



UNIVERSIDAD LATINA S.C.

INCORPORADA A LA U. N. A. M.

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS SOBRE LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MEXICO Y
PROPUESTA PARA UN MARCO NORMATIVO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GUADALUPE HERNÁNDEZ ACOSTA

ASESOR: LIC. IGNACIO ARTURO JUÁREZ TERCERO



MÉXICO, D. F.

2006



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

Con todo mi amor y respeto.

A mi hija Odette Shantal, por su amor, cariño y comprensión pero sobre todo por ser la personita que me ha impulsado día con día a llegar a esta etapa tan importante de mi vida, y porque cada triunfo se lo dedico a ella.

A mis padres, Joaquín y Guadalupe, por su amor y por las palabras de aliento que me brindaron, pero sobre todo por haberme dado la vida.

A mis hermanos, cuñados y sobrinos, por haberme brindado su cariño y por el apoyo que en todo momento me demostraron.

A mis maestros por guiarme en el camino del saber, por la paciencia que demostraron tener día con día al estar frente al salón de clases.

A mis compañeros y amigos que estuvieron a mi lado y con los que compartí estudios y desvelos pero que fueron un gran apoyo para poder llegar al final de mi carrera.

A la Lic. Ma. Magdalena Barrón Vallejo, un agradecimiento especial por su apoyo y la confianza que me demostró un los momentos mas difíciles durante el desarrollo de este trabajo.

También agradezco de manera muy especial a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por permitir mi desarrollo como persona y ahora como profesionalista.

Con especial agradecimiento a la Universidad Latina, en donde adquirí todos los conocimientos, pero también donde hice grandes amigos.

Si los riesgos del mar considerara . . .

*Si los riesgos del mar considerara,
ninguno se embarcara; si antes viera
bien su peligro, nadie se atreviera
ni al bravo toro osado provocara.*

*Si del fogoso bruto ponderara
la furia desbocada en la carrera
el jinete prudente, nunca hubiera
quien con discreta mano lo enfrentara.*

*Pero si hubiera alguno tan osado
que, no obstante el peligro, al mismo Apolo
quisiese gobernar con atrevida
mano el rápido carro en luz bañado,
todo lo hiciera, y no tomara sólo
estado que ha de ser toda la vida.*

Sor Juana Inés de la Cruz

ÍNDICE

“ANÁLISIS SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO Y PROPUESTA PARA UN MARCO NORMATIVO”

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1.	¿Qué son las Técnicas de Reproducción Asistida?	1
1.2.	El proceso de la reproducción humana	11
1.3.	¿Qué son la esterilidad y la infertilidad?	18
1.4.	¿Cuáles son la Técnicas de Reproducción Asistida?	23
1.4.1	Inseminación artificial	23
1.4.2	Fertilización extracorpórea o “in-vitro”	28
1.4.3	Fecundación después de la muerte del donante	31
1.4.4	Maternidad subrogada	33
1.4.5	Inyección Intracitoplasmática de gametos	35
1.4.6	Transferencia intratubárica de gametos	37
1.4.7	Otras Técnicas variantes	38

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO COMPARADO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.1.	Las Técnicas de Reproducción Asistida en América Latina	41
2.1.1	La República de Argentina	41

2.1.2 Costa Rica	47
2.2. Las Técnicas de Reproducción Asistida en Europa	56
2.2.1 Suecia	56
2.2.2 Inglaterra	58
2.2.3 Francia	61
2.2.4 España	64
2.2.5 Alemania	68
2.3. Las Técnicas de Reproducción Asistida en los Estados Unidos de Norte América	72

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO POSITIVO MEXICANO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

3.1. Los actos y hechos jurídicos	84
3.2. Las Técnicas de Reproducción Asistida en la teoría de los actos y hechos jurídicos	89
3.3. Evolución de la familia	93
3.4. El Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	106
3.5. Antecedentes históricos del matrimonio	109
3.6. El matrimonio para el derecho civil mexicano	114
3.7. La filiación en el derecho civil mexicano	119
3.7.1 La prueba de la filiación materna y paterna	124
3.7.2 Las Técnicas de Reproducción Asistida y la Filiación	132

