanos, abordándolos primero con una breve sinopsis cronológica desde la antigüedad hasta nuestros días, y en segundo término de acuerdo a su evolución por generación, en donde encontraremos que es precisamente en la última generación, en donde se consideran los Derechos Humanos surgidos por el uso de los avances de la ciencia y la tecnología.

El estudio de los Derechos humanos no solamente pertenece al ámbito jurídico, sino más bien es integral con otras disciplinas como lo son la filosofía, que se encarga de estudiar sus causas, alcances y fines, por lo tanto, en las siguientes páginas, estableceré los aspectos filosóficos de los derechos humanos, y se tocarán las principales corrientes filosóficas de éstos, como son el iusnaturalismo, iuspositivismo y el iusrealismo.

Otra disciplina que estudia a los Derechos Humanos es la Sociología, la cual pretende establecer un análisis de los Derechos Humanos, desde su desarrollo socio-histórico, sus contenidos ideológicos, y la problemática de su realización práctica.

No podemos dejar de lado la ética, que estudia a los derechos humanos desde una perspectiva axiológica, ocupándose del valor y en cuanto a los derechos humanos se refiere, a la dignidad del hombre y lo que esto conlleva.

En el segundo capítulo, expongo los conceptos y técnicas básicas para entender los avances científicos relativos a la reproducción asistida, y que en el capítulo IV, utilizaré para vincularlos con los Derechos Humanos, en donde explicaré las posibles consecuencias que puede ocasionar la carencia de su regulación jurídica.

Los avances en la medicina y los descubrimientos científicos y tecnológicos, en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han posibilitado, (entre otros), el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana. La reproducción asistida, permite a las parejas infértiles o con problemas de esterilidad encontrar en éstas técnicas una opción para propiciar la formación y desarrollo de una familia.

En el tercer capítulo se analizan, los principales instrumentos internacionales que regulan a los Derechos Humanos. Así mismo, se hizo un estudio de Derecho

comparado entre los diversos países que cuentan con legislación en materia de reproducción asistida. En relación a México, se señalan los códigos y leyes que tanto en materia federal y local, regulan en forma incipiente a la reproducción asistida.

En el último capítulo, abordaré la reproducción humana desde el punto de vista biológico, ético, social, visiones que aportan elementos fundamentales en la construcción teórica-jurídica de los derechos reproductivos, desde la perspectiva de la reproducción asistida. Esto nos servirá para el análisis del origen de los derechos reproductivos, derivados de los derechos humanos a la salud, a la vida y a la dignidad, entre otros.

Señalo que la reproducción asistida es una realidad científica, la cual no debe atentar contra la naturaleza del ser humano. Limitaremos la reproducción asistida a aquella que se utilice solamente para auxiliar a las parejas heterosexuales, con problemas de infertilidad, (ya sean concubinos o esposos) a formar una familia.

Considero que deben determinarse en nuestro sistema jurídico reglas claras en la materia, mismas que en su caso, nos permitan fincar responsabilidad.

Siendo la reproducción asistida, uno de los temas principales a tratar por la bioética, debido a sus implicaciones en el campo de la medicina, de la salud, y de los valores humanos que se ven inmersos en ésta, es necesario, en el presente capítulo, establecer la importancia de la bioética para la regulación jurídica de la reproducción asistida

Es importante la protección de la reproducción asistida, como un derecho fundamental, porque desde la perspectiva de los Derechos Humanos se atribuye a los individuos un derecho a decidir sobre su propia reproducción, incluyendo en ésta las técnicas de reproducción asistida, y se impone al Estado la propia obligación de

garantizar el acceso al ejercicio pleno de dicho derecho, en este sentido, daremos nuestro razonamiento jurídico, a fin de que sea considerado como tal.

Para finalizar, expondré una serie de propuestas para que en diferentes cuerpos normativos de nuestro sistema jurídico se regule a la reproducción asistida. Así como, la creación de una ley especializada en la materia.

# **CAPÍTULO PRIMERO**

## **CONSIDERACIONES FILOSÓFICAS, SOCIOLOGICAS Y ÉTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **1.1. DERECHOS HUMANOS**

Para tratar cualquier tema relativo a los llamados Derechos Humanos es indispensable señalar lo que entendemos por ello, así como identificar la evolución de éstos a través de la historia y su estrecha relación con la filosofía, sociología, y ética; las cuales desarrollaremos en el presente capítulo y darán una formulación multidisciplinaria a la presente investigación, debido a que los Derechos Humanos no podemos encajonarlos a una serie de normas jurídicas, sino que se hace necesario establecer los fundamentos que los sustentan en las ya mencionadas disciplinas humanas y que posibilitan la comprensión de su riqueza y variedad, debido a que hablar de los Derechos Humanos resulta tan complejo como hablar de la naturaleza del ser humano.

No obstante, la presente investigación tiene principalmente un carácter legal.

#### **1.1.1. Concepto de Derechos Humanos**

Iniciaremos estableciendo el concepto de Derechos Humanos; en relación a ellos María Teresa Hernández, establece la siguiente definición:

“Los Derechos Humanos son los privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Hernández, María Teresa, *Hacia una cultura de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1991, p. 15

Por ser inherentes a la persona humana, tienen que ser reconocidos y plasmados tanto en el derecho interno como en el derecho externo.

“Debido a que están referidos al ser humano, no son comprensibles o apropiables por medio de una definición simple. Constituyen una compleja y profunda cuestión cognitiva pues han ido formándose histórica, cultural, sociopolítica y filosóficamente como respuesta a la pregunta sobre el hombre a partir del descubrimiento, de la postulación y defensa de su dignidad original y esencial”.<sup>2</sup>

Los Derechos Humanos, ontológicamente, están fundados en la dignidad de los seres humanos, por lo que su desarrollo socio-histórico es paralelo y se encuentran en continuo desenvolvimiento. Son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

Para Ignacio Burgoa<sup>3</sup>, los Derechos Humanos, consisten en el respeto a la vida, dignidad y libertad; nacen de la naturaleza que la conciencia interpreta iluminada por la razón. No provienen de la ley positiva, sino del Derecho Natural. Considera que son anteriores y superiores a la ley que los órganos legislativos del Estado crean, los cuales tienen el deber de reconocerlos como fundamento de la vida pública y social, lo que les otorga obligatoriedad jurídica al convertirlos en el contenido de los derechos subjetivos públicos.

Establece la relación que existe entre los Derechos Humanos, los derechos subjetivos públicos y las garantías: los primeros, por su imperatividad ética, condicionan la previsión constitucional de los segundos, que a su vez se implican en las garantías del gobernado.

---

<sup>2</sup> Barba, Bonifacio, *Educación para los Derechos Humanos*, editorial FCE, México, 1997, p. 15

<sup>3</sup> Cfr. Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, ed. Porrúa, 25ª. edición, México, 1994

Los Derechos Humanos constituyen un proyecto de libertad de la naturaleza humana, no son algo dado o establecido sino que por el contrario constituyen una reivindicación de los valores universalmente reconocidos como son la dignidad, libertad e igualdad.

Se reconocen como una realidad histórica y social en virtud de lo cual los hombres y mujeres de diversas épocas y lugares han luchado por alcanzar ese “algo” estimado como muy valioso para sus vidas. Es decir, han esperado reclamar sus facultades subjetivas, defendiendo la dignidad de la persona humana; ya que es el individuo un sujeto con fines propios, que deben ser otorgados, respetados y ejercitados dentro del orden social. Esto significa que los derechos humanos que tienen un carácter esencialmente individual están dirigidos a ser cumplidos dentro del grupo social.

A medida que se ha ido extendiendo el ámbito del uso de la expresión “Derechos Humanos”, su significado se ha tornado más genérico e impreciso. Por lo que en el estudio de los Derechos Humanos se interrelacionan y enriquecen entre sí todas las disciplinas humanas, entre ellas la Sociología, la Filosofía y la Ética, las cuales serán analizadas en las siguientes páginas.

Una vez que los Derechos Humanos han sido aceptados por la colectividad o reconocidos por ésta, se hace necesario que se plasmen en los diferentes ordenamientos legales.

Los Derechos Humanos son principios de estimación jurídica, que se expresan como criterios supremos que deben ser obedecidos y desenvueltos en la elaboración del derecho positivo, tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales.

La validez intrínseca de esos principios no depende de ningún accidente histórico, no depende de la voluntad o del reconocimiento de los hombres. Por el contrario, tales principios tienen una validez en sí y por sí, porque constituyen la

proyección sobre el mundo del derecho, de la esencia misma del humano; las supremas máximas implicadas por la idea de justicia; porque tienen un carácter ético necesario y universal. Si el régimen de un país reconoce como valores supremos los enunciados en las máximas de los derechos básicos del hombre, entonces, en conjunto, podemos considerar dicho régimen como justificado, como civilizado.

“Si por el contrario, tropezamos con un régimen que no se inspira en el reconocimiento de la dignidad ética del individuo humano, y no la toma como él mas alto de todos los valores que deben inspirar al derecho, con un régimen que niega la libertad de conciencia, de pensamiento, que no respeta la inviolabilidad del domicilio, que no admite la autonomía personal para decidir sobre el propio estado civil o sobre la libre elección de oficio o profesión, o que admite la esclavitud o el trabajo forzado impuesto unilateralmente por la autoridad, entonces se debe entender que tal régimen es monstruoso, radicalmente antihumano, e indigno de que se le preste acatamiento.”<sup>4</sup>

Por lo tanto, es indiscutible que los derechos humanos tienen un origen natural que se hace necesario positivizar, a fin que el estado le otorgue fuerza obligatoria. Dentro de un Estado de Derecho se establece un ordenamiento jurídico, que tiene su base en la Constitución, que es la Ley Suprema o Norma fundamental; en este sentido el concepto de Derechos Humanos se ubica en el marco del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional, cuyo propósito es defender por medios institucionalizados los derechos de los seres humanos contra los abusos del poder cometidos por los órganos del Estado, promoviendo el establecimiento de condiciones de vida humanas.

Para Karel Vasak,<sup>5</sup> el fenómeno de los Derechos Humanos exige en la actualidad el desarrollo de una “ciencia de los Derechos Humanos”; señala el concepto

---

<sup>4</sup> Recaséns, Siches Luis, *Iusnaturalistas y Iuspositivistas mexicanos (ss XVI-XX)*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones filológicas, México 1998, p-62

<sup>5</sup> Es el creador de la noción generacional de los derechos humanos, de origen checoslovaco, fue a Francia a estudiar Derecho y permaneció allí tras la invasión soviética de 1968. Adquirió la nacionalidad francesa y trabajó por el Consejo de Europa en varios puestos antes de convertirse en el primer Secretario General del Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, entre 1969 y 1980. Trabajó como Director de la Sección de Derechos Humanos y Paz de la Unesco y posteriormente como asesor legal de dicho organismo y de la Organización Mundial del Turismo. En 1979 fue el primero en proponer una división de los derechos humanos en tres generaciones, inspirado en los ideales de la revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

dado por René Cassin,<sup>6</sup> en el coloquio de Niza, organizado el 5 y 6 de marzo de 1971 y cuyo tema fue “Metodología y Enseñanza de la Ciencia de los Derechos Humanos”, en donde estableció lo siguiente:

“La ciencia de los Derechos Humanos se define como una rama especial de las ciencias sociales, cuyo objeto es el estudio de las relaciones humanas a la luz de la dignidad humana, así como la determinación de los derechos y facultades que son necesarias como conjunto para el pleno desarrollo de la personalidad de cada ser humano”.<sup>7</sup>

Los Derechos Humanos son aquellos que el hombre posee por el derecho de serlo. Son inherentes a la persona y se proclaman sagrados, inalienables imprescriptibles fuera del alcance de cualquier poder político.

De acuerdo a Vasak:

“Para que los derechos humanos se conviertan en realidad legal, debe contar con estos tres requisitos:

1. Debe existir una sociedad organizada en forma de Estado de iure;

---

<sup>6</sup> (1887-1976). Es el principal redactor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Nació en 1887, en Bayonne, su madre, nacida Dreyfus, era de origen alsaciana y su padre descendía de judíos italianos fijado en Niza. Una vez que obtuvo su bachillerato en 1904, en el liceo Massena en Niza, siguió estudiando derecho y de historia en Aix-en-province. René Cassin nació en 1887 en Bayona, Francia. En 1908 obtuvo títulos en humanidades y derecho. Se calificó en el primer puesto en un examen competitivo de la facultad de Derecho de la Universidad y en 1914 obtuvo el doctorado en ciencias jurídicas, económicas y sociales. Comenzó su carrera jurídica en los Tribunales de París, donde permaneció hasta que fuera reclutado para luchar en la Primera Guerra Mundial. Prestó su servicio en la infantería y fue herido gravemente. Cassin representó a Francia ante la Liga de las Naciones, predecesora de la Organización de las Naciones Unidas, desde 1924 hasta 1938, y en la Conferencia de Desarme de Ginebra en 1932-34. Fue nombrado delegado a las Naciones Unidas en 1946 y fue uno de los fundadores de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Ocupó la vicepresidencia de la primera Comisión de las Naciones Unidas de Derechos Humanos y más adelante la presidencia. Aunque era experto internacional en derechos humanos, Cassin reconoció la dificultad de los problemas que se avecinaban: “Como consecuencia de estas vacilaciones y del carácter vago de tales innovaciones, desde un comienzo la misma Comisión de Derechos Humanos tenía dudas sobre su papel y sus funciones en general”.

<sup>7</sup> Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, editorial UNESCO y Serbal, Barcelona, España, 1984, p. 15

2. Dentro del Estado, los derechos humanos deben ejercitarse como un marco legal preestablecido, lo que no impide que pueda variar de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza de los derechos;
3. Debe proporcionarse a quienes estén en posición de ejercer los derechos humanos, las garantías legales específicas y, en especial, los recursos necesarios para asegurarse de que tales derechos son respetados.”<sup>8</sup>

Si bien es cierto que los Derechos Humanos, son propios de la persona humana, también es cierto, que al ser reconocidos en un Estado de Derecho, permiten a los particulares certeza jurídica, para en su caso exigir su respeto y cumplimiento, estableciendo los mecanismos para ello.

Consideramos que los Derechos Humanos, pertenecen a la ética y a la teoría jurídica. Esta noción implica que los seres humanos existen siempre ya en un mundo social. Por eso, dicho término sólo tiene sentido si se le piensa en un contexto social. Se refieren a una idea regulativa válida y aplicable a todos los seres humanos por igual. En un primer momento, son una exigencia subjetiva dirigida a todos los otros. Están basados en la conciencia moral y en la razón de los individuos, de que su vida, libertad y dignidad sean respetadas. Por ello, se sostiene que los derechos humanos son inalienables, ya que es impensable que alguna persona renuncie a ellos por su propia voluntad. Y por ser resultado de las circunstancias políticas y sociales de cada época, expresan en cada momento histórico las exigencias de dignidad, libertad e igualdad, por lo cual es posible afirmar que se encuentran en constante evolución.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 27

### 1.1.2. Evolución histórica

Los derechos humanos han surgido y sido reconocidos de acuerdo al desarrollo histórico de los grupos sociales. De entre los más relevantes, esbozaré brevemente los siguientes:

#### *a) La antigüedad: Egipto y Oriente:*

En las sociedades de los pueblos de la más remota antigüedad era desconocido cualquier concepto de derechos individuales. Desde el V milenio a. de C., ya sea que se trate de Egipto, Caldea, Asiria, Palestina o Persia, los soberanos llámense faraones, sacerdotes, reyes, jueces, se declaraban de origen divino y en esta calidad, ejercían un poder absoluto sobre sus súbditos, cuya única razón de ser era de participar en la grandeza del monarca. El estado era omnipotente y le confería un derecho limitado no permitiendo de ningún modo algún derecho a los individuos, los cuales eran utilizados como potencialidades de trabajo.

Es claro que en esta etapa de la historia no existían frenos, ni contrapesos a las arbitrariedades del Estado.

#### *b) Grecia:*

A diferencia de los pueblos anteriores, Grecia estableció la organización de un sistema político cuyo elemento básico era el individuo libre. En Esparta, Atenas y Tebas, existía una diferencia de clases sociales, que dividía la sociedad en hombres libres y en esclavos, estos últimos no participaban en la vida de la polis, ni en el ámbito civil, ni en el político. Sin embargo, en el terreno político y pese a las sujeciones que el Estado griego imponía a sus súbditos, la sociedad griega creó al hombre libre. Para algunos autores, los orígenes de los Derechos Humanos se remontan a la Grecia Clásica, consideran que los Derechos Humanos surgieron con el derecho natural. Como ejemplo se toma a la Antígona de Sófocles, de la literatura helena, en la cual,

cuando Creonte reprocha a Antígona haber dado entierro a su hermano pese a tenerlo prohibido, Antígona replica que han actuado según las leyes no escritas e inmutables de los cielos.<sup>9</sup>

c) *Roma:*

En la sociedad romana, el pater familias, es el único individuo titular de los derechos reconocidos por el Estado, los que podía ejercer libremente. La situación del ciudadano romano es privilegiada, política y civilmente, debido a que los demás miembros de la familia y los esclavos no eran considerados como individuos. El pater familias goza de un derecho absoluto sobre los miembros de su familia: esclavos, hijo y mujer, a quienes el ius civile ignora, por no ser ellos sui iuris.

Durante la República se realizaron transformaciones que iban a extenderse durante el imperio, en ella el derecho natural introdujo la idea de equidad y originó el reconocimiento de derecho a todos los hombres inclusive a los extranjeros. Al mismo tiempo, el derecho de pater familias sobre los miembros de la familia, iba perdiendo su carácter absoluto. Se reconoció cierta independencia y por lo tanto, cierta personalidad al hijo de familia emancipada, a la mujer casada y esclavo liberto.

En el edicto de Milán, del emperador Constantino en el año 313, proclamó el libre ejercicio y la igualdad de los cultos cristianos y paganos.

d) *La edad media: siglos del V al XV d.C.*

Este régimen social y político se caracterizó por una doble jerarquía de personas y de tierras. El "señorío", constituía un elemento social autónomo en el que el "señor", ejercía los derechos de regalía, atributo exclusivo del poder público. En beneficio del noble, se estableció un estatuto jurídico caracterizado por la posesión de privilegios de derecho público y privado. El vasallo solamente aceptaba la soberanía de su señor

---

<sup>9</sup> Cfr. Sófocles, Antígona, *Las leyes no escritas e inmutables de los dioses*, editorial Porrúa, México 1998, p. 70

feudal, y cumplía con las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático de feudo; en cambio desconocía totalmente la soberanía del rey.

En lo concerniente al hombre “semi-libre”, el estado de servidumbre traducía una dependencia que no era absoluta. Al contrario del esclavo romano, el siervo de la edad media tiene una personalidad, podía poseer bienes muebles y ejercía tanto la patria potestad y la marital. Sin embargo, la persona física del siervo pertenecía al señor, el siervo no podía testar ni casarse sin previo acuerdo de su señor.

En esta etapa, el Humanismo cristiano conjuga el concepto de derecho natural con la filosofía del Cristianismo, dando un sentido comunitario de los derechos del hombre.

*e) Renacimiento e Ilustración: siglo XV al XVII d.C.*

El absolutismo y la monarquía de derecho divino a la disposición del poder central, se establece en beneficio de los señores feudales, se restaura el concepto de derecho absoluto de Estado en provecho de la monarquía, al edificarse y asentarse la grandes monarquías en Europa. El derecho absoluto del Estado se utilizaba en provecho de la monarquía de derecho divino.

Pensadores como Hobbes, Locke y Rousseau, se interesan en la importancia de los valores, tales como la libertad, la propiedad y la igualdad.<sup>10</sup>

En Inglaterra, el *Bill of Rights (1689)*, postula una serie de derechos y libertades frente al monarca. La Carta Magna de Juan Sin Tierra, contempla garantías de seguridad jurídica y restringía el poder del rey.

---

<sup>10</sup> En 1640 Thomas Hobbes, escribe Principios de Derecho natural y civil, publicado en 1650 con el nombre de De Corpore Político

f) *Edad Moderna: siglo XVIII al XIX d.C.*

En este siglo los sistemas políticos y económicos rayan en el autoritarismo, por lo que se da inminentemente una reacción, en donde los individuos aspiran a la libertad. El régimen político ideal iba a ser el que consagrara y protegiera los derechos humanos. Esta concepción fue la que inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; la cual hace una distinción entre, por un lado, los Derechos de Hombre y, por el otro, los derechos del ciudadano.

“En estos textos, el hombre aparece como un ser a quien se imagina existiendo fuera de la sociedad, a quien se considera existiendo antes que la sociedad. En cuanto ciudadano, éste queda sujeto a la autoridad del Estado. Así, los derechos del hombre son naturales e inalienables, mientras que los derechos del ciudadano lo son positivos, garantizados por el derecho positivo. Los derechos humanos son derechos fundamentales por la propia razón de que existieron antes que el Estado, mientras que los derechos del ciudadano están subordinados y dependen de éste”.<sup>11</sup>

Por su parte en América, inicia en 1776, el movimiento de independencia de las colonias inglesas del norte y que continuó en América Latina, durante la primera década del siglo XIX; las constituciones elaboradas durante ésta época, incluyen en sus textos a los derechos individuales. Siendo los Constituyentes mexicanos, los pioneros en establecer una protección efectiva de los derechos individuales, al asentar las bases del juicio de amparo, (Constitución de 1857), el cual sirve como instrumento de protección del individuo, frente al poder público.

g) *El Siglo XX y los derechos individuales:*

Así como los defectos de los regímenes autoritarios habían provocado en el siglo XVIII la aparición de las doctrinas liberales, los abusos de los regímenes basados en el *laissez-faire* originaron, a fines del siglo XIX y a principios del XX, las doctrinas

---

<sup>11</sup> Vasak, Karel, *op.cit.* p. 42

sociales, desde el intervencionismo moderado hasta el colectivismo marxista. En realidad, no tratan de suprimir la idea de derecho natural, sino de substituir el concepto liberal de dicho derecho por un concepto social.

Se amplía el ámbito de los Derechos Humanos, al incluir los derechos económicos, sociales y culturales. La Constitución Mexicana de 1917, es la primera en el mundo en incluir estos derechos.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los Derechos Humanos se integran al plan internacional, al celebrarse instrumentos multinacionales para su defensa.

### **1.1.3. Evolución por generación<sup>12</sup>**

Se han clasificado los Derechos Humanos, desde diferentes enfoques: de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere, etc. Por lo que se refiere a La denominada división de las Tres Generaciones, ésta es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del orden jurídico normativo de cada país.

#### **1.1.3.1. Primera generación**

Se refiere a los derechos civiles y políticos, también denominados “libertades clásicas”. Fueron los primeros en exigirse por el pueblo como sucedió en la Asamblea Nacional durante la Revolución Francesa. Este primer grupo está constituido por los

---

<sup>12</sup> El creador de la noción generacional de los derechos humanos es el checoslovaco, ex Director de la División de Derechos Humanos y Paz de la UNESCO, Karel Vasak, radicado en París, de ahí que el tema de las generaciones de los derechos humanos tiene facturación doctrinal francesa. Vasak, introdujo el concepto de las tres generaciones de los derechos humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo, 1979; su inspiración fue la de la bandera francesa, es decir, “libertad, igualdad y fraternidad”, substituyendo esta última con mayor acierto por la presencia del valor “solidaridad”. Refleja el orden temporal sucesivo (de ahí lo generacional) del reconocimiento internacional de los derechos humanos a nivel estatal, identificando tres generaciones que marchan de lo individualista a lo solidario.

reclamos surgidos de los primeros movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo, especialmente en Europa, a finales del s. XVIII.

Como resultado de esas luchas, sus exigencias fueron consagradas como auténticos derechos y difundidos internacionalmente, entre los cuales figuran:

- *Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.*
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.
- Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.
- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.
- *Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.*
- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.
- *Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.*
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

En ésta primera etapa se formulan los principios y las reivindicaciones que constituyen las raíces del concepto de Derechos Humanos.

“En el largo período que abarca esta etapa pueden identificarse con nitidez, en las más diversas culturas, el ascenso y fortalecimiento de dos preocupaciones constantes: la primera es la definición del papel del gobernante y la fijación de límites expresos a su poder, y la segunda, la preocupación por establecer el ideal de la dignidad humana como parámetro de convivencia y de juicio o valoración”.<sup>13</sup>

Estos derechos surgidos a lo largo de los siglos, se establecen en diversos principios como los referentes a la dignidad de la persona, de convivencia y justicia. Desde el código de Hammurabi, al establecer la prescripción de que el poderoso no abuse del débil, pasando por la civilización egipcia que consideraba la concepción del poder como servicio, así como la griega, en tiempos de Hesíodo, cuando surge la idea de libertad, considerada como la explicación máxima de la idea del hombre. El cristianismo y el Islam, propagan la igualdad de los hombres.

### **1.1.3.2. Segunda generación**

La constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, gracias a los cuales, el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho.

De ahí el surgimiento del constitucionalismo social que enfrenta la exigencia de que los derechos sociales y económicos, descritos en las normas constitucionales, sean realmente accesibles y disfrutables. Se demanda un Estado de bienestar que implemente acciones, programas y estrategias, a fin de lograr que las personas los gocen de manera efectiva, y son:

- *Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.*
- *Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.*

---

<sup>13</sup> Barba, Bonifacio, *op.cit.* p. 24

- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.
- *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.*
- *Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.*
- *Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.*
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

### **1.1.3.3. Tercera generación**

Este grupo fue promovido a partir de la década de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional. Entre otros, destacan los relacionados con:

- La autodeterminación.
- La independencia económica y política.
- La identidad nacional y cultural.
- La paz.
- La coexistencia pacífica.
- El entendimiento y confianza.
- La cooperación internacional y regional.
- La justicia internacional.
- *El uso de los avances de las ciencias y la tecnología.*

- La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos.
- El medio ambiente.
- El patrimonio común de la humanidad.
- El desarrollo que permita una vida digna.

## 1.2. FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La filosofía de los derechos humanos es, la filosofía que los toma como objeto, se ocupa de ellos, los explica, busca saber y conocer que son, su fundamento, sus causas, alcances y fines.

“Sólo merece el nombre de filosofía de los derechos humanos, y tal vez sólo es filosofía de los derechos humanos, aquella filosofía que, al tomarlos como objeto suyo, los valora afirmativamente, los postula, los reivindica, los defiende; o sea nos da una respuesta filosófica favorable a los derechos humanos”<sup>14</sup>

En relación a la cita anterior, considero que siendo la filosofía una ciencia general, la filosofía de los derechos humanos, será la que se encargue del estudio especializado de éstos. La cual debe de considerar sus connotaciones metafísicas, en su dinamismo realista y en sus relaciones con la naturaleza y la experiencia.

---

<sup>14</sup> Bidart, Campos German J. y Herrendorf Daniel E., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, editorial EDIAR, Argentina, 1991, p. 59

### 1.2.1. Aspectos filosóficos de los Derechos Humanos

Los siguientes planteamientos sobre los aspectos filosóficos de los Derechos Humanos, hacen referencia al ser y esencia, las causas, los valores y los fines de los Derechos Humanos, y que corresponden a la ontología, etiología, axiología y teleología, respectivamente.

- a) *Ontológicamente*, en referencia a la apreciación del ser y la esencia de los Derechos Humanos. Independientemente de la posición filosófica que se asuma<sup>15</sup>, la esencia, la causa de los Derechos Humanos, corresponde a la naturaleza del hombre, que es distinta a la de los demás seres. Los Derechos Humanos reconocen un “rango superior de dignidad a todos los que formamos parte del género humano, sin distinción de razas, nacionalidades, religión, ideas políticas”.<sup>16</sup>

El fundamento filosófico de los Derechos Humanos, consiste en llegar a su origen, a su núcleo ontológico.

- b) *Etiológicamente*, la causa inherente a la esencia es la dignidad humana y su reconocimiento general, de los grupos y de los individuos, “para que puedan continuar con su vida organizada y la realización superior de los propios fines del hombre y la sociedad”.<sup>17</sup> Por su parte, Germán Bidart, hace un estudio de los límites y las limitaciones de la esencia de los Derechos Humanos y señala:

“...los límites que aseguren a otros el disfrute de iguales derechos a los míos, son holgados, porque cuando la capacidad de disfrute está estrangulada en algunos porque no disponen de los medios para acceder a ese mismo disfrute...los Derechos Humanos sin solidaridad, sin reciprocidad, sin libertad de movimiento, sin igualdad de oportunidades, sin función social, son

---

<sup>15</sup> Para mayor información sobre el tema *vid. infra*, corrientes filosóficas de los Derechos Humanos en la presente investigación, donde se plantean los criterios esenciales del iusnaturalismo, iuspositivismo, iusrealismo, iusmarxismo, respecto de los Derechos Humanos.

<sup>16</sup> Quintana, Roldán Carlos, *Derechos Humanos*, editorial Porrúa, México, 1998, p.28

<sup>17</sup> *Idem.*

derechos de privilegio... porque son de algunos y no de todos, porque burlan la universalidad general con que tanto se les pregona literalmente”.<sup>18</sup>

c) *Axiológicamente*, al referir este aspecto, estamos hablando de valor, que para los Derechos Humanos se refiere a la dignidad del hombre. El valor central que ocupa al Derecho es la justicia, y por lo tanto, es el mismo valor específico de los Derechos Humanos. “...la justicia que plasma ...los límites del respeto que el poder público debe asumir frente a las personas”.<sup>19</sup>

Se considera que un orden jurídico es justo, cuando en toda su estructura normativa, de todas las materias y en todos los niveles, se reconozca el respeto a los Derechos Humanos.

d) *Teleológicamente*, éste aspecto es relativo a los fines, y los Derechos Humanos tienen como fin esencial de la existencia, el que se respeten, ya que de nada sirve contar con una legislación nacional que los contemple y con instrumentación internacional que establezca los mejores mecanismos protectores de ellos, sino se cumple con éste fin. No puede existir desarrollo, ni progreso social, sino se respetan los Derechos Humanos.

### **1.2.2. Corrientes filosóficas de los Derechos Humanos**

En el presente trabajo se hará principalmente, al estudio del iusnaturalismo, iuspositivismo, iusrealismo y el iusmarxismo, debido a que son éstas corrientes medulares, en relación a la filosofía de los Derechos Humanos.

---

<sup>18</sup> Bidart, Campos Germán, *op.cit.* pp. 215-220

<sup>19</sup> Quintana, Roldán Carlos, *op.cit.* p. 29

### 1.2.2.1. Iusnaturalismo

El iusnaturalismo consiste en aseverar que existe un derecho natural, gravado en las mentes de los hombres, que es previo al derecho positivo e independiente de él. Esta corriente sostiene además, que el derecho positivo debe fundamentarse en el natural e incluso obedecerlo, si es que este no quiere perder su legitimidad o validez.

El iusnaturalismo ha estado presente en el desarrollo de la humanidad, desde su modalidad clásica, esto es escolástica, heredada de los filósofos griegos y el derecho romano; como en su modalidad moderna.

En la antigüedad grecorromana destacan Sócrates, Platón y Aristóteles, quienes en sus obras: Los Diálogos de Platón y de Ética y Política, respectivamente, mas que hablar de la dignidad del hombre como individuo y de sus correspondientes derechos frente a la comunidad y a la autoridad política, consideraban mas bien, que los hombres formaban parte de su comunidad y pertenecían a ella; era ésta quien tenía la primacía absoluta sobre los hombres y estos debían obedecer las leyes de la misma aunque fueran injustas (como ejemplo tenemos la muerte de Sócrates, víctima de una acusación infundada). “Se vivía en un transpersonalismo absoluto en el que no se concebían derechos humanos frente y contra las autoridades públicas”.<sup>20</sup>

La voz de Antígona, en la ya citada tragedia de Sófocles, reclama los derechos divinos superiores a cualquier ley humana, que se pudieran hacer valer frente a la polis, la cual se consideraba una instancia de perfeccionamiento de la naturaleza humana y que el fin de la ciudad, se identificaba con el fin de los ciudadanos, por los que estos no tenían ningún derecho del gobierno de la ciudad.

Por su parte en Grecia, después de haber sido conquistada por Roma, da surgimiento a la escuela estoica, la que tuvo como ideal al hombre sabio y estableció

---

<sup>20</sup> González, Uribe Héctor, *Iusnaturalistas y Iuspositivistas mexicanos, (ss XVI-XX)*, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, México 1998, p. 125

una ley natural universal a la que se adhiere el hombre por el uso de la razón. Es en esta filosofía estoica donde el hombre ya no es más un ciudadano de la polis, sino el miembro de una comunidad universal. Entre los pensadores de esta escuela destacan, Cicerón, Séneca y Marco Aurelio.

El ambiente espiritual estaba preparado por el estoicismo para que se abriese paso la idea de la dignidad del hombre como persona, ser racional y libre, con un destino individual, propio e intransferible, distinto y superior al de la comunidad. Esta idea fue aportada por el Cristianismo y difundida como “buena nueva” por todo el mundo conocido. La aseveración de San Pablo de que, “ya no hay esclavos ni hombres libres, sino que todos son hermanos en Cristo Jesús (Gal. 3,28), renovó la faz de la tierra. En adelante, los hombres ya no serían cosas ni objetos de posesión por otros hombre, sino verdaderos ciudadanos, libres e iguales, del reino de Dios”<sup>21</sup>. Los ciudadanos se consideraban parte de dos reinos el espiritual y el temporal, el hombre se consideraba, autónomo y libre en lo más íntimo de su ser y responsable sólo ante Dios. Estas ideas fueron desarrolladas por los padres de la iglesia, como Obispo de Hipona y San Agustín.

En la Edad Media, Santo Tomas de Aquino en sus obras delimita los derechos y deberes de los hombres frente a la vida social y política, haciendo una distinción entre los valores intramundanos, expresados por el bien común de la sociedad y la de los valores trascendentes, supramundanos, propios de la vida espiritual y del destino último de los hombres.

En los siglos XVII y XVIII, surge la llamada escuela racionalista del derecho natural, en la que participaban entre otros Hugo Grocio, Juan Althusio, Samuel Pufendorf, John Locke, cuyas ideas influyeron en documentos de importancia para la lucha contra la arbitrariedad de los gobernantes y el conocimiento de los derechos naturales del ser humano, como la *petition of rigths*, (1628) en Inglaterra, el *Bill of*

---

<sup>21</sup> *Ibidem.* p-127

rights, (1689), y sobre todo en las declaraciones de derechos de las primeras constituciones estadounidenses de la Independencia, a fines del siglo XVIII.

“De esta manera se manifestó en la Edad Moderna, en la doble dirección, escolástica y racionalista, una filosofía inspirada en el humanismo y en la defensa de los individuos contra los excesos del poder público. Con ello se contrarrestó la tendencia absolutista y secularista que, basada en una concepción pesimista del hombre y de la política, habían expuesto en sus obras, Maquiavelo y Hobbes, y que conducían, a no dudar, a una sumisión total del hombre al Estado para buscar en él protección y paz”.<sup>22</sup>

De lo expuesto hasta aquí, se deduce que la postura filosófica que funda los Derechos Humanos, es el llamado derecho natural. La doctrina del derecho natural ha sido interpretada, como señalábamos anteriormente, por dos escuelas: la doctrina clásica del derecho natural y la doctrina racionalista. En la doctrina clásica su característica básica es la fundamentación metafísica del derecho en la naturaleza del hombre y en la finalidad de su vida. Por su parte, la doctrina racionalista, afirma que, todas las relaciones jurídicas deben ser juzgadas exclusivamente por las reglas de la razón, de lo naturalmente recto, que se impone entre los hombres por su propia naturaleza.

El derecho natural, está constituido por los principios inmutables que emanan o corresponden a las exigencias de la naturaleza social del hombre, tales como el respeto a la vida, a la libertad, al trabajo, etc., que forman: "un núcleo fundamental de los derechos que tienen la persona humana sustancial, derechos que emergen como exigencias de su propia naturaleza, y que constituye básicamente los llamados derechos fundamentales de las personas."<sup>23</sup>

Entre las reglas del derecho natural, las hay que son evidentes inmediatamente, tales como la necesidad de hacer respetar la vida de los ciudadanos y la necesidad de una autoridad social que vele por el bien común. Otras reglas son menos evidentes y

---

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> Ruiz de Santiago y Sierra, Jaime, *Naturaleza y fines del derecho*, UIA, México, 1978 p-91

seguramente hay algunas que todavía no conocemos. Como todas las disciplinas humanas, el derecho natural se encuentra siempre en vías de formación.

### **1.2.2.2. Iuspositivismo**

El iuspositivismo, en cambio consiste en privilegiar a las leyes plasmadas por los seres humanos.

En el terreno de los fundamentos teórico-filosóficos de los derechos del hombre, las opiniones se dividen en dos grupos: los que acepta la ley natural como fundamento de los derechos humanos, (iusnaturalismo), y los que rechazan más o menos explícitamente, aunque no la niegan del todo, (iuspositivismo), y es precisamente ésta corriente, la que analizaremos a continuación.

Para los iuspositivistas, el hombre, en razón del desarrollo histórico de la sociedad, se ve revestido de derechos variables continuamente y sujetos a los cambios que tiene el grupo social, los cuales son regulados por normas que positivizan esos derechos y permiten al individuo la posibilidad de exigir su respeto y cumplimiento.

Para el positivismo jurídico, el derecho natural no se puede imponer coactivamente. Este no reconoce más derecho que el del Estado, cuya vigencia viene asegurada por la coacción física.

El derecho natural consiste en principios, y corresponde al derecho positivo aplicarlo en cada una de las comunidades sociales organizadas por el mismo y, además, debe aplicarlos a las necesidades sociales concretas de cada sociedad en particular, es decir, debe aplicar a una sociedad concreta los principios generales e inmutables de aplicaciones diversas.

Ahora bien, la Carta Magna, suscrita por Juan sin Tierra en Inglaterra en el año de 1215, es considerada en nuestros tiempos la pauta del reconocimiento positivo de algunos de los derechos fundamentales; empero, encontramos que con anterioridad a la misma, en el año de 851, Lotario, Luis y Carlos prometen a sus súbditos, en la localidad de Alorcemme, que en el futuro " ... no condenarían ni deshonrarían ni privarían a nadie contra el derecho y la justicia"<sup>24</sup>, principio que se encarnó en el derecho constitucional y en el sistema jurídico de la Edad Media.

Con alguna posterioridad, en el imperio germano se produjeron hechos similares, en los que determinados grupos lograron el reconocimiento de importantes derechos frente al monarca o soberano. "Así sucede, por ejemplo, con Federico I. Barbarroja, en 1183, y con Federico II, en 1231, lentamente, en distintas partes, las garantías individuales se van esbozando en normas de derecho positivo."<sup>25</sup>

Es necesario señalar, por otra parte, que los reconocimientos de los derechos a que nos hemos referido aparecieron como una relación contra los excesos de la autoridad que los negaba y casi siempre con carácter contractual y de atribución de concesiones y privilegios particulares, como prerrogativas reconocidas a grupos de personas. "Se trataba así más bien de concesiones y acuerdos circunstanciales, de objeto y contenido limitado, que de un reconocimiento de derechos naturales, esenciales y más o menos absolutos."<sup>26</sup>

Pareciera que el reconocimiento de los Derechos Humanos, durante la historia de la humanidad ha sido producto de luchas sociales, como lo fue la revolución francesa y nuestra revolución mexicana.

---

<sup>24</sup> Carlye, A.J, *En las fines del derecho*, México, UNAM, 1967, p. 186

<sup>25</sup> Hümler, Gallo Jorge Ivan, *Panorama de los derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires, Argentina 1977, p. 11 citado por Etienne, Llano Alejandro, *La protección de la persona humana en el derecho internacional*, editorial Trillas, México 1997, p. 30

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 33

### 1.2.2.3. Iusrealismo

Para el iusrealismo, el Derecho como objeto de estudio no son las normas ni los valores sino los hechos. La importancia de las normas jurídicas no radica en sí mismas, sino en las conductas humanas que derivan de dichas normas y valores.

Uno de los principales exponentes de ésta corriente es Alf Ross, quien atacó la postura de Kelsen sobre su concepción de la ciencia del Derecho, como ciencia del sistema jurídico o normativo; sostuvo, por el contrario que, la ciencia del Derecho es la ciencia del orden jurídico o social. Reconoce que el Derecho consiste en los hechos, en los fenómenos sociales que derivan de las normas. Lo primordial en el estudio del Derecho corresponde a los hechos en lugar de a las normas, lo principal son los fenómenos sociales.

El Derecho es concebido al mismo tiempo como un fenómeno social eficaz, susceptible de observación mediante el método empírico por formar parte del mundo real de los hechos y como una proposición válida, capaz de analizarse a través del método normativo, por formar parte del mundo de las normas.<sup>27</sup>

Para el iusformalismo, la validez del Derecho emana de la voluntad de los hombres y del acto mediante el cual el Estado o la autoridad pública jurídicamente reconocida, como poder público institucionalizado, declara como obligatoria una norma; y la eficacia resulta de la aplicación de las normas vigentes; es decir la aplicación u observancia de las normas declaradas como válidas. En su caso el iusrealismo considera que la validez del Derecho deriva de la expectativa de cumplimiento que se produce para los miembros de la colectividad, cuando todos observan las normas de conducta; y la eficacia, cuando en el orden social se aplican y observan dichas normas con cierto grado de efectividad.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. Esquivel, Pérez Javier, *Formalismo y realismo en la teoría del Derecho*, UNAM, México, 1980.

<sup>28</sup> Cfr. Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, cuarta edición, Editorial Fontamara, México, 2001

Ésta corriente establece a los derechos humanos comprendidos en una realidad, ya sea aceptada o negada en la vida jurídica, en la convivencia societaria, en esa misma realidad de conductas que es el derecho.

La fundamentación realista de los derechos humanos, se justifica en la noción de la naturaleza, el concepto de persona, la ley natural y la idea de justicia.