CAPÍTULO CUARTO

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU FALTA DE REGULACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

4.1. Las Técnicas de Reproducción Asistida y su falta de regulación en el derecho positivo mexicano	139
4.2. Las Técnicas de Reproducción Asistida y las controversias que pueden presentarse al no existir una normatividad	149
4.3. La situación legal del niño al nacer y del feto, producto de la realización de alguna Técnica de Reproducción Asistida	157
4.4. Que autoridad es la competente para resolver sobre una controversia que nazca por la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida	162

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTAS PARA UN MARCO NORMATIVO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO

5.1. Exposición de motivos	166
5.2. Propuesta de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida en México	168
CONCLUSIONES	192
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

Complejos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, en particular en las áreas de la biomedicina y la biotecnología, han permitido, 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, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo. Entre ellas encontramos a la inseminación artificial que se viene realizando desde hace bastantes años en muchas partes del mundo, la fecundación in vitro, con transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides entre otras.

En el campo de la medicina estas técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad para parejas infértiles o con problemas de reproducción.

De esta forma; en el campo de lo jurídico nos ha llevado a pensar en la falta de regulación que de ellas existe. Encontrando que nuestro derecho positivo mexicano no cuenta con las normas necesarias para regularlas, en la actualidad solamente tenemos la Ley General de Salud y algunos artículos en los códigos civiles. La realidad que hemos enfrentado supera por mucho nuestra legislación, toda vez que en ella encontramos por ejemplo; que se sigue regulando únicamente la prueba de paternidad, cuando ya debiera incluso de preverse la prueba de la maternidad, en los casos concretos de la “maternidad subrogada” o “madres sustitutas”, que se abordarán con más detalle a lo largo de este trabajo.

Lo importante en esta investigación para mí, es regular los actos jurídicos que conllevan estas técnicas, pero no sólo esto, sino también las consecuencias legales que tienen por resultado, además de que ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad, sino para otros fines incluso que pueden ser objeto de un delito.

En el primer capítulo se habla sobre lo que son las Técnicas de Reproducción Asistida, así mismo cuales son consideradas como tales, además de que se habla de la esterilidad y de la infertilidad y sus diferencias, este capítulo permite tener una visión más amplia de los que estas técnicas representan. En el segundo capítulo se hace un estudio comparativo de las legislaciones en América Latina, Europa y los Estados Unidos de América, con el objeto de conocer cuál es la tendencia y experiencia legislativa en cuanto al tema. En este orden de ideas, ya en el capítulo tercero nos adentramos al estudio de las Técnicas de Reproducción Asistida situándolas en nuestro derecho positivo mexicano, con el estudio previo tanto de otras legislaciones y conociendo más a fondo estas técnicas. El capítulo cuarto representa el tema central de esta tesis, toda vez que en él se plantea la problemática y la situación en la que se encuentran estas técnicas, dentro de nuestra sociedad, en él se observarán los diferentes supuestos que se pueden presentar en nuestra vida diaria ante la utilización de alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida. Por último en el capítulo quinto encontraremos la propuesta legislativa de esta tesis, en cuanto a lo que se ha denominado Propuesta de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida en donde se verán plasmados todos los artículos que a mi parecer deberán constituir esta ley. Los métodos que se utilizaron para la realización de esta investigación fueron el inductivo y el deductivo por ser los más apropiados de acuerdo al tema.

Mi investigación y propuesta se centran en primer lugar, en analizar las posibles consecuencias jurídicas que se pueden suscitar a partir del planteamiento hecho anteriormente sobre las técnicas de reproducción asistida y después regular con normas jurídicas las técnicas de reproducción asistida, con ello se regula a las personas que pueden ser donantes de gametos, las que reciben la donación, quienes pueden ser objeto de una técnica y la relación filial que de ella nace, la crioconservación; en fin a lo largo de esta investigación se tocarán varios puntos que se desprenden de esta práctica.