En relación a la noción de la naturaleza el realismo tiene como punto de partida una referencia esencial a la realidad de las cosas; uno de los rasgos dominantes de este pensamiento “consistió en referir la ley y el Derecho al ser, es decir, a la unidad ontológica permanente de las cosas que al propio tiempo es el orden ideal de todos los valores y fundamento de la vida y de la libertad del hombre”<sup>29</sup>

Para Carlos Massini,<sup>30</sup> es importante que nos liberemos de lo que en nuestros días se considera como filosofía, ya que es una esclavitud mental colectiva o un escepticismo y por lo tanto, no se nos da a conocer las estructuras de la realidad. La afirmación realista supone la posibilidad de un conocimiento filosófico, ya que la naturaleza humana sólo es aprehensible a través de un saber de ese tipo y, por lo tanto, una superación de los moldes más corrientes del pensamiento contemporáneo.

Por lo que respecta al concepto de persona, el iusrealismo retoma el concepto clásico, que incluye las características de sustancialidad, racionalidad y libertad, y considera que sólo desde una perspectiva filosófica que las reconozca, resulta posible pensar en ciertos derechos que se tienen objetivamente, y que denominamos “Derechos Humanos”.

---

<sup>29</sup> Jaeger, Werner, *Alabanza de la ley*, Trad. A TRUYOL Y Serra, C.E.C., Madrid 1982, p.78, citado por Massini, Correas Carlos, *Filosofía del Derecho: El Derecho y los Derechos Humanos*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 208

<sup>30</sup> Cfr. Massini, Correas Carlos, *El derecho subjetivo: ¿realidad universal o histórica?*, en *Prudentia Iuris*, No. IX, Buenos Aires, 1983, p. 208

Referente a la ley natural, consiste en la expresión normativa de las exigencias que para el obrar humano se descubren en la naturaleza. Es precisamente ésta ley natural la que funda los denominados Derechos Humanos, ya que los justifica.

“Si no existiese una norma que,

- 1.- Otorgue a unos sujetos la posibilidad de exigir el cumplimiento de una conducta
- 2.- Imponga a otros el deber de cumplirla o de abstenerse de ella, y
- 3.- Establezca la medida o el contenido de esa conducta, no es posible pensar en derechos de ningún tipo”<sup>31</sup>

Considero necesario recurrir a una norma justificada objetiva que sirva de patrón o medida de los derechos de cada uno y que en su caso, imponga los deberes que les correspondan.

En relación a la idea de justicia, no hay derecho subjetivo sin un correlativo deber en otro sujeto; los bienes y servicios que son objeto de un derecho han de ser aportados por alguien, sobre quien recae la obligación de proveerlos. Por ello dice Von Wright que:

“...ésta noción de un derecho es una idea normativa con un característico aspecto dual. Desde el punto de vista del tenedor del derecho, un derecho, en este sentido, es una libertad o permiso de obrar en un cierto modo. Desde el punto de vista de los obligados, el derecho es una prohibición de interferir con la acción de un tenedor del derecho, si éste decide valerse de su derecho”<sup>32</sup>

La visión realista, considera a los Derechos Humanos dentro de un orden de repartos, e intercambios, señala una relación entre el deudor y el acreedor, adaptables a las diversas realidades sociales.

---

<sup>31</sup> Massini, Correas Carlos I., *op. cit.* pp. 15-34

<sup>32</sup> Von Wright, George Henrik, *The varieties of goodness*, Rutledge and Kegan Paul, London, 1972, p. 179, citado por Massini, Correas Carlos I, *Filosofía del Derecho: El Derecho y los Derechos Humanos*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 211

#### 1.2.2.4. Iusmarxismo

En esta corriente señalaremos brevemente aquellos elementos y rasgos que explican el carácter específico de la corriente marxista en su enfoque de los derechos humanos.

Marx abordó la reflexión sobre la persona humana históricamente y positivamente, y situó al hombre en los sistemas generales existentes, dentro de las cuales pertenecía a un grupo, a una clase o estrato social, a una nacionalidad, sujeta a leyes concretas. Mientras que la atribución a los derechos humanos de una sustancia moral y filosófica puede ser el resultado del concepto de hombre total, la aplicación real de aquellos derechos siempre sería considerada en su contexto histórico, derivado de un orden social determinado.

Consideró Marx, que los hombres sufren limitaciones desde una doble perspectiva:

- a) Como limitaciones naturales, refiriéndose a los límites impuestos por la naturaleza y por las fuerzas productivas.
- b) Como limitaciones sociales, que son resultado de las diferentes posiciones que ocupan las personas en el sistema, y de las diferencias en el acceso a los bienes materiales según la categoría de cada persona.<sup>33</sup>

Según Marx, estas limitaciones sociales fueron la fuente de reivindicaciones formuladas en nombre de una clase o grupo determinado. El enfoque marxista consistía en relacionar principio universales generales con situaciones de grupo e intereses de grupo.

Las doctrinas políticas y sociales que expresan diferentes actitudes hacia los derechos humanos, están relacionadas con las etapas históricas del desarrollo. El

---

<sup>33</sup> Cfr. Kudryavtsev, V.N., *Los Derechos Humanos y la Unión Soviética*, en *Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*, Serbal, UNESCO, Barcelona, España, 1985

conocimiento de la estructura de una sociedad determinada, le permitía a Marx prever lo siguiente:

1. Hasta que punto se aceptarían las reivindicaciones
2. Hasta que punto no encontrarían sino indiferencia o neutralidad
3. En qué momento y que grupos iniciarían la resistencia, una vez que el grupo social valorará que los derechos reclamados podrían perjudicar a los intereses del grupo resistente, quien generalmente es el grupo en el poder político.<sup>34</sup>

Marx no pensó en las situaciones de grupo y los intereses de grupo que se relacionaban con ciertas reivindicaciones y aspiraciones en términos morales, sino como una consecuencia de los sistemas sociales que imponían a determinados grupos la lógica de su conducta.

### **1.3. SOCIOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Como señalaba en el primer punto del presente capítulo, estudiar a los Derechos Humanos aisladamente, no nos permitirá entenderlos de todo, por ello es necesario hacer un análisis multidisciplinario, por lo que, corresponde hacer un breve estudio de la sociología en vinculación con los Derechos Humanos.

A diferencia de la filosofía de las teorías, que buscan incesantemente la fundamentación del concepto de derechos humanos, el aspecto sociológico, que ahora tocamos, pretende establecer un análisis de los derechos humanos e intenta explicar y comprender el desarrollo socio-histórico de ellos, así como su problemática de su realización práctica. Con la finalidad de buscar las causas y circunstancias por las cuales se protegen unos determinados derechos, y explicando, a su vez, los contenidos ideológicos que se encuentran tras esos derechos.

---

<sup>34</sup> *Ibidem.* p.94

La sociología, por su parte pretende problematizar, desde una visión crítica, las complejidades y los conflictos que se encuentran tras los conceptos universales y las categorías abstractas basadas en los principios del individualismo y del subjetivismo con los cuales se ha construido hasta ahora la filosofía de los Derechos Humanos.

### **1.3.1. Principales modelos sociológicos de los derechos humanos**

El punto de vista sociológico de los Derechos Humanos, es reciente y en lo que respecta al ámbito de la teoría sociológica no puede decirse que haya constituido un objeto de atención permanente, debido a que este aspecto se ha desarrollado de forma dispersa.

Los modelos teóricos que expliquen las condiciones sociológicas de los Derechos Humanos tienen un peso notablemente menor, en relación a otras formas de abordar ésta cuestión, como la jurídica. Sin embargo, en las siguientes páginas señalaremos brevemente en qué consisten los modelos sociológicos que destacan.

#### **1.3.1.1. El modelo de la dialéctica sociedad civil-Estado**

Los Derechos Humanos se gestan siempre en una dirección histórico-evolutiva, que va de las relaciones sociales no institucionalizadas a la integración formal en las normas y procedimientos del ordenamiento jurídico. Este modelo no considera la posibilidad de que la evolución se produjese en sentido contrario, ni tampoco admite que la institucionalización produzca cambios en el nivel de las relaciones sociales.

La verdadera realidad de los Derechos Humanos reside en las relaciones sociales, no en las instituciones. Son representantes de éste modelo Adam Podgórecki y Vincenzo Ferrari. El primero, establece que la base de una sociología de los Derechos Humanos parte de dos definiciones conceptuales:

“La primera se refiere al concepto de derecho intuitivo... como aquella forma normativa en que los aparatos externos de control social no juegan un papel relevante, mientras que el derecho formal sí cuenta con ese respaldo coactivo. La segunda diferenciación conceptual es la que establece entre derechos humanos *tullidos y completos*... Se habla de derechos *tullidos*, cuando en un determinado Estado, se reconocen los derechos humanos, pero no se pone ningún medio... para garantizar su cumplimiento. En caso contrario se tratará de derechos humanos completos”.<sup>35</sup>

Más allá del reconocimiento de los Derechos Humanos, es trascendental que el Estado establezca los medios y las instituciones para hacer valer y garantizar dichos derechos.

Por su parte, Ferrari, considera:

“...en el campo de los derechos del hombre asistimos siempre a un proceso de positivación progresiva de *derechos* que nace, en origen, fuera de las sedes reconocidas como fuentes del derecho (...) En sentido sociológico se puede decir que estos *derechos subjetivos* devienen *positivos* porque...son reconocidos en la interacción de una comunidad. Que este reconocimiento sea compartido por una autoridad política,... central o internacional, que ...considere *crear* estos derechos por medio de un acto de voluntad, es un hecho políticamente muy importante, pero no esencial, si verdaderamente tenemos una idea democrática de la sociedad que se autodetermina”.<sup>36</sup>

Para Ferrari, los Derechos Humanos son los límites reconocidos por la intervención pública en la vida de una comunidad.

---

<sup>35</sup> Podgorecki, Adam, *Toward a sociology of human rights*, citado por, Aymerich, Ojea Ignacio, *Sociología de los Derechos Humanos*, Universidad de Valencia, España 2003, p.34

<sup>36</sup> Cfr. Ferrari, Vincenzo, *Sociologia dei diritti umani: riflessioni conclusive* pp.165-181, citado por, Aymerich, Ojea Ignacio, *Sociología de los Derechos Humanos*, Universidad de Valencia, España 2003, p.36

### **1.3.1.2. El modelo del normativismo jurídico**

Acepta como objeto propio la definición normativa de los Derechos Humanos, tomándola directamente de su sentido jurídico, por lo que, la Sociología de los Derechos Humanos, comenzaría a partir de las declaraciones y pactos internacionales, así como su protección constitucional en los diversos Estados.

Para Ferrari<sup>37</sup>, los derechos humanos son en los sistemas sociales las referencias permanentes e incuestionables, y que todo otro factor se supedita a ellos. Es decir, se trata a los Derechos Humanos como valores, y a otros elementos de la realidad social como hechos.

Los Derechos Humanos, ocupan un lugar preferente en el ordenamiento y su positivización constitucional los hace informadores de todo el sistema. O incluso, puede darse el caso de que, el valor funcional de los Derechos Humanos responda a las necesidades o intereses distintos a los de que los instituyeron en su beneficio.

### **1.3.2. Evolución socio-histórica de los derechos humanos**

Es así, que a través de la historia, han ido evolucionado los Derechos Humanos, los cuales pretenden, cada vez más, proteger al ser humano en “todo” lo que a su naturaleza intrínseca se refiere; los cuales se han ido desarrollando desde las sociedades antiguas, como los tratamos en los antecedentes, hasta nuestros días.

La primera perspectiva se encuentra en la constatación y explicación del proceso de continuo cambio al que se han visto sometidos los diversos catálogos de Derechos Humanos, elaborados desde las primeras declaraciones históricas de los mismos. Tal es el proceso de cambio de expansión y de multiplicación de los derechos,

---

<sup>37</sup> *Ibidem.* p. 62

el cual ha sido denominado por Bobbio y Peces-Barba como un proceso de especificación, que ha implicado un incremento de bienes tutelados bajo el concepto de Derechos Humanos o, lo que es lo mismo, una especificación en relación con los contenidos de los mismos, un incremento de titulares de los derechos más allá del sujeto-hombre.

“Dicho proceso de especificación tiene una clara dimensión socio-jurídica, porque tras él lo que existe, en realidad, es un reconocimiento jurídico de situaciones y necesidades fácticas diferentes y plurales, desde un punto de vista cultural, social o biológico; y, porque la juridificación del proceso de especificación produce importantes efectos y tensiones socio-políticas y culturales, a la vez que problemas de técnica jurídica”<sup>38</sup>

Para Kuhn, la ciencia tiene su desarrollo a lo largo de su historia, no se produce uniformemente y gradual, sino a través de revoluciones producidas por un cambio de paradigma cuando éste entra en crisis.

### **1.3.3. Evolución socio-cultural de los derechos humanos**

El proceso de especificación del que hablamos anteriormente ha sido el reconocimiento jurídico de las diferencias y diversidades culturales, sociales, lingüísticas, religiosas. El Derecho Humano a ser tratado de manera diferente: mujeres, minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, inmigrantes económicos, refugiados políticos, disminuidos físicos o psíquicos, niños, homosexuales, ancianos, reclaman su derecho a “ser diferentes”. Ahora bien, el ordenamiento jurídico de esas situaciones diferentes, con el consiguiente aumento de derechos, lleva aparejados efectos sociales.

Por último, es importante considerar que la evolución socio-histórica y socio-cultural de los Derechos Humanos, no es una evolución que haya concluido sino que se encuentra abierta a la aparición de nuevos derechos y a la interpretación y transformación de los ya existentes. Los cuales surgen de nuevos movimientos

---

<sup>38</sup> Fariñas, Dulce María José, *Sociedad y derecho*, Editorial Tiran lo Blanch, España 1998, p-690

sociales., tales como movimientos urbanos, vecinales, ecológicos, pacifistas, feministas, antinucleares, étnicos, de estudiantes y organizaciones no gubernamentales, o de avances científicos y tecnológicos, como es el caso de la reproducción asistida del ser humano, que es el objeto de la presente investigación, y que sin duda, conlleva implicaciones en la sociedad.

#### **1.3.4. Evolución socio-científica de los derechos humanos**

Es probable que el desarrollo y avance científico, puedan modificar los derechos humanos existentes, o bien crear algunos nuevos derivados de los anteriores. Las evoluciones políticas, sociales, culturales, científicas y tecnológicas, se han venido produciendo a una velocidad vertiginosa en las últimas décadas. Se plantea una cuestión, si los Derechos Humanos y los valores que éstos implican, van a ser los más adecuados para regularlos. La adquisición de un mayor bienestar gracias a la evolución social y tecnológica pueden poner de manifiesto nuevas facetas de los derechos “clásicos” o ya consagrados del ser humano o incluso nuevos derechos requeridos de la protección, no solo en el ámbito nacional, sino también en el internacional; nuevos derechos que se deben identificar e incorporar a un ámbito de protección. Este es el caso de los rápidos y espectaculares avances de las Ciencias Biomédicas; en donde se han hecho importantísimas aportaciones a la humanidad, amparadas en el irrenunciable derecho a la libre producción y creación científica. Entre éstos procedimientos se encuentran los trasplantes de órganos, los métodos de planificación familiar y la posibilidad de combatir la esterilidad. El caso específico que nos ocupa en la presente investigación es el de la reproducción asistida, la cual no sólo tiene implicaciones en la medicina, sino que también en los principios éticos, y en especial dentro del ámbito legal, lo que genera el otorgamiento de “nuevos derechos humanos”, surgidos de ésta revolución científica.

“Hoy en día corren un mayor peligro potencial la integridad física y moral, la libertad individual, la intimidad, la protección del embrión o feto, la integridad de la especie humana, el medio ambiente. Pero recordemos también que son antiguos los casos del abuso de los conocimientos

biomédicos para la elaboración y utilización de armas bioquímicas, para la aplicación de la tortura, de la pena de muerte o de otras penas o medidas de seguridad crueles o degradantes”.<sup>39</sup>

Por otro lado, los especialistas que se han ocupado de la materia desde diferentes perspectivas (médicos, investigadores, juristas, moralistas, filósofos, sociólogos) han llamado la atención sobre los peligros que se ciernen sobre el individuo y sobre la humanidad en su conjunto como consecuencia de una utilización abusiva o desviada de estos progresos y recursos.

---

<sup>39</sup> Primer Coloquio Internacional de la Laguna sobre derechos, *La Reforma de las Instituciones internacionales de protección derechos humanos*, editorial Universidad de la Laguna, Tenerife, España, 1993, p. 62

## **CAPÍTULO II**

### **LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUS CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

#### **2.1. DEFINICIÓN**

En el presente capítulo, expondré los conceptos que son básicos para entender los avances científicos relativos a la reproducción asistida, y que en el capítulo IV, utilizaré para vincularlos con los derechos humanos, en donde explicaré las posibles consecuencias que puede ocasionar la insuficiencia de su regulación jurídica.

La biomedicina, entendida como el desarrollo de la ciencia médica en favor de la vida, se ha desarrollado de manera sorprendente desde los últimos años. Ha sido considerada uno de los principales campos de éxito del hombre. La manipulación genética, la reproducción asistida, la misma clonación, son algunas de las direcciones que han tomado los avances tecnocientíficos.

Las técnicas de reproducción asistida, hoy en día y cada vez más, abren al hombre la posibilidad de la obtención de la procreación superando cualquier limitante. En muchos países se brindan este tipo de servicios médicos y cada vez aumenta más el número niños nacidos bajo la intervención de algún tipo de reproducción asistida.

Los conocimientos científicos derivados de la tecnología de la reproducción, han modificado conceptos tradicionales de la biología de la reproducción y mejorado los resultados tanto de tratamientos convencionales como: inducción de ovulación, monitorización folicular y endometrial, evaluación sonográfica de permeabilidad tubaria y características uterinas, estimación de la reserva ovárica, entre otros; así como ha permitido el desarrollo y aplicación humana de los métodos de reproducción.

La reproducción asistida, también conocida con los nombres de métodos artificiales, fecundación artificial, fertilización artificial, son los distintos procedimientos que aportan una ayuda para la reproducción de las parejas, venciendo así las causas de esterilidad que presenten.

“Como por definición reproducción asistida involucra todo aquel procedimiento para lograr un embarazo que incluya manejo de gametos y/o embriones en forma extracorpórea, esto se remonta hasta la inseminación terapéutica de espermatozoides, ... para efectuar inseminación intrauterina... la cual aumenta las tasas de embarazo “. <sup>40</sup>

Los avances en la medicina y los descubrimientos científicos y tecnológicos, en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han posibilitado, (entre otros), el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como “técnicas de reproducción asistida o artificial”.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, “...cuando otros métodos son poco adecuados e ineficaces, y aunque no está indicada para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados como perdidos, y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que se le utiliza con mayor frecuencia”. <sup>41</sup>

Las parejas infértiles o con problemas de esterilidad encuentran en éstas técnicas una opción para propiciar la formación y desarrollo de una familia.

El proyecto de Ley Braivant, en Francia, la define para los efectos jurídicos en estos términos:

“La reproducción asistida es la que resulta de los siguientes procesos:

---

<sup>40</sup> Pérez, Peña E. *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción. Un enfoque integral*, editorial Salvat, México, 1995, p. 249

<sup>41</sup> Gómez, Sánchez Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 181-186

1. La inseminación artificial de una mujer con el espermatozoides del marido, de su pareja estable o de un tercero.
2. La fecundación in vitro mediante los gametos de su pareja o de un tercero.
3. Cualquier otro procedimiento equivalente".<sup>42</sup>

El tercer supuesto de la cita anterior, pareciera que permitiera cualquier otra técnica de reproducción, lo cual en mi opinión personal, es muy riesgoso, si es que recordamos que incluso la clonación es otro procedimiento de reproducción humana. Por eso es importante que las legislaciones, sean claras, enunciativas e incluso limitativas, a fin de evitar prácticas que atenten contra la dignidad del nuevo ser.

De los conceptos anteriores, podemos señalar que para que exista una reproducción humana asistida, se requiere:

1. Una manipulación de los elementos reproductores humanos, (células germinales, gametos, cigotos, embriones), encaminada a la procreación por medios no naturales.
2. Que dicha manipulación sea necesaria toda vez que se presente un problema de salud: infertilidad o esterilidad.
3. Que exista voluntad de las partes de someterse a los tratamientos y estudios necesarios para lograr la reproducción.
4. Que dichos tratamientos no atenten contra la vida y dignidad del ser humano resultado de la reproducción asistida.

---

<sup>42</sup> Proyecto de Ley Braivant, Francia, *apud.*, Gisbert Calabuig, J.A., *Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética*, *Revista Mexicana de Justicia*, México, D.F., número 10, (septiembre 2000), p. 192

## 2.2. EVOLUCIÓN DE LA MEDICINA REPRODUCTIVA HASTA LLEGAR A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El logro de la concepción de la vida humana, sustituyendo alguno de los procesos biológicos por la intervención técnica, tuvo lugar con los primeros experimentos que sobre inseminación artificial se realizaron con animales, en 1765, de la mano de Ludwing Jacobi, quién obtuvo alevines de salmón “al bañar con la lechaza de un macho los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra”.<sup>43</sup> En 1777 el científico Spallanzini, realizó inseminación artificial con réptiles. Para 1875 Hunter hizo la primera inseminación artificial humana. Se llevo a cabo en Gran Bretaña, sobre una pareja con imposibilidad de obtener descendencia debido a una anomalía congénita del pene del marido, lográndose el nacimiento de un niño ese mismo año. En 1890 se realiza la primera inseminación con donante de semen, aunque esta práctica no se publica oficialmente hasta 1904. Posteriormente en 1954 se publica el primer trabajo que realizó Sherman, en 1953, en Estados Unidos con semen congelado, y por el cual se lograron cuatro embarazos; los avances que se realizaban eran principalmente en instituciones privadas. Para 1973, se recomienda en Inglaterra que la inseminación con donante se practique en instituciones del sistema de salud pública.

Posteriormente se han desarrollado diversas variantes de técnicas de reproducción asistida, (generalmente de mayor complejidad y de acuerdo a los problemas específicos de infertilidad de cada pareja), pero todas éstas técnicas de inseminación, tienen en común que la fecundación se produzca en el interior del cuerpo de la mujer, conociéndose a éstas técnicas como de fecundación *in situ*, o intracorpóreas, a diferencia de otras técnicas que analizaremos más adelante.

Cuando la concepción del ser humano es extracorpórea, con posterior transferencia del embrión a la mujer para la continuación de su desarrollo hasta su nacimiento, se le denominan técnicas de fecundación *in vitro*, o extracorpóreas. El

---

<sup>43</sup> Osset, Hernández Miguel, *Ingeniería genética y Derechos Humanos*, ed. Icaria Antrazyt, Barcelona España, 2000, p. 76

primer intento de fecundar *in vitro* fue con óvulos de coneja, en 1878 por el biólogo alemán Schenk, sin embargo no tuvo éxito en su experimento, que si consiguió Gregory Pincus en 1930, logrando fecundar óvulos de coneja y transferirlos a la trompa de Falopio, pero no logró ningún embarazo. En 1959, Chang consiguió la primera fecundación *in vitro* con embarazo en una coneja. Durante los años sesenta, se hicieron trabajos para desarrollar la *fecundación in vitro* y la *transferencia de embriones al útero* (FIVET-siglas en inglés-, FIVTE-siglas en español-), con el fin de ser utilizada en veterinaria. Se fueron desarrollando y perfeccionando diversas técnicas, y se crearon medios de cultivo adecuados para la fecundación *in vitro* y las primeras divisiones del embrión. En 1972, el francés Jackes Testard obtuvo el primer nacimiento de una ternera mediante FIVTE, utilizándose ésta técnica en forma habitual en las explotaciones ganaderas.

La primera fecundación *in vitro* (FIV), la intentaron en 1944 Rock y Menkin. En 1965, Robert Edwards, consiguió fecundar *in vitro* ovocitos de mujeres, pero no se logró la división celular al tratarse de óvulos inmaduros. En 1969 se realizaron los primeros estudios con embriones humanos. Con el invento y uso de la laparoscopia, se obtuvieron suficientes ovejitos para ser fecundados, y en 1971 se empezaron a transferir embriones a mujeres infértiles, sin alcanzar la implantación. En 1975 se consigue un embarazo ectópico mediante FIVTE, siendo abortado en la semana once.

El 25 de julio de 1978 nace Louisa Brown (el primer bebé de probeta), hija de la Sra. Lesley Brown, de 30 años, en el Hospital Bourn Hall, cercano a Manchester, Inglaterra, teniendo como médico a los Drs. Patrick Steptoe y Robert Edwards. La noticia desató la polémica, para unos era una etapa llena de esperanzas, y para otros de graves riesgos, tanto para los derechos del ser humano en lo individual, como el futuro de la humanidad.

En Francia, la primera niña de FIVTE fue Armandie, que nació en mayo de 1981, con el equipo de Testard y Papiernik.

En los Estados Unidos, el primer nacimiento fue en diciembre de 1981, en el Hospital General de Norfolk (Virginia).

En España, en julio de 1984 nació la niña Victoria Anna Perea en el Instituto Dexeus de Barcelona, trabajo realizado por Pedro Barri.

Los primeros gemelos del mundo obtenidos por FIVTE, nacieron en junio de 1981, en el Hospital Reina Victoria de Melbourne (Australia), y en 1984, los primeros cuatrillizos.

En Australia, nació en 1984 la primera niña procedente de un embrión congelado, de nombre Zoe.

En 1985, en Sudáfrica, se produce el primer caso de una abuela joven que parió a sus propios nietos.

La primera vez que se utilizó la FIVTE como método para la selección del sexo en enfermedades ligadas al mismo fue en 1990, realizado por Robert Winston y Alan Handside, del laboratorio de fertilización del hospital londinense de Hammersmith. En España, la primera niña que procede de la selección de sexo para evitar la transmisión de una enfermedad ligada al cromosoma X, nació en marzo de 1994 en la clínica Ruber de Madrid.

Las técnicas de reproducción asistida se practican en México a partir de los años noventa del siglo próximo pasado, y hoy en día, en nuestro país se utilizan como técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial y la fecundación in vitro y transferencia de embriones. Estas prácticas se realizan en instituciones privadas y públicas, destacando entre éstas el Instituto Nacional de Perinatología.

En la actualidad existen aproximadamente cerca de cuarenta y cinco instituciones que realizan técnicas de reproducción asistida, y los avances en el uso de

estas ha sido considerable en los últimos diez años, de tal suerte que en el Instituto Mexicano de Infertilidad de Guadalajara, en el año 2005, se logró el nacimiento del primer bebé mexicano concebido a través de una técnica que implica el congelamiento de óvulos, conocida como vitrificación.

En noviembre de 2007, nació una niña, la segunda a nivel mundial, ( el primer caso se registró en Montreal, Canadá, tres meses antes), bajo la utilización de dos técnicas innovadoras de reproducción asistida: maduración in-vitro y vitrificación o congelación de óvulos.

La discusión legal acerca de la conveniencia o no del uso de tales técnicas en seres humanos se inicia en la segunda mitad del siglo pasado y, de hecho, permanece abierta en la medida en que las técnicas evolucionan y siguen ofreciendo posibilidades permanentemente. Ante esta realidad, le corresponde al Derecho, establecer normas, que permitan el uso de éstas técnicas, como una posibilidad de las parejas para integrar una familia, pero sin olvidar los derechos humanos de los implicados, desde los progenitores hasta los nuevos seres humanos; en este sentido dirigiré el desarrollo del cuarto capítulo de la presente tesis.

### **2.3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

El avance científico y tecnológico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano, facilitando la realización de actividades en el ser humano que en épocas anteriores se consideraban como parte de la imaginación y que ahora, son una realidad y una opción.

Una de las principales metas del ser humano es la reproducción. Para que este evento suceda se requiere:

“integridad anatómica y funcional del eje hipotálamo-hipófisis-gónada, de los genitales internos y externos, así como también la práctica del coito vaginal en periodo periovulatorio, con depósito de semen en la vagina durante la eyaculación; desde este sitio, los espermatozoides ascenderán para llegar a encontrarse con el óvulo proveniente del ovario en el segmento distal de la trompa y sobrevendrá la fecundación, a partir de este momento se iniciará un embarazo”<sup>44</sup>

La reproducción humana que anteriormente era en forma natural, con los alcances de la medicina,( que principalmente en los últimos veinte años ha tenido la reproducción asistida), ha generado posibilidades de procreación para determinadas parejas a las que anteriormente les estaba vetada esta facultad.

Cuando existe una alteración, ya sea masculina o femenina, o de ambos, que impide la fertilización del ovocito en condiciones normales, es necesario acudir a técnicas de reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción humana asistida, hacen referencia a cualquier manipulación de los elementos reproductores humanos: células germinales, gametos, cigotos, embriones; y están encaminadas a la procreación por medios no naturales. Se utilizan cuando hay alteraciones de los espermatozoides, del óvulo, de la ovulación, o del aparato reproductor femenino y si suceden alguno o algunos de estos, las probabilidades de la concepción disminuyen.

Las técnicas de reproducción asistida se diseñaron para acrecentar la probabilidad de concepción y de embarazo.

Las técnicas de reproducción asistida se plantean como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja, “Cuando los métodos, diagnósticos y técnicas terapéuticas tradicionales no encuentran una causa que explique la esterilidad o infertilidad, o después de tratarlo no se obtiene un embarazo, hay posibilidades

---

<sup>44</sup> Cervera, Aguilar Roberto y Ayala Aquiles R., *Medicina de la reproducción humana*, editorial. McGraw –Hill, México, 2002, p.25

adicionales con técnicas no coitales de reproducción, también llamadas técnicas de reproducción asistida”<sup>45</sup>

De lo anterior, se infiere que las técnicas de reproducción asistida cuando estamos frente a un problema de esterilidad o infertilidad, son la opción para lograr un embarazo. A fin de distinguir las dos disfunciones mencionadas, en las páginas siguientes señalaré en que consiste cada una de ellas, ya que muchas veces son utilizados por la mayoría de nosotros como sinónimos, porque al final de cuentas implican que una pareja no logra conseguir la propia reproducción, pero que en un lenguaje médico exacto, denotan cosas distintas.

### **a) Esterilidad**

La esterilidad ha resultado un verdadero inconveniente para la procreación humana, normalmente se le atribuía a la mujer cuando después de casada no tenía hijos. Al respecto, la Asociación de Ginecología y Obstetricia, señala que, “la esterilidad es un conjunto de alteraciones de tipo anatómico o fisiopatológico que llegan a constituir un impedimento para la consecución de un embarazo, estas alteraciones pueden presentarse tanto en el hombre como en la mujer”<sup>46</sup>

Arturo Arrighi y Miguel Cogorno, destacan el concepto de pareja estéril, considerando que, “se entiende por pareja estéril, a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia”<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Rodríguez, López Diana, *Nuevas técnicas de investigación humana: El útero como objeto de contrato*, Revista de Derecho Privado, año IV, número 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, (mayo-agosto 2005), p. 105

<sup>46</sup> *Avances recientes en ginecología y obstetricia*, ediciones médicas de la Asociación de Ginecología y Obstetricia México, 1967, p. 7

<sup>47</sup> Arrighi, Arturo y Cogorno Miguel, *infertilidad*, apud. TOZZINI, Roberto Ítalo et.al., *Esterilidad e Infertilidad humanas*, 2ª. ed., Buenos Aires, Médica Panamericana, 1992, p. 352

De acuerdo a lo anterior, podemos afirmar que la esterilidad, no afecta nada más a las mujeres, sino también a los hombres.

El especialista mexicano Efraín Pérez Peña abunda un poco más en torno al concepto de esterilidad, enunciándola como: “la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva”.<sup>48</sup> Este especialista nos indica que la esterilidad puede darse de dos formas:

- a) “Primaria, cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento, y
- b) Secundaria, Cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etc.”<sup>49</sup>

La esterilidad es una imposibilidad que tiene el organismo femenino y masculino para crear las células germinales, es decir, la incapacidad que tiene la mujer o el hombre para producir óvulos o espermatozoides (gametos), respectivamente, trayendo como consecuencia la imposibilidad de la reproducción de esa pareja.

Es por ello que la esterilidad resulta tan complicada, ya que sin células germinales es imposible que se lleve a cabo la reproducción, que es el origen de la descendencia humana, motivo por el cual se presentan grandes problemas de convivencia dentro de las parejas que sufren de esterilidad.

La esterilidad se puede presentar en la mujer por dos motivos:

---

<sup>48</sup> Pérez, Peña, Efraín, *op.cit.*, pp. 1-11

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp.1-2

1. Es incapaz de producir óvulos (su organismo por causas anatómicas no puede cumplir con su función de crear los gametos femeninos básicos para la producción).
2. Produce óvulos pero son defectuosos (por algunas causas el organismo femenino produce los gametos pero estos no son hábiles para que se realice la fecundación).

Por su parte, en el hombre la esterilidad se presenta por cuatro causas principales:

1. El organismo no fabrica espermatozoides, (azoospermia);
2. Los espermatozoides tienen poca movilidad o vigor, (astenospermia);
3. Eyacula poca cantidad de espermatozoides, (oligospermia);
4. Los espermatozoides son portadores de graves anomalías morfológicas, (tatarospermia).

## **b) Infertilidad**

Pareciera que el concepto de esterilidad es igual que el de infertilidad, sin embargo, se estableció en líneas que anteceden el concepto de esterilidad, y ahora trataremos de establecer el concepto de infertilidad, aclarando que ambos términos no son sinónimos; mientras que la esterilidad es la imposibilidad de crear células germinales, en la infertilidad se trata de una incapacidad para concebir, gestar o dar a luz a un niño hasta el término de la gestación.

Gabriela Verduzco, considera que la infertilidad es la incapacidad de la mujer para llevar a una época viable y sano a un producto que ha sido concebido (sic) en dos o más gestiones consecutivas.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Verduzco, Pardo Gabriela, *Infertilidad*, Noriega Editores, México, 1990, p. 13

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

Por su parte, Arturo Arrighi, nos dice que la infertilidad es:

“La imposibilidad de llevar a término el producto concebido. Para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, sin embargo, existe el supuesto de que puede ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas”<sup>51</sup>

Este tipo de problema algunas veces tiene fácil solución, según dicen los médicos que es suficiente con un simple tratamiento hormonal o una cirugía de acuerdo al problema específico de cada mujer.

En conclusión, la infertilidad es la incapacidad para obtener un hijo vivo, es decir, ya se ha llevado la fecundación, por lo tanto, las células germinales no tiene problema, o si los hay son de incompatibilidad de las células entre ellas, (gametos), y esto hace que no se llegue a la fecundación. Mientras que la esterilidad, es la imposibilidad que tiene el organismo femenino y masculino para crear las células germinales, es decir, la incapacidad que tiene la mujer o el hombre para producir óvulos o espermatozoides, (gametos).

De todo lo anterior, se desprende que la esterilidad la podemos encontrar en el hombre y en la mujer y si el padecimiento es la infertilidad, le corresponde a la mujer ya que esta se encuentra imposibilitada de llevar en su vientre un cigoto desde su concepción, desarrollo y nacimiento.

---

<sup>51</sup> Arrighi, Arturo y Cogorno Miguel, *op cit.* Nota 1, p. 353

### **2.3.1 Técnicas de baja complejidad**

En este grupo se encuentra la inseminación artificial y que constituye una de las primeras alternativas para las parejas con problemas de esterilidad o infertilidad. Es una de las técnicas más usuales que recomiendan los médicos por tener menor grado de dificultad. Esta técnica la explicaré en el siguiente numeral.

#### **2.3.1.1. Inseminación artificial**

La palabra inseminación, proviene del latín in, que significa en o dentro, y semen, que significa semilla, así cuando hablamos de inseminación artificial, en el diccionario para juristas se señala que “se trata de la introducción por medio de instrumentos, del semen en la vagina o en la matriz para producir un embarazo, considerando esta como sinónimo de fecundación”.<sup>52</sup>

Este concepto, nos indica que una vez realizada la inseminación artificial, se logrará el embarazo, aunque esto no es así, ya que solamente se deposita en el interior del tracto reproductor femenino de los espermatozoides, para acortar la distancia que deben recorrer éstos hasta llegar al ovocito, sin que esto asegure la concepción, ya que “...la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural”.<sup>53</sup>

En un principio la inseminación artificial se utilizó en situaciones de alteración anatómica del aparato reproductor masculino o en casos de disfunción eréctil, en los que el varón no era capaz de eyacular dentro de la vagina de la esposa. Posteriormente la inseminación artificial se utilizó también en casos de infertilidad masculina, ya que al concentrar los espermatozoides se consigue que un mayor número de ellos alcance la periferia del ovocito.

---

<sup>52</sup> Palomar, Juan Miguel, *Diccionario para juristas*, México, Mayo ediciones, S.R.L., p. 725

<sup>53</sup> Córdoba, Jorge Eduardo y Sánchez, Torres, Julio C., *Fecundación Humana Asistida, Aspectos Jurídicos Emergentes*, ediciones Alveroni, lecciones y ensayos, 2000, p. 25

De forma natural, la eyaculación inyecta una gran cantidad de espermatozoides en la zona de entrada del útero, llamada cérvix o cuello uterino. Las glándulas del cérvix producen un moco que a diferencia del pH ácido de la vagina, es de pH alcalino como el líquido seminal. Los espermatozoides penetran a través de este moco cervical y se almacenan en las criptas que forman las glándulas del cérvix. Muchísimos espermatozoides, no penetran en el moco y se pierden en la vagina.

El líquido del semen o plasma seminal, posee unas sustancias (prostaglandinas) que al actuar sobre el cérvix hacen que el útero se contraiga y aspire los espermatozoides acumulados en el moco cervical hacia la parte alta del útero. El plasma seminal nunca entra dentro de la cavidad uterina.. En una inseminación artificial, el plasma seminal es separado de los espermatozoides y es eliminado, ya que si se introdujera dentro del útero, produciría fuertes contracciones, e incluso podrían aparecer infecciones o reacciones anafilácticas.

Además de por las contracciones uterinas producidas por las prostaglandinas del plasma seminal, los espermatozoides ascienden hacia las trompas de falopio por las contracciones peristálticas de las trompas, inducidas por las hormonas que liberan los folículos. Normalmente hay un solo folículo dominante que producirá más cantidad de hormonas y que hará que la trompa de su lado se contraiga más que la del otro, aspirando hacia sí la mayor parte de los espermatozoides.

Cuando los espermatozoides llegan a la zona donde se encuentra el óvulo, han sufrido una serie de transformaciones, en su ascenso desde el cérvix, conocidas como capacitación espermática. Sabemos que los espermatozoides que se encuentran en el semen son incapaces de fecundar y solo pueden hacerlo después de haberse producido este proceso de capacitación.

Una vez llegan hasta el óvulo y gracias al batido de su cola, los espermatozoides atraviesan las células que rodean al ovocito (llamadas cúmulus ooforus) y debido a unos receptores específicos en la zona pellúcida (capa que envuelve al ovocito) se

unen a ésta y al hacerlo se produce una modificación en la cabeza del espermatozoide (llamada reacción acrosómica) que hace que se liberen sustancias que modifican la zona pellúcida y permiten la fecundación.

Parece, sin embargo, que para que la fecundación se produzca deben adherirse a la zona pellúcida una suficiente cantidad de espermatozoides. Si llegan pocos, será muy difícil que se consiga fecundar. Esto nos explica porqué varones con poca cantidad de espermatozoides móviles, tendrán grandes dificultades para conseguir embarazo de forma natural, ya que, como se ha comentado, parte de estos pocos espermatozoides móviles se perderán en la vagina y del resto, no todos ascenderán hasta el fondo del útero y algunos de los que sí lo hagan, irán hacia la trompa donde no se encuentra el óvulo y por fin, no todos los que alcancen el óvulo serán capaces de atravesar las células del cúmulus ooforus y unirse a la zona pellúcida. Si partimos de pocos espermatozoides, muy pocos alcanzarán el óvulo.

En estos casos, la inseminación artificial es un tratamiento muy sencillo y de gran ayuda ya que lo que permite es depositar una gran cantidad de espermatozoides móviles en el fondo del útero, para que puedan llegar suficientes hasta el ovocito. Explicándolo de forma muy esquemática lo que se hace es concentrarlos y depositarlos en el fondo del útero el día que la mujer está ovulando. Aunque seguimos partiendo de pocos espermatozoides, al concentrarlos y dejarlos mucho más cerca del óvulo, no perdemos los millones de espermatozoides que quedan por el camino de forma natural.

En realidad, el semen no simplemente se concentra, sino que dos horas antes de hacer la inseminación artificial se le realiza un procedimiento de capacitación artificial, que imita el proceso de capacitación natural y que básicamente, además de la concentración, consiste en la eliminación del líquido del semen y la substitución de éste por un medio de cultivo específico que trata de aumentar la movilidad espermática así como de mejorar la capacidad fecundante de los espermatozoides. Se realiza además una selección de los mejores espermatozoides, de manera que solo éstos son utilizados para la inseminación artificial.

Podemos concluir, que en esta técnica lo único artificial es el acercamiento de los espermatozoides de forma asistida por medio de una jeringa o cánula y el proceso de la unión o fusión de la célula femenina con la masculina es de forma natural.

#### **2.3.1.1.1. Tipos de inseminación**

Dependiendo de la procedencia del semen, y del lugar del tracto femenino donde se depositen los espermatozoides, existen diferentes tipos de Inseminación:

1. Según la procedencia del semen:
  - a. Conyugal (I.A.C.), cuando el semen procede del marido.
  - b. Donante (I.A.D.), cuando el semen procede de un donante anónimo.
  
2. Según el lugar donde se depositen los espermatozoides:
  - a. Intravaginal, cuando se deja en la vagina.
  - b. Paracervical, cuando se dejan en el canal cervical.
  - c. Intrauterina, cuando se dejan en el interior del útero.

Habitualmente se lleva a cabo siempre la inseminación artificial intrauterina con el semen previamente capacitado, ya que es la que mejores resultados proporciona.

##### *a. Inseminación artificial con semen del marido*

En la inseminación artificial conyugal (IAC), que se conoce también como inseminación homóloga, (término que se ha desechado al referirse a la igualdad de especies), el semen procede del cónyuge o pareja de la paciente. En ésta técnica, se deposita utilizando una cánula, el eyaculado en el aparato genital femenino: vagina, cuello o intraútero, sin que haya relación sexual.