También es importante mencionar que la finalidad de este trabajo es hacer una propuesta que regule estas técnicas y enfrentar una realidad palpable y no proponer de ninguna

manera frenar el desarrollo tecnológico y los beneficios que pueden surgir de estas investigaciones y prácticas. No podemos dudar que la investigación tecnológica y científica debe seguir su camino hacia el progreso, no pueden detenerse, éstas no deben de limitarse, si no que deben estar fundadas en criterios razonables, que no nos lleven a su destrucción o choque con otros campos de lo social y los derechos humanos, deben ir de la mano con la dignidad de los individuos y obviamente con lo social por formar parte de ellas

Es indispensable que se cree una colaboración y coordinación amplia, estricta y objetiva entre el derecho y el avance y desarrollo de la ciencia, de tal manera que se respeten los derechos y libertades fundamentales del ser humano; así estaríamos en la posibilidad de que la ciencia actúe sin trabas pero siempre dentro del marco de la legalidad, con ello se cubren las necesidades humanas sobre todo las de alta prioridad al ritmo que la sociedad lo requiera, derecho, sociedad y ciencia que el beneficio del ser humano es siempre su finalidad. No hay que olvidar que lo que se tiene por resultado de estas técnicas de reproducción asistida es vida, la vida de un ser humano.

Guadalupe Hernández Acosta

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES PREVIAS

1. 1. ¿QUÉ SON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

Es de vital importancia comenzar el estudio de este tema por definir que son las Técnicas de Reproducción Asistida, al respecto, consultaremos a los especialistas en la materia, así mismo es importante resaltar que los términos y definiciones que aquí se citan tendrán un aspecto médico importante, toda vez que la materia de nuestra investigación se relaciona ampliamente con el campo de lo jurídico. En este orden comenzaremos por definir que son las Técnicas de Reproducción Asistida:

Comenzaremos por decir que las Técnicas de Reproducción Asistida son un conjunto de tratamientos que se aplican cuando la esterilidad no se resuelve espontáneamente o con tratamientos sencillos.

“Consiste en la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero, pero no logra resultado alguno en los casos de esterilidad femenina debido a problemas insolubles en las trompas de Falopio, la esterilidad masculina por reducción de número de espermatozoides, de esterilidades de origen

inmunológico y finalmente en los casos de esterilidades sin diagnóstico, supuesto éste último que alcanza a una significativa cantidad de parejas.”¹

Ahora bien, no podemos omitir las definiciones que nos proporciona la legislación, consideramos importante hacer mención de ellas, toda vez que estas legislaciones son especializadas en la materia, citaremos a dos países que cuentan ya con una legislación definida como lo son Costa Rica y España. A continuación nos permitimos transcribir el artículo segundo de la Legislación costarricense:

Decreto de la regulación de la reproducción asistida en Costa Rica:

“**Artículo 2o.-** Entiéndase por "técnicas de reproducción asistida", todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio.”²

Podemos observar que este artículo nos da una clara definición de lo que debe de entenderse como Técnica de Reproducción Asistida para esta legislación. El primer factor importante consideramos es que el método o la intervención es de carácter artificial, en segundo lugar existen dos agentes para lograr la fecundación y aunque habla de manipulación no hace referencia a una manipulación genética sino únicamente de gametos, y aunque no se menciona su fin por lógica es lograr un embarazo.

¹ GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. Inseminación Artificial y Fecundación in vitro humanas Un nuevo modo de filiación, Ed. Universidad Veracruzana. Xalapa Veracruz, México, 2001, p.38

² Decreto de la regulación de la Reproducción Asistida Número 24029-S. Publicado en la Gaceta número 45 del 3 de Marzo de 1995.