No es una técnica moderna, ya que su práctica se remonta al siglo XVIII, cuando John Hunter, publicó la primera gestación obtenida por este método.<sup>54</sup>

La finalidad de ésta técnica es incrementar el número de espermatozoides que van a encontrarse en la trompa al momento de la ovulación, evitando la barrera del cuello en la que quedan atrapados un elevado número de ellos, de tal suerte, que se amplía la probabilidad de una gestación.

Procede la inseminación artificial conyugal, cuando se dan ciertas condiciones masculinas o femeninas.

Las condiciones masculinas son: disfunciones coitales, como la impotencia (psicológica, orgánica o endocrina); patologías que pueden causar paraplejía; cuando presentan impotencia en el momento de eyacular o durante el coito y sólo lo logran mediante masturbación; en los casos de eyaculación retrógrada; neuropatía diabética, con incurvación peneana. Cuando a un paciente se le va a aplicar la quimioterapia, radioterapia y trasplante renal, su semen se congela en un banco, para ser usado con posterioridad en el momento en que se desee un hijo.

Los pacientes que padecen de calidad o cantidad adecuada en el semen, como oligozoospermia (se encuentra alterado el número de espermatozoides), astenozoospermia (motilidad de los espermatozoides), y teratozoospermia (vitalidad de los espermatozoides), o bien por presencia de anticuerpos antiespermatozoides en el semen; son los candidatos y el grupo más frecuente para realizar inseminación artificial.<sup>55</sup>

Se utiliza la inseminación artificial cuando las mujeres presentan anomalías vaginales o cervicales. En el factor vaginal, sucede con pacientes con vaginismo, el cual les impide realizar el coito. Por lo que respecta al factor cervical de esterilidad, es

---

<sup>54</sup> Para mayor información sobre el tema *vid. supra*, p. 44

<sup>55</sup> *Cfr.* Bethencourt Alberto, José Carlos, *Técnicas de reproducción asistida, Genética Humana*, Universidad de Deusto, Fundación BBV, Bilbao, España, 1995 p. 328-329

resultado de que el cérvix uterino, (que es primordial en la reproducción), no permita el paso de los espermatozoides hacia el ovocito, por lo tanto, los espermatozoides tienen imposibilitada su penetración en el moco cervical o, si lo hacen, su motilidad se afecta, ante éstas dificultades, la inseminación artificial, es de gran ayuda, ya que permite atravesar la barrera del cuello, depositando los espermatozoides directamente en la cavidad uterina.

*b. Inseminación artificial con semen de donante*

La inseminación artificial con semen de donante (IAD), consiste en la introducción de semen de un varón, distinto a la pareja de la paciente, en el aparato genital femenino. También conocida como inseminación heteróloga, término que se ha abandonado por hacer referencia a diferencia de especies, y en este caso, aunque se trate de un donante, éste pertenece a la misma especie.

Anteriormente el semen utilizado era fresco, sin embargo, tras la aparición del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), y su posibilidad de transmitirse por vía seminal, se optó por utilizar semen congelado, al cual se le realizan diversos exámenes al momento de su colección y después cuando se va a utilizar, de tal manera que permite la realización de pruebas del SIDA, a los seis meses de efectuada la congelación.

Se someten a la inseminación artificial con semen de donante, las parejas en las que el varón tiene un problema severo que no es susceptible de tratamiento con estimulación de la espermiogénesis, con cirugía o con técnicas de mejora del semen.

Las causas son diversas, desde la eyaculación retrógrada, trastornos de la erección o eyaculación y azoospermias, en las que la esterilidad masculina es evidente, en los casos relacionados con patología genética en el varón y con la incompatibilidad Rh en la pareja cuya mujer se encuentra sensibilizada al factor Rh; por

lo que ni por fertilización in vitro, ni por microinyección espermática, se logra el embarazo.

Ahora bien, de acuerdo al lugar donde se depositan los espermatozoides la clasificación es la siguiente:

*a. Inseminación intravaginal*

Es la más sencilla, incluso la puede realizar el propio paciente en su domicilio, depositando el semen una vez se ha recogido, en la vagina o proximidades del cuello uterino con la ayuda de una jeringa. Se indica en problemas de aneyaculación o ante la imposibilidad del coito por vaginismo o por disfunción eréctil.

*b. Inseminación cervical o intracervical,*

Consiste en el depósito del semen en el interior del canal cervical, utilizando un catéter acoplado a una jeringa, “es indispensable la existencia de un moco adecuado...Para evitar la pérdida de semen se puede utilizar unza cúpula de plástico que se acopla al cuello y evita su diseminación en vagina”<sup>56</sup>

*c. Inseminación intrauterina*

Antes de indicar una inseminación intrauterina, debemos cerciorarnos de que los espermatozoides y los óvulos van a tener el camino libre para encontrarse, es decir, que las trompas deben estar permeables (no obstruidas); así mismo, las características de la muestra de semen, deben superar unos mínimos. Si partimos de un semen muy bajo de cantidad o calidad, seguirán sin llegar suficientes espermatozoides para fecundar, aunque hagamos la Inseminación Artificial. En estos casos será mejor optar por técnicas de Fecundación In-Vitro (FIV ó ICSI).

---

<sup>56</sup> *Ibidem.* p. 330

La inseminación intrauterina está indicada en las siguientes situaciones:

1. *Incapacidad de depositar correctamente el semen en la vagina:* como en los casos de hipospadias, eyaculación retrógrada, impotencia de origen neurológico, casos de disfunciones sexuales como vaginismo, eyaculación precoz o disfunción eréctil.
2. *Alteraciones en los parámetros seminales:* Oligozoospermia (recuento total de espermatozoides inferior a cuarenta millones), Astenozoospermia (menos de la mitad de los espermatozoides con movilidad o menos del 25% con buena progresión rectilínea), Teratozoospermia (porcentaje de espermatozoides con alteraciones morfológicas, por encima del 85%). El éxito de la técnica es directamente proporcional a la calidad del semen, siendo bueno el pronóstico cuando después de capacitar la muestra de semen podemos recuperar al menos tres millones de espermatozoides normales y con buena progresión rectilínea.
3. *Disfunción ovulatoria:* en muchas ocasiones se obtiene mejor tasa de embarazo si además de corregir la disfunción ovulatoria con tratamiento para desarrollo folicular múltiple, se asocia Inseminación Artificial.
4. *Factor cervical:* Alteraciones en la funcionalidad del cérvix, así como en las características del moco cervical, pueden ejercer una barrera para el paso de los espermatozoides. Con la inseminación artificial intrauterina, se salva el obstáculo y se consigue que un mayor número de espermatozoides lleguen a la cavidad uterina.
5. *Endometriosis leve:* cuando aún está intacta la anatomía pélvica.
6. *Factor inmunológico:* presencia de anticuerpos anti-espermatozoides en el moco cervical o en el plasma seminal que dificultan la fecundación. Si la

tasa de anticuerpos es muy elevada, se aconseja optar por técnicas de fecundación in-vitro.

7. *Esterilidad de origen desconocido*: donde aparentemente todo está normal pero no se produce el embarazo de forma natural. Mediante la realización de inseminación artificial intrauterina se consigue gestación en muchos casos.

8. *Inseminación con semen de donante*: en los casos en los que es imposible obtener espermatozoides del paciente con capacidad fecundante.

En primer lugar se recoge el semen por masturbación, tras un período de abstinencia de tres a cinco días, se deja a temperatura ambiente de diez a cuarenta y cinco minutos para que se licúe, esto se hace para preparar el semen, liberándolo de bacterias, así como para concentrar y recuperar los espermatozoides que posean mejor vitalidad y motilidad.

Una vez capacitado el semen, “se introduce en la cavidad uterina a través del canal endocervical, mediante un catéter, haciendo coincidir la inseminación con la ovulación de la paciente”.<sup>57</sup>

### **2.3.2. Técnicas de alta complejidad**

Si tras tres a seis ciclos de inseminación artificial no se consigue el embarazo, entonces se aconseja realizar una Fecundación In-Vitro (F.I.V.), o bien inyección intrauterina de espermatozoides. Ambas están catalogadas como técnicas de alta complejidad.

---

<sup>57</sup> *Ibidem.* p. 331

En las siguientes líneas, explicaré en qué consisten cada una de éstas.

### **2.3.2.1. In vitro y transferencia embrionaria**

“La fertilización in vitro consiste en cualquier técnica en la que se produce en condiciones de laboratorio la fecundación de un ovocito, que ha sido extraído quirúrgicamente de la mujer, por un espermatozoide”<sup>58</sup>

En la fertilización in vitro y transferencia de embiones, (FIVTE), tenemos la seguridad de que suficientes espermatozoides llegan hasta el ovocito, porque los pone directamente el médico. Se puede ver directamente la calidad de los gametos femeninos. Si se produce fecundación o no y si no hay fecundación, saber por qué razón y solucionarlo. Se puede valorar el desarrollo de los embriones y seleccionar los que tienen mejor potencial de implantación.

En la FIVTE, se fecundan los ovocitos fuera del organismo materno. Estos ovocitos son extraídos mediante la punción folicular ovárica, posteriormente se inseminan en el laboratorio y cuando se ha producido la división celular, se introducen en la paciente.

En los casos de fallo de Inseminación Artificial, la FIVTE sirve para dar un diagnóstico de por qué no se consiguió la gestación, y nos permite sobre todo un mejor pronóstico de embarazo, que en definitiva es lo que se busca con el uso de éstas técnicas.

Antes de indicar esta modalidad de tratamientos, se debe informar a la pareja las posibilidades de éxito, de las complicaciones principalmente secundarias al tratamiento hormonal de estimulación de la ovulación que puede causar una hiperestimulación ovárica y embarazos múltiples.

---

<sup>58</sup> Lacadena, Juan Ramón, *Genética y Bioética*, ed. Disdée de Borvwer, 2ª. edición, 2003, p. 110

Desde el nacimiento del primer bebé, en 1978, logrado por Edwards y Steptoe, mediante la fertilización in vitro<sup>59</sup>, ha sucedido un desarrollo vertiginoso de ésta técnica y en general de todas las técnicas de reproducción asistida, así como la generación de nuevas técnicas como lo es la inyección intrauterina de espermatozoides, la que trataré más adelante.

Se recomienda en los siguientes casos:

1. *Por esterilidad de causa tubárica*: cuando hay ausencia de las trompas de Falopio o una afectación tubárica irreversible, por lo que es preciso sustituir el sitio anatómico donde tiene lugar la fecundación.
2. *Esterilidad de causa masculina*: cuando el hombre tiene un número bajo de espermatozoides para la inseminación.
3. *Endometriosis*: causa esterilidad por una alteración mecánica en las trompas debido a adherencias periováricas y peritubáricas, generando diversos desórdenes, incluso en la calidad ovocitaria.
4. *Esterilidad de origen desconocido*: se efectúa un estudio exhaustivo en las parejas de esterilidad inexplicable, para detectar una endometriosis mínima, alteraciones en las trompas, que habían pasado desapercibidas. Si al unir los gametos, fracasa la fecundación, puede deberse a alteraciones en los procesos de fertilización o en el comienzo del desarrollo embrionario, pudiéndose optar por semen de donante, y si es necesario en ovocitos de otra paciente.
5. *Esterilidad inmunológica*: cuando existen anticuerpos antiespermatozoides en el varón o en la mujer, que ocasionan el fracaso en la fertilización.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Para una mayor infracción sobre el tema *vid. supra*, p. 45

<sup>60</sup> *Cfr. Bethencourt Alberto, José Carlos, op. cit.*, p. 335

### **Desarrollo de la técnica FIVTE**

El proceso para lograr un embarazo a través de ésta técnica consta de los siguientes pasos:

- ❖ *Estimulación ovárica*, se utilizan medicamentos que estimulan el crecimiento folicular, permitiendo el desarrollo simultáneo de muchos folículos que serán recuperados 36 horas después de administrarse la hormona gonadotropina coriónica humana.
- ❖ *Monitorización de la estimulación*, se comprueba la respuesta a las gonadotropinas a fin de evitar la hiperestimulación ovárica. Se controla la maduración folicular.
- ❖ *Recuperación de ovocitos*, mediante laparoscopia o por ecografía transvagina.
- ❖ *Fecundación in vitro*, los ovocitos maduros se ponen en un pocillo con el semen capacitado, para alcanzar la máxima fecundación se requieren unos 10,000 a 20,000 espermatozoides por ovocito.
- ❖ *Transferencia embrionaria*, si se trata de mujeres jóvenes se transfieren de dos a tres embriones, (con seis a ocho células), pero si son mujeres de 40 años o más, se llegan a transferir hasta cinco embriones.
- ❖ *Apoyo a la fase lútea*, se administra hormona gonadotropina coriónica humana o progesterona.

#### **2.3.2.2. Inyección Intrauterina de espermatozoides (ICSI)**

Utilizada por primera vez por Palermo en 1972. Se recurre a esta técnica cuando el factor masculino sea grave, (oligozoospermia, necrozoospermia, azoospermia), también se recomienda en esterilidad inmunológica (anticuerpos antispermatozoides en el semen), problemas de motilidad espermática, o cuando existen niveles altos de

células inflamatorias en el eyaculado. En estos casos no es posible la fecundación in vitro clásica y se tendría que recurrir a la utilización del semen de un donante.

Es la introducción mecánica de un solo espermatozoide que ha sido aspirado dentro de una micropipeta de vidrio y se inyecta en el citoplasma de un ovocito.

Se trata de micromanipulación de gametos, se aspiran óvulos con previa hiperestimulación ovárica controlada, depositarlos en medios de cultivos ordinarios y dejarlos en incubación un promedio de seis horas. Los espermatozoides se someten al tratamiento de lavado y capacitación, se inyecta con una microaguja un espermatozoide en el ooplasma. La transferencia a la cavidad uterina se hace antes de cuarenta y ocho horas, comprobando que haya habido fertilización con formación de dos pronúcleos.

“Consiste en la microinyección de espermatozoides o de sus núcleos en el ovocito o en su espacio perivitelino, con ayuda de un microscopio, y si hay fertilización, se transfiere el cigoto o el embrión al útero o la trompa”.<sup>61</sup>

Se sortean todas las barreras físicas y químicas que pueden impedir la fertilización, y se logra mayor tasa de embarazos que con la FIVTE clásica, debido a que el espermatozoide se inyecta directamente en el citoplasma del ovocito.

Mediante ICSI, se pueden conseguir fertilizaciones de ovocitos con muy pocos espermatozoides, los cuales pueden obtener aspirándolos del epidídimo, del conducto deferente, e incluso se pueden recoger del mismo testículo mediante biopsias testiculares, que a pesar de ser espermatozoides inmaduros, tienen la misma carga genética del espermatozoide.

---

<sup>61</sup> Marcó, Javier y Tarasco, Martha, *Diez temas de reproducción asistida*, ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, España, 2001, p. 32

Es una de las técnicas de fertilidad asistida que se desarrollaron para los casos fallidos; puede suceder que se realizaron anteriormente inseminación de ovocitos con un número adecuado de espermatozoides, con motilidad y morfología normal, pero sin embargo, la fertilización pudo haber fallado sin causa aparente, es en estas condiciones que se recurre a ICSI.

Para finalizar este capítulo, señalaré que las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad y la infertilidad, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces. Sin embargo, generan a la vez, inquietud e incertidumbre sociales, ya que el investigador tiene la disponibilidad de disponer de los óvulos, de los embriones, lo que le permite manipularlos con fines de diagnóstico, terapéuticos, de investigación básica o experimental. Por lo que se debe tomar conciencia de que estos descubrimientos invaden la transmisión de la vida humana.

En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, el criterio social que debe imponerse es la salvaguarda de los intereses de la descendencia que se plantea, es imprescindible proteger los valores básicos de la sociedad, así como otorgar su legitimidad individual y social de las técnicas de reproducción asistida.

## **CAPÍTULO III**

### **INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y NACIONAL APLICABLE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

#### **3.1. DECLARACIONES UNIVERSALES**

En un principio, la regulación de los derechos humanos a nivel internacional fueron más bien conatos. Sin embargo, partir del final de la segunda guerra mundial, la protección jurídica internacional de los derechos del hombre, toma cuerpo y se hace más sistemática y coherente, ya no solamente en forma sustantiva, sino también, estableciendo órganos de control y ejecución.

El Derecho Internacional Público evoluciona y ya no es simplemente el sistema jurídico que regula las relaciones de competencia externa de un número reducido de sujetos, principalmente los Estados, ya que trata de abarcar también otras relaciones y actividades sociales. Y en este proceso de ampliación, se contempla y ordena la protección y garantía de los derechos de la persona humana en el orden jurídico internacional.

La Comunidad Internacional y cada Estado en particular deben intervenir para regular suficientemente la protección de los derechos humanos, incluyendo los que surjan por los avances en la biología y la medicina, como es el caso del derecho a la salud, el derecho a la familia y los derechos reproductivos por medio de la reproducción asistida.

A continuación citaremos la instrumentación en donde se protegen estos derechos fundamentales:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
2. La Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950.
3. La Declaración de Helsinki, por la Asociación médica mundial, en el año de 1964.
4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, del año de 1969.
5. La Recomendación de la UNESCO relativa a la situación de los investigadores científicos, del 20 de noviembre de 1974.
6. Declaración de Helsinki
7. Declaración de Bilbao- España sobre el Proyecto Genoma Humano, efectuada en la Reunión Internacional sobre el Derecho ante dicho Proyecto en los días 24 –26 de mayo de 1993.
8. Declaración Universal de los Derechos Humanos de las generaciones futuras, noviembre de 1996.
9. Declaración Universal de la UNESCO sobre Genoma Humano y los Derechos del Hombre del 11 de noviembre de 1997.
10. Congreso Mundial de Bioética que dio motivo a la Declaración Bioética de Gijón 2000 (España – 20-24 junio 2000).
11. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina.
12. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2007.

En el presente capítulo haremos un breve análisis de los principales instrumentos internacionales que regulan los avances científicos, tecnológicos y médicos, que permiten ejercer el derecho a la salud y a la familia, por medio de la reproducción asistida.

Partiré de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la asamblea general en su resolución 217 A (III) del día 10 de diciembre de 1948, hasta llegar a las convenciones regionales especializadas en la materia de biotecnología, como lo es la Convención Europea sobre Biomedicina y Derechos Humanos del 4 de abril de 1997, así como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano de los Derecho Humanos, establecida en la conferencia general de la UNESCO adoptada en 1997.

Cabe hacer notar que son los países europeos quienes principalmente se han preocupado por la normatividad de los derechos humanos en el nuevo contexto de los avances científicos y tecnológicos de la ingeniería genética, esto se debe en gran medida a que estos países han tenido las condiciones necesarias para poder establecer programas dedicados a la investigación de la genética, así como la manipulación de ésta y su aplicación.

### **3.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos**

Esta declaración que fue elaborada como resultado de las atrocidades realizadas en contra de la dignidad humana, durante la segunda guerra mundial, establece los derechos humanos que deben ser garantizados, respetados y establecidos en las leyes internas de cada una de las naciones firmantes, entre las que se encuentra nuestro país.

En su artículo primero, señala: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben

comportarse fraternalmente los unos con los otros".<sup>62</sup> De lo anterior, se derivan los principios y derechos fundamentales del ser humano, ya que no podríamos establecer otra clase de derechos, sino reconocemos el principio de igualdad y libertad.

El artículo segundo establece que, todas las personas van a gozar de los derechos y libertades de la citada declaración sin distinción de raza, color, sexo, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. En este precepto se establece la prohibición a cualquier tipo de discriminación, sin embargo en mi opinión personal, es conveniente hacer un protocolo de modificación a este artículo, e incluir en el texto que no es causa de distinción la condición genética.

Por su parte, el artículo séptimo a la letra dice: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"<sup>63</sup>.

De acuerdo al artículo 16 se establece el derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia sin restricción alguna. Reconoce que la familia, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene protección de ésta y del Estado. Así mismo, el artículo 25 otorga entre otros, el derecho a toda persona a la salud, asistencia médica, para ella y su familia; la maternidad y la infancia tienen derecho a asistencia y cuidados especiales. De estos se deriva el fundamento del derecho a la reproducción asistida, que pueden tener las parejas en casos de infertilidad, el cual expondré en el capítulo cuarto del presente trabajo.

La presente Declaración, en relación a los avances que de la ciencia se tengan, determina en el artículo 27 que: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente

---

<sup>62</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Organización de las Naciones Unidas, 2000, p.1

<sup>63</sup> *Ibidem*, p-2

en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en beneficios que de él resulten".<sup>64</sup>

Tanto la presente Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), así como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966), demuestran que, de determinados principios aceptados internacionalmente, se pueden inferir aquellos que se aplican a la reproducción asistida, tales como:

- El respeto de la dignidad y el valor de la persona humana;
- El derecho a la igualdad ante la ley;
- La protección de los derechos de los individuos vulnerables;
- El derecho a no ser objeto de experimentaciones médicas o científicas sin libre consentimiento;
- El derecho a los máximos niveles posibles de salud física y mental;
- El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias en la vida privada o la familia;
- El derecho a disfrutar de los beneficios de los adelantos científicos y su aplicación;
- El derecho a la libertad de la investigación científica.

### **3.1.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Genoma Humano**

La Conferencia General de la UNESCO, en su vigésima octava sesión, adoptó el 11 de noviembre de 1997 por unanimidad la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Creando así un instrumento jurídico de carácter universal en el ámbito de la biología y medicina. Su contenido compromete a los Estados a tomar las medidas apropiadas para promover los principios que son

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p-5

enunciados en la Declaración, así como a favorecer su puesta en práctica; y por vez primera el derecho internacional, destaca la responsabilidad de la humanidad ante el genoma humano, como elemento constitutivo de la identidad de cada uno así como de la identidad misma de la humanidad.

Realmente es fácil constatar como la tecnociencia dispone cada día de un poder creciente no sólo para conocer sino también para modificar incluso la naturaleza humana, y provocar en ella mutaciones o transformaciones que no son meramente simbólicas y culturales; la progresiva especialización de la biología molecular, el auge de la bioquímica, el desarrollo de la informática, así como su correspondiente aplicación al ámbito de la reproducción y herencia humanas, están vinculadas también a la revolución terapéutica de la medicina.

A partir de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aspectos tan relevantes e inexcusables desde la vertiente filosófico-jurídica, como: dignidad, identidad, privacidad, confidencialidad, igualdad, discriminación, injusticia genética, etc, son regulados en combinación con conocimientos científicos y sin que la defensa de tales principios suponga, detrimento alguno para el cultivo de la legítima libertad de investigación. En la presente Declaración, se cubre la necesidad de encuadrar los diversos planteamientos en un marco de referencia plural y metodológicamente interdisciplinar.

Pone de manifiesto explícitamente que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejora de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas.

Ha marcado un hito importante, en cuanto ha establecido una serie de principios básicos y determinantes en el campo de la Bioética, cuyo objetivo es pretender abarcar en la medida de lo posible la problemática que se ha planteado con la cuestión

relacionada con el incesante avance de la investigación genética y su repercusión en la protección de los derechos humanos.

Dicha declaración ha sido redactada en seis Capítulos que se refieren a principios vinculados a la dignidad humana, los derechos que tienen las personas interesadas, los límites en las investigaciones relacionadas con el genoma humano, la solidaridad y cooperación internacional, y el fomento de los principios de dicha declaración.

Ahora bien en tal sentido, ya desde su comienzo en la Declaración se establece como condición esencial el respeto de la dignidad humana, y como ello se interrelaciona con el genoma humano, para de esta manera considerar que ese punto de partida que es la Dignidad, resulta ser la fuente de la cual derivan todos los demás derechos fundamentales. De tal manera, que esta sostiene que "el genoma humano es el patrimonio de la humanidad". Siendo así, y habiendo establecido la importancia de la protección de la dignidad humana, se refiere a la confidencialidad de la información genética, a los límites dentro de los cuales se puede realizar la investigación científica, la no discriminación genética, los problemas suscitados con la no patrimonialidad del genoma humano y la cooperación internacional en temas relacionados con el genoma humano.

Por lo expuesto, se intentará demostrar que la tutela del genoma humano es un tema imprescindible que necesita de una regulación legal que fije normas para dar adecuada protección a toda la especie humana en su conjunto, atento a que en este ámbito no solo se pueden poner en riesgo derechos subjetivos de los individuos sino que más bien se encuentra en riesgo la subsistencia de la especie humana. En tal sentido la mentada Declaración puede ser la base de una futura regulación legal a nivel nacional del tema.

### 3.1.2.1. Principio de dignidad humana

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, nos advierte la especial relevancia que adquiere el respeto a la dignidad humana, como es bien sabido, los derechos humanos guardan una especial relación precisamente con el principio de dignidad.

De los siete apartados con sus correspondientes artículos que constituyen esta relevante Declaración, es precisamente el primero de ellos, el que se ocupa de plantear la estrecha conexión entre la dignidad humana y el genoma humano.

El artículo primero hace constar que:

"El genoma humano sustenta la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana, así como el reconocimiento de su dignidad intrínseca y de su diversidad", y el artículo segundo especifica que: a) "Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y de sus derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas, y b) Esta dignidad impide reducir los individuos a sus características genéticas y obliga a respetar el carácter único de cada uno así como su diversidad."<sup>65</sup>

El principio de la dignidad humana, constituye en cierta medida la piedra angular y soporte del edificio de los derechos humanos. Mas concretamente ahora en el contexto de la genética humana.

"Conviene precisar que tradicionalmente el principio de dignidad humana, no ha sido definido en términos taxativos e inequívocos. Tampoco ha sido precisado en el ámbito del derecho internacional. Podríamos decir que hasta el momento, ha sido más bien interpretado y de ahí la singular ambigüedad conceptual y vaguedad terminológica que a veces le acompaña".<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, Organización de las Naciones Unidas para la educación, ciencia y cultura, 1997, p. 4

<sup>66</sup> Knoppers, B, *Dignidad humana y patrimonio económico*, s.e. 1991, p-33

“Este principio incluye, integra y subsume podríamos decir un acervo de derechos particulares, protegidos constitucionalmente, tales como el derecho a la intimidad, a la privacidad, a la propia vida, a rechazar cualquier tipo de relación o tratamiento vejatorio, degradante, en definitiva indigno”.<sup>67</sup>

En este sentido cualquier intromisión en esa esfera personal, en ese ámbito autónomo, puede atentar contra el derecho a su intimidad. Y a veces esa posibilidad se presenta cuando nos adentramos en el universo de la salud pública, a través de la práctica de los análisis genéticos, y se plantea por ejemplo el derecho a la libertad de investigación, como lo señalan los artículos 10 al 16 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

“La UNESCO, advierte los beneficios pero también los riesgos posibles de la aplicación del conocimiento biotecnológico y genético, reconoce que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben respetar al mismo tiempo, plenamente, la dignidad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas”.<sup>68</sup>

El ex-presidente de la República Francesa, Jacques Chirac en una alocución ante los miembros del CIB, (Comité Internacional de Bioética), señaló que:

“El proyecto de declaración sobre el genoma humano y los derechos de la persona que ustedes han elaborado es el símbolo mismo de la reflexión ética en su vitalidad y en su dimensión mundial. Al proponer elevar el genoma humano al rango de patrimonio común de la humanidad, enriquecen los derechos fundamentales de los individuos. Ustedes contribuyen a hacer respetar la dignidad de cada ser humano.”<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Blázquez, Ruiz Javier, *Derechos humanos y proyecto genoma*, Editorial Comares, 1999, p.54

<sup>68</sup> *Ibidem.* p.63

<sup>69</sup> Discurso pronunciado durante la cuarta sesión del CIB, *Actas de la cuarta sección*, Octubre 1996, p.118

### **3.1.2.2. Principio de no-discriminación**

El artículo sexto de la reciente Declaración Universal sobre el Genoma Humana y los Derechos Humanos, indica expresamente, "Nadie debe ser objeto de discriminación basada en sus características genéticas, y que tenga por objeto o como efecto atentar contra sus derechos individuales y sus libertades fundamentales, así como ante el reconocimiento de su dignidad."<sup>70</sup>

De esta forma se advierte la posibilidad de discriminación derivada del uso de la información genética sobre el genotipo de una persona. Ya que la correspondiente constitución genética, diversa por naturaleza, puede ser objeto no sólo de diferenciación sino también de injusticia. Que por otra parte ya no será propiamente genética, es decir de carácter biológico, sino de otra naturaleza y sobre todo con otra trascendencia. Pues hablaríamos realmente en ese caso de injusticia social.

### **3.1.2.3. Principio de derecho a la información genética**

El artículo séptimo de la citada Declaración establece que: "se deberá proteger en las condiciones establecidas por la ley, la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad."<sup>71</sup>

El acceso y adquisición de la propia información genética, abre un mundo nuevo inmenso de interrogantes. Y genera considerables dilemas, ante los eventuales vacíos o lagunas jurídicas, como consecuencia de los nuevos avances científicos y biotecnológicos, que progresan a un ritmo más rápido que las legislaciones internas de las naciones.

---

<sup>70</sup> Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, *Organización de las Naciones Unidas para la educación, ciencia y cultura*, 1997, p.7

<sup>71</sup> *Ibidem*. p. 10

#### **3.1.2.4. Principios de consentimiento y confidencialidad**

Estos principios se señalan en el artículo noveno, el cual a la letra dice: “Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos”<sup>72</sup>

De acuerdo a lo anterior, toda persona tiene la seguridad, de que sólo su consentimiento en cuestión de intervenciones genéticas y que su deseo de que se den o no a conocer, dependerán de ella misma, salvo en aquellos casos de que el bien común sobrepase al bien particular y que tenga como finalidad proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.

#### **3.1.2.5. Reparación del daño**

El artículo octavo, establece que en caso de que una persona que haya sufrido, una intervención en su genoma, tendrá derecho a la reparación del daño de que haya sido víctima, de acuerdo al derecho internacional y nacional.

Este artículo previene la reparación del daño, pero me parece que al dejar al derecho interno de cada país los mecanismos para hacer valer este derecho, éstos podrían ser de diversa cuantía y forma para proteger un mismo derecho. En cuanto al Derecho Internacional, la presente Declaración no especifica a quién le competirá resolver si procede o no la reparación del daño, y en su caso, el monto de este, o bien permitir la aplicación discrecional del mismo a algún órgano en particular.

---

<sup>72</sup> *Idem*

### **3.1.2.6. Solidaridad y cooperación internacional**

Se establece la obligación de los países desarrollados de cooperar con los países en desarrollo, en las áreas científicas, tecnológicas y culturales, para que éstos puedan realizar investigaciones sobre biología y genética humanas y puedan sacar provecho de los resultados de dichas investigaciones, a fin de prevenir los abusos y riesgos que se deriven de la investigación sobre el genoma humano. Así mismo, se fomenta el libre intercambio de conocimientos e información científica en los campos de la biología, la genética y la medicina. Dicha solidaridad y cooperación internacional, comprende de igual manera a las organizaciones internacionales competentes.

### **3.1.2.7. Fomento de los principios de la Declaración**

En este apartado, la Declaración establece que corresponde el fomento de sus principios a los Estados y por otra a El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO. Le corresponde a los Estados tomar las medidas adecuadas para su fomento a través de:

“La difusión de la información que permita a la sociedad y a cada uno de sus miembros a cobrar mayor conciencia de sus responsabilidades ante las cuestiones fundamentales relacionadas con la defensa de la dignidad humana que puedan ser planteadas por la investigación en biología, genética y medicina y las correspondientes aplicaciones. Se comprometen, además, a favorecer al respecto un debate abierto en el plano internacional que garantice la libre expresión de las corrientes de pensamiento, socioculturales, religiosas y filosóficas”.<sup>73</sup>

Por lo que respecta al Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, el artículo 24 de la multicitada Declaración refiere que:

“Contribuirá a difundir los principios enunciados en la presente Declaración y a proseguir el examen de las cuestiones planteadas por su aplicación y por la evolución de las tecnologías en cuestión. Deberá organizar consultas apropiadas con las partes interesadas, como por ejemplo

---

<sup>73</sup> *Ibidem.* p. 17

los grupos vulnerables. Presentará, de conformidad con los procedimientos reglamentarios de la UNESCO recomendaciones a la Conferencia General y presentará asesoramiento en lo referente al seguimiento de la presente Declaración, en lo particular lo tocante a la identificación de prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana, como las intervenciones en línea germinal”.<sup>74</sup>

Es importante hacer mención al artículo 22, el cual refiere que los Estados intentarán garantizar el respeto de los principios enunciados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Es decir, no se les obliga a garantizar dichos principios, sino solamente a intentar respetarlos, por lo tanto esta Declaración carece de fuerza coercitiva para obligar a los Estados miembros a su cumplimiento.

### **3.1.3. Declaración Universal de los Derechos Humanos de las generaciones futuras**

La Declaración formula de modo pormenorizado, en 14 artículos, los derechos de las generaciones futuras, desde el derecho a una Tierra preservada hasta el derecho a la vida y a la perpetuación de la especie humana.

En lo que respecta a la presente investigación establece lo siguiente:

El artículo segundo, corresponde el derecho a la libertad de opción de las generaciones futuras, determina que cada generación que recibe como herencia momentánea la tierra, tiene solamente el mandato de administrarla, con el compromiso ante las generaciones futuras de impedir todo atentado irreversible a la vida de la tierra y de respetar la libertad de opción que debe permanecer total en cuanto a su sistema económico, social y político.

Asimismo, el artículo tercero señala el derecho a la vida y a la preservación de la especie humana. Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen

---

<sup>74</sup> *Idem.*

derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la Humanidad, en las diversas expresiones de su identidad. Por consiguiente, está prohibido causar daño de cualquier manera que sea la forma humana de la vida, en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana, así como el genoma y la herencia genética de la humanidad, o tiendan a destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, o religioso.

Este dispositivo, protege de manera integral a la Humanidad y a la integridad de la especie humana futura, frente a los actos de manipulación que atenten contra las leyes naturales y tergiversen la estructura biogenética de las personas, cuestión que podría llegar a realizarse con métodos reproductivos como la clonación.

Por su parte el artículo cuarto, establece el derecho a las generaciones futuras de conocer sus orígenes y su identidad y su historia, tanto personales como colectivos, conforme a la ley y en la medida que sea compatible con el derecho a la intimidad, y de recibir información sobre los diferentes sistemas de valores para permitir la libre formación de sus voluntades.

Con este dispositivo, se cautela el derecho a conocer el origen propio de la persona, sea biológico como social, de manera tal que, aquel sujeto procreado a través de una técnica asistida o que fuera producto de algún tipo de manipulación tiene el derecho a conocer la procedencia y origen del cual ha sido creado o modificado.

### **3.2. INSTRUMENTOS REGIONALES**

Las convenciones internacionales, son instrumentos que instauran mecanismos de protección, mediante el sistema de pactos internacionales, entre Estados que se encuentran conectados por condiciones coincidentes, como de orden político, social, cultural, económico, etc.

En las siguientes páginas señalaré cuáles son los principios fundamentales de los derechos de la persona humana, y que se relacionan con los instrumentos especializados en biotecnología. Cabe señalar, que el estudio de estos instrumentos internacionales estará limitado a Europa y América.

### **3.2.1. Europa**

Es en este continente donde existe una regulación extensa en relación a la ingeniería genética y en específico a la reproducción asistida, mismas que comentaremos en las paginas siguientes.

#### **3.2.1.1. Convenio para la protección de los Derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina**

Desde hace varios años, el Consejo de Europa, a través del trabajo de la Asamblea Parlamentaria y del Comité ad hoc de expertos en Bioética (CAHBI)<sup>75</sup>, se ha preocupado de los problemas que afronta la humanidad a consecuencia de los avances de la medicina y la biología. Al mismo tiempo, una serie de países han llevado a cabo sus propios trabajos internos en estas materias, y sus trabajos continúan.

En 1990, durante su 17ª Conferencia<sup>76</sup>, los ministros europeos de Justicia, siguiendo la propuesta de Catherine Lalumière, Secretaria General del Consejo de Europa, adoptaron la Resolución número tres sobre bioética, que recomendó que el Comité de Ministros solicitase al CAHBI que, examinase la posibilidad de preparar un convenio marco que "sentase las normas generales para la protección de la persona humana en el ámbito del desarrollo de las ciencias biomédicas". En junio de 1991, a partir del contenido de un informe presentado por el doctor Marcelo Palacios en nombre

---

<sup>75</sup> El cual se transformó en el Comité Director para la Bioética (CDBI), y que en la actualidad recibe el nombre de Comité Internacional de Bioética ,cuyas siglas son CIB.

<sup>76</sup> Celebrada en Estambul, del 5 al 7 de junio de 1990.

del Comité de Ciencia y Tecnología, la Asamblea Parlamentaria, en su Recomendación 1160, recomendó que el Comité de Ministros avanzara en la elaboración de un convenio abierto a los Estados no miembros, que establezca las normas generales comunes para la protección de la persona humana en el ámbito de las ciencias biomédicas y protocolos a este Convenio, relativos, en una fase preliminar, a trasplantes de órganos y el uso de sustancias de origen humano e investigación médica en seres humanos.

En marzo de 1992, el CAHBI, entonces ya CDBI, instituyó un grupo de trabajo para preparar el proyecto de Convenio, que fue presidido por el doctor Michael Abrams. En julio de 1994, se sometió a consulta pública y a dictamen de la Asamblea Parlamentaria una primera versión del proyecto de Convenio. El CDBI aprobó un proyecto final el 7 de junio de 1996, remitido a la Asamblea Parlamentaria para que emitiese su opinión.<sup>77</sup> Fue aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996,<sup>78</sup> y se abrió a la firma el 4 de abril de 1997.

El Convenio establece sólo los principios más importantes, facilitando un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana tanto en las áreas desarrolladas como en las que están en vías de desarrollo, en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina.

El término "derechos humanos" se refiere a los principios sentados en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que garantiza la protección de tales derechos. Ambos convenios comparten no sólo los mismos fundamentos, sino también muchos principios éticos y conceptos legales. Además, este Convenio desarrolla

---

<sup>77</sup> Se resolvió a través de la Opinión número 198, de fecha 26 de septiembre de 1996, Documento 7622. A partir del informe presentado por Gian-Reto Plattner en nombre del Comité de Ciencia y Tecnología, y por Walter Schwimmer y Christian Daniel en nombre del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos y del Comité de Asuntos Sociales, de Salud y Familia, respectivamente.

<sup>78</sup> Alemania, Bélgica y Polonia se abstuvieron cuando el Comité de Ministros votó aprobar la Convención. Alemania, Bélgica e Irlanda se abstuvieron cuando el Comité de Ministros votó autorizar la publicación del informe explicativo.

algunos de los principios consagrados en el Convenio Europeo para los Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

El presente Convenio al tratar el concepto de ser humano, se refiere en su carácter general, y al referirse al concepto de dignidad humana, lo realza, al constituirlo como el valor esencial que se debe fomentar, y que constituye la base de la mayoría de los valores destacados en el Convenio.

La frase "aplicaciones de la biología y la medicina", se emplea en el artículo primero, y restringe el alcance del Convenio a la medicina y biología humanas, excluyendo así la biología animal y vegetal en la medida en que no afecten a la medicina o biología humanas. El Convenio cubre, todas las aplicaciones médicas y biológicas que afecten a los seres humanos, incluyendo las aplicaciones preventivas, diagnósticas, terapéuticas y de investigación.

En el Preámbulo se hace mención a diversos instrumentos internacionales, que ya proporcionan protección y garantías a los derechos humanos, tanto individuales como sociales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio sobre los Derechos del Niño, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como, la Carta Social Europea. También son relevantes otros instrumentos de naturaleza más específica preparados por el Consejo de Europa.

Estos instrumentos deben completarse con otros textos de modo que se tengan en cuenta todas las consecuencias posibles de las acciones científicas.

Los principios consagrados por estos instrumentos continúan siendo la base de nuestra concepción de los derechos humanos; por eso son recordados al principio del preámbulo del Convenio, del que son la piedra angular.

Al comienzo del preámbulo se toma en cuenta los avances reales de la medicina y la biología, indicando al mismo tiempo la necesidad de usarlos solamente para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. Este interés ha sido afirmado a tres niveles:

El primero es el del individuo, que tenía que ser protegido de cualquier amenaza derivada del uso inadecuado de los avances científicos. Diversos artículos del Convenio muestran el deseo de dejar claro ese lugar prioritario que debe ocupar el individuo: protección contra cualquier intervención ilegal en el cuerpo humano, prohibición del uso de todo o parte del cuerpo para obtener un beneficio económico, restricción del uso de las pruebas genéticas, etc.

El segundo nivel se refiere a la sociedad. Además, en este campo concreto, y en mayor medida que en otros muchos, el individuo debe considerarse también como parte constitutiva de un cuerpo social que comparte determinados principios éticos y se rige por normas legales. Cuando y donde haya que tomar decisiones en relación a la aplicación de ciertos avances, la comunidad debe reconocerlos y respaldarlos. Sin embargo, los intereses en juego no son todos iguales; tal y como se indica en el artículo segundo, se han jerarquizado para reflejar la prioridad que en principio es inherente a los intereses del individuo en contraposición a los exclusivos de la ciencia o la sociedad. El adjetivo "exclusivo" deja claro que no se deben tampoco ignorar estos últimos; deben ir inmediatamente después de los intereses del individuo. Sólo en situaciones muy específicas, y bajo condiciones estrictas, tendrá prioridad el interés general, tal y como se define en el artículo veinte y seis.

La tercera y última preocupación se refiere a la especie humana. Muchos de los logros actuales y futuros se basan en la genética. El avance en el conocimiento del genoma está abriendo nuevos caminos para influir o actuar sobre él. Este conocimiento ya permite un considerable avance en el diagnóstico y, a veces, en la prevención de un número de enfermedades cada vez mayor. Hay razones para esperar que también podría facilitar el hallazgo de soluciones terapéuticas. Sin embargo, no debe ignorarse

el riesgo asociado al progresivo dominio de este terreno. No es ya el individuo o la sociedad la que puede estar en peligro, sino la misma especie humana. El Convenio insta medidas de seguridad, comenzando por el preámbulo, donde se hace referencia al beneficio de las generaciones futuras y de toda la humanidad, al tiempo que a lo largo del texto se disponen las garantías legales necesarias para proteger la identidad del ser humano.