En este orden citaremos a la legislación Española que tiene más de dos décadas con una legislación propia en cuanto al tema de las Técnicas de Reproducción Asistida, nuevamente me permitimos citar el artículo primero en su inciso 2:

“Artículo 1o.

2. 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 ineficaces.”³

Como podemos apreciarlo la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida no nos proporciona una definición propiamente, pero si nos señala cual es su objetivo. En esta ocasión encontramos nuevamente que hace referencia a la intervención humana de carácter artificial, su finalidad, lograr el embarazo y tercero, un nuevo elemento, que es subsanar el problema de la esterilidad humana.

Ahora pasemos a citar a los especialistas en la metería; Josefina Sapena nos dice al respecto “Las Técnicas de Reproducción Asistida tienen por objeto superar la infertilidad del hombre. Aunque exponen grandes problemas de bioética y de derecho, no pertenecen al campo de las manipulaciones genéticas, por que no modifican el patrimonio genético, siempre que se respete el fin para el que han sido creadas.”⁴

Resulta muy interesante estudiar esta definición, toda vez que contiene elementos muy importantes que refuerzan las definiciones citadas con anterioridad, a decir de ellas tienen por objeto subsanar la infertilidad del hombre obviamente para poder concebir, segundo no son

³ Ley 35/1988 de 22 de noviembre. Sobre Técnicas de Reproducción Asistida Palacio de la Zarzuela Madrid 22 de Noviembre de 198

⁴ SAPENA, Josefina. Fecundación Artificial y Derecho, Ed. Intercontinental. Asunción Paraguay 1988, p 17

consideradas dentro de la manipulación genética y tercero expone como punto importante para nuestra investigación que representan problemas de bioética y derecho, temas que se verán con más amplitud a lo largo del desarrollo de este trabajo.

En la página española de Internet de Allat Médica Centro de Reproducción Asistida, aparece la siguiente definición, no propiamente sobre las técnicas, pero si sobre ¿Qué es la Reproducción Asistida?:

“Es una especialidad de la Ginecología que tiene como objetivo la solución de los problemas de infertilidad a través de diferentes procedimientos terapéuticos. Engloba el conjunto de técnicas y tratamientos encaminados a lograr la consecución del embarazo.”⁵

Nuevamente encontramos los mismos elementos que en las definiciones anteriores, haciendo hincapié en que otro objetivo es la solución a problemas sobre infertilidad.

Como le hemos venido señalando a lo largo de esta serie de conceptos encontramos que hay elementos que le son comunes a todos ellos, podemos decir que son los siguientes:

- Es un conjunto de métodos o procedimientos o técnicas, dependiendo de la definición.
- Que se realizan de manera en el que el ser humano interviene de manera directa, es decir, es de manera artificial y no natural.
- Su finalidad en cualquiera de los métodos que se realicen es la de lograr un embarazo y,
- Que son utilizadas como una solución a los problemas de esterilidad o de infertilidad que puedan presentarse. (más adelante se estudiarán las diferencias que existen entre estos dos conceptos)

⁵ Allat Medica Centro de Reproducción Asistida (consulta en internet <http://www.allatmedica.com>) Madrid España, 20 de octubre de 2005

Uno de los puntos en los que quisiéramos hacer mayor énfasis es el siguiente: La realidad de nuestro entorno supera en gran medida a nuestro derecho positivo, es decir hay un ser y un deber ser, en ese caso como en muchos las definiciones que se citaron reflejan el deber ser, como lo es que las Técnicas de Reproducción Asistida deben ser utilizadas en los casos de esterilidad y de infertilidad que afecten a una pareja; pero ¿Qué pasa cuando una mujer soltera decide someterse a alguno de estos métodos a través de la donación de esperma?

Situaciones como estas pueden estar sucediendo a diario en nuestro entorno y pudieran ser situaciones generadoras para la comisión de un delito, pero por su falta de regulación no hay un control sobre éstas y se atenta contra la vida de la persona, su patrimonio, integridad física, herencia y filiación.

Para ello es importante hacer mención del momento y situación apropiada para realizar una técnica de esta naturaleza, haremos referencia en primer lugar a una serie de situaciones médicas en las cuales se recomienda la utilización de alguna de estas técnicas.

Comenzaremos por decir que éstas se pueden realizar cuando obstáculos orgánicos impiden la fecundación, sea por la imposibilidad de depositar en forma natural el semen en el fondo de la vagina o cuando la acidez de la matriz es tal que paraliza a los espermatozoides antes de que lleguen a las trompas; por malformaciones congénitas del aparato sexual masculino o de la mujer, o ausencia de condiciones adecuadas para la fecundación en el semen de varón pero subsanables con la utilización de la ciencia (escaso número de espermatozoides, escasa vitalidad o movilidad, etcétera) alteraciones en el moco del cuello del útero, rechazo inmunológico del semen a nivel de la vagina o cuello del útero o alguna otra situación.

Como lo señalamos, en el párrafo anterior sólo se hace referencia a diversas situaciones de carácter médico que dan como resultado la alternativa de realizarse una Técnica de

Reproducción Asistida, sin embargo; hay otras situaciones como lo es la maternidad subrogada o arrendamiento de vientre, en donde se realiza una Técnica de Reproducción Asistida, pero los agentes que intervienen se encuentran en diferentes situaciones que cuando se realiza por la donación de espermatozoides mediante un banco de semen. A lo que queremos llegar es a que la Técnica de Reproducción Asistida independientemente de la que se decida realizar no cambia, lo que cambia es la situación de los agentes que intervienen para lograr un embarazo.

Ahora bien veamos lo que nos señala nuevamente la legislación española en cuanto a este tema:

“CAPITULO II

Principios Generales

Artículo 2o.

1. 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.

2. Es obligada una 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. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.

...

Artículo 3o.

Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.”

Podemos observar que la ley española no hace referencia o distinción alguna sobre que las Técnicas de Reproducción Asistida, deban ser utilizadas en parejas casadas o por parejas simplemente, sólo hace referencia a la mujer, esto se refuerza con la cita siguiente que pertenece a la misma legislación.

Las usuarias de las técnicas

Artículo 6o.

1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

2. La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada.

3. Si estuviere casada, se precisará además del consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

4. El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el artículo 8o., apartado 2, de esta ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

...⁶

Por lo tanto concluimos que la legislación española permite la utilización de alguna de estas técnicas, en cualquier mujer mayor de edad que se encuentre debidamente informada, además de un elemento que es de suma importancia y que más adelante trataremos con más profundidad, el consentimiento.

Ahora bien, de manera opuesta la legislación de Costa Rica, nos señala lo siguiente:

“Artículo 1o.- Autorizarse, únicamente entre cónyuges, la realización de técnicas de reproducción asistida en el país, que deberán regirse por las disposiciones del presente Decreto Ejecutivo.

...

Artículo 4o.- Para que las células germinales -óvulo y espermatozoide- de la pareja conyugal, puedan ser utilizados en técnicas de reproducción asistida homólogas, debe constar en el expediente clínico de la pareja, que para tal efecto deberá llevar el establecimiento, los siguientes requisitos, sin los cuales no se podrá llevar a cabo el tratamiento:

...

- i) Haber brindado asesoría a la pareja conyugal sobre procedimientos y posibilidades para optar por la adopción, antes de someterse al tratamiento con técnicas de reproducción asistida.