El preámbulo hace referencia al desarrollo de la medicina y la biología, que debe emplearse sólo 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 al hombre y la protección pueden aunarse 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.

El fin del Convenio es garantizar los derechos y libertades fundamentales de todos y, en particular, su integridad, así como asegurar la dignidad e identidad de los seres humanos en el ámbito de la medicina y la biología.

El Convenio no define el término "todos" (en francés, "toda persona"). Estas dos expresiones son equivalentes y se encuentran en las versiones inglesa y francesa del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que tampoco los define. A falta de un acuerdo unánime sobre la definición de estos términos en los Estados miembros del Consejo de Europa, se decidió dejar a cada ley nacional que los defina a los fines de aplicar el presente Convenio.

También emplea la expresión "ser humano" para afirmar la necesidad de proteger la dignidad e identidad de todos los seres humanos. Se reconoce la existencia

de un principio aceptado universalmente según el cual la dignidad humana y la identidad del ser humano deben respetarse tan pronto como la vida comienza.

Así mismo señala que, cada Parte adoptará las medidas necesarias para que su Derecho interno conceda eficacia a las disposiciones de este Convenio. Este párrafo indica que el Derecho interno de las Partes se adaptará al Convenio. La conformación entre el Convenio y la ley nacional, se alcanzará, bien aplicando directamente las disposiciones del Convenio en el Derecho interno, bien aprobando la legislación necesaria para darles eficacia. Respecto a cada una de las disposiciones, cada Parte tendrá que determinar los medios precisos de acuerdo con sus normas constitucionales y la naturaleza de la disposición de que se trate.

Se afirma la primacía del ser humano sobre el interés de la ciencia o de la sociedad, quien debe tener preferencia sobre estos últimos en caso de conflicto. Uno de los campos importantes de aplicación de este principio es la investigación, tal y como se trata en las disposiciones del Capítulo V del Convenio.

Se plantea como finalidad el asegurar un acceso equitativo a la asistencia sanitaria según las necesidades médicas de la persona,<sup>79</sup> lo que significa, que los servicios de intervención diagnóstica, preventiva, terapéutica y rehabilitadora, serán diseñados para mantener o mejorar el estado de salud de una persona o aliviar su sufrimiento. Esta asistencia debe ser adecuada a la luz del progreso científico y estar sujeta a un continuo control de calidad.

Se exige a las Partes de este Convenio que den los pasos adecuados para alcanzar este fin en la medida en que los recursos disponibles lo permitan. El objeto de esta disposición es estimular a los Estados para que adopten las medidas necesarias en su política social, a fin de asegurar un acceso equitativo a la asistencia sanitaria, lo que en gran medida depende de los recursos disponibles con los que cuente.

---

<sup>79</sup> Otros textos internacionales, incluidos la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y la Carta Social Europea (1961), imponen obligaciones en este campo a los Estados que son parte en ellos.

En el Convenio, se señalan las obligaciones profesionales y normas de conducta a las que se deben regir los médicos y profesionales de la salud en general, incluidos los psicólogos, cuya labor con los pacientes en unidades clínicas y de investigación puede tener profundos efectos, y a los agentes sociales miembros de equipos implicados en la toma de decisiones o en la realización de intervenciones. Del término "obligaciones profesionales" se desprende que no afectan a otras personas que los profesionales de la salud llamados a realizar actos médicos, por ejemplo en una emergencia.

Toda intervención debe ser practicada de acuerdo con la ley en general, completada y desarrollada por las normas profesionales. En algunos países, estas normas adoptan la forma de códigos de ética profesional, que son aprobadas por el Estado o por algún colegio de la profesión; en otros, códigos de conducta médica, legislación sobre salud, ética médica o cualquier otro medio de garantizar los derechos e intereses del paciente, y que pueden incluir el derecho a la objeción de conciencia profesional.

### **3.2.1.2. Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.**

La presente Convención, fue celebrada en Roma el cuatro de noviembre del año de mil novecientos cincuenta, considerando la Declaración Universal de Derechos del Hombre, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, y que en su preámbulo establece que los: “ ..Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar

la garantía colectiva de cierto número de derechos enunciados en la Declaración Universal".<sup>80</sup>

En su artículo segundo, protege el derecho fundamental del ser humano, que es el derecho a la vida, y de donde nacen todos los demás derechos.

Por su parte el artículo octavo, regula el respeto a la vida privada y familiar, prohibiendo la intervención de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que sea una medida para proteger, entre otros, el derecho a la salud. Este precepto se relaciona con el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, el cual señala que toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada cuando sea respecto de informaciones relativas a su salud, y a respetar su voluntad de conocer o no dichas informaciones.

En lo que se refiere a la facultad que tiene toda persona de casarse y fundar una familia, (art. 12 de la presente Convención), se retoma del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que analizamos en el punto 3.1.1. de este capítulo.

Los artículos anteriores, sirven de base para regular el derecho que tiene toda persona de formar una familia. Hoy en día, este derecho puede ejercerse no solamente por la vía natural, sino que los avances científicos permiten que aquellas personas que no pueden concebir un hijo, lo logren a través de los mecanismos de reproducción asistida, lo que comentaremos ampliamente en el último capítulo del presente trabajo.

---

<sup>80</sup> Varela, Feijóo Jacobo, *La protección de los Derechos Humanos*, Editorial Hispano Europea, Barcelona España, 1972, p. 302

El principio de no discriminación, que estudiamos con anterioridad en el artículo segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo sexto de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, se encuentra de igual manera protegido por el artículo 14 de la Presente Convención, y que en su redacción refiere que: “el goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia de una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación.”<sup>81</sup>

Cabe hacer notar que, en esta Convención se agregan nuevos posibles elementos discriminatorios, como son la pertenencia a una minoría nacional y la fortuna, los cuales se dan por entendidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y en el que se establece además la posibilidad de una discriminación por causas genéticas.

Mención especial debe hacerse a que la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, establece los mecanismos y órganos para hacer respetar el cumplimiento de los principios y compromisos resultantes de la presente Convención. Es así, como se establecen una Comisión Europea de Derechos del Hombre y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

### **3.2.1.3. El Código de Nüremberg (1947)**

Este código nace como consecuencia del juicio en que Nüremberg dió a conocer los horrendos crímenes médicos cometidos por la SS nazi en la Segunda Guerra Mundial con prisioneros de campos de concentración (principalmente judíos, polacos, gitanos y rusos), entre los que tenemos:

---

<sup>81</sup> *Ibidem.* p. 306

- Efectos de la ingestión de veneno
- Efectos de la inyección intravenosa de gasolina o de virus como la hepatitis y el tifus
- La inmersión en agua helada
- La observación directa de la muerte del corazón
- El estudio de la adaptación a grandes alturas
- La vivisección humana

El Código en mención, como instrumento precursor que regula la investigación biomédica en los seres humanos, señala que:

"El riesgo tomado no debe exceder nunca el determinado por la importancia humanitaria del problema que ha de resolver el experimento"<sup>82</sup>

"El experimento debe realizarse con la finalidad de obtener resultados precisos y no debe ser un experimento escogido al azar"<sup>83</sup>

### **3.2.1.3. La Declaración de Helsinki**

Es un documento oficial de la Asociación Médica Mundial (AMM), organismo representante mundial de los médicos, que redactaron en Nüremberg unos protocolos para la investigación en seres humanos. Fue adoptada por primera vez en 1964 (Helsinki, Finlandia) y revisada en 1975 (Tokio, Japón), 1983 (Venecia, Italia), 1989 (Hong Kong), 1996 (Somerset West, Sudáfrica) y 2000 (Edimburgo, Escocia). Nota de Clarificación del párrafo 29, agregada por la Asamblea General de la AMM, Washington 2002. Nota de Clarificación del párrafo 30, agregada por la Asamblea General de la AMM, Tokio 2004, 59ª Asamblea General, Seúl, Corea, octubre 2008.

---

<sup>82</sup> Texto tomado de, *Trials of War Criminals before the Nüremberg Military Tribunals under Control Council Law, No.10, vol.2, Washington, DC., U.S., Government Printing Office, 1949, pp.181-182, Cit. por SERRANO LAVERTU, Diana y LINARES, Ana María, Principios éticos de la investigación biomédica en seres humanos: aplicación y limitaciones en América Latina y el Caribe*, en: Bioética. Temas y perspectivas, *op.cit.*, p.111.

<sup>83</sup> Idem

En su texto, respecto a la investigación biomédica con seres humanos, declara que:

"Los intentos de la ciencia y de la sociedad no pueden anteponerse al bienestar de los individuos.

Todas las intervenciones sobre el patrimonio genético de la persona humana que no estén orientadas a corregir anomalías, constituyen una violación del derecho a la integridad física y están en contraste con el bien de la familia."<sup>84</sup>

Entre sus principios básicos relacionamos los siguientes:

1. La experimentación en un ser humano debe respetar los principios morales y científicos que justifican la investigación en medicina humana.
2. La experimentación en un ser humano debe estar basada en exámenes de laboratorio, en pruebas sobre animales, o sobre cualquier otro dato científicamente establecido.
3. La experimentación en un ser humano debe ser conducida por personas científicamente calificadas y bajo la supervisión de un medio idóneo.
4. La experimentación no puede ser llevada al cabo legítimamente si la importancia del objeto buscado no está en proporción con el riesgo inherente.
5. Antes de realizar un experimento, deben evaluarse cuidadosamente los riesgos y los beneficios previsibles para el sujeto o para otros.
6. El médico debe utilizar una especial prudencia cuando emprende un experimento en el curso del cual la personalidad del sujeto puede ser alterada por los medicamentos o los procedimientos experimentales.

En su última enmienda realizada en la 48ª Asamblea General Somerset West, Sudáfrica, Octubre 1996 y la 52ª Asamblea General Edimburgo, Escocia, Octubre

---

<sup>84</sup> Texto tomado de, *World Medical Assembly. The Declaration of Helsinki: Recommendations guiding Medical Doctors in Biomedical Research Involving Human Subjects*, Adopted by The 18th World Medical Assembly, Helsinki, Finland, 1964 and as revised by the 29th World Medical Assembly, Tokio, Japan, 1975. *op.cit.* Ibidem, Serrano Lavertu, Diana y otro.

2000, establece, entre otros, los siguientes principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos.

- a. En investigación médica en seres humanos, la preocupación por el bienestar de los seres humanos debe tener siempre primacía sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad.
- b. El propósito principal de la investigación médica en seres humanos es mejorar los procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos, y también comprender la etiología y patogenia de las enfermedades. Incluso, los mejores métodos preventivos, diagnósticos y terapéuticos disponibles deben ponerse a prueba continuamente a través de la investigación para que sean eficaces, efectivos, accesibles y de calidad.
- c. En la práctica de la medicina y de la investigación médica del presente, la mayoría de los procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos implican algunos riesgos y costos.
- d. La investigación médica está sujeta a normas éticas que sirven para promover el respeto a todos los seres humanos y para proteger su salud y sus derechos individuales
- e. Los investigadores deben conocer los requisitos éticos, legales y jurídicos para la investigación en seres humanos en sus propios países, al igual que los requisitos internacionales vigentes. No se debe permitir que un requisito ético, legal o jurídico disminuya o elimine cualquiera medida de protección para los seres humanos establecida en esta Declaración.
- f. En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la intimidad y la dignidad del ser humano
- g. La investigación médica en seres humanos debe ser llevada a cabo sólo por personas científicamente calificadas y bajo la supervisión de un médico clínicamente competente. La responsabilidad de los seres humanos debe recaer siempre en una persona con capacitación

médica, y nunca en los participantes en la investigación, aunque hayan otorgado su consentimiento.

- h. Todo proyecto de investigación médica en seres humanos debe ser precedido de una cuidadosa comparación de los riesgos calculados con los beneficios previsibles para el individuo o para otros. Esto no impide la participación de voluntarios sanos en la investigación médica. El diseño de todos los estudios debe estar disponible para el público.
- i. La investigación médica en seres humanos sólo debe realizarse cuando la importancia de su objetivo es mayor que el riesgo inherente y los costos para el individuo. Esto es especialmente importante cuando los seres humanos son voluntarios sanos.
- j. La investigación médica sólo se justifica si existen posibilidades razonables de que la población, sobre la que la investigación se realiza, podrá beneficiarse de sus resultados.
- k. La persona debe ser informada del derecho de participar o no en la investigación y de retirar su consentimiento en cualquier momento, sin exponerse a represalias. Después de asegurarse de que el individuo ha comprendido la información, el médico debe obtener entonces, preferiblemente por escrito, el consentimiento informado y voluntario de la persona. Si el consentimiento no se puede obtener por escrito, el proceso para lograrlo debe ser documentado y atestiguado formalmente.
- l. El médico puede combinar la investigación médica con la atención médica, sólo en la medida en que tal investigación acredite un justificado valor potencial preventivo, diagnóstico o terapéutico. Cuando la investigación médica se combina con la atención médica, las normas adicionales se aplican para proteger a los pacientes que participan en la investigación.

### **3.2.1.5. El Proyecto de Recomendación del CAHBI (1986)**

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa acordó, el 24 de septiembre de 1986, una resolución en la que por vez primera se fijan reglas referentes a la protección de los embriones humanos. En este sentido, propone a los estados miembros establecer prohibiciones a:

1. La producción de un ser humano en laboratorio
2. La creación de niños con padres del mismo sexo
3. La experimentación con embriones vivos
4. La creación de seres vivos idénticos, con fines de selección de raza u otro tipo
5. La implantación de seres humanos en el útero de seres de otras especies, o la operación inversa
6. La creación de embriones con espermias de individuos diferentes
7. La elección de sexo a través de manipulaciones genéticas con fines terapéuticos.

### **3.2.1.6. El Proyecto de Recomendación del CAHBI (1987)**

Prohíbe las manipulaciones genéticas, salvo que tengan una finalidad preventiva, terapéutica o destinada a diagnosticar enfermedades graves, esto dentro de determinadas condiciones, entre ellas, que el embrión no sea utilizado después de catorce días a partir de la fecundación.

### **3.2.1.7. La Propuesta de la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia al proyecto de Convención del Niño**

Como bien refiere Jorge Valencia Corominas, en el marco de las sugerencias y recomendaciones presentadas al proyecto de Convención del Niño, la Asociación

Mundial de Amigos de la Infancia hizo llegar en 1989 un informe a la Comisión de Derechos Humanos mostrando su preocupación por el silencio que guardaba el proyecto de la Convención respecto a la situación del concebido.

La Asociación propuso que el proyecto ampare en sus disposiciones la protección del concebido puesto que los adelantos científicos referidos a la genética vienen contrariando la dignidad del ser humano.

En este sentido, la propuesta se sustentaba en: "añadir al artículo primero del proyecto un segundo párrafo a fin de considerar la protección directa al concebido y su resguardo frente a los avances bio-genéticos"<sup>85</sup>

El artículo primero del proyecto de la Convención y la propuesta de la Asociación quedaría de la siguiente manera:

Artículo del proyecto:

"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano hasta los 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley de su Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Párrafo propuesto por la Asociación:

"La presente Convención garantiza igualmente la protección del niño concebido y todavía no nacido frente a experimentos o manipulaciones genéticas contrarios a su integridad física, moral o mental o a su salud."

Como aclara Valencia Corominas de acuerdo con esta propuesta los Estados Partes de la Convención adoptarían las medidas necesarias para prohibir:

---

<sup>85</sup> Valencia Corominas, Jorge, *Derechos Humanos del niño*, Lima, Instituto de Derechos Humanos, 1990, pp.114-115.

"Toda creación de seres humanos idénticos mediante clonado u otros métodos, sea o no con fines de selección de raza,  
- La creación de gemelos idénticos"<sup>86</sup>.

### 3.2.1.8. El Parlamento Europeo

Desde la aparición práctica de las técnicas de reproducción asistida, el Parlamento Europeo incluyó como prohibiciones --que son meras sugerencias pues no tienen valor legal-- la combinación de gametos humanos con los de animales, la crioconservación prolongada y la clonación.

Es el 28 de octubre de 1993 cuando con una Resolución de Urgencia califica la práctica de la clonación como "reprochable desde el punto de vista moral e inaceptable desde el punto de vista ético" en razón que la duplicación de embriones humanos, sea cual fuere su finalidad, supone 'una grave violación' de los derechos humanos fundamentales y un acto contrario al respeto que merece toda persona.

Por ello, se solicitó a la Comisión Europea y a los Estados Miembros que prepararan una decisión para prohibir los experimentos científicos con embriones humanos que permiten reproducir genéticamente un ser humano y crear un clon. Asimismo, los eurodiputados, preocupados por el hecho de que este tipo de experimentos pueda estar realizándose, también, en la Comunidad Europea "han hecho un llamamiento a todos los científicos e investigadores, tanto si trabajan en el sector público como en el privado, para que renuncien voluntariamente a estas prácticas sin esperar la entrada en vigor de la prohibición comunitaria"<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> *Ibidem.* p.115.

<sup>87</sup> Cfr., *Prohibir la clonación de embriones humanos*, en: Tribuna del Parlamento Europeo (Boletín informativo del Parlamento de la Comunidad Europea), Madrid, octubre-noviembre 1993, año VI, No.9, p.13. Asimismo, Vid., *Parlamento Europeo exige prohibición de la clonación de seres humanos*, Estrasburgo (Francia), agencia EFE, 28 de octubre de 1993.

### **3.2.1.9. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea y, por primera vez, reúne en un solo texto los derechos civiles y políticos clásicos, así como los derechos económicos y sociales. Su objetivo se explica en el preámbulo: Por ello, es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

En junio de 1999, con el fin de destacar su importancia, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea. De acuerdo con las expectativas de los Jefes de Estado o de Gobierno, esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el Convenio del Consejo de Europa de 1950, los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Carta fue formalmente adoptada en Niza en diciembre de 2000 por los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, representó un compromiso político sin efecto jurídico obligatorio. Sin embargo, en el Tratado de Lisboa por el que se modifican los tratados, la Carta adquirió un carácter vinculante, mediante la inserción de una mención por la que se le reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue proclamada una segunda vez en diciembre de 2007.

Por primera vez, se han reunido en un único documento todos los derechos que hasta ahora se repartían en distintos instrumentos legislativos como las legislaciones

nacionales y los Convenios internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo. Al dar visibilidad y claridad a los derechos fundamentales, la Carta contribuye a desarrollar el concepto de ciudadanía de la Unión así como a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. La Carta refuerza la seguridad jurídica por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, protección que hasta ahora sólo se garantizaba mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

Mediante la adopción de la presente Carta, la Unión tiene la intención de reforzar la protección de los derechos fundamentales, dotándolos de mayor presencia, a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

La Carta incluye un preámbulo introductorio y 54 artículos distribuidos en 7 capítulos, siendo relevantes en el tema que nos trata en la presente investigación, el capítulo I, relativo a la Dignidad, en donde se refiere al respeto y protección de la dignidad humana, derecho a la vida, y el derecho a la integridad de la persona.<sup>88</sup>

En el capítulo II, establece la protección a la libertad y a la seguridad, respeto de la vida privada y familiar, protección de los datos de carácter personal, derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia.<sup>89</sup> En el artículo trece, señala que, la investigación científica es libre.

El derecho fundamental de igualdad, se contempla en el capítulo III, que determina la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

---

<sup>88</sup> En el artículo tercero de la mencionada Carta, se inserta que, en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular, el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro, y, se prohíbe la clonación reproductora de seres humanos.

<sup>89</sup> En este sentido, determina que este derecho se regirá de acuerdo a lo que establezcan las leyes nacionales.

.En general, los derechos mencionados le son reconocidos a toda persona. No obstante, la Carta hace también referencia a categorías de temas con unas necesidades particulares, como menores, personas mayores, personas con discapacidad.

Al considerar la evolución de la sociedad, además de los derechos clásicos (derecho a la vida, libertad, dignidad, igualdad.), la Carta menciona derechos que no se recogen en el Convenio del Consejo de Europa de 1950, como son la protección de datos, los relativos a la bioética, la libertad de investigación científica. De acuerdo con algunas legislaciones nacionales, el Convenio reconoce otras posibilidades distintas del matrimonio para fundar una familia, y ya no habla de matrimonio entre hombre y mujer, sino simplemente de matrimonio.

Regularmente mencionada en las deliberaciones de los Abogados generales, la Carta ha influido en sucesivas ocasiones en las conclusiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.<sup>90</sup>

### **3.2.2. América**

Mediante un proceso evolutivo que ha significado la adopción de diferentes instrumentos internacionales, los Estados americanos, en el libre ejercicio de su soberanía, han llegado a estructurar un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, en el que se reconocen y definen esos derechos; se establecen normas de conducta obligatorias tendientes a su promoción y protección; y se crean órganos destinados a velar por la fiel observancia de los mismos. Sin embargo, cabe hacer notar que en lo que respecta a instrumentos especializados en materia de regulación de los avances en la ingeniería genética, en específico, en reproducción

---

<sup>90</sup> Por primera vez, en su sentencia de 27 de junio de 2006 relativa a la Directiva sobre la reagrupación familiar (Asunto C-540/03), el Tribunal de Justicia hizo una referencia explícita a la Carta y destacó su importancia.

asistida y su implicación o probable afectación a los derechos humanos, aún existe un rezago sustancial, a diferencia de los países europeos, que cuentan con sistemas normativos especializados en la materia y los cuales fueron comentados en el punto anterior del presente capítulo.

Por lo tanto, a continuación relacionaré los fundamentos jurídicos que se encuentran dispersos en los ordenamientos internacionales de América y que tienen o pudieran tener relación con los avances en la medicina y la biología y su conexión con los "nuevos derechos humanos", permitiéndome en algunos de ellos, proponer una modificación a su texto original con la finalidad de que sean incluidos.

### **3.2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.**

Este sistema interamericano de promoción y protección de derechos fundamentales se inicia formalmente con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948) en la que se creó la Organización de los Estados Americanos, cuya Carta proclamó los "Derechos Fundamentales de la Persona Humana" como uno de los principios en que se fundamenta la Organización.

Los primeros antecedentes se encuentran en algunas de las resoluciones adoptadas por la Octava Conferencia Internacional Americana (Lima, Perú, 1938), tales como la relacionada con la "Libre Asociación y Libertad de Expresión de los Obreros", la "Declaración de Lima en favor de los Derechos de la Mujer", la Resolución XXXVI en que las Repúblicas Americanas declararon que "toda persecución por motivos raciales o religiosos...contraría los regímenes políticos y jurídicos (de América)", y especialmente la "Declaración en Defensa de los Derechos Humanos", que expresó la preocupación de los gobiernos de las Américas con respecto a la ocurrencia y a las posibles consecuencias del inminente conflicto armado, y que señaló que cuando se recurra a la guerra "en cualquiera otra región del mundo, se respeten los derechos

humanos no necesariamente comprometidos en las contiendas, los sentimientos humanitarios y el patrimonio espiritual y material de la civilización."

El proyecto de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preparado por el Comité Jurídico Interamericano, fue presentado a la Novena Conferencia, y si bien tuvo la virtud de ser el primer instrumento internacional de su tipo adoptado a este nivel, no fue aprobado como convención, como se esperaba. No obstante, merece destacarse el párrafo final de las cláusulas introductorias de la Declaración Americana:

La consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias.

Es importante señalar también que, la Declaración, además de un preámbulo, comprende 38 artículos en que se definen los derechos protegidos y los deberes correlativos, establece también, en otra cláusula introductoria que, "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". Por lo tanto, los Estados americanos reconocen el hecho de que cuando el Estado legisla en este campo, no crea o concede derechos, sino que reconoce derechos que existían antes de la formación del Estado; derechos que tienen su origen en la naturaleza misma de la persona humana.

En el preámbulo de la Declaración se establece que : "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros". Por lo anterior, podemos darnos cuenta, que desde entonces y aunque no se conocían los adelantos

científicos de hoy en día, se plantea la igualdad entre todos los hombres, refiriéndose en su segundo artículo que, “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

Así mismo, se plantea como deber del hombre la de: “mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu”.

En el artículo cuarto, se reconoce el derecho a la libertad de investigación, y en el sexto, reconoce el derecho a constituir una familia y a su protección, en correlación, el artículo séptimo señala la protección a la maternidad.

Por su parte, el artículo once, reconoce el derecho a la preservación de la salud y la asistencia médica, con la limitante que permitan los recursos públicos. En consecuencia, el particular no podría exigir más allá de lo que el presupuesto de cada Estado establezca.

El derecho a disfrutar de los beneficios resultantes de los descubrimientos científicos y progresos intelectuales se determinan en el artículo trece de la citada Declaración.

### **3.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos**

En el año de 1969, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente desde el año de 1978, la que regula en la región los principios básicos de los derechos de la persona humana, tomando como base, (al igual que todas las Declaraciones y Convenciones analizadas en el presente capítulo), la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Al igual que en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, a continuación relacionaré los preceptos jurídicos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tienen injerencia con el respeto a los Derechos Humanos y la aplicación de la biotecnología y su connotación con otras Declaraciones y Convenciones especializadas en la materia.

El artículo primero, señala que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos de las personas sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Así mismo, el artículo 24, prevé el principio de igualdad ante la ley, sin discriminación alguna.

En el artículo anterior, se establece el principio de no discriminación, que se relaciona con el artículo segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo sexto de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y el artículo 14 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

De acuerdo al artículo cuarto de la presente Convención, se establece el derecho a la vida, especificando su protección desde el momento de su concepción.

La protección a la dignidad humana, se regula en el artículo undécimo y que como he citado anteriormente, es uno de los principios fundamentales de la persona humana y que da origen a todos los demás derechos.

El artículo undécimo séptimo, establece la protección a la familia, que la considera como un elemento natural y fundamental de la sociedad y se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a la fundación de esta; y a diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades

Fundamentales, que exponen que este se podrá celebrar en la edad núbil, en ésta Convención Americana sobre Derechos Humanos, se faculta a los Estados, la determinación en sus regulaciones internas de la edad adecuada para contraer matrimonio, siempre y cuando no se afecte el principio de no discriminación.

Por su parte el artículo 26, establece el desarrollo progresivo, especialmente en la economía y la técnica, para lograr plena y eficazmente los derechos que se deriven de las normas, entre otras, sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en su primera reforma de la Carta de la OEA, firmado el Protocolo en Buenos Aires, (vigente desde febrero de 1970).

Podemos concluir que existen diversas Declaraciones, Convenciones, Tratados, Cartas de la comunidad internacional, que presentan reflexiones comunes en relación a los derechos humanos y los avances de las biotecnologías y en específico de la reproducción asistida. Los cuales coinciden en:

- a) La preocupación por la reflexión internacional acerca de los avances en materia de biotecnología.
- b) La ciencia y la tecnología deben tomar en consideración el interés general.
- c) La imperiosa necesidad de asegurar el respeto de los derechos humanos como límite a toda aplicación de la ingeniería genética en el hombre.
- d) Las biociencias y sus tecnologías deben servir al bienestar de la humanidad.

### **3.3. PRINCIPALES PAÍSES QUE HAN HECHO APORTACIONES JURÍDICAS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Los primeros países que regularon jurídicamente las técnicas de reproducción humana asistida fueron Estados Unidos, en el estado de Georgia en 1964 y Suecia mediante Ley No.1140/84 (vigente desde marzo de 1985). Sin embargo, como bien indica Goldschmidt, las vastas posibilidades generadas por las investigaciones en

genética humana determinan una gran carencia de normas, por la novedad científico-técnica<sup>91</sup>

Hoy en día la legislación comparada que regula el Derecho genético si bien no es muy abundante, es variada y diversa en la forma de tratar este avance de la ciencia biomédica y su influencia sobre el ser humano.

En derecho comparado, el derecho genético, tiene una regulación variada, es decir, su normativización es diversa y difiere con el país, en el cual se aplica, debido a que el desarrollo en los avances biocientíficos es diferente, lo que ha determinado una política legislativa especial que va desde la regulación jurídica específica, es decir, normándose cada avance, cada nuevo descubrimiento; hasta una regulación jurídica general, que se sustenta en principios rectores, bases, que canalizan dicha materia.

Así tenemos que en el derecho comparado existen cinco grandes sectores en lo que a política legislativa se refiere:

1. *Legislación especial*, en este grupo se encuentran aquellos países en que tienen leyes especiales que regulan esta materia como Alemania, Austria, Dinamarca, España, Holanda, Inglaterra, Noruega, Suecia.

2.- *Legislación General*, en este sector se encuentran aquellos países que establecen pautas generales en la principales normas del estado, como es la Constitución, entre estos se ubican: Argentina, Armenia, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chechenia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Guatemala, Honduras, Italia, Japón, Lituania, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Québec (Proyecto

---

<sup>91</sup> Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, pp.288 y ss. Cit. por Ponce de Faustinelli, Marcia Isabel, *La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el derecho familiar y hereditario*, Córdoba, El Copista, 1995, p.11, Ponencia a presentada al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín, 1995

de Constitución), Rusia, Sudáfrica, Suiza (Confederación Helvética), Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela Zimbabwe. En relación a su legislación civil, se encuentran: Bélgica, Bulgaria, Checoslovaquia, Francia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suecia, Suiza, Inglaterra, antigua Yugoslavia, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Kosovo, Macedonia, Montenegro, Serbia, Eslovenia y Québec, Voivodina. Los países que cuentan con regulación Penal, son: España, Brasil, y Colombia. Por su parte, en la Ley General de Salud, se ubican Francia y Noruega). Cabe mencionar que Perú, establece el Código de los niños y Adolescentes (Perú).

3.- *Organismos e Instituciones estatales multidisciplinarios*, en especial, los comités de bioética que se encargan de establecer política en las investigaciones científicas, proponiendo la reglamentación de los avances biocientíficos. De acuerdo con su creación y estructura, sus ordenanzas o directivas, pueden tener un carácter imperativo o ser meramente referenciales. Esto viene funcionando bastante bien en Italia.

4.- *Directrices o recomendaciones de tipo médico-ético*, emitidas por asociaciones de profesionales médicos, en este caso son las instituciones particulares, las ONG, los comités de ética y deontología de los colegios profesionales o los comités de bioética de los centros de salud los que se encargan de establecer las normas de aplicación sobre la materia. Tal es el caso de Irlanda.

5.- *Por decisión judicial*, algunos países carentes de legislación han determinado que la permisibilidad de los procesos procreáticos y de manipulación o experimentación genética sean aprobados por el juez, tal es el caso de Argentina, Brasil y también Italia.

La falta de un ordenamiento jurídico especializado que regule ampliamente la influencia de la genética en el ser humano ocasiona una desprotección no sólo en la persona, si no también en la familia, en la sociedad y, en términos reales, en la humanidad en general. El vacío legal tiene que ser cubierto con la mayor brevedad posible, a fin de canalizar adecuadamente los procedimientos y técnicas genéticas que se vienen realizando actualmente en nuestro medio, para evitar abusos o mala *praxis*.

Algunas normas legales en México, contienen uno que otro artículo que hacen referencia tangencial al tema en análisis.<sup>92</sup>

Países europeos como Alemania, Austria, España, Francia, Gran Bretaña, Noruega, Suecia y Suiza cuentan con leyes de avanzada que regulan esta materia, cuya orientación no es para nada uniforme; muy por el contrario, están definidas por directrices dispares, de las que se puede apreciar dos tendencias legislativas claramente marcadas:

### ***Corriente impulsora del avance tecnológico***

Esta corriente legislativa fomenta el avance de la tecnología sobre el interés de la persona. Dentro de esta corriente tenemos: España, Gran Bretaña y Francia.

Se sustenta en los siguientes postulados:

- El inicio de la vida embrionaria es retardada cierto tiempo, (por lo general, catorce días) luego de la fecundación.
- Amplia libertad en materia de manipulación y creación de embriones en exceso, con congelamiento, donación o destrucción de los sobrantes.

### ***Corriente de protección a la persona***

La orientación de esta tendencia legislativa se caracteriza por proteger al ser humano, desde el momento de la concepción y, especialmente, a los niños nacidos de las técnicas de procreación artificial. Dentro de esta corriente jurídica se destacan, principalmente, Alemania, Suecia y Suiza.

Estos países formulan los siguientes principios básicos:

- Evitar la artificialización de la familia.

---

<sup>92</sup> Para mayor información sobre la legislación nacional, *vid. infra*. 3.4. y ss. De la presente investigación.

- Lograr la coincidencia entre el vínculo biológico de paternidad y maternidad y el vínculo social.
- Fomentar y resguardar la salud síquica del niño.
- Reconocer al niño el derecho a indagar su identidad genética.

Respecto a la técnica de la clonación, Australia (Estado de Victoria, 1986), España, Alemania así como Canadá prohíben expresamente esta forma de experimentación negativa en seres humanos, contando con leyes muy severas que limitan la manipulación genética.

### **3.3.1. Italia**

En Italia, durante mucho tiempo y a la falta de regulación jurídica específicamente aplicable a la reproducción humana asistida, se tuvieron en cuenta las reglas adoptadas por el código de deontología Médica de 1989, que garantizaba el uso de las técnicas de reproducción asistida dentro del derecho de la salud. Posteriormente, en la última edición de este código se regularon diversos aspectos de las conductas sanitarias en caso de actuación de técnicas de procreación humana medicamente asistida, a las que los profesionales debían adecuar su actividad profesional.<sup>93</sup>

Así mismo, se creó el Comité Consultivo Nacional de Ética para las ciencias de la vida y la salud, quien emitió una opinión el 22 de mayo de 1984, respecto a la extracción de tejido embrionario o de fetos humanos muertos con fines terapéuticos, de diagnóstico y/o científicos, en la cual establece dentro de sus directivas, lo siguiente:

"l) El embrión o el feto debe ser reconocido como una persona humana en potencia que está o estuvo vivo y cuyo respeto impone a todos."

---

<sup>93</sup> Reglas recogidas en el Código De Deontología Médica, de 3 de octubre de 1998.

Asimismo, resuelve que:

"1. El embrión o el feto vivo no puede ser en ningún caso objeto de experimentación in útero. Sólo son legítimas las acciones terapéuticas destinadas a favorecer el desarrollo y nacimiento del niño. El mantenimiento artificial de la vida del embrión o del feto en vista de una investigación o de una extracción con fines terapéuticos está terminantemente prohibido."

*a) El proyecto de ley de 1985*

Prohíbe toda experimentación sobre el huevo segmentado o sobre el embrión, excepto la congelación destinada a conseguir el embarazo de la misma mujer para lo cual se inició la experimentación clínica.

*b) El Congreso del Centro Internacional de Magistrados*

Realizado en Perugia, setiembre de 1987, concluyó que debe dictarse en cada país un "Estatuto del concebido", para impedir el uso de embriones en laboratorio destinado a su supresión con propósitos de investigación científica.

La ley italiana 40/2004,<sup>94</sup> "normas en materia de procreación medicamente asistida", dispone que el recurso a estas técnicas es permitido con el fin de facilitar la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humana, siempre observando las condiciones y modalidades previstas en dicha ley, que asegura los derechos de todos los sujetos implicados, incluido el concebido. Se autoriza el recurso a la procreación medicamente asistida a condición de que no existían otros métodos terapéuticos eficaces para las causa de esterilidad e infertilidad<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Esta ley es una norma de tipo restrictiva, y tiene una fuerte influencia de las normas deontológicas emanadas del Comité Nacional de Bioética, del 17 de junio de 1994, y que han adquirido rango jurídico en esta ley.

<sup>95</sup> Cfr. Arts. 1.1 y 2 de la ley de Italia 40/2004, del 19 de febrero de 2004.

### **3.3.2. Australia**

#### *El Consejo Australiano de Investigaciones Médicas*

Dado en octubre de 1982 y parte del principio esencial de que la ética no es una ciencia exacta sino una disciplina de estudio. Este documento sustenta que la experimentación incontrolada de gametos, ovocitos, embriones y tejido embrional humano es éticamente inaceptable.

Dentro de sus directrices para la fertilización in vitro establece que el clonning se considera inaceptable, pronunciándose "enérgicamente contra toda experimentación vinculada a la 'clonación' entendida como la producción de descendencia vital o potencialmente vital y genéticamente idéntica"

### **3.3.3. España**

España, es uno de los países europeos que cuenta con un sistema jurídico especializado en reproducción asistida, que además se encuentra a la vanguardia en el tema, tanto en la medicina, como en lo normativo, que es el tema que nos ocupa. De tal suerte, que nos permitiremos, desarrollar la evolución de las leyes en materia de reproducción asistida.

#### *a) El Informe Palacios (1986)*

Recibe su nombre de quien fue presidente de una Comisión Especial Parlamentaria creada en la primavera del año 1985, formada por representantes de los diferentes grupos Parlamentarios. La finalidad de esta Comisión era, previos los estudios pertinentes, confeccionar un dictamen que pudiese servir como base para un ulterior Proyecto de Ley. Fueron invitados a colaborar con los miembros de dicha comisión, 35 expertos en los campos de la Medicina, la Biología, el Derecho, y la Ética.

En su Recomendación 89 detalla que:

"Se prohibirá la unión de gametos humanos con los de otras especies, y las denominadas 'desviaciones no deseables' de estas técnicas de reproducción humana asistida que serán consideradas delitos."

El Informe Palacios considera como 'desviaciones' de carácter delictivo, entre otras, a la clonación u obtención de individuos idénticos a partir de un sólo sujeto, lo que ya se ha conseguido en plantas y en animales.

Asimismo, Simón Sevilla manifiesta que, las desviaciones no deseables o manipulaciones son "aplicaciones técnicas que presentan graves reparos éticos, y también algunas dificultades técnicas y teóricas más o menos importantes; razón por la cual puede sospecharse que cuando estas últimas hayan sido soslayadas mediante la experimentación en animales no faltarán científicos audaces sin escrúpulos morales que pretendan realizarlas con embriones humanos: así ha ocurrido recientemente con la clonación"<sup>96</sup>

Este llamado "Informe de la Comisión especial de estudio de la Fertilización in vitro y la inseminación artificial humanas", fue aprobada en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados 10 de abril de 1986, siendo sus recomendaciones recogidas en la Proposición de Ley 122/000062 sobre fecundación asistida, que dio origen a la Ley 35/1988, que es una de las legislaciones pioneras en el mundo, y que a continuación analizaremos.

---

<sup>96</sup>Soto La Madrid, *Bioética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p.23.

*b) La Ley No.35/1988 sobre "Técnicas de reproducción asistida"<sup>97</sup>*

En la exposición de motivos se fijan los objetivos y la finalidad de la Ley, así como los principios sobre los que se apoya.

Inicia con el señalamiento de que “los modernos avances descubrimientos científicos y tecnológicos, en especial en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción, alternativas a la esterilidad de la pareja humana. Estas técnicas han despertado y abierto expectativas esperanzas en el tratamiento de la esterilidad,<sup>98</sup> aunque el legislador es consciente de que “tales expectativas y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas”.

Siente y afirma el legislador que, no solo es factible utilizar estas técnicas como alternativa de la esterilidad:

---

<sup>97</sup> Con fecha 27 de febrero de 1989, por 63 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, se interpuso recurso de inconstitucionalidad (Recurso 376/1989, de 27 de febrero de 1989) a la totalidad de esta Ley, que fue admitido a trámite el día 13 de marzo de 1989, por el Pleno del Tribunal Constitucional. Los motivos de dicho recurso eran tres, que, según el orden de su exposición, eran los siguientes: el primero, porque la ley recurrida, so pretexto de regular las técnicas de reproducción asistida, “contiene un ataque directo a la esencia de la institución familiar”, que va contra la auténtica garantía constitucional de la familia que vendría configurada por los artículos 10.1, 15, 128, 27, 32, 33.1 y 39 de la Constitución Española; en segundo lugar los recurrentes alegan la vulneración del art. 15 de la Constitución Española, ya que en el articulado de la ley recurrida se niega al embrión la protección constitucionalmente obligada durante la gestación; y finalmente, los recurrentes tachan de inconstitucional la ley por infracción del art. 81.1, al carecer del carácter orgánico, y por ello afecta el desarrollo de derechos fundamentales de la persona, el de 17 de junio de 1999, se resolvió el recurso de inconstitucionalidad, desestimándolo prácticamente en su totalidad.

<sup>98</sup> El tratamiento de la esterilidad mediante estas técnicas viene enfatizando en la exposición de motivos como la gran justificación de las mismas, con expresa referencia a las expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros medios son poco adecuados o ineficaces”. Este mismo es el sentido y la letra del artículo 1.2 de la ley: “Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o eficaces”. Pero también es muy significativo el complemento o extensión regidos en el artículo 1.3: “Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías, diagnósticos y terapéuticas y estén estrictamente indicadas”, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces.

“La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental o de ingeniería genética, sin duda beneficiosa para el individuo y la humanidad pero en cualquier caso, dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una serie de implicaciones con alcances sociales, éticos, biomédicos y jurídicos principalmente”<sup>99</sup>

En el campo específico de las técnicas de reproducción asistida, estas han ido por delante del derecho, que han originado un vacío jurídico que debe solucionarse, si no quiere dejarse a los individuos de la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Y precisamente, la finalidad que marcó esta ley en su exposición de motivos, fue la de hacer una revisión y valorar los elementos que confluyen en la reproducción asistida, y la necesidad de adaptar al derecho a estas nuevas circunstancias.<sup>100</sup>

En las disposiciones finales de esta ley, el gobierno se comprometía, fijando unos determinados plazos para ello, al desarrollo reglamentario de la misma, lo que se llevo a cabo con la promulgación las siguientes normas:

-Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, porque el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.

-Real Decreto 412/1996, 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con la técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Pre embriones con fines de reproducción humana.

---

<sup>99</sup> Cfr. exposición de motivos de la Ley de Reproducción Asistida No. 35/1988.

<sup>100</sup> Con respecto al material embriológico utilizado, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas y, en su caso a los varones a ellas vinculados, los hijos, la manipulación a que la técnica pueden dar lugar, como la estimulación ovárica, crio conservación de gametos y pre-embiones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etc.