⁶ Ley 35/1988. op. cit. P. 3

ii) Justificación para la realización de técnicas de reproducción asistida en la pareja conyugal interesada, como último procedimiento médico terapéutico para concebir, a causas de problemas de esterilidad.

iii) Mención de los estudios, tratamiento y resultados, seguidos a la pareja hasta antes de decidir sobre la realización de prácticas de reproducción asistida con la misma.

b) Constancia suscrita por la pareja conyugal, en la que manifiesten expresamente:

i) Haber sido asesorada e informada por el equipo profesional interdisciplinario tratante, sobre procedimientos y posibilidades para tramitar una adopción, haciendo renuncia expresa para optar por tal posibilidad.

ii) Haber sido informada por el equipo profesional interdisciplinario tratante, sobre requisitos, procedimiento, riesgos, descripción de posibles molestias, secuelas, evolución previsible, peligros y beneficios del tratamiento.

iii) La anuencia para la realización del tratamiento por medio de técnicas de reproducción asistida homólogas para poder concebir.

c) Exámenes clínicos que demuestren que los participantes en el tratamiento, no son portadores de enfermedades infecto-contagiosas u otras que confieran riesgo de defectos congénitos al producto de la concepción.

d) Certificación extendida por el Registro Civil o por Notario Público, en que se haga constar el matrimonio de la pareja interesada en el tratamiento.”⁷

⁷ Decreto de la Regulación de la Reproducción Asistida. op. cit. P. 2

Podemos observar de la transcripción anterior que la Legislación en Costa Rica asegura que en primer lugar la pareja se encuentre casada, debidamente informada, sana, y que al decidir utilizar alguna de estas técnicas se haya pensado en la posibilidad de la adopción, además del consentimiento pleno.

De esta forma vemos que la legislación española al igual que la costarricense, tienen factores comunes que son, el consentimiento, la salud, que sean utilizadas como la última alternativa para lograr la concepción, el pleno conocimiento de los riesgos y de los resultados de la utilización de estas técnicas; independientemente de que en Costa Rica hay una clara tendencia a preservar el concepto de familia y en España se deja al libre arbitrio de la mujer independientemente del estado civil en el que se encuentre, más adelante en el derecho comparado tocaremos con más detenimiento estas diferencias radicadas en países latinoamericanos y los europeos.

En este orden de ideas concluimos respecto de este punto que las Técnicas de Reproducción Asistida, no deben ser utilizadas como un medio de reproducción humana cotidiana, sino como un medio para solucionar problemas que puedan presentarse en la pareja o en la mujer, además de ser el último recurso para subsanar dichas deficiencias.

Además de que consideramos que al igual que se investiga sobre las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida, se debería de invertir más recursos humanos y monetarios en la búsqueda de las causas que generan los problemas de infertilidad y esterilidad humanas, en los casos en que proceda.

1. 2. EL PROCESO DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA

Para comprender mejor que son las Técnicas de Reproducción Asistida, consideramos es de vital importancia conocer el aparato reproductor femenino y masculino, en cuanto a su funcionamiento y constitución. De la misma forma hablaremos sobre el proceso de la fecundación.

No es nuestra intención estudiar de manera profunda este tema, así que sólo se abordará de manera muy general.

Para que se logre la reproducción humana se necesita de dos progenitores (aunque actualmente con la clonación esta idea ha cambiado), cada uno de los cuales contribuye al proceso con una célula especializada o gameto, óvulo o espermatozoide, los que se reúnen para formar un huevo fecundado. El aparato genital está constituido por las estructuras encargadas de las funciones de reproducción y ellas son diferentes en el hombre y la mujer.

El óvulo es el encargado de suministrar elementos nutritivos al embrión, el cual evoluciona una vez que dicho huevo es fecundado; los espermatozoides son pequeños y móviles adaptados a una especie de natación que los conduce hacia el óvulo mediante movimientos activos de su larga cola parecida a un látigo; la ventaja biológica de la reproducción sexual es que permite la variada combinación de las mejores características de los progenitores transmitidas por la herencia.

Para adentrarnos al estudio del aparato genital femenino el Doctor Mario Rodríguez Pinto nos explica: “Los genitales femeninos están constituidos por un conjunto de órganos, unos externos y otros internos”⁸.