- Real Decreto 413/1996 de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

- Orden ministerial de 25 de mayo de 1996, “por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes”.

- Real Decreto 415/1997 de 21 de marzo, “de regulación de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida”.

- Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, “por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados con las técnicas de reproducción humana asistida”.

c) *Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*<sup>101</sup>

Señala la exposición de motivos como ámbito de regulación de esta ley, “la donación y utilización de embriones y fetos humanos, considerando aquellos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establece una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante”.

La donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados in vitro y en desarrollo, denominados por la ley 35/1988, de 22 de noviembre, “preimplantatorios” con fines reproductores u otros, fueron regulados en los términos establecidos en la citada ley; por lo que la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, contempla la donación y utilización de embriones y fetos humanos desde el día 14 que sigue a la fecundación. Esta ley, se enmarca dentro de la exigencia de un marco jurídico que centre los justos

---

<sup>101</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado No. 314, de 31 de diciembre de 1988.

términos de las actuaciones biomédicas, desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos, y sin cerrar el camino al patrimonio de la humanidad, que es la ciencia.

- d) Ley 45/2003,<sup>102</sup> por la que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Establece la citada ley en su exposición de motivos que, “los avances científicos cursan, generalmente, por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho originan un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es acosta de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos por sus repercusiones jurídicas, de índole administrativo, civil o penal”.

A partir de esta consideración, la exposición de motivos de la ley 45/2003, señala que el paso del tiempo ha puesto de manifiesto la existencia de algunas limitaciones en la norma<sup>103</sup>, que han dado lugar a situaciones de cierta inseguridad jurídica y a problemas éticos y sanitarios. Siendo el más importante de estos problemas, la acumulación de un elevado número de pre embriones humanos sobrantes, y cuyo destino no se había precisado.

La reforma consistió en modificar el contenido de los artículos 4 y 11 de la ley 3/1988, cuyo texto era: “se transferirá al útero solamente el número de pre embriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo”. Como consecuencia práctica de la imprecisión del texto legal, se habían acumulado embriones preimplantatorios sobrantes. Sin embargo, “el legislador no aclara quien o como debe decidir qué cantidad de embriones es la más *razonable* y tampoco prevé sanciones para el médico que transfiera mas embriones de los necesarios. Como consecuencia de esta falta de precisión legal, en la práctica los

---

<sup>102</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de noviembre de 2003.

<sup>103</sup> Al referirse a la ley 35/1988

protocolos de actuación de los centros españoles en relación al número de embriones transferidos varían considerablemente”.<sup>104</sup>

Por tanto, la primera preocupación que refleja la ley y, consecuentemente, la primera finalidad que pretende, es evitar para el futuro la generación y acumulación de pre embriones súper numerarios. De ahí que disponga: “solo se autoriza la transferencia de un máximo de tres pre- embriones en una mujer en cada ciclo”<sup>105</sup> y, “se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en los que lo impidan la patología de base de los progenitores”<sup>106</sup>. Al establecer el límite máximo de tres embriones que puedan ser transferidos a una mujer en cada ciclo, también se intentó reducir el número de embarazos múltiples.

Por otra parte, según el art. 11.3 de la Ley 35/1988, “los pre embriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crio conservaban en los bancos autorizados por un máximo de 5 años, sin que en la ley especificara cual debería ser el destino, una vez superado dicho plazo. Por eso, en el art.11 reformado se modifica el tiempo de crio conservación del semen, “al menos durante toda la vida del donante”. Se tiene en cuenta los avances de la crio conservación de ovocitos, y para el supuesto excepcional de pre- embriones supernumerarios, previsto en el número 3 del art. cuarto, el plazo de crio conservación será el equivalente a la vida fértil de la mujer, con la finalidad de que le puedan ser transferidos en intentos posteriores.

También se establecen la obligaciones que, en tales casos, tiene los progenitores de firmar “un compromiso de responsabilidad sobre sus pre embriones crio conservados”, que deberá incluir una cláusula por la que la pareja o la mujer, en su caso, otorgarán su consentimiento para que, en el supuesto de que los pre embriones

---

<sup>104</sup> Alkorta Idiákez I., *Regulación jurídica de la Medicina reproductiva, Derecho español y comparado*. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pp 182 ss.

<sup>105</sup> *Cfr.* Numeral 2 del reformado art.4

<sup>106</sup> *Cfr.* Numeral 3 del mismo art. 4

crio conservados no les fueran transferidos en el plazo previsto, sean donados con fines reproductivos como única alternativa.

A las parejas progenitoras o, en su caso, a la mujeres cuyos pre embriones hayan sido crio conservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, se les ofrecen la siguientes opciones:

- Mantenimiento en el estado de la crio conservación hasta que le sean transferidos
- La donación, sin ánimo de lucro, con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten
- Manifestar su aprobación para que las estructuras biológicas obtenidas, en el momento de la descongelación puedan ser utilizadas con fines de investigación o proceder a su descongelación sin otro fin posterior.

e) Ley 14/2006 sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida.<sup>107</sup>

Con una finalidad meramente introductoria al contenido de esta Ley, expondremos las líneas generales de su inspiración y las novedades introducidas de mayor significado.

En su exposición de motivos, comienza con una referencia a la Ley 35/1988, de la que afirma que, “supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos de investigación”.

Determina que el avance científico, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar una respuesta al problema surgido del destino de los pre embriones supernumerarios,

---

<sup>107</sup> Fue publicada en el BOE el día 27 de mayo de 2006, entrando en vigor el día siguiente a su publicación.

determinaron que la Ley 35/1988, debiera ser revisada para adecuar la legislación a la realidad sobrevenida, lo que se hizo por medio de la ley 45/2003, que comentamos en el inciso anterior. Esta dio una respuesta solamente parcial a aquellas exigencias: la respuesta consistió, como ya se vio, en las distintas opciones que se ofrecían para los pre embriones que se encontraban crio conservados, con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley, que tuvo lugar el día 23 de noviembre del 2003. Las limitaciones de la respuesta venían determinadas por la prohibición de fecundar más de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, y por dispensar un tratamiento distinto a los pre embriones crio conservados con anterioridad a noviembre de 2003, que podían ser dedicados, a otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba vedada a los generados con posterioridad, que podían ser destinados únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres.

De ahí que esta ley incorpore una serie de novedades, de la que se ofrece a continuación un sumario.

Define, el concepto de pre embrión, entendiéndolo por tal, el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde. Debemos señalar que el uso del término pre embrión se hace para no crear problemas de comprensión con los textos legales, ya que, en la exposición de motivos de la ley 35/1988, se introdujo este término, para designar al "grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo, que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior de útero, acabando así el proceso de implantación que se inicio días antes, y es entonces que aparece en la línea primitiva. La comunidad científica ha prescindido de esta denominación y habla del embrión preimplantatorio o preimplantacional, como viene designado en la ley 14/2006.

Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos,<sup>108</sup> no se menciona en ningún sentido la clonación con fines terapéuticos que, por lo tanto no es prohibida.

También supone una novedad en el método elegido al designar las técnicas de reproducción asistida. Así como la ley 35/1988, había presentado una lista cerrada, esta ley sigue un criterio más abierto, recogiendo en un anexo las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy; pero admitiendo, además, la posibilidad de autorizar la practica provisional equiparada como técnica experimental de una nueva técnica, pudiendo el gobierno, mediante Real Decreto actualizar el citado anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos.

Ya no ciñe la utilización y aplicación de la técnicas de reproducción asistida a la solución de los problemas de esterilidad, sino que, su ámbito de actuación se extiende al desarrollo de otras técnicas complementarias para permitir evitar, en ciertos casos la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo.

Esta ley crea el registro de actividad de los centros de reproducción en que se registraran los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasa de éxito en términos reproductivos obtenidos por cada centro, con cada técnica. Este registro recogerá también el numero de pre embriones crio conservados que se conserve en su caso, en cada centro.

Elimina las diferencias establecidas por la Ley 45/2003 y la consideración del pre- embriones generados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma y de los que pudieron generarse posteriormente, en relación a sus posibles destinos.

---

<sup>108</sup> Art. 1.3. de la Ley 14/2006

Así mismo, se elimina la prohibición de fecundar más de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, estableciendo expresamente que los límites se determinarían de manera exclusiva de acuerdo a las indicaciones existentes en cada caso.

#### **3.3.4. Alemania**

Es en el año de 1984 que se procrearon en la República Democrática de Alemania, los primeros niños mediante fertilización in vitro. Desde ese momento el tema de las investigaciones genéticas fue materia de preocupación jurídica dándose las bases de la Comisión Brenda (1985), las del Congreso Médico (1985) y la 56ª Convención Alemana de Juristas trató por vez primera estos temas en su Sección de Derecho Civil (Berlín, 1986).

A finales de abril de 1986, se publicó un anteproyecto de Ley sobre protección del embrión, con disposiciones relativas a la producción mediante FIV, de embriones sobrantes no destinados a ser transferidos a la mujer, desarrollo de embriones in vitro más allá del décimo cuarto día, experimentación embrionaria, etc. En la discusión constitucional la opinión dominante fue considerar que, en el orden jurídico, la vida humana comienza desde la concepción del embrión, ya sea a través de medios naturales o mediante FIV. Desde ese momento, la vida y la salud del embrión, y el derecho de la protección de su dignidad como persona humana son garantizados por la constitución.

Asimismo, la Comisión central de seguridad biológica, adjunta a la Oficina Federal de Salud, se encargó de dictar las pautas de regulación para proteger a la persona frente al avance de la ciencia. Sin embargo, una sentencia de 1989 del Tribunal Supremo Administrativo del Estado Federado de Hesse declaró insuficiente este mecanismo de control.

Es así, que el estado Alemán se vio en la necesidad extrema de dictar normas reguladoras sobre esta materia. A pesar de ello, debe indicarse que la República

Federal de Alemania no cuenta con un marco legislativo unificado que regule estos métodos médicos de reproducción.

Partiendo del análisis del caso estudiado, los antecedentes y base legal actual es reseñada a continuación:

*a) El proyecto de ley de 1987*

Este proyecto de ley es referido a la protección de los embriones y fue dado en Bonn, el 19 de marzo de 1987 por el ministro de justicia Hans Engelhard, quien tomó como fundamento que “no todo lo técnicamente realizable merece protección jurídica”. Este proyecto establecía prohibiciones expresas y sanciones contra las lesiones a los embriones, modificaciones genéticas, utilización de células modificadas, la clonación y la creación de híbridos.

*b) El proyecto de ley de 1989*

El Parlamento Federal en su 11<sup>a</sup> Legislatura Drucksake 11/5460 del 25 de octubre de 1989, aprobó un proyecto de ley gubernamental, sobre la tutela de los embriones (Embryonenschutzgesetz -- ESchG) el cual establecía puntos importantes del Proyecto que prevén prohibiciones:

- La reproducción de embriones con fines de investigación.
- Emplear embriones humanos con fines que no sean de conservación.
- La clonación, así como la reproducción destinada a la creación de quimeras e híbridos de hombre o animal.

El alegato o exposición de motivos del citado proyecto refería:

## Clones

- 1) Quien provoca artificialmente el nacimiento de un embrión humano con la misma información genética de otro embrión, de un feto, o de una persona difunta, será castigado con pena privativa de libertad hasta 5 años o con pena pecuniaria.
- 2) Igualmente será castigado quien transplante en una mujer un embrión como el definido en el inciso 1.
- 3) La tentativa es punible.

El Proyecto de Ley prevé, entre otros, la prohibición de la producción de clones, o de la producción intencional de seres humanos idénticos.

El derecho a la dignidad se vería gravemente lesionado si a un ser humano se le impone intencionalmente un código genético. Se prohíbe la producción artificial de embriones que tengan el mismo código genético de otros embriones o fetos, de otras personas vivas o muertas.

Independientemente del hecho que de células totipotenciales pueda desarrollarse vida humana, la fisión de células de embriones en una primera fase podría resultar problemática, dado que no se puede excluir con seguridad la posibilidad que la fisión cree daños al embrión que debe ser transplantado.

No se puede responsabilizar la fisión de células singulares del embrión, sin estar seguros que esto no signifique daño al hijo que se desarrollará del embrión.

Por el momento no existe ningún motivo para aceptar una excepción a la prohibición penal, ni siquiera por una preimplantación.

El inciso 2 prohíbe la implantación de embriones clonados en una mujer por más que haya dado su consentimiento.

c) *La Ley No.745-90*<sup>109</sup>

La Ley alemana de "Protección del embrión" No.745/90204, que regula parcialmente la procreación asistida, fue promulgada el 13 de diciembre de 1990, siendo sancionada por el Bundestag, el 1º. De enero de 1991, fecha en la que entró en vigencia. Esta es una ley complementaria a las disposiciones penales vigentes.

La Ley de protección de embriones, limita la fecundación artificial por medio de inseminación, fertilización in vitro o transferencia tubular de gametos (no en el caso de cónyuges) y aquellas prácticas consideradas como condenables, prohibiendo las técnicas desmedidas de procreación y el empleo abusivo de embriones (maternidad suplente, elección de sexo, autofecundación, transferencia de embriones, fecundación post mortem, cambio de células germinativas así como la creación de híbridos y quimeras).

Así tenemos que indicativo al tema en análisis esta ley refiere lo siguiente:

"Artículo 6.- Clonación

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta cinco años o una multa quien hubiere provocado artificialmente la formación de un embrión humano portador de la misma información genética que otro embrión, feto, ser humano vivo o muerto.
2. Será sancionado con las mismas penas quien hubiere transferido a una mujer el embrión mencionado en el parágrafo 1.
3. La simple tentativa es pasible de sanciones penales.

---

<sup>109</sup> *Misma que entró en vigor el día 1 de enero de 1991.*

## Artículo 8.- Definiciones

En el espíritu de la presente ley, hay "embrión" desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares. El mismo término se aplica a toda célula totipotente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúne las otras condiciones necesarias, y desarrollarse hasta formar un individuo.

### **3.3.5. Suiza**

El 17 de mayo de 1992, con el voto favorable del 73.8% de la población, Suiza introdujo en su Constitución un nuevo artículo (24novies) que protege al hombre y a su habitat: "contra los abusos en materia de técnicas de procreación y manipulación genética."

Asimismo, consagra los siguientes principios generales:

"Las intervenciones en el patrimonio genético de gametos y embriones humanos no son admisibles; No pueden desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión un número de óvulos humanos superior al que pueden ser inmediatamente implantados; La donación de embriones y toda forma de maternidad de sustitución están prohibidas; Se garantiza el acceso de una persona a los datos relativos a su ascendencia."

### **3.3.5. Francia**

En Francia debe destacar el proyecto de la Ley presentando a la asamblea nacional el 18 de mayo de 1984, cuyo principio fundamental es la configuración y reconocimiento de la personalidad jurídica del hijo desde el momento de la concepción. El interés del hijo concebido nunca deberá ser desconocido, teniendo derecho a la protección de su patrimonio genético (art.1). Asimismo, se proclama la nulidad de pleno

derecho de cualquier convención acerca de la concepción del hijo, fecundación y embarazo de la mujer. No se autoriza la inseminación artificial más que entre esposos y cuando tiene por objeto poner remedio a la esterilidad de la pareja, se prohíbe rigurosamente cualquier manipulación o medida atentatoria a la integridad del embrión o feto. Se crean comités de ética en cada dirección departamental de la salud y se establecen sanciones, incluso penales, contra las contravenciones de esta Ley.<sup>110</sup>

Francia ha desplegado un gran esfuerzo de reflexión técnico y científico a efectos de crear una biolegislación o legislación bioética.

Durante varios años, distintos organismos han trabajado sobre este asunto. Por citar, tenemos a la Comisión Braibant, surgida del Consejo de Estado, a la Misión Lenoir y comisiones parlamentarias que, con propuestas de ley emanadas de diputados y senadores, han contribuido poderosamente en el campo del Derecho genético. Así tenemos:

*a) El proyecto de ley de 1992-1993*

En el período de 1992-1993 se formuló en Francia un proyecto de ley relativo al cuerpo humano, el cual se preocupa de regular tres puntos importantes en relación al Derecho genético y la persona humana: "Del respeto al cuerpo humano", "De la identificación de las personas y de sus características para el examen genético" y "De la filiación y de la procreación médica asistida".

Este proyecto, si bien no señala expresamente la prohibición de la experimentación clónica, consagra:

---

<sup>110</sup> Cfr. Vidal Martínez, Jaime, "Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general", RGD, 1986; pp. 3685 a 3739.

"Artículo 17.- Todo ser humano tiene derecho al respeto de su cuerpo. La ley garantiza la dignidad del cuerpo humano. Asegura la inviolabilidad y la indisponibilidad del cuerpo humano. Protege la integridad de la especie humana."

Asimismo, en el artículo 20, establece que, "nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana. Toda práctica eugenésica tendente a la selección de genes, de sexo o de caracteres físicos o raciales de seres humanos está prohibida." Y que, "ninguna modificación puede producirse al genoma o las células humanas de una persona con la finalidad de alterar la descendencia."

Estos dos preceptos normativos son fundamentales en la tutela de la persona, evitando todo tipo de experimentación y manipulación sobre el cuerpo de la misma que atente o vulnere la dignidad e integridad del hombre.

El debate respecto a este proyecto se ha realizado en enero de 1994 por los senadores franceses, siendo adoptado por la Asamblea Nacional en primera lectura. En su debate y estudio han introducido ciertas modificaciones propias y algunas enmiendas derivadas del informe presentado por el Diputado y médico Jean François Mattéi remitido al Primer Ministro en noviembre de 1993.

El texto, constaba de tres proyectos que regulaban la fecundación in vitro, el derecho de los estériles a tener hijos, la investigación con embriones y la elección para procrear descendencia sana.

La principal o más discutida modificación planteada por los senadores franceses al segundo proyecto de ley, relativo "Al respeto del cuerpo humano", prohíbe "todo acto conducente a prácticas eugenésicas", sin mayor sustento ni explicación. Luego, bajo una subenmienda precisaron que se autorizan las investigaciones orientadas a la erradicación de enfermedades genéticas. En lo concerniente a la experimentación sobre embriones humanos, los legisladores franceses se han opuesto, pero la

autorizan de modo excepcional y a condición que exista "una finalidad médica" y no "conlleve a un atentado contra la integridad del embrión".

En esta parte el texto legislativo materia de análisis, merece mayor precisión, puesto que "autoriza lo que prohíbe", pudiéndose dar la posibilidad de legalizar las técnicas de manipulación de materiales genéticos o de embriones, así como está legalizada la eliminación de fetos (aborto) desde 1975.

Los mismos legisladores vieron la contradicción en que caerían si protegieran al embrión mientras dejan indefenso al feto.

Es por esta razón que el Ministro de Enseñanza Superior y de la Investigación, François Fillon, que estuvo a favor del proyecto, propuso una nueva revisión a la sesión parlamentaria del 2 de abril de 1994, lo que prolongó la discusión sobre ética biomédica en Francia.<sup>111</sup>

*b) La Ley No.94-653*

El 29 de julio de 1994, entró en vigencia la Ley 94-653216, relativa al respeto del cuerpo humano. Esta ley está compuesta de tres títulos:

Título I Del respeto del cuerpo humano,

Título II Del estudio genético de las características de una persona y de la identificación de una persona por sus huellas genéticas y,

Título III De la filiación en caso de fecundación médica asistida.

Respecto a la materia en estudio indica indirectamente que:

---

<sup>111</sup> Según el informe de Raúl Zamora; el primer ministro de Francia, François Mitterrand respondió de la siguiente manera a los periodistas que le pidieron una opinión sobre los proyectos aquí mencionados: "¿Pueden gobernarse las costumbres mediante la ley en un momento en que las ciencias, y sobre todo la biología, van tan rápidamente?. Creo que no tengo derecho de dictar a una mujer lo que debe hacer si desea tener un hijo, creo que no tengo ni la autoridad ni el coraje. Cada destino individual debe ser asumido por quien debe decir sí o no a las decisiones capitales de su existencia".

- La ley asegura la primacía de la persona, impide todo atentado contra la dignidad de ésta y garantiza el respeto del ser humano desde el inicio de su vida.
- Nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana.
- Toda práctica eugenésica tendente a la organización de la selección de personas está prohibida.
- Sin perjuicio de las investigaciones orientadas a la prevención y al tratamiento de las enfermedades genéticas, ninguna transformación puede orientarse a los caracteres genéticos con la finalidad de modificar la descendencia de la persona.

En materia penal, se insertó el título denominado: "De las infracciones en materia de ética biomédica," que establece sanciones a fin de proteger al embrión humano, y señala que, el hecho de procederse a la fecundación in vitro de embriones humanos con fines de investigación o de experimentación será sancionado con pena privativa de la libertad de siete años y con 700,000 F de multa.

Las personas físicas culpables de las infracciones en materia de ética biomédica, incurrn igualmente en la pena complementaria de interdicción por un período de 10 ó más años, de ejercer actividad profesional o social en el ejercicio de ésta o en ocasión en la que la infracción fue cometida.

*c) La Ley No.94-654*

El 30 de julio de 1994 entró en vigencia la Ley 94-654, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, de asistencia médica para la procreación y el diagnóstico prenatal.

Esta ley cuenta con 24 artículos que modifican el Código de la Salud Pública en lo referido a la materia.

En su contenido se determinan los principios generales de la procreación médicamente asistida pero no refiere casos especiales de manipulación genética, sólo principios generales.

Entre estos principios tenemos:

"Artículo 8.- Se insertará, luego del Capítulo II del Título I del Libro II del Código de salud pública un Capítulo II bis con el siguiente tenor:

Capítulo II bis

Asistencia médica asistida para la procreación

Artículo L.152.1.- La asistencia médica para la procreación se extiende a las prácticas clínicas y biológicas que permitan la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.

Artículo L.152.2.- La asistencia médica para la procreación está destinada a responder el deseo de procrear de una pareja.

Tiene por objeto remediar la infertilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado.

Artículo L.152.3.- Un embrión sólo puede ser concebido in vitro de acuerdo a las finalidades de la asistencia médica para la procreación tal como está definida en el artículo L.152.2. No podrá ser concebido por gametos que no provengan de por lo menos uno de los miembros de la pareja.

Artículo L.152.8.- La concepción in vitro de embriones humanos con fines de estudio, investigación o experimentación está prohibida.

### **3.3.7. Suecia**

En Suecia se publicó la “Ley sobre inseminación artificial”, aprobada el día 22 de diciembre de 1984, y la ley 711/1988 de 14 de junio, sobre fecundación extracorpórea. Posteriormente, la ley número 114/1991, de 14 de marzo de 1991, relativa a la utilización de determinadas técnicas genéticas en el marco de los exámenes generales de salud, y la de investigación o de tratamiento, en relación con los miembros.

### **3.3.8. Dinamarca**

En Dinamarca, el parlamento aprobó en junio de 1987 una denominada ley sobre el establecimiento de un consejo ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos, con dos cuestiones fundamentales: las técnicas de reproducción asistida y la experimentación de embriones.<sup>112</sup> También debe citarse la ley 460/1997, de 10 de junio, sobre la reproducción artificial en relación con el tratamiento médico, diagnóstico e investigación. Obtuvo un desarrollo posterior a través de la orden ministerial 728, el 17 de septiembre de 1997, sobre la reproducción artificial y 758, de 30 de septiembre de 1997 sobre el tratamiento de fecundación in vitro, así como el diagnóstico preimplantario.

### **3.3.9. Inglaterra**

El proceso que se llevó en el Reino Unido a la promulgación de la Ley 1 de noviembre de 1990, de fertilización humana y embriología, merece atención.<sup>113</sup> Ya en el año 1945, el arzobispo de Canterbury había constituido una comisión para el estudio e información relativa a la inseminación artificial, cuyas conclusiones, dadas a conocer

---

<sup>112</sup> El Consejo Danés de Ética, en materias afines, presentó en 1993 su Comentario sobre la Ley del Ministerio del Trabajo de prohibición de uso de pruebas genéticas en las pensiones y los seguros, y las recomendaciones de 1993 sobre escrito genético, y de 1994 sobre la patentabilidad de los genes humanos.

<sup>113</sup> Recuérdense que como consecuencia de la aplicación de las técnicas de la fecundación in Vitro, LOUISE BROWN nació el día 25 de julio de 1978. *Vid.* Steptoe, P. *Cuestión de vida*, Argos Vergara, Barcelona, 1980.

el año 1948, condenaron dicha práctica, sugirieron que debería ser prohibida y calificada como un delito criminal.

En el año 1960 el parlamento nombró una nueva comisión (feversham committe) que llegó a análogas conclusiones. En el año 1973 el denominado peel comitte, dio a conocer un informe en el que se aprobaba la inseminación artificial, dando una serie de recomendaciones para su práctica.

En el mes de junio de 1982, el gobierno creó una comisión especial que sometería el estudio de la fertilización humana y la embriología; esta comisión estaba presidida por la señora Warnock y estaba formada por quince miembros, entre los que se incluían médicos, juristas y personas con experiencia en política familiar y protección a la infancia, con una gran diversidad de ideologías y criterios. Como resultado de los trabajos de esta comisión se dieron a conocer en el mes de julio de 1984 el denominado "Informe Warnock"<sup>114</sup>

Antes de llegar a la ley citada de 1990, el proceso legislativo inglés se fue culminando a través de otros hitos: la ley relativa a acuerdos sobre subrogación de

---

<sup>114</sup> El "Informe Warnock" es un punto obligado de referencia en el estudio de estas técnicas, porque es el primer informe europeo que aborda la procreación asistida de forma completa, y ha influido de forma determinante en prácticamente todas las comisiones encargadas de elaborar estudios sobre la procreación asistida, en los países europeos. Contiene sesenta recomendaciones, entre los que se destacan: Se recomienda utilizar estas técnicas sólo en parejas heterosexuales (casadas o no).

- Se admite tanto la donación de óvulos como la de embriones, aunque sólo se podrán llevar a cabo con licencia de la autoridad competente con respeto absoluto del anonimato del donante.
- Se limitará el número de donaciones de gametos a diez por donante.
- En cuanto a la filiación, se establece que los hijos de los donantes serán legítimos de la mujer y del hombre que figuren como padres, sin que tengan los donantes ningún derecho ni deber respecto a ellos.
- Rechaza la inseminación post-mortem. En caso de que esta se realizará, el niño así nacido no tendría ningún derecho hereditario respecto del padre.
- Se rechaza totalmente la maternidad de alquiler, y se considerará madre a la mujer que alumbre a la criatura.
- Por lo que se refiere al status jurídico del embrión, se admite la experimentación con embriones antes de los 14 días siguientes a la fecundación, considerándose delito si se realiza después.
- Anteriormente, en el año de 1984 los Ministerios Federales de Investigación y Tecnología y de Justicia habían constituido un grupo de trabajo que elaboró el denominado "informe Brenda" que fue dado a conocer en noviembre de 1985, y tenía como finalidad orientar los trabajos legislativos.

maternidad de 16 de julio de 1985, condenatoria de los contratos de subrogación con finalidad lucrativa.

En el año 1987, se publicó la reforma de la ley de familia, que trata de forma específica, la inseminación artificial, reconoce la legitimidad del hijo que nazca mediante la inseminación artificial, con la condición de que haya existido consentimiento previo de la mujer a la que se inseminó, aunque no contempla el estatuto legal del niño concebido mediante la aplicación de otras técnicas de reproducción humana asistida.

### **3.3.10. Noruega**

El día 12 de junio de 1987 se publicó la ley Noruega sobre fecundación artificial, en ella se regulan la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Esta ley fue derogada por la Ley número 56, de 5 de agosto de 1994, sobre aplicaciones biotecnológicas en medicina, que entró en vigor el día 1º de septiembre de 1994.

Tras realizar un estudio comparativo de la regulación ético-legal de la procreación artificial humana en el ámbito europeo, concluimos que existe falta de uniformidad, y especialmente en lo que se refiere al estatuto del embrión in vitro. En este punto, pensamos que debería reconsiderarse la protección debida al embrión humano.

### **3.3.11. Grecia**

En Grecia existe la Ley 3089/2002, de 23 de diciembre, sobre asistencia médica a la reproducción asistida. Los contenidos más llamativos de esta ley son:

- la limitación de la edad de las usuarias de las técnicas de reproducción asistida “hasta el final de la edad fértil individual”

- la autorización de la fecundación post mortem en un plazo máximo de dos años desde la muerte del conyugue consistente del anonimato de la identidad de los donantes.

Otros aspectos, como el derecho del donante de gametos al anonimato, el reconocimiento de la paternidad legal en caso de inseminación heteróloga, el rechazo de la maternidad de alquiler y de las desviaciones en el uso de las técnicas de reproducción asistida, si se aceptan de forma mayoritaria en las legislaciones europeas.

### **3.3.12. El consejo de Europa**

Desde la firma en Londres en el año 1949 de sus Estatutos, el consejo de Europa se ha preocupado intensamente por la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así, en el denominado Convenio Europeo, los Estados miembros se comprometieron a hacer cumplir los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948.

La actividad del Consejo de Europa sobre la inseminación artificial humana, la fecundación in vitro, los derechos del niño no nacido, la ingeniería genética, la experimentación e investigación con embriones con fetos humanos, etc. ha sido muy intensa. Se enumeran los más importantes:

1. Resolución numero 4376, del 6 de octubre 1979: declaración de los derechos del niño no nacido.
2. Recomendación 1.046, relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines de diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 24 de septiembre de 1986.

3. Recomendación 1.100 (1989), sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el día 2 de febrero de 1989.
4. Recomendación 1.240 (1994), relativa a la protección y patentabilidad de los productos de origen humano esto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el día 14 de abril de 1994.
5. Finalmente siendo un texto más conocido por que ha gozado de mayor publicidad, el Convenio de 19 de diciembre de 1996, para la Protección de los derechos Humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología, de la Medicina: Convenio de los Derechos Humanos y la biomedicina.<sup>115</sup>

Podemos concluir que la regulación de la tecnología reproductiva en los países europeos se lleva a cabo de diversas formas: legislación específica con o sin sanciones penales correspondientes; reglamentación de tipo administrativo; recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos; Comités o Consejos Nacionales éticos de composición multidisciplinar.

Dada la complejidad de esta materia y sus implicaciones médicas, bioéticas y biojurídicas, el sistema de control más acertado no debería excluir un tipo u otro de regulación, sino que todos se complementan y son necesarios, siempre que respeten la dignidad de la persona humana.

Desde el punto de vista legal, la regulación de la procreación artificial humana en el ámbito europeo carece de uniformidad, salvo en lo concerniente al reconocimiento de la paternidad legal del varón que consintió la inseminación heteróloga de su mujer o compañera. Las leyes europeas sobre reproducción asistida aceptan en general estas técnicas, con distintos matices.

---

<sup>115</sup> Para una mayor información sobre el tema *vid. supra*. En este mismo capítulo en el numeral 3.2.1.1.

No ocurre lo mismo en el caso de la experimentación embrionaria. La mitad de los países con legislación específica (Alemania, Noruega, Dinamarca), respetan la dignidad del embrión humano desde el momento de la fecundación, y en consecuencia la ley es restrictiva en este punto. Por el contrario, en los países donde se otorga el estatuto biológico al embrión humano a partir del día 14 después de la fecundación (España, Reino Unido), el embrión de menos de 14 días se ve abocado a una situación desigual, de menor protección desde el punto de vista jurídico.

En las leyes europeas sobre reproducción asistida es prácticamente unánime el rechazo de la maternidad de sustitución, la creación de híbridos, la clonación y la manipulación genética, así como la aceptación del derecho del donante de semen al anonimato.

Del estudio comparativo de las leyes europeas sobre reproducción asistida podemos deducir:

- Hay puntos importantes, como el ámbito de aplicación de las técnicas, rechazo, que no se contemplan en varias legislaciones, lo cual puede dar lugar a abusos, siempre en detrimento del niño que nazca (privado del derecho a nacer en una familia estable compuesta de un padre y una madre).
- Si bien la aceptación de las técnicas de reproducción asistida consideradas de forma global es bastante uniforme, no ocurre lo mismo en lo referente a la experimentación embrionaria.
- Los países europeos con legislación específica sobre la procreación artificial humana que respetan la dignidad del embrión humano desde el momento de la fecundación, contemplan medidas más restrictivas en este punto.
- Las leyes sobre reproducción asistida de España y Gran Bretaña otorgan el estatuto de persona humana al embrión a partir del día 14 después de la

fecundación. De ello se deriva la permisividad respecto a la experimentación en embriones in vitro.

- Es prácticamente unánime el rechazo de la maternidad de sustitución y de la experimentación embrionaria encaminada a la creación de híbridos, la clonación y la manipulación genética.
- Es mayoritaria la aceptación del derecho del donante de semen al anonimato; sólo Suecia, basándose en la similitud de los niños nacidos por inseminación heteróloga con los adoptados, reconoce el derecho del hijo a conocer la identidad de su padre biológico al alcanzar la mayoría de edad.
- En España y Gran Bretaña se contemplan algunas medidas de excepción.

### **3.3.13. Argentina**

La ponencia presentada por el notariado de la República de Argentina puso en consideración 17 premisas y principios básicos de reproducción humana que deben considerarse al momento de legislar.

Entre los principios vinculados a los aspectos de protección de la vida y restricciones a la manipulación genética tenemos:

"I. Que sea protegida la vida humana desde su comienzo.

Que sea asegurada la protección y respeto de la vida humana, a la integridad física y a la dignidad de la persona desde la concepción."

"XV. Que sea prohibida la discriminación o experimentación con embriones o material humano genético (ej. clonación, mezcla de gametos, transgénesis) que vulnere derechos esenciales del hombre".

Las conclusiones finales a las que se llegó en este XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, referidas al Tema III, "La medicina moderna de la procreación y su influencia en el derecho de familia y sucesiones", que interesan para el presente trabajo son:

Las nuevas técnicas de procreación, también llamadas procreaciones médicamente asistidas (PMA), conducen a los juristas a preguntarse sobre la vida y la persona humana, y ponen en tela de juicio los valores tradicionales de la familia, de la paternidad y de la maternidad y del parentesco, y los derechos del hijo concebido antes y después de su nacimiento.

#### X. Protección del niño nacido de una PMA prohibida

Considerando que ciertas técnicas de PMA son ilegales, y que pueden perjudicar los intereses del niño,

El Congreso Internacional del Notariado Latino:

- Que el recurso de la PMA prohibida no puede perjudicar los intereses superiores del niño.
- Que los Estados tomen todas las medidas judiciales (convenios internacionales, legislaciones nacionales, doctrina y jurisprudencia) para realizar este objetivo.

Otros proyectos de ley referentes al tema de la reproducción asistida, son:

##### *a) El proyecto de Slavustky - Girón y Arriberé*

Con fecha 29 de mayo de 1990 la Dra. Irina Slavustky, Sr. Gerardo Girón y Roberto Arriberé prepararon un proyecto compuesto por 54 artículos. Los que se refieren a la manipulación en general y a la clonación en especial, son los siguientes:

"Artículo 31.- La investigación básica o experimental, podrá ser realizada a partir de gametos individuales, siempre que esté orientada a perfeccionar las formas de obtención y maduración de ovocitos, así como la crioconservación de óvulos humanos.

Artículo 38.- Sólo podrá realizarse investigación o experimentación en preembriones in vitro, con otros fines que los precedentemente expuestos, siempre que se trate de preembriones no viables o muertos.

Artículo 52.- Se consideran infracciones muy graves:

- a) Utilizar la clonación, o cualquier tipo de procedimiento, dirigido a la obtención de seres humanos idénticos o para la selección de sexo o raza;
- a) La partogénesis o estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos sin que sean fecundados por un espermatozoide humano."

*b) Los proyectos en el período 1991-1993*

Entre el período 1991-1993 se discutió en Argentina, sobre la base de varios proyectos de ley, lo referente a las técnicas de reproducción humana asistida. En los tres primeros textos a revisarse (b.1., b.2. y b.3.), no se hace ninguna mención expresa al tema de la clonación, en especial, refiriéndose a la manipulación genética de manera muy genérica. Veamos:

*b.1) El proyecto de ley de Alberto A. Natale -- José M. Antelo207:*

Artículo 1.- La fecundación de óvulos humanos, no puede tener otro fin que la procreación humana.

Artículo 9.- Toda intervención de gametos o embriones, no podrá tener otra finalidad que el diagnóstico de enfermedades hereditarias o genéticas, a fin de tratarlas en la medida de su posibilidad o de desaconsejar su implantación y se hará siempre teniendo en cuenta que se está operando con seres vivos, con el principal objeto de alcanzar el bienestar del nasciturus en el logro de su pleno desarrollo. En todos estos supuestos, los progenitores deberán ser asesorados en la forma prevista en el artículo segundo.

*b.2.) El proyecto de ley de María F. Gómez Miranda*

Si bien en su articulado no dice nada respecto al tema investigado, en el texto de sus fundamentos refiere:

"Es cierto que debemos encontrar respuestas urgentes a la manipulación genética, para evitar enfrentarnos a hechos consumados que luego den como consecuencia mutaciones biológicas como clara expresión de un maltrato a la humanidad."

Con fecha a la Mesa de Entradas 20 de noviembre de 1991 señala en su articulado lo siguiente:

"Artículo 1.- Las técnicas de reproducción humana asistida tendrán aplicación en casos de esterilidad o infertilidad,

Artículo 8.- Sólo se permite la fertilización de óvulos humanos para los fines indicados en el artículo 1 de esta Ley (...)

Artículo 9.- La intervención en óvulos fecundados sólo podrá realizarse con finalidad terapéutica."

Asimismo, en sus fundamentos indica:

"Experiencias posibles, como son hoy quimeras y clonajes entre otras, nos llevan a afirmar que no toda actividad científica debe ser protegida por el derecho".

La fecundación in vitro abre la posibilidad de una "concepción" fuera del cuerpo de la madre, lo que no significa que el óvulo fecundado quede sin protección jurídica. Por ello, se le otorga idéntico tratamiento al por nacer, cualquiera haya sido la forma en que fue procreado. Es en la seguridad de que el respeto por la vida humana debe presidir cualquier encuadre legal, que no se admiten investigaciones ni manipulaciones sobre embriones, salvo las de tipo terapéutico. Tampoco se autorizan las fertilizaciones de óvulos con una finalidad distinta a la de engendrar un hijo."

### *b.3.) El proyecto de ley de Carlos F. Ruckauf -- Alberto Iribarne*

Este proyecto de ley se refiere a la "Regulación de la aplicación de las nuevas técnicas de diagnóstico, terapéuticas, industriales y de investigación de la evolución biológica de la especie humana y de su medio ambiente", y fue presentada el 23 de agosto de 1993. Respecto al tema en estudio refiere:

- \* La investigación científica sobre estructuras biológicas y personas.
- \* La manipulación de microorganismos.

#### Capítulo I

##### De la reproducción humana asistida

Artículo 20.- A los efectos de esta ley, se entenderá por reproducción humana asistida la realizada con asistencia médica, prescindiendo del acto coital de la 'pareja beneficiaria' para procrear un ser humano, que será reputado hijo biológico de dicha pareja.

Estos métodos involucran la inseminación artificial de la mujer con semen del marido (IA), la transferencia de gametas a las trompas de Falopio de la mujer (TIG o

GIFT) y la fertilización de óvulos femeninos humanos in vitro o en probeta (FIV), y la transferencia intratubaria de ovocitos pronucleados (PROST) o de embriones (TET).

Se prohíbe aplicar cualquier otro método de procreación artificial de seres humanos que prescinda de la relación coital de la pareja beneficiaria, y que no este previsto por esta ley.

## Capítulo V

### Del empleo de gametas para la concepción de un embrión

Artículo 41.- En la concepción de seres humanos, únicamente podrán emplearse gametas humanas, provenientes del hombre y de la mujer que componen la pareja beneficiaria.

Queda prohibido concebir embriones obviando el aporte de gametas de alguno de los cónyuges.

Queda prohibido efectuar partenogénesis o estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide humano, lo cual daría solamente descendencia femenina.

## Título VI

### De la investigación científica sobre estructuras biológicas y personas

## Capítulo VIII

### De la reproducción de seres por clonación

Artículo 130.- Todas las especies existentes sobre la Tierra, tienen el derecho de mantener su individualidad biológica y genética.

Artículo 131.- Queda prohibido reproducir seres humanos y animales, mediante la aplicación de técnicas de clonación, o por cualquier otro procedimiento artificial capaz de originar varios seres idénticos."

En sus fundamentos aclara que:

"La investigación científica con fines terapéuticos y humanitarios debe promoverse pero jamás a expensas de la vida humana.

La garantía de la preservación de las especies y del medio ambiente es una exigencia de nivel universal, y toda actuación que la viole, configuraría un delito de "lesa humanidad".

De la lectura del articulado propuesto, podrá inferirse que hay un sólo objetivo: *cuidar la vida*.

#### **3.3.14. Perú**

En septiembre de 1991, el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, bajo la dirección del maestro Carlos Fernández Sessarego, y con la colaboración de los profesores argentinos Gustavo Bossert, Santos Cifuentes y Eduardo Zannoni, elaboró las bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida, las mismas que señalan en lo indicado a la técnica de clonación que:

"XIV.- Deben prohibirse, con previsión de sanciones, las prácticas contrarias a la naturaleza y dignidad del ser humano, tales como el clonaje, o la formación en el laboratorio de quimeras o híbridos y el comercio de gametos o embriones crioconservados".

### *Bases de Derecho genético*

El Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, realizó una revisión del Código Civil de 1984. Dentro de este marco de estudio, en lo referente a las enmiendas al Libro de Derechos de las personas y al tema materia de análisis cabe referir que, el 2 de diciembre de 1993, se pusieron a disposición de la comisión 16 Bases de Derecho genético a ser consideradas en la revisión del Código Civil, para efectos de su incorporación legal.

Toda investigación genética debe ser beneficiosa y respetará el derecho a la salud del ser humano. Se prohíbe la manipulación de gametos o pre embriones y en sí cualquier experimento que atente contra la dignidad e integridad del sujeto de derecho.

"Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano."

#### Anteproyectos de ley y legislación

La Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático -- 1993

En el Perú, no existe normatividad alguna que prevenga o sancione de manera especial la manipulación genética, debiéndose señalar que la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, aprobó un artículo según el cual se protegía a la persona de la influencia de la genética aplicada, estableciendo:

"Artículo 7.- El Estado garantiza la vida del concebido. Lo protege de todo experimento o manipulación genética contrario a su integridad o desarrollo."

Este texto, no fue considerado en los proyectos ni en la Constitución aprobada por referéndum del 31 de octubre de 1993.

La regulación jurídica de la reproducción asistida en América Latina, es escasa, aunque se han hecho intentos por regularla, estableciendo pautas generales como son:

- Se prohíbe la clonación
- Se permite la reproducción asistida con semen del marido o de una pareja estable, en caso de concubinato.
- Se sanciona a quien realice técnicas de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer. En la mayoría de los ordenamientos legales, se deja a un lado al hombre, siendo que desde mi particular punto de vista, es necesario de considerarlo, en virtud de que, podría utilizarse se semen en la inseminación de otra u otras personas.
- No se permite la reproducción asistida en mujeres solteras, ya que es requisito indispensable que la mujer esté casada o con un pareja estable.

### **3.4. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO**

En las siguientes líneas señalaremos la situación que guarda nuestra legislación actual en materia de reproducción asistida, para este análisis, partiremos de la norma fundamental, pasando por la Ley General de Salud y los Códigos Civiles y Penales de las entidades federativas que regulan de alguna manera la reproducción asistida, ya que si bien es cierto, no existe hasta hoy en día una ley específica de la materia, encontramos dispersos principios normativos relativos a la materia que nos ocupa.

Aún cuando las necesidades humanas, y la posibilidad de cubrirlas a través de los avances en la medicina, como es el caso de la reproducción asistida, han rebasado a las normas, éstas han tenido que contemplar en sus ordenamientos jurídicos la práctica de la fertilización asistida.

### **3.4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

Para el ser humano, la reproducción constituye un elemento importante en su vida debido a que por medio de ésta, procura su descendencia y con ello la perpetuación de la especie.

Como consecuencia de la reproducción, se desprenden conductas que tienen relación directa con el Derecho, debido a que cada individuo forma parte de la sociedad, las cuales deben regularse.

En el artículo primero de nuestra Carta Magna, se señala que se prohíbe la discriminación motivada por...las condiciones de salud..., o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

De este precepto se deriva, que las condiciones de salud no pueden ser motivo de discriminación, incluyendo en éstas condiciones las que se deriven de la infertilidad o esterilidad de las personas, y que por ese hecho, atenten contra su dignidad.

Por su parte, el artículo cuarto, establece una serie de derechos encaminados a proteger a la familia y a la formación de ésta, que de manera libre y responsable tiene derecho todo individuo a elegir. Se le reconoce el derecho a la protección de la salud, estableciendo la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Se le reconoce a la niñez el derecho a satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Teniendo la obligación de preservar éstos derechos, sus ascendientes, tutores y custodios, así como al Estado, a quien le corresponde proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos,

además de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

El precepto en cita, es muy específico y faculta a todo hombre y mujer a decidir sobre cuántos hijos desea procrear y que su decisión debe ser libre y responsable, es decir, que ninguna otra persona, que no sea la pareja, puede comentar o incitar para que tenga o no hijos. Es una decisión exclusiva de la pareja.

De lo anterior, se desprende, que nuestra Constitución, protege los derechos de salud de los niños, mismos que deben de cumplirse desde el momento de su concepción, la cual puede darse no solamente de forma natural, sino también a través de los diferentes formas de reproducción asistida que se realizan en nuestro país. Esto con la finalidad de no violentar sus derechos humanos, durante estos procedimientos médicos.

### **3.4.2. Ley General de Salud**

Es la ley reglamentaria del artículo cuarto constitucional, expedida por el Congreso de la Unión, y en atención a lo establecido en la fracción XVI, del artículo 73, de la Norma Suprema, publicándose el siete de febrero de 1984 y entrando en vigor el primero de julio del mismo año, cuenta con un reglamento en materia de investigación para la salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de enero de 1987.

Es el artículo 68 fracción IV, de la Ley General de Salud, en donde se manifiesta que, “El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.”<sup>116</sup> Permitiendo con ello, la investigación en materia de las técnicas de reproducción asistida, es decir, este artículo fundamenta en el país, el permiso para investigar. De igual modo, el Reglamento en materia de Investigación para la Salud, en su artículo 56, señala que “La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la

---

<sup>116</sup> Cfr. Artículo 68 de *Ley General de Salud*

solución de problemas de esterilidad que no puedan resolverse de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el del investigador”.<sup>117</sup> Esta disposición fija límites, ya que permite la investigación, sólo con fines reproductivos.

En el capítulo Sexto de la Ley General de Salud, hace referencia a los delitos, y en su artículo 466, establece que,

“Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.”<sup>118</sup>

Por lo tanto, para realizar una inseminación artificial en nuestro país, se requiere de la capacidad jurídica de la mujer, para que su consentimiento sea plenamente reconocido, y no sólo basta este, ya que en caso de estar casada, requiere del consentimiento de su esposo. Si no se cumplen éstas condiciones, es decir, si se realiza sin la voluntad de la mujer o de su cónyuge, entonces aquel que la realice será castigado penalmente.

El Reglamento en materia de investigación para la Salud, define a la fertilización asistida como “aquella en que la inseminación es artificial, (homóloga o heteróloga), e incluye la fertilización in vitro”<sup>119</sup>. Cabe hacer notar que ésta fracción no conceptualiza a la reproducción asistida, dejando una laguna al respecto.

Complementando lo dispuesto por el ya citado artículo 466 de la Ley General de Salud, el artículo 43 del Reglamento en comento, dispone que:

---

<sup>117</sup> Cfr. *Reglamento en materia de Investigación para la Salud*

<sup>118</sup> Cfr. Artículo 466 de *Ley General de Salud*

<sup>119</sup> Cfr. Art. 40 del *Reglamento en materia de Investigación para la Salud*

“Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óvulos o feto; y para la fertilización asistida, se requiere obtener de la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido, en su caso. El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o bien, cuando exista un riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido”.<sup>120</sup>

El reglamento va más allá que la Ley General de Salud, ya que al referirse a la fertilización, considera no solamente como pareja y futuro padre al esposo, sino también al concubinario, de lo que se desprende que, no es un requisito estar casados para tener acceso a la reproducción asistida.

En los artículos 21 y 22 del citado reglamento, se establece como requisito para realizar la inseminación artificial, ya sea homóloga o heteróloga, el consentimiento por escrito de la interesada, de su cónyuge o concubina. Esto permite, el reconocimiento de filiación del niño.

### **3.4.3. Código Civil de Entidades Federativas que regulan la reproducción asistida**

El Código Civil es el ordenamiento que regula el derecho privado, y por ende lo relativo a la familia, como célula principal de la sociedad, y que al derecho le importa mantener viva por todo lo que representa.

Una familia se conforma por un padre, una madre e hijos; sin los hijos, hablaríamos de una pareja solamente, debido a que los hijos son un elemento importante dentro de la familia, porque con ellos se da origen a su descendencia, a la

---

<sup>120</sup> Cfr. Art. 43 del *Reglamento en materia de Investigación para la Salud*

perpetuación de la especie. Como consecuencia, toda pareja buscará procrear un hijo; sin embargo, hay parejas que no pueden concebir un hijo por causas de esterilidad o de infertilidad, aún cuando han concebido alguno, pero quieren tener otro u otros y, por causas ajenas a su voluntad, ya no sea posible que esto suceda y tengan la necesidad de recurrir al apoyo de alguna técnica de reproducción asistida.

Debido a que en nuestro sistema jurídico, cada entidad federativa cuenta con su propio Código Civil, haremos referencia a aquellos, que establecen preceptos legales en el cuerpo de la ley y que regulan en forma directa o indirecta a la reproducción asistida.

#### *A. Aguascalientes*

Los cónyuges tienen derecho a decidir de común acuerdo sobre el número y esparcimiento (sic) de sus hijos.<sup>121</sup>

#### *B. Baja California Sur*

Establece como causal de divorcio necesario, la inseminación artificial heteróloga de la mujer o la implantación en ella de un óvulo fecundado por personas ajenas al matrimonio, sin consentimiento del marido.<sup>122</sup>

#### *C. Chihuahua*

Dentro de las causales de divorcio, considera a la esterilidad incurable.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> Cfr. Art. 158 del Código Civil del Estado de Aguascalientes

<sup>122</sup> Cfr. Art. 289 del Código Civil del Estado de Baja California Sur

<sup>123</sup> Cfr. Art. 256 del Código Civil del Estado de Chihuahua

#### *D. Colima*

Por reforma al Código Civil, publicada el 29 de marzo de 2003, se anexa como causal de divorcio el empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin autorización del cónyuge.<sup>124</sup>

#### *E. Estado de México*

Se considera como causal de divorcio: permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge.<sup>125</sup>

#### *F. Estado de Michoacán*

Se regula como uno de los motivos para solicitar el divorcio necesario el empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.<sup>126</sup>

#### *G. Estado de Tabasco*

Señala como razón del divorcio, el que la mujer, emplee método de concepción humana artificial, sin el consentimiento del marido.<sup>127</sup>

De lo anterior, podemos concluir que en las legislaciones civiles del país, la reproducción asistida, generalmente está regulada como causal de divorcio, cuando se realiza sin el consentimiento del cónyuge. Cabe destacar que en el Estado de Chihuahua, la esterilidad incurable es considerada como causal de divorcio, lo que desde nuestro punto de vista es ambiguo, porque con los avances científicos día a día, lo que hace cinco o diez años era incurable ahora ya no lo es.

---

<sup>124</sup> Cfr. Art. 267 del *Código Civil del Estado de Colima*

<sup>125</sup> Cfr. Art. 4.90 del *Código Civil del Estado de México*

<sup>126</sup> Cfr. Art. 226 del *Código Civil del Estado de Michoacán*

<sup>127</sup> Cfr. Art. 272 del *Código Civil del Estado de Tabasco*

### **3.4.4. Código Penal de Entidades Federativas que regulan la reproducción asistida**

#### *A. Distrito Federal*

Actualmente el Código Penal para el D.F., regula la práctica de las técnicas de reproducción asistida, como conductas que pueden representar un delito, éstas se establecen en el Título Segundo, denominado: Procreación, Inseminación Artificial y Manipulación Genética. En relación al presente tema de investigación, se contempla en el Capítulo Primero, en los artículos 149 al 153, y que establecen, que el correcto uso de los óvulos y de los espermatozoides, es el de la procreación, y la persona que no les de ese uso, o cobre por su uso, (porque hay que recordar que éstos solamente pueden ser donados), así como quien los comercialice, se hará acreedor a una sanción de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días de multa.

También se castigará a la persona que insemine a una mujer sin su consentimiento, o si lo obtiene, pero es menor de edad, o se tratará de una incapaz, la sanción es de tres a siete años de prisión; pero si la inseminación se realizó con violencia o de ésta se produce un embarazo, la pena aumentará de cinco a catorce años de prisión.

Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante en una mujer un óvulo fecundado, cuando se haya utilizado un óvulo ajeno o esperma de un donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante, o bien con el consentimiento de una menor de edad o incapaz; además si se realiza con violencia la pena será de cinco a catorce años de prisión.

Además de las penas mencionadas, se suspenderá al médico en el ejercicio de su profesión, se inhabilitará en el empleo, cargo o comisión públicos, por el tiempo que dure la pena, así como la destitución.

Cuando entre el activo y el pasivo, exista relación de matrimonio, concubinato o de pareja, los delitos se perseguirán por querrela.

### *B. Chihuahua*

En su Código Penal, se regula con el mismo título que en el Código de la materia en el D.F., y comprende los artículos 147 al 153. Existe una diferencia, que es en el caso de que se insemine a una mujer sin su consentimiento o sea menor de edad, en estos supuestos la sanción es menor, ya que será de dos a seis años. Esta misma sanción se impondrá al que fecunde óvulos humanos con fines distintos a los de la procreación humana.

Además señala que si como resultado de éstos delitos, naciera un hijo, entonces, el que cometió el ilícito, será responsable del pago de alimentos para él y su madre.

### *C. Estado de México*

Se regula en el Título Tercero de los “Delitos contra las personas”, en el capítulo VI, denominado “Manipulación Genética”, en el que señala que cuando se fecunden óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana, la sanción será la misma que establece el Código Penal del Estado de Chihuahua (de dos a seis años).<sup>128</sup>

En el capítulo VII, “Disposición de células y procreación asistida”, establece una sanción de dos a siete años de prisión y quinientos días de multa a quien disponga de óvulos o esperma, para otros fines a los autorizados por el donante o depositario, así como al que implante un óvulo fecundado en una mujer sin su consentimiento, o con consentimiento si se trata de una menor de edad o incapaz.<sup>129</sup> Si es con violencia o hay

---

<sup>128</sup> Cfr. Art. 251-BIS, del *Código Penal del Estado de México*

<sup>129</sup> Cfr. Art. 251-TER, del *Código Penal del Estado de México*

un embarazo la pena aumentará de cinco a catorce años de prisión y multa de hasta quinientos salarios. Se le privará del derecho de ejercer su profesión y si se trata de un servidor público, se inhabilitará de catorce a diecinueve años.

#### *D. Tabasco*

En el título cuarto, denominado “Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual”, en el capítulo tercero se establece la “inseminación artificial”, en el que sanciona al que sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años, o con consentimiento de una menor o incapaz, se le practique inseminación artificial, la pena será de dos a seis años, y si hay un embarazo, aumenta de tres a ocho años. Si es con violencia se incrementará una mitad más.

Como podemos darnos cuenta es incipiente la regulación jurídica en materia de reproducción asistida en México, sin que exista todavía una ley específica. Sin embargo, algunas legislaturas de los Estados de la República han sido pioneros al establecer las bases generales, pero siguen siendo una minoría de ellos, además de que quedan muchos supuestos sin regular y que en otros países ya se contemplan.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

La problemática que se desarrolla en torno a los derechos reproductivos representa una dificultad teórica y práctica, por la complejidad que entraña regular un evento trascendente para el género humano: su propia reproducción.

En la estructura teórica de los derechos reproductivos observamos la unión de diversas perspectivas e interpretaciones sociales de la reproducción, de acuerdo a las cuales, se asignan, dentro de la dinámica de los derechos reproductivos, determinados roles al individuo y otros al conglomerado social, sea el Estado o la comunidad internacional.

En el presente capítulo abordaré la reproducción humana desde el punto de vista biológico, ético y social; visiones que aportan elementos fundamentales en la construcción teórica-jurídica de los derechos reproductivos, desde la perspectiva de la reproducción asistida. Esto nos servirá para el análisis del origen de los derechos reproductivos, derivados de los derechos humanos a la salud, a la vida y a la dignidad, entre otros.

En México, al igual que en el resto del mundo, el creciente desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida ha significado un enorme reto para la legislación. La nueva realidad científica - médica ha superado todo lo que se hubiera podido prever en las leyes. La disciplina jurídica debe afrontar múltiples interrogantes relativas a las nuevas estructuras familiares, a las diferentes filiaciones que surgen a partir de la donación de gametos y de la contratación de madres sustitutas o subrogadas; a la disposición final de gametos y embriones, y en general, a las nuevas condiciones sociales y familiares que genera la asistencia reproductiva.

#### 4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

La naturaleza jurídica de los derechos reproductivos, implican una relación entre libertad y responsabilidad que vincula a los individuos, a la sociedad y el Estado.

Los límites y alcances de los derechos reproductivos, generan la discusión sobre el valor que se le otorga a la libertad individual y el que se le concede a la vida, y en este contexto, nos preguntamos si la perspectiva pragmática puede ayudarnos a progresar hacia la solución de un debate de carácter axiológico y jurídico.

Ma. Corona Quesada González nos indica que a finales de los años cuarenta, un sector de la doctrina alemana empieza a defender la existencia de un derecho fundamental de la persona: "el derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular"<sup>130</sup>

Conforme refiere Levy Strauss "la familia es una formación psicológica, sociológica o antropológica universal. Existen dos formas de constituir familia. Una legal, a través del matrimonio o de la adopción, y otra de hecho, a través de las uniones de hecho."<sup>131</sup> En términos comunes es producto del matrimonio que surge la familia, y esta se realiza a través de la procreación cuando los padres son biológicamente aptos para engendrar a su descendencia.

La familia tiene una triple función: biológica, espiritual y social, a efectos de lograr de acuerdo a la primera, la procreación de los hijos y, por la segunda, su educación, asistencia moral y fidelidad en el seno del hogar y por la tercera involucrar a los hijos con la sociedad, otorgándoles una carga de valores que le permitan la convivencia diaria.

---

<sup>130</sup> Quesada González, Ma. Corona, *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico*, en Anuario de Derecho Civil, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio 1994, tomo XLVII, fascículo II, p.238.

<sup>131</sup> Levi-Strauss, C, *The Family*, traducción castellana, en: *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, Barcelona, Anagrama, 1974, p.20

Y es que el tema de los derechos reproductivos, es de por sí sugestivos y de gran interés actual por su trascendencia social, humana y jurídica, a lo que debemos sumarle el gran revuelo que han tomado las ciencias biológicas sobre el ser humano, como son, las modernas técnicas de reproducción asistida.

La procreación es "una función innata y un don de la vida animal por la que se transfieren las características biofísicas de los progenitores a sus descendientes"<sup>132</sup>

Así mismo, una procreación puede ser tanto beneficiosa como perjudicial, centrándose estas últimas en las consecuencias de la manipulación genética, como puede ser la creación de clones, híbridos y la transmisión de enfermedades.

Es importante señalar, que no aceptamos a la clonación, como un medio de reproducción, porque podríamos estar hablando de un sólo genitor, tanto biológico como genético, (clonación por transferencia de núcleos o autorreproducción), lo que aparte de ser contrario al orden público, no encuadraría dentro del término procreación, sino autogeneración. Además, de esto se derivaría una nueva clasificación de hijos: los hijos uniparentales, producto de un solo progenitor, quedando por determinar cómo quedaría su paternidad legal.

Debemos estudiar los derechos reproductivos concibiéndolos como un sistema abierto,<sup>133</sup> es decir, interrelacionado al derecho con otras disciplinas que se ocupan de la reproducción humana; facilitara la identificación y análisis de los elementos del discurso normativo del los derechos reproductivos con el objeto de determinar su procedencia y su importancia dentro de la conformación de dicho discurso.

---

<sup>132</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, *El inicio de la vida humana*, en Diario Oficial El Peruano, Lima, 18/1/93, Sección B, Opinión-Derecho, p.14.

<sup>133</sup> La idea de que todos los sistemas están formados por elementos en interacción y éstos a su vez son sistemas, la encontramos en la Teoría General de los Sistemas Sociales propuesta por Ludwig Von Bertalanffy en 1945 y en la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann. De acuerdo con Luhmann, cuando un insumo de un sistema pasa a otro, toma un lugar dentro de él. La doctrina jurídica es el lenguaje que traduce los elementos de otros sistemas al sistema jurídico.

Consideramos que los derechos reproductivos, deben de estudiarse de manera integral, no solamente desde el punto de vista jurídico, sino en relación con otras disciplinas como la sociología y ética, las que servirán para fundamentar la razón de ser del derecho, a tener una familia.

## **4.2. PRINCIPIOS ÉTICOS Y SOCIOLÓGICOS**

El concepto de “ética” deriva de “ethos” en griego, lo que se ha traducido generalmente como “costumbre”, interpretación que ha sido definida particularmente por las corrientes empiristas en filosofía. Aristóteles distinguía ya entre virtudes de tipo ético y virtudes de tipo dianoético. Las virtudes éticas son para Aristóteles aquellas que orientan positivamente al agente en la consecución de un fin, mientras que las dianoéticas son virtudes de tipo más bien reflexivo. Por esta razón, las virtudes éticas interesan más para la vida del Estado, pues tienen que ver con problemas de justicia, de amistad, de valor y, actualmente, de consistencia entre todas ellas. La ética en este sentido se preocupa mucho por los hábitos y las costumbres buscando en estas aquellas que pueden ser virtuosas. Las virtudes dianoéticas, más ligadas a la inteligencia, a la razón, a la sabiduría, a la prudencia, etc., tienen más un interés en cuanto a la moralidad individual que a una moralidad social. Por ello adoptaremos en este trabajo la palabra ética en el sentido de una disciplina que se ocupa más bien de problemas morales en todas sus formas, pero particularmente de aquellos ligados con la vida del hombre en sociedad.

La palabra ética, partiendo de estas premisas, nos coloca muy rápidamente en relación con las ciencias sociales que se interrogan siempre sobre los fundamentos de la acción humana.

En un segundo momento, la ética se interroga sobre la posibilidad de cambiar las costumbres y las acciones en el sentido positivo, de acuerdo con intereses

tendientes a mejorar la vida de la comunidad. Esta es claramente una tradición derivada del Renacimiento.

En este sentido, debemos señalar que la reflexión ética no es nueva. Podemos suponer que existe desde que los primeros individuos del género homo desarrollaron el discurso racional por medio de lenguaje. El filósofo Jean-Paul Sartre decía “cada hombre es todo el hombre”, y con esta frase quería poner de relieve el hecho de que todo proyecto humano sea cual fuere su sitio social y su lugar histórico, es comprensible para cualquier otro ser pensante. Cuando hablamos de la reproducción humana, que es parte esencial en la vida del ser humano y de su desarrollo, no podemos dudar de lo relevante que es para los pueblos, independientemente de su evolución, origen étnico, religión, desarrollo tecnológico, porque estamos hablando de la perpetuación de la misma especie, y esto en cualquier lugar y tiempo es identificado por el ser humano.

Sin embargo, hoy día, hablar de reproducción humana, significa mucho más, las posibilidades de actuar sobre el hombre para transformarlo como se actúa sobre otros seres vivos, en particular los animales, han causado inquietud en la sociedad tanto sobre su real utilidad cuanto sobre sus consecuencias morales.

Coincidimos con Victor Manuel Rojas Amandi en cuanto a que:

“Una sociedad se integra por un conjunto de hechos sociales, interrelacionados e interdependientes que dan por resultado el orden social determinado. El orden social, implica una predisposición de los miembros del grupo para adoptar cierta actitud ante un fenómeno social, implica un ordenamiento social determinado, mismo que lleva implícitos ciertos modelos normativos, que se representan idealmente como modos de conducta válidos, o modos de conducta necesarios, ante precisas situaciones consideradas como normales en la sociedad en cuestión.”<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> Rojas Amandi, Victor Manuel, *Filosofía del Derecho*, Harla, México, 1992, p. 8

Por lo tanto, concluimos que Las técnicas en consideración traen aparejadas cuestiones morales por las cuales han sido objeto de duras críticas. Entre otras cosas, con relación a la fertilización in-vitro en particular, diversos autores han sostenido que la fertilización técnica es antinatural; que hace correr el riesgo a los hijos producto de dicha fertilización. En el plano religioso, la fertilización in-vitro separa el aspecto pro creativo, del conyugal en el matrimonio y se daña la relación de los cónyuges, que es inmoral. Porque necesita de un acto unitario por parte del hombre, como es la masturbación: que es una experimentación con seres humanos: que implica una selección de óvulos, espermatozoides y aun de embriones.

Muchos de estos argumentos resultan equívocos. En primer lugar, corresponde señalar que si el hombre no tratara de mejorar su naturaleza, todo progreso científico en medicina deber ya ser rechazado por considerárselo antinatural.

No compartimos este punto de vista. Pues el único límite atendible ha de ser la dignidad del hombre. Por definición, moral es “aquello que no concierne al orden jurídico, sino al foro interno o al respeto humano, en consecuencia en la medida que no se vulnere la dignidad concierne a todo ser humano, la conducta en cuestión no ha de ser considerada inmoral.”<sup>135</sup>

La tecnología no es nueva, tampoco lo son los dilemas morales relacionados a ella. No obstante, en la tecnología moderna, la manipulación directa de la información, en vez de la indirecta es mucho más eficiente y efectiva dando más opciones tanto morales como inmorales, a la luz de las posibilidades técnicas. Lo dicho, reclama en consecuencia una evaluación moral mucho mas activa potente y minuciosa que antes.

La apreciación del límite moral tiene lugar originariamente en las sociedades abiertas. Cuanto más totalitaria sea una sociedad, menor será tal apreciación. El desafío del control moral no consiste en el establecimiento de principios morales, sino

---

<sup>135</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª. ed. Espasa Calpe, Madrid, p. 1400

en la evaluación del mismo en cooperativa, por sectores aún con diferentes valores religiosos y filosóficos. Este es el juego en las sociedades pluralistas.

Los riesgos morales son diferentes según los casos, en la fertilización in vitro y la transferencia de embriones que originariamente se desarrolló para ser utilizada con animales y que ahora lo es con los hombres, el caso aparentemente simple de aceptar es el de una pareja legalmente constituida, que ha agotado toda otra forma de tratamiento médico existente. Corresponde después considerar el uso de esta técnica en personas solteras, el alquiler de úteros, la donación de espermatozoides o embriones, etc. En el presente trabajo, solamente trataremos la reproducción asistida en parejas permanentes o estables con problemas de infertilidad para lograr una procreación naturalmente.

Illegitimar esta técnica, entonces, no sería de gran ayuda para diferenciar entre el beneficio y el daño moral. Declararla ilegal o suprimirla sería en sí mismo un daño moral, pues no permitiría el beneficio para aquellos que no tienen otra forma de obtenerlo.

Ahora bien, desde el punto de vista sociológico, tenemos que en cierto momento histórico, un grupo social que considera como benéficas para sí ciertas pautas de comportamiento, elabora mecanismos para mantenerlas o fomentarlas.

“En términos generales la capacidad de reproducirse ha sido un atributo altamente valorado desde épocas muy antiguas en diversas culturas, sin embargo, (...) esta interpretación se ha modificado a lo largo de la historia, así como en función de la mirada de distintos grupos sociales en un mismo momento histórico. A su vez, éstas perspectivas diversas han dado lugar a diferentes propuestas acerca de la regularización que debe ejercer la propia sociedad sobre su reproducción”.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Rubio, Auriol Eusebio, *Introducción al estudio de la sexualidad humana, Antología de la sexualidad humana*, T II, Miguel Ángel Porrúa, México 1989, p. 409.

Dentro del plano psicológico, el aspecto religioso reviste especial importancia, el cual no permanece aislado, ya que en el grupo social, también se relacionan con otro tipo de reglas como lo son la moral y las normas de trato social, y que se mezclan de tal suerte, que es difícil identificarlas.

Según Ruth Macklin, algunas religiones como el islam definen un complemento código de conducta ética; entre otras religiones como muchos de los grupos protestantes en la fe cristiana, guardan silencio sobre un buen número de aspectos éticos, incluyendo aquellos relacionados con la reproducción humana.<sup>137</sup>

Por su parte, la dimensión jurídica de la reproducción, a lo que corresponde propiamente lo que denominamos derechos reproductivos; se encuentra supeditada al ámbito sociológico, las leyes normalmente se crean para regular una situación social existente y para producir determinados efectos en la sociedad.

“La norma a la que suele denominarse derecho, explícita y de manera independiente, es propia de las sociedades humanas relativamente muy desarrolladas. este tipo de norma implica una organización especial a cuyos órganos incumbe la tarea específica de garantizar su elaboración y aplicación (...) en la actualidad se requiere que tales órganos se encuentren centralizados es una unidad de decisión y acción, autoridad exclusiva para un término determinado que se conoce con el nombre de estado.”<sup>138</sup>

#### **4.3. LA PROCREACIÓN ASISTIDA COMO REALIDAD CIENTÍFICA**

La reproducción asistida, ya no es una ficción, hoy en día existen diversas formas viables y que son:

---

<sup>137</sup> Macklin, Ruth, *Ética y reproducción humana: perspectivas internacionales*, dentro del libro, *Ética y Salud Reproductiva*, Comp. Gloria Careaga Pérez, Juan Guillermo Figueroa y Consuelo Mejía. Programa Universitario de Estudios de Género, México, 1996, p. 144.

<sup>138</sup> Rojas, Amandi, op.cit. p. 88

a) Inseminación artificial:

Es la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación. La inseminación artificial es homóloga, si el semen es del marido o heteróloga, si el semen es de un dador no vinculado a la mujer receptora por vínculo matrimonial.

b) Fecundación extracorpórea o in vitro:

Es el conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el espermatozoide, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo (esto último abre a la problemática de maternidad por subrogación) para el ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno-FIV: el semen obtenido por masturbación, manual o mecánica, o mediante un preservativo adaptado, se coloca con los óvulos obtenidos mediante laparoscopia (aspiración), en una plaqueta especial que permanece en una incubadora durante cuarenta y ocho horas hasta lograr la fertilización. Producida esta se transfieren algunos embriones a la madre, pudiendo congelarse los restantes.

c) Transferencia de gametos

Otro mecanismo es la Transferencia de los gametos en las trompas de Falopio (GIFT), que consiste en: colocar en cada una de las trompas dos óvulos y espermatozoides para que fecunden a aquellos en las propias trompas. El semen puede ser del marido o no, y los óvulos pueden implantarse en el vientre de la mujer cuyo óvulo se fecunda o en el de otra mujer.

#### d) Clonación

Se llama clonación al proceso por el cual, sin la unión de dos células sexuales, y a partir de la implantación del núcleo de una célula con una dotación cromosómica completa en un óvulo, al que previamente le ha sido extirpado el núcleo, se obtiene un ser humano gemelo idéntico genéticamente a aquel a quien le ha sido extraído la célula dotada de la totalidad de cromosomas.

La técnica de clonación, genera individuos que comparten un mismo código genético. Ahora estudiemos las clases de clonación artificial y su influencia sobre el derecho que tiene la persona a conocer el origen biológico.

En la autorreproducción la indagación del origen biológico es bastante compleja, pues la información genética proviene de un solo sujeto (sea hombre o mujer) que cedió el núcleo de una de sus células para que sea implantado en un óvulo fecundado desnucleado. En este caso la paternidad o maternidad genética será únicamente de quien aporta el núcleo. Sin embargo, cabe la posibilidad de hablar de una doble maternidad: una, la que cede su óvulo (genética) y otra, la que se presta para realizar la gestación (biológica).

En el caso de la reproducción gemelar la investigación parental no traería mayores problemas pues el cigoto surge de la unión de dos gametos, formándose una célula con un código genético propio, la que posteriormente será seccionada para obtener el clon. Aquí los padres genéticos serán quienes aportaron el material reproductivo.

En la partenogénesis, cuya peculiaridad es la autorreproducción especial de un gameto femenino, la maternidad genética será fácilmente establecida pues el óvulo inducido a su autodesarrollo lleva la información genética de la aportante. La controversia se presentaría en cuanto a la maternidad biológica, pues si la aportante

del gameto no puede gestar debe, entonces, gestarse aquel cigoto en otra mujer, que sería la madre biológica.

De acuerdo a lo anteriormente expresado, se aprecia que los casos de clonación por autorreproducción así como la partenogénesis, traen mucho mayores problemas que la clonación por reproducción gemelar. En esta última los vínculos parentales y filiales estarán claramente definidos (padres e hijos, siendo estos últimos los clonados), mientras que en la autorreproducción y en la partenogénesis estos vínculos se confunden en uno (existe un sólo progenitor, que es padre o madre de su propio clon, de su otro yo biológico).

Por lo anterior, considero que las tecnologías mal utilizadas, no apoyadas en bases científicas sólidas, pueden producir lo contrario de lo que pretenden: perjudicar en vez de ayudar, destruir lo que se quiere construir, ya que existe un temor legítimo frente a los posibles excesos de la tecnología en la reproducción asistida.

#### **4.4. BIOÉTICA Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

La ética que forma parte de la filosofía, ocupa en la reflexión contemporánea un papel fundamental, inclusive se considera que para hacer una reflexión sobre cualquier problemática del mundo actual, no puede hacerse sin ética.

Los problemas fundamentales de la ética se establecen en la bioética y la normatividad, respecto de la primera, se trata de determinar no solamente en qué consista la vida humana, sino que ésta sea con calidad, estableciendo las políticas que favorezcan en una mejor calidad de vida. Por lo que respecta a la normatividad, cada vez son más estrechas las relaciones entre la ética y el derecho. Es precisamente en este punto, en el que considero relevante señalar, que la reproducción asistida, es una realidad científica que debe estar limitada por valores universales que velen por la

dignidad de los implicados en ésta y para lo cual se requiere crear un cuerpo normativo que establezca límites.

#### **4.4.1. Origen y evolución de la bioética<sup>139</sup>**

Se define a la bioética como "el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado sanitario, en cuanto que tal conducta se examina a la luz de los valores y de los principios morales".<sup>140</sup> En la actualidad abarca no sólo los aspectos tradicionales de la ética médica, sino que incluye la ética ambiental, con los debates sobre los derechos de las futuras generaciones, desarrollo sostenible, etc.<sup>141</sup>

El objetivo de la bioética, tal como la "fundaron" el Hastings Center (1969) y el Instituto Kennedy (1972) era animar al debate y al diálogo interdisciplinar entre la medicina, la filosofía y la ética, y supuso una notable renovación de la ética médica tradicional.

En los años recientes, los avances en Genética y el desarrollo del Proyecto Genoma Humano, en conjunción con las tecnologías reproductivas, están ampliando aún más el campo de la Bioética, obligando a buscar respuestas a retos nuevos como:

- Cuestiones sobre reproducción humana asistida. Estatuto ético del embrión y del feto.
- Sondeos genéticos y sus posibles aplicaciones discriminatorias: derechos a la intimidad genética y a no saber predisposiciones a enfermedades incurables.

---

<sup>139</sup> El término bioética se deriva de la fusión de dos vocablos de origen griego, *bios*, "vida", y *ethos*, "moral". La palabra bioética es un neologismo acuñado en 1971 por Van Rensselaer Potter (en su libro *Bioethics: bridge to the future*), en el que éste autor englobaba la "disciplina que combina el conocimiento biológico con el de los valores humanos".

<sup>140</sup> Cfr. Warren, Reich, Coordinador, *Enciclopedia de Bioética*, s.e., s.a.

<sup>141</sup> De hecho, el libro de Potter trataba las cuestiones éticas en relación al medio ambiente con perspectivas evolutivas, pero posteriormente el término bioética se ha usado sobre todo para referirse a la nueva ética médica y a la ética de los nuevos avances en biomedicina.

- Modificación genética de la línea germinal: ¿es moral "mejorar" la naturaleza humana?
- Clonación y el concepto de singularidad individual; derechos a no ser producto del diseño de otros.
- Cuestiones derivadas de la mercantilización de la vida, por ejemplo, patentes biotecnológicas.

De acuerdo a las interrogantes anteriores, Oscar E. Garay, señala que corresponden al estudio de la bioética en su núcleo central:

- ❖ “Diagnóstico prenatal y consejo genético; biopsia embrionaria; neonatos defectivos y eutanasia fetal e infantil;
- ❖ Crecimiento demográfico, población,... control de la natalidad y esterilización:
- ❖ Fecundación medicamente asistida;
- ❖ Trasplantes de órganos y órganos artificiales:
- ❖ Ingeniería genética... mapeo y secuenciación del genoma humano...
- ❖ Experimentación con seres humanos, niños o adultos inclusive en estado embrionario, fetal o vegetativo...”<sup>142</sup>

Podemos entonces, referir que la fecundación medicamente asistida o conocida también como reproducción asistida, es uno de los temas principales a tratar por la bioética, debido a sus implicaciones en el campo de la medicina, de la salud, de los valores humanos que se ven inmersos en ésta.

---

<sup>142</sup> Garay, Oscar E., *Derechos fundamentales de los pacientes*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp.77 y 78

La bioética no sólo trata las cuestiones morales en el ámbito de la biomedicina, sino que además incluye:

- a) Cuestiones epistemológicas: modelos explicativos sobre la conducta humana (p.ej. debate entre el determinismo biológico y la influencia ambiental), metáforas y modelos sobre el papel de los genes, etc
- b) Cuestiones ontológicas (estatuto de lo humano al comienzo,- reproducción asistida- y al final de la vida; estado vegetativo persistente; relación entre la dotación genética y la identidad del individuo, etc.).

La bioética se desarrolla en el contexto de una sociedad pluralista, ajena a los grandes relatos unificadores de tipo religioso o ideológico. Por lo tanto, la bioética es una ética civil que se sustenta en la racionalidad humana secularizada, capaz de ser compartida por todos, en un terreno filosófico neutro. Como dice Marciano Vidal: "más allá de un ordenamiento jurídico y deontológico, y más acá de las convicciones religiosas".<sup>143</sup>

#### **4.4.2. Principios de la bioética<sup>144</sup>**

Estos principios son considerados el marco referencial conceptual de la bioética, conocida como la "teoría de los cuatro principios." Dichos principios son:

1. Principio de no maleficencia
2. Principio de beneficencia
3. Principio de autonomía o de libertad de decisión
4. Principio de justicia

---

<sup>143</sup> Vidal, Marciano, *Bioética. Estudios de Bioética Nacional*, Editorial Tecnos, Madrid, p.18

<sup>144</sup> Formulados en 1979 por Tom Beauchamps y James Childress

Dichos principios se encuentran en el mismo nivel y son obligatorios y respetables siempre, excepto cuando entran en conflicto entre sí, seleccionando entonces el de mayor peso para el hecho analizado. A continuación explicaremos en qué consisten.

### ***Principio de no maleficencia***

Este principio ya se formuló en la medicina hipocrática: *Primum non nocere*, es decir, ante todo, no hacer daño al paciente. Se trata de respetar la integridad física y psicológica de la vida humana. Es relevante ante el avance de la ciencia y la tecnología, porque muchas técnicas pueden acarrear daños o riesgos. En la evaluación del equilibrio entre daños-beneficios, se puede cometer la falacia de creer que ambas magnitudes son equivalentes o reducibles a análisis cuantitativo. Un ejemplo actual sería evaluar el posible daño que pudieran ocasionar en su constitución a un embrión, o a organismos genéticamente manipulados.

### ***Principio de beneficencia***

Se trata de la obligación de hacer el bien. Es otro de los principios clásicos hipocráticos. El problema es que hasta hace poco, el médico podía imponer su propia manera de hacer el bien sin contar con el consentimiento del paciente.<sup>145</sup> Por lo tanto, actualmente este principio viene matizado por el respeto a la autonomía del paciente, a sus valores, cosmovisiones y deseos. No es lícito imponer a otro nuestra propia idea del bien.

Este principio positivo de beneficencia no es tan fuerte como el negativo de evitar hacer daño. No se puede buscar hacer un bien a costa de originar daños: por ejemplo, el "bien" de la experimentación en humanos (para hacer avanzar la medicina) no se puede hacer sin contar con el consentimiento de los sujetos, y menos sometiéndolos a riesgos desmedidos o infligiéndoles daños. Como dice Hans Jonas,

---

<sup>145</sup> A este modelo se le conoce como modelo paternalista de relación médico-paciente.

“aunque la humanidad tiene un interés en el avance de la ciencia, nadie puede imponer a otros que se sacrifiquen para tal fin.”<sup>146</sup> De esta manera, el principio de beneficencia apoya el concepto de innovar y experimentar para lograr beneficios futuros para la humanidad, y el de ayudar a otros (especialmente a los más desprotegidos) a alcanzar mayor bienestar, salud, cultura, etc., según sus propios intereses y valores.

También se puede usar este principio (junto con el de justicia) para reforzar la obligación moral de transferir tecnologías a países desfavorecidos con objeto de salvar vidas humanas y satisfacer sus necesidades básicas.

### ***Principio de autonomía o de libertad de decisión***

Se puede definir como la obligación de respetar los valores y opciones personales de cada individuo en aquellas decisiones básicas que le atañen vitalmente. Supone el derecho incluso a equivocarse a la hora de hacer uno mismo su propia elección. De aquí se deriva el consentimiento libre e informado de la ética médica actual.

### ***Principio de justicia***

Consiste en el reparto equitativo de cargas y beneficios en el ámbito del bienestar vital, evitando la discriminación en el acceso a los recursos sanitarios. Este principio impone límites al de autonomía, ya que pretende que la autonomía de cada individuo no atente a la vida, libertad y demás derechos básicos de las otras personas.

Se pueden plantear conflictos no sólo entre miembros de un mismo país, sino entre miembros de países diferentes (p. ej., acceso desigual a recursos naturales básicos), e incluso se habla de justicia para con las generaciones futuras.

---

<sup>146</sup> Jonas Hans, *Técnica, Medicina y Ética, La práctica del principio de responsabilidad*, ed. Paidós, Barcelona, 1997, p. 36.

La justicia e igualdad de los derechos de los seres humanos actuales y la preservación de condiciones viables y sostenibles para las generaciones futuras pueden hacer aconsejable, e incluso obligatoria, una cierta limitación del principio de autonomía, sobre todo en una sociedad de mercado que tiene el deseo desmedido de nuevos servicios y bienes, y en la que el individuo reclama ilimitadamente "derechos" de modo narcisista.

Los países industrializados, con menos población que los países pobres, contaminan más y derrochan más recursos. Las sociedades opulentas deberían bajar del pedestal la autonomía desmedida que va en detrimento del desarrollo justo y viable para todos.

#### **4.4.3. Bioética y los Derechos Humanos**

La bioética es una disciplina interdisciplinaria que va más allá de la ética médica, y que tiene que ver con la propia filosofía de los derechos humanos. Para Hottois Gilbert, la bioética es "en un sentido lato, esta disciplina designa un conjunto de cuestiones con una dimensión ética (es decir, en las que los valores y cuestiones que se ponen en juego sólo pueden resolverse mediante actos de elección), suscitadas por el cada vez mayor poder de intervención tecno científica en el ámbito de la vida humana".<sup>147</sup>

A fines del siglo XX, irrumpen en el campo médico las biotecnologías que aplican las nuevas técnicas al progreso de la ciencia y a las prácticas experimentales. El biólogo molecular explora y manipula el núcleo de la célula y en él los cromosomas portadores del ADN, que contiene toda la información genética transmisible de una generación a otra.