⁸ RODRÍGUEZ PINTO, Mario. Anatomía Fisiología e Higiene, Ed. Progreso, México 1984, p. 137

Los externos son: los labios mayores, constituidos por dos repliegues de la piel, que va de la región del pubis hacia el ano, con el tiempo se cubren de vello; en medio de estos se encuentran los labios menores que son dos repliegues mucosos más pequeños que los labios mayores, los que se extienden desde el pubis hasta la horquilla o entrada vaginal, entre los labios menores se encuentra el vestíbulo vaginal y en medio de los labios menores se encuentra una estructura de tejido eréctil denominada clítoris que se inserta por arriba en la sínfisis del pubis; la cavidad vaginal es un conducto en cuyo fondo se encuentra implantado el útero o matriz, la entrada al útero se llama cuello de la matriz.

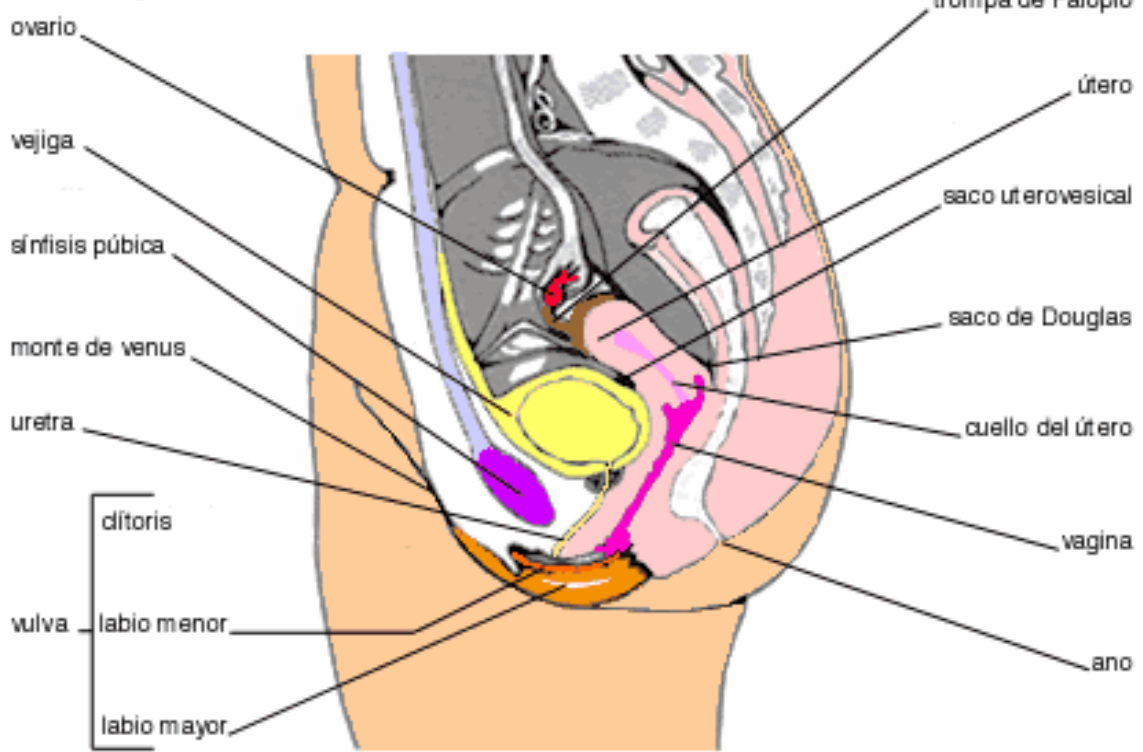
El útero es un órgano muscular en forma de pera, de vértice inferior y base superior, está formado por una gran capa muscular tapizada en su interior por un tejido secretor llamado endometrio, a los lados y arriba del útero se abren las trompas de Falopio que se dirigen hacia arriba y hacia fuera hasta aproximarse al sitio donde se encuentran los ovarios; los ovarios son dos glándulas de secreción interna que poseen las células germinales llamadas óvulos, encaminadas a la función reproductora.