---

<sup>147</sup> Hottois, Gilbert, *El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia*, ed. Del Hombre, Barcelona España, 1991, p.171

Se señala que la explosión tecnológica de las últimas décadas en el terreno de la biología molecular, ingeniería genética, fertilización asistida y trasplantes de órganos, hace que se pueda crear vida y actuar sobre la muerte. La pregunta es: ¿Hasta dónde deben llegar los límites de la investigación y la experiencia, para no afectar la dignidad humana que distingue al hombre de los demás seres vivientes?

La ética médica es tan antigua como la medicina misma, sin embargo las cuestiones que abarca hoy la investigación científica en la biología molecular han demostrado que ella no basta. Con las nuevas técnicas de reproducción asistida, hacen posible reproducir y modificar la vida en su configuración genética, se avanza sobre horizontes desconocidos, no sólo para las ciencias naturales y la medicina, sino también para la ética y el derecho.

Así surgió la Bioética, disciplina del conocimiento biológico cuyo campo de acción es más amplio que la tradicional ética médica y se propone introducir en la nueva realidad científica biomédica, los principios éticos que conducen a la humanización de la ciencia, orientándola hacia el respeto de la dignidad del hombre. La bioética implica una reflexión multidisciplinaria sistemática, cuestionadora y crítica sobre los problemas morales que surgen en el campo de las ciencias biológicas y la medicina.

La crisis de los valores humanos llevó en muchos casos a cambiar el sentido de la obligación médica y científica de curar y proteger la vida, por aquel de satisfacer el deseo individual o el determinado por móviles económicos.

Se impone un trabajo humanizante en la ciencia y la medicina basado en lineamientos bioéticos que privilegien la dignidad humana frente al concepto de "calidad de vida" determinado por los organismos internacionales.

El modelo de la bioética anglosajona, con base en el utilitarismo, la beneficencia, la autonomía, la justicia, la virtud, los derechos y obligaciones de respeto y la

benevolencia, y los dilemas morales y los conflictos de valores, ha alterado nuestra identidad cultural.

Luego de cada descubrimiento o de una investigación concluida nos quedamos azorados por el avance y la capacidad del hombre para hacer frente a estos desafíos. Dicho aspecto indica que quien experimenta deba someterse a la reflexión multidisciplinaria sobre los problemas morales consecuentes.

La bioética le informa sobre límites, muy especialmente cuando se realiza sobre seres humanos, para evitar que dicha actividad, (como la actividad humana en general), pueda provocar daños irreparables a la persona y su entorno. La cuestión radica en armonizar el éxito de estos experimentos y los abusos que pueden darse en una investigación.

Desde la antigüedad, en Roma, por ejemplo, investigaban los médicos en forma solitaria, con miembros de su entorno familiar. Hasta que ya en el siglo XIX se establecen fronteras éticas, como la obtención del consentimiento voluntario y se revela la información de lo que se estaba experimentando.

En el siglo XX, surgieron voces como la del famoso cardiocirujano Claude Bernard, que señalaban que era deber pero también derecho del científico realizar experimentos en una persona siempre que pueda salvar su vida, curarlo o brindarle algún beneficio personal. Consecuentemente, no debía realizarse si le producía algún daño, aún si el resultado pueda ser muy beneficioso para la ciencia, o sea, para la salud de todos.

Luego también se indagó acerca de la prohibición de experimentaciones en menores o en personas incompetentes. Todo ello también fue debido a que se experimentó en los Estados Unidos de Norteamérica durante la segunda guerra mundial, sobre personas con retrasos mentales, pacientes prisioneros y también con los propios soldados de dicho estado; en definitiva en pacientes denominados “

incompetentes”. En ese caso el fin justificaba los medios, pues se seguía la doctrina del “utilitarismo”.

Durante la década de los 30's y 40's, tomando como bandera el impulso de las ciencias se llegó a el abuso del hombre por el hombre, en aras de un desarrollo científico, no se respetaron las normas de ética de la época, como el famoso Código de Núremberg. Sin embargo y en forma incipiente, algunos investigadores publicaban sus trabajos y se empezó a tomarse conciencia sobre la necesidad del respeto de parámetros éticos.

Es importante resaltar que en los párrafos precedentes me refería a la investigación no terapéutica, es decir a aquella que no tiene relación directa con el diagnóstico o el tratamiento de la persona sobre la cual se investiga, ya que la investigación terapéutica, es la que busca todos los medios a su alcance para la cura del enfermo, cito como ejemplo el cáncer, que tiene virtualidad ética en tanto se trate de una actividad aceptada por el paciente, luego de una información suficiente conforme su situación personal (diagnóstico, alternativas, beneficios, riesgos, etc.) y con la posibilidad de retirarse en cualquier momento. Esta distinción se efectúa por primera vez en la Declaración de Helsinki en el 1964 en la AMM (Asociación Médica Mundial).

En 1997, se celebró en Oviedo, la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en que se representa un modelo posible entre los Derechos Humanos y la bioética, entre los derechos y deberes que establece la Convención y que guardan relación con la presente investigación, se ubican los siguientes:

“...el respeto de la dignidad, identidad, no discriminación e integridad, el deber de que el interés del ser humano prevalezca sobre el de la sociedad o el de la ciencia; el derecho a un acceso equitativo a la atención de la salud; el derecho a intervenciones en salud de acuerdo a estándares profesionales... la prohibición de la selección de sexo, la protección de los sujetos

humanos en la investigación científica, la protección del embrión en las investigaciones... y la interpretación de la Convención por la Corte Europea de los Derechos Humanos".<sup>148</sup>

La investigación mediante la experimentación implica una clase de actividad cuyo propósito es adquirir conocimientos generalizados o contribuir a su adquisición. Estos conocimientos consisten en teorías, principios o relaciones o en la acumulación de información sobre la cual se basan. La armonía que se debe de alcanzar consiste, en mi particular punto de vista, en que ésta continúa búsqueda de conocimientos, no altere la esencia misma del ser humano y los derechos que forman parte de él, que no dañe a su dignidad, libertad, igualdad, entre otros, esto se logrará estableciendo normas éticas, que además, sean reflejadas en los cuerpos normativos de las Estados y de la comunidad internacional.

El análisis bioético de la reproducción asistida es un campo de gran importancia para la formulación de leyes, reglamentos, planes, programas y proyectos que fomenten el desarrollo del equilibrio de la especie humana consigo mismo y con el planeta que la sustenta. También es un terreno vital para el entendimiento de como un área tecnológica puede ser usada con prudencia y sabiduría, en pos de una mejor calidad de vida o ser un ejemplo clásico de imprudencia por personas que conocen como iniciar nuevos procesos tecnológicos pero desconocen los efectos inesperadamente adversos de sus acciones.

#### **4.5. PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS IMPLICADOS EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

En la aplicación de la reproducción asistida, podemos distinguir claramente los intereses fundamentales de las personas que participan en ellas: el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre. Implica también el respeto y protección de

---

<sup>148</sup> Tealdi, Juan C., *Bioética y Derechos Humanos*, Conferencia en el V Congreso Nacional de Comités de Ética de la Salud y Reunión Regional de Derecho, Ética y Ciencia, Buenos, Aires, 2001

los derechos del hijo, quien es justamente el que requiere de mayor amparo por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo.

Si interviene un tercero ajeno a la pareja, por ejemplo, en el caso de la inseminación heteróloga o de la maternidad subrogada, existirá un nuevo interés en juego y que podrá ser concordante con el de la pareja que desea tener un hijo o, por el contrario, podrá devenir en opuesto si, en definitiva, el tercero deseara que se reconozca su relación biológica con el hijo.<sup>149</sup>

En este tenor, en las siguientes páginas, estableceremos la necesidad e importancia de la protección a la reproducción asistida como derecho fundamental y al hijo como sujeto de sus propios derechos, que pueden sufrir afectación en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

#### **4.5.1. Protección a la reproducción asistida como derecho fundamental**

Existen derechos personalísimos de carácter subjetivo considerados absolutos, como el derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad, a la integridad, a la salud, y que hoy en día es innegable su existencia, y más aún, se encuentran regulados en diversos ordenamientos jurídicos, que deben ser respetados por los miembros de la sociedad, no solamente en una Nación, sino también en el ámbito internacional. De estos derechos clásicos, se derivan y relacionan los derechos reproductivos, (incluyendo a la reproducción asistida).

El Derecho Humano a fundar una familia y el Derecho Humano a la salud, son la base del derecho a la reproducción, ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece que los hombres y las mujeres, tienen derecho, sin restricción

---

<sup>149</sup> No obstante la existencia de ésta posibilidad y de tantas que se puedan generar como resultado de los avances en la medicina, la presente investigación se centra en la reproducción asistida entre esposos o parejas estables, que utilizan éstas técnicas como un medio para alcanzar la salud, en problemas de esterilidad, lo que les permita fundar una familia.

alguna por motivos de raza nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia.<sup>150</sup> Así mismo, se determina que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.<sup>151</sup> Es evidente que en el momento de la celebración de la presente Declaración, la procreación de la familia era por medio del acto sexual, por lo que no hace mención a la reproducción asistida.

Los derechos reproductivos, considerados como derechos humanos, propiamente se originan dentro del marco del constitucionalismo social.

El concepto de decisión libre y responsable acerca del número y espaciamiento de los hijos a tener, aparece por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en el año de 1917, y en los mismos términos, fue declarado uno de los derechos humanos en 1968, en el artículo 16 de la Proclamación Teherán. Subsecuentemente este concepto fue ratificado en 1969, por la Declaración de Progreso Social y Desarrollo (artículos 4 y 22), así como por otros instrumentos declaratorios.

No podemos minimizar la importancia que significa para un ser humano la integración de la familia, ya que es esta el elemento natural y fundamental de la sociedad.<sup>152</sup> Limitar o negar este derecho, significa ir en contra de la propia naturaleza humana.

Hay autores que señalan que existe un derecho a procrear aun cuando éste no se encuentra expresamente establecido en la legislación. A pesar de que los tratados internacionales ya señalados sólo mencionan el derecho a fundar una familia, parece ser un derecho consustancial a la naturaleza humana, ya que asegura la mantención de la especie. Se trata, entonces, de un derecho natural.

---

<sup>150</sup> *Cfr.* Art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

<sup>151</sup> La Organización Mundial de la Salud, establece que la salud es el estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no sólo la ausencia de enfermedad. Las personas con problemas de fertilidad tienen un problema de salud, ya que estudios realizados en la Universidad de Harvard han demostrado que la mayoría de las personas considera que tener hijos es una parte esencial de la vida y que no tenerlos puede causar una fuerte depresión, similar a la de las personas cuando saben que tienen cáncer.

<sup>152</sup> *Cfr.* Art. sexto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Es desde la perspectiva de los derechos humanos, que se atribuye a los individuos un derecho a decidir sobre su propia reproducción, incluyendo en ésta las técnicas de reproducción asistida, y se impone al Estado la propia obligación de garantizar el acceso al ejercicio pleno de dicho derecho.

Lo anterior tiene como consecuencia que las acciones de regulación de este fenómeno no deben coartar ese derecho ni limitar la posibilidad de ejercicio, implica (...) que la acción pública garantice la existencia y accesibilidad de servicios no necesariamente gubernamentales de salud.<sup>153</sup>

Si bien es cierto, que en el sector salud se presta el servicio de reproducción asistida, podemos reducirlo al IMSS y el Instituto Nacional de Perinatología, y en ellos es muy limitado. Por lo que se deben establecer normas para su regulación y accesibilidad en el sector privado.

Los derechos reproductivos, son derechos inherentes a la existencia de la especie misma, es decir, no solo pertenecen al individuo, sino que son indispensables para la subsistencia del grupo social.

Arturo Berúmen Campos basándose en Alan Gerwirth, define a los derechos humanos como “ las condiciones generales para la acción que tienen todos los seres humanos y que todos los seres humanos están obligados a cumplir”<sup>154</sup>

Según Berúmen Campos, las condiciones generales de la acción que constituyen los derechos humanos son la libertad y bienestar. Con el fin de concretarlos, el autor agrupa:

“(…) dentro del bienestar, tres clases de bienes: básicos, no sustractivos y aditivos. Los bienes básicos son las precondiciones de la acción, tales como la vida, la integridad y la salud mental.

---

<sup>153</sup> Palma, Cabrera José Luis y Gabriela Rivera Reyes, *La percepción social de la reproducción, Antología de la sexualidad humana*, Tomo II, 2ª. edición, Miguel Ángel Porrúa, México, 1998, p. 409

<sup>154</sup> Berúmen, Campos Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2000, p. 430.

Los bienes no sustractivos son aquellos necesarios para mantener el mismo nivel de cumplimiento de propósitos, contra los cuales atentan el robo, el engaño, la explotación, y todas aquellas acciones que impiden a los sujetos planear su futuro. Los bienes aditivos son aquellos que aumentan el grado de cumplimiento de propósitos, como la educación y la información, entre otros.”<sup>155</sup>

Esta clasificación de los derechos humanos, nos sirve para darnos una idea de la dinámica de los derechos humanos y de los derechos reproductivos, que son los que nos interesan en particular. Los derechos reproductivos, y por lo tanto, el derecho a la reproducción asistida, pueden etiquetarse como derechos de libertad, de salud. Pero para que realmente exista esa libertad, se requiere la concurrencia de los bienes básicos, no sustractivos y aditivos. Por otro lado, asignar correlativamente al individuo titular de los derechos reproductivos la responsabilidad derivada del disfrute de su derecho, implica proteger el bienestar de todos los demás.

El reconocimiento de la facultad individual de decidir sobre la propia reproducción lleva aparejada la intención de promover la maternidad y la paternidad responsables, que constituyen desde el punto de vista psicológico, la prolongación de la función reproductiva.

El aspecto psicológico de la función reproductiva reviste importancia desde el punto de vista no solo interno del individuo, sino de la sociedad en la que repercute la conducta individual.

“La función socio biológica del carácter, no solo determina la formación del carácter individual, sino también la del carácter social. El carácter social comprende la matriz o núcleo, de la estructura de la mayoría de los miembros de un grupo, que se ha desarrollado como consecuencia de las experiencias fundamentales y de la forma de vida en común en ese grupo. La función del carácter social, desde el punto de vista socio biológico, es modelar la energía humana de tal manera que pueda emplearse como materia prima para los fines de la particular estructura de una sociedad determinada.”<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 432

<sup>156</sup> Fromm. Erich., *Lo inconsciente social*, Paidós, México, 1993, p. 24

Es así, que si se busca una función socio biológica de carácter en primer lugar individual, donde esté se sienta pleno en todos los aspectos, incluyendo la posibilidad de procrearse, permitirá que la sociedad cumpla con su función socio biológica.

Otra parte de la doctrina, si bien reconoce la existencia de un derecho a procrear, le otorga al mismo una dimensión limitada, ligándolo a la familia, señalando que la procreación necesariamente, y por su propia naturaleza, no puede ser ejercida en forma individual.

Así lo entiende también Corral Talciani,<sup>157</sup> al señalar que el derecho a procrear puede considerarse incluido en el derecho a la vida y al desarrollo de la personalidad, pero tiene limitaciones, ya que debe enmarcarse en el contexto natural de la reproducción humana. Es un derecho a realizar los actos propios de la generación.

Esta posición parece más acorde con nuestro ordenamiento jurídico, ya que si bien no se reconoce expresamente el derecho a procrear, se señala que uno de los fines del matrimonio es justamente la procreación.<sup>158</sup>

Por otra parte, el derecho a procrear se basaría también en el derecho a la libertad, la integridad física, la intimidad y la disposición del propio cuerpo. En virtud de este último derecho, sería legítimo que se realice cualquier práctica que permita tener un hijo, ya sea en el propio cuerpo o incluso a través de otra persona, siempre que consienta.

El derecho a procrear, considerado de esta manera, sería un derecho individual y absoluto de la persona. Siguiendo esta posición, el ordenamiento jurídico no podría prohibir a la mujer sola acceder a las técnicas de reproducción asistida, ya que ellas constituirían un método alternativo de reproducción asequible a cualquier persona.

---

<sup>157</sup> Corral Talciani, Hernán, *Familia y Derecho: estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Universidad de los Andes, Santiago, 1994, p. 156

<sup>158</sup> Cfr. Art. 162 del Código Civil Federal

La existencia de un derecho a procrear emana principalmente del derecho a la vida, a la libertad personal y sexual, a la integridad física, a la intimidad o privacidad (que garantiza el interés de cada ser humano a tomar ciertas decisiones esenciales para él mismo) y a fundar una familia. Según esta concepción el derecho a la vida incluiría el derecho a dar vida. Esta posición encuentra sus fundamentos en los artículos 16 número 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna... a casarse y a fundar una familia...”; en el artículo 23 párrafo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello” y en el artículo 17 párrafo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Desde nuestro punto de vista consideramos que existe un derecho a procrear aun cuando éste no se encuentra expresamente establecido en la legislación. A pesar de que los tratados internacionales ya señalados sólo mencionan el derecho a fundar una familia, parece ser un derecho consustancial a la naturaleza humana, ya que asegura la mantención de la especie. Se trata pues de un derecho natural.

La reproducción asistida, se relaciona con diversos derechos fundamentales tradicionales, podemos distinguir claramente los intereses fundamentales de las personas que participan en ellas: el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre, es decir, el derecho a tener una descendencia, a perpetuarse. Sin embargo, y como analizaremos en el siguiente numeral, la reproducción asistida, implica también el respeto y protección de los derechos del hijo, quien es justamente el que requiere de mayor amparo por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo.

#### **4.5.2. Protección al hijo como sujeto de derechos**

Sólo se recurre a los intereses o derechos del hijo cuando se trata de aplicar las técnicas de reproducción asistida a situaciones excepcionales como en las parejas

homosexuales, en la procreación artificial post mortem o en mujeres solas. Pensamos que ese enfoque es erróneo, pues si bien son justamente esos casos los más conflictivos, un análisis de ese tipo da señales confusas al debate, en el sentido de que, los intereses o derechos de los hijos sólo son relevantes en los casos excepcionales y, por el contrario, irrelevantes en los casos de aplicación de las técnicas de reproducción asistida a parejas heterosexuales, cuestión que resulta inaceptable en el estado actual de la concepción del hijo como sujeto de derecho.

En los eventuales conflictos de intereses que suscita la reproducción asistida entre sus distintos partícipes, creemos que es el interés del hijo el que debe primar, con el objeto de hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales, teniendo presente que ello no puede llevarnos a considerar como absolutos los derechos de los hijos frente a los demás involucrados.

Para demostrar nuestra hipótesis de trabajo, analizaremos en primer lugar la situación actual del hijo como sujeto de derecho en el ámbito de la doctrina de la protección integral del niño. Luego, nos referiremos a los derechos e intereses que tiene el hijo nacido a través de la reproducción asistida y cómo ellos pueden verse menoscabados frente a los intereses antagónicos de los padres o de los terceros involucrados. Este análisis se centrará en el derecho a conocer el propio origen y en el denominado derecho a nacer y a crecer en una familia, sin perjuicio de esbozar algunas ideas acerca del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del que está por nacer. Para concluir, presentaremos las posibles alternativas de solución a los conflictos planteados y nuestra opinión al respecto.

El hijo, denominación que alude a las relaciones filiales del niño con sus progenitores, no ha quedado ajeno a la tendencia contemporánea de garantizar y proteger los Derechos Humanos. En efecto, en la medida que se ha avanzado en la consagración y tutela de los derechos fundamentales de las personas, también los niños han reportado los beneficios de ser considerados sujetos plenos de tales derechos, con ciertas peculiaridades atendida su condición de sujeto con potencialidad

de desarrollo futuro. Este desarrollo ha servido de base para la formulación de la denominada “doctrina de protección integral” de los niños, en que protección integral es sinónimo de protección de derechos.<sup>159</sup> Es decir, los mecanismos complementarios de protección de los derechos del niño no son autónomos sino fundados en los dispositivos generales de amparo de los Derechos Humanos.<sup>160</sup>

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, es el instrumento normativo más representativo de la doctrina de la protección integral. En ella se plasmó el convencimiento mundial de que los niños son titulares de los derechos humanos que se les reconocen también a los adultos y además, de otros propios de su condición de tales.

De la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y en relación con el tema de la reproducción asistida, nos parece relevante destacar dos principios:

1. El profundo respeto de sus normas hacia la relación niño-familia, limitando la intervención del estado a una de carácter subsidiaria<sup>161</sup>
2. El concepto del interés superior del niño consagrado en el art. 37.

La relación entre el primer y el segundo principio es estrecha, ya que los padres, primeros responsables de la educación y crianza de los niños, deben ejercer sus atribuciones bajo el criterio general del interés superior del niño (art. 18.1).

Desde esta perspectiva, la noción se remite directamente al catálogo de derechos contemplados en la propia Convención obligando tanto al poder público como a los entes privados a respetarlos. Especial importancia adquirirá entonces el interés

---

<sup>159</sup> Beloff, Mary, Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, Justicia y Derechos del Niño, número 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999, p. 17.

<sup>160</sup> Cillero Bruñol, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. pp. 45 y 46

<sup>161</sup> Cillero Bruñol, Miguel, *op. cit.*, p. 51

superior como garantía en aquellos casos en que exista colisión de derechos de un niño y de un adulto, actuando como principio hermenéutico.

A continuación explicaremos brevemente en qué consisten los Derechos Humanos de los hijos que pueden ser afectados por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

#### **4.5.2.1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica**

El derecho a la vida es un derecho substancial, básico y primario, que no sólo se discute por ser la condición de posibilidad, única y esencial, de cualquier otro derecho, sino porque es un derecho excelso y fundamental del ser humano del que es titular por la sencilla razón de ser *subjectum iuris*.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, en el art. 3 de la Declaración se consagra el derecho fundamental del hombre a la vida, junto al derecho a la libertad y seguridad de las personas.

Casos tradicionales, (admitidos por el Derecho según el ordenamiento legal) como la pena de muerte, la eutanasia, el aborto, el suicidio y la legítima defensa atentan contra el derecho a la vida, pero últimamente el avance de las ciencias biológicas ha determinado nuevas formas de vulneración:

1. *Directa*, como el deshecho o descarte de embriones y la crioconservación prolongada como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
2. *Indirecta*, la manipulación genética dentro de la cual tenemos a la clonación que transgrede las leyes naturales al crear vidas paralelas en su composición genética.

En la presente investigación nos centraremos en la vulneración directa, que es nuestro tema de estudio. El derecho a la vida en el contexto de la reproducción asistida, se asimila habitualmente al derecho que el producto de la concepción tiene a nacer. Sin embargo, ello limita el derecho a la vida a una sola de sus manifestaciones,<sup>162</sup> quedando excluido, tanto el aspecto de la conservación y protección de la actividad substancial del embrión o feto en su vida anterior al nacimiento, como el referido al hijo una vez producido el nacimiento.

La vida del feto o embrión antes del nacimiento, y no hablamos de vida “intrauterina” pues algunos momentos de esta fase de la gestación pueden darse fuera del útero de la madre, puede vulnerarse en dos prácticas de las técnicas de reproducción asistida:

1. En la técnica de la fecundación *in vitro*, habitualmente se fecundan varios óvulos para finalmente seleccionar sólo el más perfecto e implantárselo posteriormente a la mujer. Los embriones descartados son eliminados.<sup>163</sup> Es decir, el derecho a la vida de los mismos no es respetado. Esta conclusión se salva en la medida que se le atribuya al embrión el estatus de persona pero sólo una vez transcurridos los primeros 14 días de gestación.<sup>164</sup>
2. La criopreservación de embriones obtenidos fundamentalmente a través de la fecundación *in vitro*, en bancos de embriones con el objeto de conservarlos para una nueva implantación en la misma mujer, cuando el resultado de la primera implantación fracasó, o en otra, cuando opera la figura de la maternidad subrogada, o simplemente para fines de

---

162 Gumucio Schönthaler, Juan Cristóbal, Procreación asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1997, p. 108.

163 Gafo, Javier, Nuevas técnicas de reproducción humana, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, p. 31.

164 Según esta postura, el embrión de menos de 14 días a contar del momento de la gestación se denomina “preembrión”, concepto recogido en diversos textos, v.gr., Informe Comisión Warnock en Inglaterra, Comisión Brenda, Alemania, en la recomendación 1046 del Consejo de Europa y en la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

investigación, o para una implantación post mortem, lleva a un resultado lógico: transcurrido un tiempo máximo, que en las diversas legislaciones va desde uno y hasta 5 años, los embriones no “utilizados” deben ser descongelados, proceso que implica un alto riesgo de mortalidad, que va desde un 20 a un 40 por ciento.<sup>165</sup>

En relación con el derecho a la integridad física y psíquica, y consecuentemente con la postura planteada en el punto anterior, “si se sostiene que existe vida y, por consiguiente, estamos ante una persona desde el momento mismo de la concepción, entonces cualquier manipulación, es decir, cualquier actuación que se realice sobre los embriones o sus células podría ser, potencialmente al menos, un atentado contra este derecho.”<sup>166</sup> No resulta relevante en este punto distinguir si el embrión ya fue implantado en la mujer o se encuentra congelado, pues, en todo caso, la vida no se suspende ni aún a los -196,5 °C.<sup>167</sup>

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.

#### **4.5.2.2. El derecho a la dignidad**

La persona es el único ser que posee dignidad. De allí: “El concepto dignidad se refiere a la propiedad de un ser que no es sólo ‘fin en sí mismo para sí’, sino ‘fin en sí mismo por antonomasia’”<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> Gafo, Javier, *op. cit.*, p. 20.

<sup>166</sup> Junquera de Estéfani, Rafael, *Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 99.

<sup>167</sup> Gafo, Javier, *op. cit.*, p. 21.

<sup>168</sup> Sapaemann R, *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp, 1989, p.100.

Es valor entendido por todos que experimentar con el proceso biológico de la fecundación y utilizar al embrión como puro objeto de análisis es un ataque frontal a la dignidad de la persona y a la humanidad. Estas manipulaciones, por tanto, son contrarias a la dignidad, a la integridad y a la identidad del ser humano.

Asimismo, se manifiesta que "la consecuencia es que el cuerpo humano posee una dignidad tal, que jamás puede ser tratado como un objeto o una cosa que se tiene (...) de ahí que respetar la dignidad del cuerpo comporte siempre salvaguardar esa identidad del hombre [puesto que] este nunca pueda ser considerado como un mero instrumento para la consecución de un fin"<sup>169</sup>.

El hecho se plantea por la sencilla razón que la persona no puede ser instrumentalizada ya que, reafirmando el postulado kantiano la persona es un fin, no un medio. Por tanto, el ser humano debe ser protegido desde su inicio (concepción) hasta después de su muerte (cadáver).

Es en este orden de ideas que debe prohibirse expresamente "la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano", como es el caso especial de la clonación.

Estimamos que por regla general no debería hacerse lugar a la inseminación post-mortem, por varios motivos. En primer lugar, porque la prohibición no trae aparejada, el menoscabo de un derecho o de un interés legítimo, por otra parte el Estado tampoco puede desentenderse del bienestar del niño y la optimización de las condiciones de su crianza.

Para evitar el problema de los embriones congelados, no deberían fecundarse más de los óvulos que habrán de implantarse. Aunque los embriones no tendrían el

---

<sup>169</sup> Sarmiento, Augusto, *Las manipulaciones del cuerpo humano* (Bases antropológicas para la valoración ética de las nuevas tecnologías de la reproducción humana), Ponencia presentada al VII Congreso Mundial de Derecho de Familia, San Salvador, 1992, p. 3

carácter de persona creo que no es propicio mantenerlos congelados, ya que se desvirtúa el fin para el cual fueron originados, máxime si se efectúa a espaldas de los donantes y con la intención de hacer realidad monstruosas historias de ciencia ficción. Es aquí donde debe formarse una institución que tenga como función la vigilancia y uso adecuado y para los fines que fueron creados los embriones.

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 pueden 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 los padres y a crecer en un ambiente familiar adecuado, y en el derecho a la propia identidad genética.

#### **4.5.2.3. El derecho a conocer el propio origen biológico**

Entre los diversos intereses en conflicto presentes en las técnicas de reproducción asistida, encontramos por una parte la salvaguarda de la intimidad familiar y el anonimato de los donantes de gametos y, por otra, el derecho de toda persona (incluidos los nacidos a través de estas técnicas), a conocer el propio origen o ascendencia biológica.

El origen del derecho a conocer la propia identidad biológica está relacionado con el desarrollo del tratamiento jurídico de la filiación que se produjo en Alemania por el influjo de la ideología nacionalsocialista, que sentía como necesario el poder distinguir a los sujetos de raza aria de los que no lo eran. Para estos efectos, se empezó a reconocer por la jurisprudencia el derecho del hijo no matrimonial a la declaración de la filiación biológica.

Con el término del régimen nacionalsocialista, la doctrina alemana fundamentó la procedencia de esta acción en que el derecho a conocer la propia identidad es un derecho de la personalidad.<sup>170</sup>

---

<sup>170</sup> *Cfr.* Quesada González, María Corona, El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1994, pp. 239y ss.

La doctrina española encuentra al respecto un fundamento parecido, ya que encuadra este derecho dentro de los llamados “derechos de la personalidad”.<sup>171</sup> Sin entrar al fondo de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de los mismos, y partiendo de la base que se trata no de simples derechos subjetivos, sino de situaciones o posiciones jurídicas subjetivas que llevan consigo un poder o derecho subjetivo, con deberes y restricciones acerca de su ejercicio, se dice que el derecho a conocer el propio origen biológico es perfectamente encasillable dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, debiendo incluso ocupar un lugar destacado dentro de su categorización.

En este sentido, de acuerdo con Quesada González,<sup>172</sup> puede distinguirse en cuanto a su contenido:

1. El poder jurídico que tiene toda persona para reclamar ante los tribunales su verdadera filiación, o bien para impugnar la que ostenta, para luego investigar y determinar la verdadera, de manera de poder exigir todos los derechos que ello conlleva (personales y patrimoniales)
2. Los límites que necesariamente debe reconocer este derecho (como todo derecho en general), consistentes en respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras personas, como el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; o bien principios jurídicos fundamentales como el de la seguridad jurídica.

Se agrega por último en base a preceptos constitucionales,<sup>173</sup> que “el derecho al conocimiento de la verdadera filiación entraña la realización de principios

---

<sup>171</sup> *Ibidem*, p.253

<sup>172</sup> *Idem*

<sup>173</sup> El art. 10.1 de la Constitución española prescribe: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual<sup>174</sup> En el mismo sentido se manifiesta Rivero,<sup>175</sup> que señala que “esta es una cuestión que habría que llevar incluso al terreno de los derechos de la personalidad, y tener una protección y tratamiento a ese nivel”. Agrega el citado autor que “el conceder a todo nacido el buscar y poder encontrar jurídicamente a sus padres es un derecho que a nadie le puede ser negado, es o debe ser un auténtico derecho de la personalidad”<sup>176</sup>

El problema de admitir o no la posibilidad de conocer el propio origen biológico, tiene especial importancia en relación con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, en las cuales pueden llegar a distinguirse, al menos, una paternidad social y otra biológica, especialmente cuando la técnica implica la donación de gametos por parte de un tercero.

La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto.

De acuerdo con lo dicho, y para efectos de una mejor sistematización, se expondrán a continuación los argumentos esgrimidos para fundamentar la conveniencia del anonimato de los donantes y para prohibir, en consecuencia, la investigación de la paternidad:

---

<sup>174</sup> Quesada González, María Corona, op.cit. p. 254

<sup>175</sup> Rivero Hernández, Francisco, “La filiación en Cataluña en el momento actual”, *Temas de Derecho Civil Catalán*, Cuadernos de Ciencias Sociales, núm. 6, 1984, p. 143

<sup>176</sup> *Idem*

1. Estimular la donación de gametos. Este es quizás el argumento común a todos los defensores del anonimato. Al respecto se señala María de Jesús Moro,<sup>177</sup> que si no se asegura el anonimato, se inhibiría a los posibles donantes ante el temor de ver reclamada su paternidad y las responsabilidades que el derecho le atribuye, conduciendo ello a la desaparición de estas técnicas por falta de medios vitales para su realización.
  
2. Proteger el derecho a la intimidad:
  - a) Del donante, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que el donante hace de sus aptitudes genésicas, y que el empleo de su semen ha dado lugar a una nueva vida de la que permanece desvinculado.
  
  - b) De la pareja que consintió en la reproducción asistida, ya que la identificación del donante traería como consecuencia develar la ineptitud para concebir de aquel cuyo gameto es suplido por el tercero; y quizás lo más importante, la relación puramente formal que al menos uno de los padres tiene con el nacido por fecundación asistida.
  
3. Evitar la interferencia afectiva de una persona ajena a la familia en la que el hijo se halla inserto, de manera que no exista desviación afectiva ni influencia sobre el niño por parte del donante.

---

<sup>177</sup> Moro Almaraz, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 106.

4. El conocimiento por parte del hijo de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo, que no beneficiaría en nada su bienestar y desarrollo como persona.

Lo cierto es que todos los argumentos (salvo el último) dados para proteger el anonimato del donante se centran en el interés de éste o de los padres, antes que en el interés de los nacidos bajo estas técnicas. Por ello, de modo general, se puede decir que los referidos razonamientos son perfectamente refutables e insuficientes para fundamentar el anonimato, ya que lo que el legislador debe resguardar es el interés del hijo, quien es la parte más desprotegida en todas estas relaciones; y además, porque como se dirá, el derecho a conocer el propio origen puede ser configurado como uno de los derechos fundamentales de la persona, calificación jurídica de la que por cierto no goza el derecho al anonimato del donante.

Sentadas las bases de la conveniencia o inconveniencia del anonimato del dador de gametos, caben varias posibilidades respecto del conocimiento de su propio origen por parte del nacido y, consecuentemente, de las relaciones de éste con el donante. A saber:

1. Permitir reclamar al así nacido la paternidad del donante de gametos con todas las consecuencias jurídicas de la determinación de su paternidad o maternidad (posición maximalista).
2. Preservar el anonimato total del donante, de manera que el nacido nada pueda conocer de su origen genético (posición minimalista).
3. Dos soluciones intermedias:
  - a) Que el nacido sólo pueda conocer datos biogenéticos del donante.
  - b) Que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica.

Respecto de la primera alternativa, creemos que es rechazable, porque no pueden confundirse las relaciones derivadas de la filiación, de las cuales ya disfruta el hijo respecto de sus padres formales, con la mera determinación de la verdad biológica, que pretende que el hijo conozca sus orígenes genéticos.

En relación al anonimato total del donante, se han dado ya las razones para admitirlo o rechazarlo, las cuales mencionamos en párrafos anteriores.

Otra alternativa es permitir al hijo el acceso a los datos biogenéticos del donante, es decir, el conocimiento de los datos genotípicos y/o fenotípicos del dador. Esto se lograría a través del acceso del hijo a la ficha clínica del donante, la que el centro médico correspondiente estaría obligado a poner a su disposición. El derecho a obtener esta información tendría su fundamento en el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, ya que de esta manera podrían prevenirse o curarse enfermedades o anomalías hereditarias. Extendiendo el alcance de este derecho, (y ya basados en el derecho a conocer la propia identidad), los datos exigibles por el hijo comprenderían también los psíquicos y fenotípicos del donante. Sin embargo, muchos autores rechazan esta alternativa, pues consideran que con el solo conocimiento de los datos genéticos del dador no queda resguardado adecuadamente el derecho del hijo a conocer su propio origen. “Para ninguna persona basta conocer una serie de datos científicos respecto de su progenitor, ya que el hijo en su búsqueda de la propia identidad no necesita ninguna fórmula química, sino por lo menos la presentación de un hombre con un nombre”<sup>178</sup>

Este “anonimato relativo” es la regla general en la legislación española respectiva, que prescribe en su artículo 5.5 que:

---

<sup>178</sup> Coester-Waltjen, 2. *Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme. Die künstliche Befruchtung beim Menschen-Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, citada por Quesada González, *op. cit.*, p. 292.

“Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad personal. Igual derecho corresponde a las receptoras de gametos y de los preembriones, y sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”<sup>179</sup>

El Informe Warnock,<sup>180</sup> por su parte, permite que el hijo después de los dieciocho años tenga acceso a una información básica sobre el origen étnico y salud genética del donante.

Por último, cabe la posibilidad de conceder al hijo el derecho a conocer la identidad personal del donante, sin que ello acarree consecuencias jurídicas derivadas de dicho nexo biológico. Creemos que esta es la opción más adecuada, de acuerdo con la prevalencia que debe darse al interés superior del hijo, y al derecho que tiene a conocer su propio origen, el cual no debe limitarse al acceso a simples datos biogénéticos del dador. En todo caso, estimamos que este derecho sólo podría ejercerse por el hijo una vez llegado a la mayoría de edad o cuando peligra la vida o la salud del hijo.

Analizado el tratamiento que la doctrina, principalmente europea, ha dado al tema, creemos que los argumentos señalados para afirmar la existencia del derecho de toda persona a conocer el propio origen, pueden darse también en México. Estimamos que también puede configurarse como un derecho de la personalidad, cuyo fundamento último lo encontramos en la dignidad de la persona y al deber que tiene el Estado de crear las condiciones para la mayor realización espiritual y material posible de las personas.

---

<sup>179</sup> *Cfr.* Ley 14/2006, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

<sup>180</sup> *Cfr.* En su capítulo 4.21

#### 4.5.2.4. Derecho a nacer y a crecer dentro de una familia

Este no es un derecho consagrado en nuestra Constitución, sin embargo, deriva del artículo cuarto, en el que se establece que, los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; correspondiéndole a los ascendientes, tutores y custodios el deber de preservar estos derechos, y al El Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, y coadyuvar para que se cumplan éstos.

Tampoco está formulado tan tajantemente en la Convención Interamericana de los Derechos del Niño, pero parece desprenderse de lo dispuesto en su preámbulo,<sup>181</sup> y en algunas de sus disposiciones.<sup>182</sup>

Aplicado el derecho a nacer y a crecer en una familia en el ámbito de la reproducción asistida, existen situaciones en que éste se vería afectado. Ello ocurre especialmente en la fecundación artificial *post mortem* y en la inseminación heteróloga de mujeres solas. En estos casos, aún antes de comenzar la vida del hijo, éste estará condicionado a nacer y a vivir con uno solo de los padres.

En España, por ejemplo, en donde se encuentra constitucionalizado el deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden, se ha considerado que la fecundación *post mortem* está en abierta contradicción con dicha norma constitucional, desde que da lugar a que un niño nazca sin un padre que haya de cumplir con aquel deber.

---

<sup>181</sup> Cfr. Párrafo séptimo de la Convención Interamericana de los Derechos del Niño

<sup>182</sup> Cfr. arts. 5, 7, 8.1, 9 y 18

En el derecho comparado, se dan distintas soluciones al problema relativo a la permisibilidad de las mujeres solas (sea por status civil o por tendencia sexual), a la reproducción asistida. En algunas legislaciones se establece que sólo serán beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida las parejas, permitiéndose en otras el acceso a parejas y a la mujer sola.

Así, en Suecia y Noruega se rechaza la posibilidad de que la mujer sola sea beneficiaria de las técnicas. En Suecia, la Ley 1140 de 1984 establece que sólo pueden acceder a estas técnicas los matrimonios y las parejas estables, llegando incluso a penarse las infracciones a esta limitación. La legislación noruega es más exigente aun y señala que sólo pueden ser beneficiarios los matrimonios.

Distinto es el caso de España,<sup>183</sup> “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley.” Pero, enseguida, agrega ciertos requisitos: debe haber prestado libremente su consentimiento para la realización de las técnicas, debe tener al menos dieciocho años y plena capacidad de obrar. Es claro que en este ordenamiento jurídico las técnicas modernas de reproducción asistida se consideran un modo alternativo de reproducción. Incluso en la exposición de motivos de la ley se señala que “desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. Por lo tanto, la mujer sola tiene acceso libre a las técnicas de reproducción asistida.

En Gran Bretaña, la Ley 1990 dispone que pueden ser sujetos activos de las técnicas de reproducción asistida los matrimonios, las parejas y las mujeres solas, pero tomando en cuenta el bien del niño y el de otros afectados y la necesidad de un padre.

---

<sup>183</sup> Cfr Art. sexto de la Ley de Reproducción Asistida 14/2006

En Alemania se permite el uso de las técnicas a matrimonios, parejas y mujer sola.

Por último, en Estados Unidos, basándose en el derecho a la privacidad, se establece que el Estado no puede oponerse a que una mujer sola sea sujeto activo de las técnicas, de lo contrario, se estaría conculcando una garantía constitucional.

#### **4.5.3. La colisión de los derechos fundamentales de las partes que intervienen en la reproducción asistida (padres-hijo), y sus probables soluciones desde nuestro punto de vista**

Recapitulando, si todos los hijos son sujetos de derechos desde que comienza la vida, y nosotros postulamos que ello ocurre con la concepción y, a su vez, es posible identificar una serie de derechos de que son titulares, tanto en su vida anterior como posterior al nacimiento, los cuales pueden confrontarse al catálogo de derechos de que son titulares la mujer y el hombre que se someten a la reproducción asistida, entonces necesariamente debemos contemplar la posibilidad de un choque entre los derechos de los hijos y la de los otros involucrados. De entre ellos, y considerando nuestra postura, hemos desarrollado los que consideramos son los más ejemplificativos:

1. El derecho a la vida y a la integridad física de los embriones obtenidos a través de una técnica de reproducción asistida, en conflicto con el derecho a la procreación de la madre, en la medida que la implantación en el útero de varios embriones pueda disminuir las expectativas de un embarazo que llegue a feliz término y, por consiguiente, haya que eliminar algunos o criopreservarlos para más tarde descongelarlos.
2. El derecho del hijo a conocer su origen, en contraposición al anonimato del donador de gametos.

3. El derecho a nacer y a crecer en una familia, frente al derecho a la procreación o, según otra postura, frente al derecho a la salud, de la mujer sola o de la viuda en el caso de la fecundación *post mortem*. ta contraposición de intereses, pues en definitiva detrás de todo derecho existe un interés protegido, se pueden identificar distintas situaciones:

- a) Aquella en que la controversia se plantea entre un derecho del hijo y un interés particular o colectivo. En este caso, es evidente que deberá primar el derecho del hijo. Así, por ejemplo, entre el derecho a la vida del embrión y el interés de rebajar los costos en la fertilización *in vitro* al fecundar varios óvulos, debe prevalecer el primero.
- b) La situación en que un interés del hijo se enfrenta a un derecho del padre o madre o, incluso, a un derecho del mismo hijo. Aquí, deberá preferirse el derecho por sobre el interés. Por ejemplo, entre el derecho a la vida, en su aspecto de derecho a nacer, y el interés de nacer y crecer en una familia del hijo, debe primar el primero. Es decir, si se produjo la gestación, el embrión tiene derecho a vivir, aun cuando sus padres se hubieren separado o el padre hubiese muerto.
- c) Si la controversia se produce entre un derecho del hijo y un derecho de otra persona, entonces pensamos que el primero debe tener una primacía no excluyente de los derechos de terceros.

Por consiguiente, pensamos que los conflictos que pudiesen suscitarse deben solucionarse dando preeminencia a los derechos del hijo pues, en definitiva, los padres

se someten a la reproducción asistida justamente para dar vida a un nuevo ser humano, pleno de dignidad y derechos pero que, por su propia condición, no puede hacerlos valer por sí mismo. La fragilidad de la vida en sus primeras etapas exige una especial protección y preocupación del derecho.

Aquí cobra toda su importancia el concepto del interés superior del niño como principio hermenéutico. A través de él, la solución al conflicto debe conducir a una efectiva garantía de los derechos del hijo, cuidando de no transformarlo en una especie de “tiranía” de los derechos del hijo, en deterioro de los derechos de otras personas.

#### **4.6. PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES**

Como consecuencia de la reproducción, y en especial de la reproducción asistida, se desprenden conductas que tienen relación directa con el Derecho, y que impactan en diversos campos de este, por ende, es indispensable su regulación.

Como nos referíamos en el capítulo tercero de la presente investigación, en nuestro sistema jurídico carecemos sustancialmente de regulación en materia de reproducción asistida, y contamos solamente con bases diseminadas en diferentes legislaciones. El propósito final de la presente investigación es señalar por un lado las reformas que deben hacerse y por otro la promulgación de una ley específica de la materia. Cabe señalar, que haremos referencia a lo que consideramos la columna vertebral legislativa, y de la cual pueden subyacer otras tantas, como los avances de la ciencia y la medicina nos exijan.

Una protección máxima del ser humano debe ofrecer la Constitución Política de nuestro país al consagrar los principios de orden bioético. La protección de la vida, la salud, la identidad e integridad del ser humano, de la humanidad, requieren una regulación real y efectiva en que la Constitución, como la norma fundamental, sienta los principios rectores, las directrices vinculantes y sean las normas especiales las que regulan cada caso en particular. Este pensamiento tiene como sustento el hecho de

que “Por la normatividad jurídica y por la legitimidad metajurídica de la Constitución, la bioética esta vinculada al marco constitucional, y a la solución a los problemas que se planteen habrá de partir de los principios ahí contenidos.”<sup>184</sup> Esta tarea corresponderá al derecho que tiene el compromiso de dictar normas adecuadas que propongan en un primer momento una reforma a la Constitución, el Código Civil, la ley General de Salud y al Código Penal, luego de ello, pensar, quizás, en la elaboración de una ley de la reproducción asistida, acorde a la circunstancia social, económica, cultural y científica de nuestro país.

El artículo cuarto, de nuestra Carta Magna establece una serie de derechos encaminados a proteger a la familia y a la formación de ésta, que de manera libre y responsable tiene derecho todo individuo a elegir. Se le reconoce el derecho a la protección de la salud, estableciendo la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

El precepto en cita, es muy específico y faculta a todo hombre y mujer a decidir sobre cuántos hijos desea procrear y que su decisión debe ser libre y responsable, es decir, que ninguna otra persona, que no sea la pareja, puede comentar o incitar para que tenga o no hijos. Es una decisión exclusiva de la pareja.

Propongo que a fin de garantizar el derecho a la procreación, independientemente de que sea natural o en forma asistida, se deberá de incluir en el artículo en cita de nuestra Carta Magna.

Se le reconoce a la niñez el derecho a satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Teniendo la obligación de preservar éstos derechos, sus ascendientes, tutores y

---

<sup>184</sup> Bellver Capella V. “Bioética y Constitución”, Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 12, Universidad de Deusto, España.

custodios, así como al Estado, a quien le corresponde proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, además de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

De lo anterior, se desprende, que nuestra Constitución, protege los derechos de salud de los niños, mismos que deben de cumplirse desde el momento de su concepción, la cual puede darse no solamente de forma natural, sino también a través de los diferentes formas de reproducción asistida que se realizan en nuestro país. Esto con la finalidad de no violentar sus derechos humanos, durante estos procedimientos médicos.

En consecuencia se plantea reformar el artículo primero y cuarto de nuestra constitución en los siguientes términos:

**Artículo 1o. ...**

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, **el método por el que hayan sido concebidos**, 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.

**Artículo 4o. ...**

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número, el espaciamiento y **método de concepción de sus hijos**.

El Estado a través de la ley respectiva, regulará todo lo concerniente a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida haciendo prevalecer la dignidad humana, el respeto a familia y los derechos de la niñez.

El ser humano está protegido de los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética.

El Estado dictará prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito preverá la tutela de la dignidad humana, de la responsabilidad y de la familia atendiéndose en particular a los siguientes principios:

- I. Todos los tipos de clonación y las intervenciones en el patrimonio genético de células germinales y embriones humanos son inadmisibles.
- II. El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano ni ser fundido con este último.
- III. Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas sólo cuando no existan otros modos para curar la infertilidad o para evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves, pero no para predefinir determinados caracteres en el embrión o para fines científicos.
- IV. La fecundación de ovocitos humanos fuera del cuerpo de la mujer está permitida sólo en las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer pueden ser cultivados como embriones sólo tantos ovocitos humanos cuantos se puedan implantar inmediatamente.
- V. La donación de embriones y toda otra forma de maternidad de alquiler son inadmisibles.

- VI. No puede comerciarse el patrimonio germinal humano ni los productos de los embriones.
- VII. El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado sólo con su consentimiento en base a una prescripción legal.
- VIII. Toda persona tiene acceso a sus datos genéticos.

Nuestra nueva Carta Magna debe proteger integralmente al ser humano, primero reconociendo sus derechos reproductivos, y el uso de las técnicas de reproducción asistida consideradas como éticas, por un Comité Nacional de Bioética, que garanticen que el ser humano (en este caso el hijo), no sea material de exploración ni explotación procreacional ni genética. Ello se lograra mediante la legalización de los principios elementales de la bioética en nuestra Constitución, como los mencionados.

La falta de un ordenamiento jurídico especializado que regule a cabalidad la influencia de la genética en el ser humano ocasiona una desprotección no sólo en la persona, si no también en la familia, en la sociedad y, en términos reales, en la humanidad en general. El vacío legal tiene que ser cubierto con la mayor brevedad posible, a fin de canalizar adecuadamente los procedimientos y técnicas genéticas que se vienen realizando actualmente en nuestro medio, para evitar abusos o mala praxis. Algunas normas legales en México contienen uno que otro artículo que hacen referencia tangencial al tema en análisis.

En relación a la Ley de Salud, las modificaciones que propongo son las siguientes:

TÍTULO DÉCIMO CUARTO  
DONACIÓN, TRANSPLANTES, **REPRODUCCIÓN ASISTIDA**, Y PÉRDIDA DE  
LA VIDA

Artículo 313. Compete a la Secretaría de Salud:

I. ...

II. ...

**III. La regulación y el control de los centros donde se apliquen técnicas de reproducción humana asistida.**

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

I. a XVII. ...

**XVIII. Técnicas de reproducción humana asistida, a toda acción tendiente a auxiliar, transformar o sustituir procesos destinados a ocurrir espontáneamente en el aparato genital femenino por medio de una manipulación ginecológica, no generando modificación alguna en el patrimonio genético del embrión humano.**

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

I. a IV. ...

**V. Los bancos de semen, óvulos, embriones, gametos, recepción, conservación y distribución de material biológico humano destinados a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, que la Ley Federal de Técnicas de Reproducción Humana Asistida contempla.**

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

En materia civil, se debe de regular la figura de filiación, con respecto a los hijos procreados a través de las técnicas de reproducción asistida, considerándolos en las mismas circunstancias y con los mismos derechos que establece nuestra legislación vigente en la materia.

En materia penal, se deberán establecer las responsabilidades jurídicas tanto a los médicos, como a las personas que permitan el uso indiscriminado e indebido de embriones. Por lo que se requiere que el equipo medico especializado "este altamente entrenado en las diferentes ramas que el riesgo exige". Todo acto médico contiene un significado humano, concepción básica del pensamiento de la medicina antropológica que se opone ala medicina científica exclusiva. Es por ello que la vida humana, desde su comienzo, debe ser objeto de respeto total.

No nos detenemos en las propuestas relativas en materia civil y penal, dado que éstas merecen un estudio profundo y no son objeto de la presente investigación, no por ello dejamos de señalarlas, en forma generalizada en los párrafos que anteceden.

A fin de regular en forma específica a la reproducción asistida proponemos la creación de una ley federal de la materia, ya que debido a los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, han posibilitado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, que han supuesto una verdadera revolución en el hecho reproductivo con una inmensa incidencia social tanto en un sentido valorativo como jurídico.

Estimamos que para crear una ley que pretenda regular los multicitados avances en reproducción asistida, deben tomarse en cuenta las siguientes cuestiones:

- a. La importancia que tiene la familia dentro de la sociedad. El estado tomando en cuenta el papel fundamental que la familia juega dentro de la comunidad en que se desenvuelve, intervenga en la regulación del uso de las técnicas los efectos que han de producir sobre todo los sujetos implicados, las responsabilidades a que haya lugar, la protección a los particulares en el ejercicio de sus derechos fundamentales, y todos aquellos aspectos que sean necesarios regular a fin de perseverar los derechos humanos y a la familia sin afectar su estructura.
- b. Los conceptos y tipos de reproducción asistida señalando cuáles serán permitidas por la ley y en que caso se consideran ilícitas y por lo tanto, contrarias a la misma.
- c. Establecer los supuestos en que pueden ser utilizadas las técnicas especificando con claridad los lineamientos que se tienen que cubrir para acceder a este servicio de salud.
- d. Determinar las circunstancias personales de los sujetos que soliciten la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, haciendo especial énfasis en la idoneidad y situación jurídica del donador cuando se requiera su intervención.
- e. Autorizar a las instituciones tanto públicas como privadas que presten el servicio, incluyendo la regulación de los institutos llamados bancos genéticos.

- f. Los requisitos y obligaciones que se establezcan a dichas instituciones para poder prestar el servicio.
- g. Las instituciones establecidas en el campo de la investigación en materia de reproducción asistida en los seres humanos.
- h. La aplicación de las sanciones correspondientes a quienes contravengan las disposiciones antes referidas.

Establecido lo anterior, enunciare y desglosare a continuación los diversos apartados a través de los cuales se desarrolla mi propuesta, a saber:

**Propuesta para una La ley Federal de Reproducción Humana Asistida, establecerá:**

*l. Ambito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida*

La ley que regule la reproducción asistida humana debe contemplar las distintas técnicas que hoy se utilizan: la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), dejando expresamente establecido que ellas sólo proceden cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados.

Debe hacerse referencia en dicha ley que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapias se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

Estas técnicas pueden utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.

## *II. Principios Generales que deben imperar.*

Como principios generales debiese dejarse establecido que las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:

- a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
- b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.
- c) Con información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles.
- d) Con la aceptación de la realización de las técnicas reflejada en un formulario.
- e) La mujer receptora de estas técnicas tiene derecho a pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización.
- f) Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas se recogen en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

- g) Prohibirse la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.
- h) Transferirse al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

### *III. Los donantes*

La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por la ley debiera ser un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado.

La donación debiera ser revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles.

La donación nunca debiera tener carácter lucrativo o comercial y tendrá que ser anónima,<sup>185</sup> custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto.

Los hijos nacidos deben tener derecho a obtener información general de los donante. Igual derecho debe corresponder a las receptoras de los gametos.

El donante debe tener más de dieciocho años y plena capacidad de ejercicio. Su estado psicofísico debe cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que debiera tener carácter general e incluir las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles, entre ellas el VIH.

---

<sup>185</sup> Siguiendo nuestra postura, consideramos que el anonimato queda restringido al derecho que tiene el hijo a conocer su origen biológico. *Cfr.* El numeral 4.5.2.3. de la presente tesis.

Se debe cuidar especialmente que de un mismo donante no nazcan más de dos hijos.

#### *IV. Usuaris de las técnicas*

Toda mujer, casada o no, debe tener la posibilidad de ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas de reproducción asistida, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Debe tener dieciocho años al menos y plena capacidad de ejercicio.

Si la mujer estuviere casada, se precisa además del consentimiento del marido, a menos que estuvieren separados legalmente, de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

La elección del donante debiera ser de responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida con acuerdo de la mujer o de la pareja, según las características fenotípicas que consten en el informe del donante.

#### *V. La Filiación*

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se debe regular de la siguiente manera:

Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, deben poder impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

No debiera poder determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas

de reproducción asistida y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

Sin embargo, el marido puede consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado luego de su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

El consentimiento para la aplicación de las técnicas debiera poder ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

#### *VI. Crioconservación y otras técnicas*

El semen puede crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años.

No debiera autorizarse la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.

En cuanto a la crioconservación de los preembriones sobrantes de una FIV, si no son transferidos al útero, se propone evitarla al máximo, y más bien, fertilizar un máximo de tres embriones, e implantarlos todos, para que, por último, respecto a aquel que no es viable se produzca un aborto “espontáneo”. Esto también provoca serias dudas a cerca del procedimiento, pero es algo más natural que desecharlos porque ha transcurrido un plazo, y por lo menos se le da cierta oportunidad.

#### *VII. Diagnóstico y tratamiento*

Toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no debe tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad, o la detección de

enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear.

Toda intervención sobre el embrión o el feto vivos, en el útero o fuera de él, con fines diagnósticos, debe considerarse legítima si tiene por objeto el bienestar del no nacido y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente.

Toda intervención sobre el preembrión vivo con fines terapéuticos, no debe tener otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables.

La terapia a realizar en preembriones in vitro, o en preembriones, embriones y fetos, en el útero, sólo debe autorizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- Que la pareja o, en su caso, la mujer sola, hayan sido rigurosamente informados sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y las hayan aceptado previamente.
- Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías, al menos, razonables, de la mejoría o solución del problema.
- Que se disponga de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.
- Que no se influya sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busque la selección de los individuos o la raza.
- Que se realice en centros sanitarios autorizados, y por equipos calificados y dotados de los medios necesarios.

### *VIII. Investigación y experimentación*

Los gametos debieran poder utilizarse independientemente con fines de investigación.

Se debe autorizar la investigación dirigida a perfeccionar las técnicas de obtención y maduración de ovocitos, así como de crioconservación de óvulos.

Los gametos utilizados en investigación o experimentación no debieran usarse para originar preembriones con fines de procreación.

En cuanto a la investigación o experimentación en preembriones vivos, se debe prohibir expresamente cualquier tipo de experimentación o investigación aunque sea en un preembrión no viable, ya que atenta contra la dignidad de la persona humana.

### *IX. Centros sanitarios y equipos biomédicos*

Todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de recepción, conservación y distribución de material biológico humano deben tener la consideración de centros y servicios sanitarios públicos o privados, y deben regirse por la Ley General de Salud por su reglamento.

Los equipos biomédicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deben estar especialmente calificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias, o sus derivaciones científicas, y deben contar para ello con el equipamiento y medios necesarios.

Deben actuar interdisciplinariamente y el director del centro o servicio del que dependen debe ser el responsable directo de sus actuaciones.

Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan, incurren en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionan los intereses de donantes o usuarios o se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudios previos.

Los equipos médicos deben recoger en una historia clínica, a custodiar con el debido secreto y protección, todas las referencias exigibles sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

#### *X. Del Comité*

Se deberá establecer un comité que esté integrado por médicos experimentados y de solvencia moral y que tenga como finalidad resolver los conflictos que surjan para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Mismo que no podrá resolver delitos relacionados con la materia, pues éstos se sujetarán a las disposiciones penales.

#### *XI. De las infracciones y sanciones*

Las infracciones se podrán clasificar en graves y muy graves, de la siguiente manera:

##### **Infracciones Graves:**

- El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los centros sanitarios y equipos biomédicos.
- La vulneración de lo establecido consentimientos y referencias exigidas, así como la falta de realización de historia clínica en el

tratamiento de los usuarios de estas técnicas por los equipos de trabajo.

- La omisión de datos,

Infracciones muy graves:

- Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.
- Obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin.
- En caso de aprobarse la crioconservación de preembriones, mantenerlos in vitro y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.
- Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables.
- Comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación.
- Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos o científicos, y cuando tales fines no puedan alcanzarse por otros medios.
- Utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes.
- Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE o el GIFT.
- Develar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos.
- Crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.
- La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos.

- La partogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.
- La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.
- La creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros.
- El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos.
- La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa.
- La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.
- La creación de preembriones con espermatozoides de individuos diferentes para su transferencia al útero.
- La transferencia al útero, en un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres.
- La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.

Para llevar a la práctica de manera eficaz estas sanciones, debieran incorporarse nuevos delitos y faltas al Código Penal, con penas acordes a la sistemática del Código, que tengan como finalidad la de mantener un buen control en la utilización de estas técnicas.

La normativa legal permitiría también contar con un marco ético, jurídico y valorativo, que no sólo ayudara a solucionar un problema orgánico, sino que además orientara a quienes deben tomar una decisión tan importante, mejorando así las calidades de vida de tantos individuos que hoy carecen de esta posibilidad.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Los derechos humanos son inherentes a la propia naturaleza del ser humano, forman parte de su esencia misma, constituyen una reivindicación de los valores universalmente reconocidos como son la dignidad, libertad e igualdad. El Estado los reconoce y garantiza, positivándolos en su derecho interno.

**SEGUNDA.-** La evolución socio-histórica y socio-cultural de los derechos humanos, no es una evolución que haya concluido sino que se encuentra abierta a la aparición de “nuevos derechos” y a la interpretación y transformación de los ya existentes. Los cuales surgen de nuevos movimientos sociales, tales como movimientos urbanos, vecinales, ecológicos, pacifistas, feministas, antinucleares, étnicos, de estudiantes y organizaciones no gubernamentales, o de avances científicos y tecnológicos, como es el caso concreto que nos ocupa, referente a la reproducción asistida en el ser humano y su implicación en él mismo y la sociedad.

**TERCERA.-** A principios de este siglo XXI, y con el avance que han tenido las técnicas de reproducción asistida, debido a que su campo de utilidad es inmenso, nos encontramos en los inicios de un gran desarrollo biológico, que no procede de una evolución natural, sino que significa un cambio provocado por la manipulación que de la naturaleza ha realizado el ser humano y que van a afectarlo directamente y a su entorno.

**CUARTA.-** Debemos de proteger los valores universales, contenidos en los “derechos clásicos fundamentales”, de la utilización abusiva o desviada de estos progresos y recursos derivados del desarrollo de las ciencias biomédicas, que pueden poner en riesgo su existencia. En esta post-modernidad corren un mayor peligro potencial la integridad física y moral, la libertad individual, la intimidad, la protección del embrión o feto, la integridad de la especie humana.

**QUINTA.-** El ser humano en su conducta ha de fundarse siempre en la estructura íntegra de su persona, y armonizar la conducta con su estructura personal. Rescatar toda la grandeza ética de los Derechos Humanos es un imperativo porque se funda en la realidad y tiene su principio en el conocimiento de ella, permitiendo así el conocimiento de las acciones que se ajustan a la realidad, constituyéndose por tanto en fuente de salud para el hombre en todo el sentido de la palabra.

**SEXTA.-** La Comunidad Internacional y cada Estado en particular deben intervenir para regular suficientemente la protección de los derechos humanos, incluyendo a los que surjan por los avances en la biología y la medicina, como en la reproducción asistida, previendo situaciones que atenten la dignidad, la vida, el derecho a la salud, a la familia. Esto no solamente en su territorio, sino también más allá de sus fronteras, promoviendo la firma, ratificación o adhesión a Declaraciones Universales, Conferencias internacionales, Protocolos o Tratados, que tengan este objetivo, sobre todo en América Latina, y procurando realizar conferencias para la revisión de los ya existentes, como es en el caso de Europa, a fin de mantenerse a la vanguardia y no permitir que exista una gran brecha entre los avances que en materia de reproducción asistida se generen y el Derecho.

**SÉPTIMA.-** Estamos inmersos en una nueva cultura científica que incide en la vida diaria, tanto en el ámbito personal como social, lo que genera un sin número de interrogantes, y lagunas jurídicas que progresan a un ritmo más rápido que nuestra legislación interna. Por lo que se hace evidente la creación de un marco jurídico acorde a nuestra realidad.

**OCTAVA.-** Los beneficios de los avances científicos, deben llegar a todos y ser accesibles a todos los grupos sociales, no deben ser exclusivos de una élite, ni deben utilizarse como uso de comercio o de poder sobre otros seres humanos. En nuestro país el acceso a la reproducción asistida es muy reducido, los procesos son largos y costosos y fuera del alcance de la población en general.

**NOVENA.-** Para que exista una reproducción humana asistida, se requiere:

- Una manipulación de los elementos reproductores humanos, (células germinales, gametos, cigotos, embriones), encaminada a la procreación por medios no naturales.
- Que dicha manipulación sea necesaria toda vez que se presente un problema de salud: infertilidad o esterilidad.
- Que exista voluntad de las partes de someterse a los tratamientos y estudios necesarios para lograr la reproducción.
- Que dichos tratamientos no atenten contra la vida y dignidad del ser humano resultado de la reproducción asistida, los que deberán estar protegidos en nuestro sistema jurídico.

**DÉCIMA.-** Hay que romper con los paradigmas, no parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, no debe ser limitada si no es con base en criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad, de que en estricto beneficio del ser humano, no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer.

**DÉCIMA PRIMERA.-** Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse no a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por

sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Así, resulta precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del derecho allí donde proceda, con respecto al material embriológico utilizado, las receptoras de las técnicas, y en su caso a los varones a ellas vinculados, los hijos y la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar (estimulación ovárica, crioconservación de gametos y preembriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etcétera).

**DÉCIMA SEGUNDA.-** No se deben utilizar embriones o preembriones viables para la experimentación, a la investigación científica se le deben imponer límites, mas aún cuando intenta vulnerar el límite de los derechos humanos; si lo hiciéramos o lo permitiéramos, estaríamos experimentando con seres humanos en potencia, no perderían por este hecho su condición, y por lo tanto, estaríamos atentando contra individuos de nuestra propia especie.

**DÉCIMA TERCERA.-** Es necesario fortalecer el sistema interno de Derechos Humanos, pero también debe hacerse extensivo al Interamericano, debido a que no existe una homogeneidad en la región que permita una protección eficaz de éstos derechos, y al no existir un sistema normativo en materia de Derechos Humanos y biotecnologías, (incluyendo en éstas a la reproducción asistida), que marque límites al uso de las técnicas de reproducción asistida, permite que nuestro país, se convierta en un paraíso para aquellos que sólo ven en la infertilidad, una oportunidad para acumular fortunas, a costa de la salud de otros. Así entonces, la normativa legal permitiría también contar con un marco ético, jurídico y valorativo, que no sólo ayudara a solucionar un problema orgánico, sino que además orientara a quienes deben tomar una decisión tan importante, mejorando así las calidades de vida de tantos individuos que hoy carecen de esta posibilidad.

**DÉCIMA CUARTA.-** Es necesario que México cuente con leyes que regulen la materia, y que permitan a toda la población, que tiene problemas de esterilidad o infertilidad, poder acceder a programas que hoy sólo pueden ser utilizados por los sectores con

ingresos económicos elevados, y así también, a través de la normativa, se implementen los planes de comunicación que sean necesarios para dar a conocer públicamente las distintas opciones que existen ante tal situación. La verdadera solución habría que buscarla en mayores y mejores inversiones en infraestructuras sanitarias y educativas, solución, sin duda, más solidaria con la cooperación al desarrollo de los pueblos y, en cualquier caso, menos lucrativa.

**DÉCIMA QUINTA.-** Es una realidad que en países como el nuestro, donde los medios económicos son escasos, las políticas de salud van orientadas más bien a mantener al sujeto sano físicamente, (si es que lo logran), careciendo de programas que permitan subsidiar problemas derivados de la esterilidad e infertilidad, como así también a fomentar programas relacionados con problemas de carácter psicológico o psiquiátrico, los que, por lo demás abundan en pacientes estériles, llegando a producir incluso daños físicos derivados de éstos. Lo anterior, solucionaría problemas para un alto número de individuos, ya que según las cifras estudiadas, la infertilidad alcanza a un 15% de la población, cifra que curiosamente va en aumento a lo largo de la historia de la humanidad.

**DÉCIMO SEXTA.-** Los derechos reproductivos de toda persona y la decisión de cada pareja de optar por la paternidad-maternidad, no pueden ser abstraídos de los derechos del niño y del no nacido, estos últimos son elementos que deben tomarse en cuenta en el análisis y la elaboración de una legislación sobre las aplicaciones y uso clínico de las técnicas de reproducción asistida, considerando las normas y leyes que en la materia existen, no tan sólo en la Ley General de Salud, sino en la Carta Magna, el Código Civil y otras leyes y reglamentos vigentes.

**DÉCIMA SÉPTIMA.-** El problema de la reproducción asistida, ha dejado de ser un problema individual o de la pareja, en la medida de que la sociedad y el Estado, han entendido que son corresponsables del futuro del nuevo ser y garantes de que su nacimiento no ha sido instrumentalizado con un fin distinto, al válido deseo y derecho a la maternidad-paternidad, por lo que en las normas se deben asegurar y exigir

condiciones mínimas, que aseguren que el nuevo ser, va a ser recibido en el seno social, con las mejores condiciones para su formación y crecimiento armónicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la Medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- ATIENZA, Manuel. *Bioética, Derecho y Argumentación*, editorial Palestra Temis, Lima, Bogotá, 2004, 129 pp.
- ASOCIACIÓN de Ginecología y Avances recientes en ginecología y obstetricia, ediciones médicas de la Asociación de Ginecología y Obstetricia México, 1967.
- AYMERICH OJEDA, Ignacio, *Sociología de los Derechos Humanos*, Universidad de Valencia, España 2003.
- BARBA, Bonifacio, *Educación para los Derechos Humanos*, Editorial FCE, México, 1997.
- BERÚMEN CAMPOS, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2000, 564 pp.
- BETHENCOURT, Alberto José C, *Técnicas de reproducción asistida, Genética Humana*, Universidad de Eusto, Fundación BBV, Bilbao, España, 1995.
- BIDART CAMPOS, German J. y HERRENDORF Daniel E., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, editorial EDIAR, Argentina, 1991.
- BLÁZQUEZ RUIZ, Javier, *Derechos humanos y proyecto genoma*, Editorial Comares, 1999
- BOBBIO, Norberto, *La edad de los Derechos, Citado por: SAVATER. F. Sin Contemplaciones, (primera reimpresión.)*. Colombia 1994, 156 pp.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, Porrúa, 5ª Edición, México, D.F. 1997, 485 pp.
- *Las Garantías Individuales*, ed. Porrúa, 25ª. edición, México, 1994.
- CAREAGA PEREZ, Gloria, *Ética y reproducción humana: perspectivas internacionales, dentro del libro, Ética y Salud Reproductiva, Programa Universitario de Estudios de Género*, México, 1996, 442 pp.
- CARLYE, A.J, *En los fines del derecho*, México, UNAM, 1967.

- CERVERA AGUILAR, Roberto y AYALA AQUILES, R. *Medicina de la reproducción humana*, ed. McGraw –Hill, México, 2002.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, s.e., s.a., 45 y 46 pp.
- CÓRDOBA, Jorge Eduardo y SÁNCHEZ, TORRES, Julio C., *Fecundación Humana Asistida, Aspectos Jurídicos Emergentes*, ediciones Alveroni, lecciones y ensayos, 2000.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Familia y Derecho: Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Universidad de los Andes, Santiago, 1994.
- DURAND ÁLCANTARA, José Antonio y GRANDE GARCÍA Israel, (editores), *Psicología: áreas de competencia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Zaragoza, México, 2006, 388 pp.
- ECO Humberto, *Cómo se hace una tesis*, edit. Gedisa, México, DF 1991, 267 pp
- ETIENNE, Llano Alejandro, *La protección de la persona humana en el derecho internacional*, editorial Trillas, México 1997.
- ESQUIVEL, Pérez Javier, *Formalismo y realismo en la teoría del Derecho*, UNAM, México, 1980.
- FARIÑAS, Dulce María José, *Sociedad y derecho*, editorial Tiran lo Blanch, España 1998, 832 pp.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, editorial Inesla, Lima 1990, 70 pp.
- FROMM. Erich, *Lo inconsciente social*, Paidós, México, 1993
- GAFO, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986.
- GARAY Oscar E., *Derechos fundamentales de los pacientes*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 13va. Edición, editorial Porrúa, México 2002, 542 pp.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 57ª Edición, México 2004; 444 pp.

- GARVIA Roberto, *Conceptos fundamentales, de Sociología*, editorial Alianza Editorial, S.A. España 2004.
- GISBERT Calabuig J.A., *Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética*, Revista Mexicana de Justicia, México, D.F., número 10, (septiembre 2000).
- GOLDSCHMIDT Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, pp.288 y ss. Cit. por PONCE DE FAUSTINELLI, Marcia Isabel: *La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el derecho familiar y hereditario*, Córdova, El Copista, 1995. Ponencia moderna y sus efectos en el derecho familiar y hereditario, Córdova, El Copista, 1995, p.11. Ponencia presentada al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín, 1995.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994,
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Iusnaturalistas y Iuspositivistas mexicanos*, (ss XVI-XX), editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones filológicas, México 1998, 256 pp.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *De la Bioética al Bioderecho*, Universidad Pontificia de Comillas, editorial Dykinson, España, 2006, 985 pp.
- GUMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal, *Procreación asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*, editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1997.
- HERNÁNDEZ, María Teresa, *Hacia una cultura de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1991.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, *et.al., Metodología de la investigación, cuarta edición*, editorial McGraw Hill, México.
- HOTTOIS GILBERT, Antropus, *El paradigma bioético; una ética para la tecnociencia*; editorial del Hombre, Barcelona, España 1991; 205 pp.
- JONAS Hans, *Técnica, medicina y ética, la práctica del principio de responsabilidad.*, editorial Paidós, Barcelona, 1997, 380 pp.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, RAFAEL, *Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- KNOPPERS, B, *Dignidad humana y patrimonio económico*, s.e. 1991.

- KUDRYAVTSEV, V.N., *Los Derechos Humanos y la Unión Soviética, en los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*, Serbal, UNESCO, Barcelona, España, 1985.
- LACADENA Juan Ramón, *Genética y Bioética*, ed. Disdée de Borwver, 2ª edición, España, 2003, 715 pp.
- LEVI-STRAUSS, C., *The Family, traducción castellana, en: Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, Barcelona, Anagrama, 1974, 151 pp.
- MARCÓ Javier y TARASCO, *Diez temas de reproducción asistida*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, España, 2001, 127 pp.
- MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *Filosofía del Derecho*, editorial Trillas, México 1990, 143 pp.
- MÁRQUEZ ROMERO, Raúl, *Criterios editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la enciclopedia jurídica mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.
- MASSINI, Carlos Ignacio, *Los Derechos Humanos y el valor del Derecho*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, 267pp.
- , *El derecho subjetivo: ¿realidad universal o histórica?*, en Prudentia Iuris, No. IX, Buenos Aires, 1983.
- , *Filosofía del Derecho: El Derecho y los Derechos Humanos*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- MORENO MUÑOZ, M, *El debate sobre las implicaciones científicas, éticas, sociales, y legales del proyecto genoma humano*. Aspectos epistemológicos, tesis de doctorado, Universidad de Granada, s.l., s.d., 290 pp.
- MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Derechos Humanos y metodología jurídica*, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, 321 pp.
- OSSET HERNÁNDEZ, Miguel, *Ingeniería genética y Derechos Humanos*, ed. Icaria Antrazyt, Barcelona España, 2000
- OVILLA MANDUJANO, Manuel, *Teoría del Derecho*, séptima edición, editorial Dureo, México 1990, 198 pp.

- PALMA CABRERA, José Luis y RIVERA REYES, Gabriela, *La percepción social de la reproducción, Antología de la sexualidad humana*, Tomo II, 2ª. edición, Miguel Ángel Porrúa, México, 1998, 783 pp.
- PALOMAR Juan Miguel, *Diccionario para juristas*, México, Mayo ediciones, S.R.L.
- PÉREZ PEÑA, E. "Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción. Un enfoque integral" Ed., Un enfoque integral". editorial Salvat, México, 1995
- QUESADA GONZALEZ, Ma. Corona, *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico en: Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio 1994, tomo XLVII, fascículo II, 292 pp.
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos, *Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 1998,
- REBOLLO DELGADO, Lucrecia, *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*, editorial Dykinson, S.L., Madrid 2004, 374 pp.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª edición, 1997; 360 pp.
- , *Iusnaturalistas y Iuspositivistas mexicanos (ss XVI-XX)*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones filológicas, México 1998.
- RODRIGUEZ LAPUENTE, Manuel, *Sociología del Derecho*. s.l., s.d., 136 pp.
- RODRÍGUEZ ESPINOZA, Héctor, *Derecho al desarrollo, derechos humanos y democracia en México*, s.e., México, 2001, 558 pp.
- ROJAS AMANDI, Victor Manuel, *Filosofía del Derecho*, Harla, México, 1992, 351 pp
- ROJAS SORIANO, Raúl, *Guía para realizar investigaciones sociales*, UNAM, México 1982, 274 pp.
- ROMEO CASABONA, Carlos, *Génética Humana*, Universidad de Deusto, Fundación BBV, Bilbao, España, 1995, 357 pp.
- , *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1994.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, cuarta edición, Editorial Fontamara, México, 2001.

- RUBIO AURIOLES, Eusebio, *Introducción al estudio de la sexualidad humana*, "Antología de la sexualidad humana". T II, Miguel Ángel Porrúa, México 1989, 783 pp.
- RUIZ DE SANTIAGO y SIERRA Jaime, *Naturaleza y fines del derecho*, UIA, México, 1978, 237 pp.
- SÁNCHEZ CARO, Javier. *Reproducción humana asistida, Protocolos de consentimiento informado de la sociedad española de fertilidad*, editorial Comares, Madrid, España, 2002, 188pp.
- SAPAEMANN R., *Criterios editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la enciclopedia jurídica mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.
- SAPAEMANN R., *Lo natural y lo racional, ensayos de antropología*, Madrid 1989, 134 pp.
- SARMIENTO Augusto, *Las manipulaciones del cuerpo humano (Bases antropológicas para la valoración ética de las nuevas tecnologías de la reproducción humana)*, Ponencia presentada al VII Congreso Mundial de Derecho de Familia, San Salvador, 1992.
- SERRANO LAVERTU, Diana y LINARES, Ana María, *Principios éticos de la investigación biomédica en seres humanos: aplicación y limitaciones en América Latina y el Caribe*, en: Bioética. Temas y perspectivas,
- SOTO LA MADRID, Miguel Angel, *Bioética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- SQUELLA Agustín, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, editorial Distribuciones Fontomara. S.A. 1ª Edición, México 1995; 110 pp.
- STEPTOE, P., *Cuestión de vida*, Argos Vergara, Barcelona, 1980.
- SÓFOCLES, Antígona, *Las leyes no escritas e inmutables de los dioses*, ed. Porrúa, México 1998,
- TAMAYO TAMAYO Mario, *El proceso de la investigación científica*, editorial Limusa 3era. Edición, México 1999, 231 p.p.
- TEALDI Juan C., *Bioética y Derechos Humanos, Conferencia en el V Congreso Nacional de Comités de Ética de la Salud y Reunión Regional de Derecho, Ética y Ciencia*, Buenos, Aires, 2001.

- TOZZINI Roberto Ítalo, et.al., *Esterilidad e Infertilidad humanas*, 2ª. ed., Buenos Aires, Médica Panamericana, 1992.
- VALENCIA COROMINAS, Jorge, *Derechos Humanos del niño*, Lima, Instituto de Derechos Humanos, 1990
- VARELA FEIJÓO, Jacobo, *La protección de los Derechos Humanos*, editorial Hispano Europea, Barcelona España, 1972, 364 pp.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique, *El inicio de la vida humana, en: Diario Oficial el Peruano*, Lima, 18/1/93, Sección B, Opinión-Derecho, 52 pp
- VEGA GUTIÉRREZ Ma. Luisa. et.al., *Reproducción Asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1993.
- VERDUZCO PARDO Gabriela, *Infertilidad*, Noriega Editores, México, 1990
- VIDAL Marciano, *Bioética Estudios de Bioética Nacional*, editorial Zavalia, Buenos Aires, Argentina 1986, 819 pp.
- VASAK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, editorial UNESCO y Serbal, Barcelona, España, 1984,
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general*, RGD, 1986.
- VILA CORO María Dolores, *Los límites de la bioética en Biotecnología y futuro del hombre: La respuesta bioética (conversaciones en Madrid)*, 1ª editorial, Madrid, Eudema, S.A., diciembre 1992, 123 p.p.
- VITTORIO Frosinni, *Derechos Humanos y Bioética*, editorial Temis, España 1999, 117 pp.
- WARREN Reich, Coordinador, *Enciclopedia de Bioética*, s.e., s.a.
- WITKER Jorge, *Metodología jurídica*, editorial McGraw Hill, México 1997, 198 pp.

## REVISTAS

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, *“Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia”*, *Derechos Humanos México*, año I, núm. 1, 2006.

ASOCIACIÓN DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA DE MÉXICO, *Avances recientes en ginecología y obstetricia*, ediciones médicas de la Asociación de Ginecología y Obstetricia México, 1967

BELLVER CAPELLA V. *“El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre las Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica”*, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 11, julio-diciembre 1999, Universidad de Deusto, España, 122pp.

-----, *“Bioética y Constitución”*, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 12, Universidad de Deusto, España.

BELOFF, MARY, *“Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”*, *Justicia y Derechos del Niño*, Número 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999.

GISBERT Calabuig J.A., *Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética*, *Revista Mexicana de Justicia*, México, D.F., número 10, (septiembre 2000).

LEMA AMON C., *“Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre la reproducción humana asistida: la sentencia del tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida”*, *Revista de Derecho y Genoma Humano* No. 12/2000, Universidad de Deusto, 47pp.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *“Las generaciones de Derechos Humanos”*, en: *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1981, No.10, 210 pp.

PONCE DE FAUSTINELLI, Marcia Isabel, *La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el derecho familiar y hereditario*, Córdoba, El Copista, 1995, p.11, Ponencia a presentada al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín, 1995.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, “*La filiación en Cataluña en el momento actual*”, Temas de Derecho Civil Catalán, Cuadernos de Ciencias Sociales, núm. 6, 1984.

RODRÍGUEZ LÓPEZ Diana, *Nuevas técnicas de investigación humana: El útero como objeto de contrato*, Revista de Derecho Privado, año IV, número 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, (mayo-agosto 2005)

TRIBUNAL DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Prohibir la clonación de embriones humanos*, en: Tribuna del Parlamento Europeo (Boletín informativo del Parlamento de la Comunidad Europea), Madrid, octubre-noviembre 1993, año VI, No.9,

VIDAL MARTINEZ J. “*Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de inconstitucionalidad 376/89 contra la ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción asistida*” Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 12, enero-junio 2000, Universidad de Deusto 135 pp.

## OTRAS FUENTES

Carta Social Europea, 1961.

Cuarta sesión del CIB, Actas de la cuarta sección, Octubre 1996.

Código De Deontología Médica, Italia, de 3 de octubre de 1998.

Convención Interamericana de los Derechos del Niño

Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 2000.

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas para la educación, ciencia y cultura, 1997.

Diccionario de la Lengua Española, 21ª. edición, Espasa Calpe, Madrid, p. 1400.

Informe Warnock

Parlamento Europeo exige prohibición de la clonación de seres humanos, Estrasburgo (Francia), agencia EFE, 28 de octubre de 1993.

Primer Coloquio Internacional de la Laguna sobre derechos, *La Reforma de las Instituciones internacionales de protección derechos humanos*, Editorial Universidad de la Laguna, Tenerife, España 1993.

## **PÁGINAS ELECTRÓNICAS**

<http://www.catedraderechoygenomahumano.es/revista.asp>  
LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

<http://www.bioeticayderecho.ub.es> - [www.bioeticaidret.cat](http://www.bioeticaidret.cat)  
DECLARACION DE HELSINKI DE LA ASOCIACIÓN MÉDICA

<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/13/437/default.htm?s>  
CÓDIGOS CIVILES Y PENALES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA MEXICANA

<http://www.jurídicas.unam.mx>  
Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

## **LEGISLACIÓN**

Código Civil del Estado de Aguascalientes  
Código Civil del Estado de Baja California Sur  
Código Civil del Estado de Chihuahua  
Código Civil del Estado de Colima  
Código Civil del Estado de México  
Código Civil del Estado de Michoacán  
Código Civil del Estado de Tabasco  
Código Penal del Distrito Federal  
Código Penal del Estado de México  
Código Penal de Estado de Tabasco  
Códigos de Leyes sobre Genética  
Constitución Española  
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de Salud  
Ley Española de Reproducción Asistida No. 35/1988  
Ley Española de Reproducción Asistida Ley 45/2003  
Ley 14/2006 sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida  
Ley Italiana de Reproducción Asistida 40/2004, del 19 de febrero de 2004.  
Reglamento en materia de Investigación para la Salud