Los ovarios situados a las entradas de las trompas de Falopio, secretan dos tipos de hormonas: los estrógenos y la progesterona, estas hormonas modifican la estructura y el funcionamiento de los órganos genitales femeninos. Las gonadotropinas secretadas por la hipófisis, estimulan el funcionamiento ovárico a la vez que la maduración alternativa de los óvulos en los ovarios.

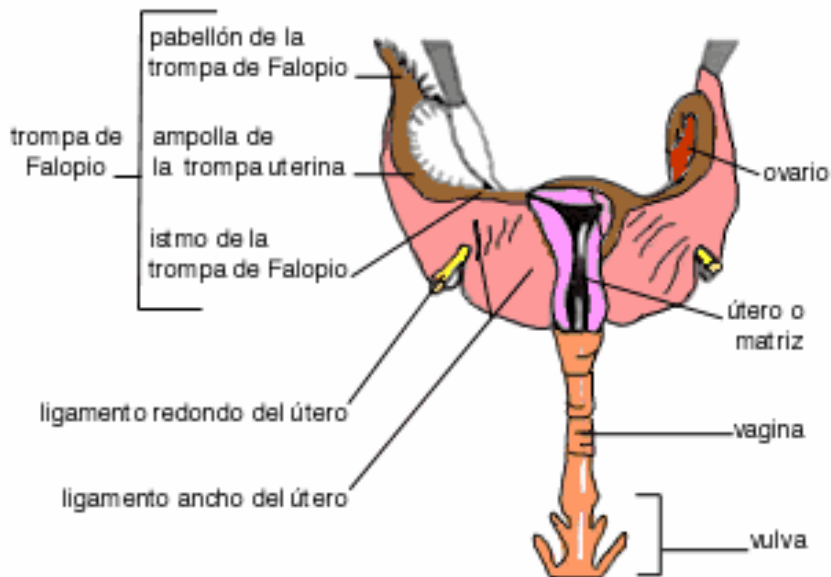
La acción estrogénica produce un engrosamiento del útero aumentando en él la circulación sanguínea y el aporte de sustancias nutritivas, esto prepara el endometrio para la anidación del óvulo fecundado. Hacia el catorceavo día de iniciada la acción estrogénica se desprende de uno de los ovarios un óvulo maduro, dicho óvulo pasa por la trompa de Falopio y llega al útero. Si no hay fecundación prosigue su camino, de lo contrario la nueva célula fecundada se anidará en una de las paredes uterinas, iniciando el desarrollo, el crecimiento y mitosis del nuevo ser.

órganos genitales femeninos

Corte sagital



Vista anterior



Para continuar con nuestro estudio ahora hablaremos sobre el aparato reproductor masculino, haciendo referencia al mismo autor “El aparato genital masculino está formado y funciona de la siguiente manera: La uretra está formada por las partes que a continuación se describen:

Una primera porción se llama prostática y se localiza por debajo de la vejiga. Esta parte de la uretra se encuentra rodeada por una glándula, propia del hombre, llamada próstata.

Una segunda porción se llama perineal. La uretra durante este trayecto atraviesa los músculos del perineo.

La tercera etapa es la porción llamada peneana, que a su vez desemboca al exterior a través del meato urinario en el extremo del pene.”⁹

Tanto la uretra peneana como la última parte de ésta, llamada también uretra del glande, se encuentran en la parte inferior y media de un conjunto de estructuras formadas por un tejido esponjoso con abundantes lagunas venosas con propiedades eréctiles; dichas estructuras eréctiles forman parte del pene y se les llaman cuerpos cavernosos, siendo éstos los que constituyen casi en su totalidad el pene.

El glande es la estructura que forma su parte terminal. Las estructuras peneanas se encuentran cubiertas por piel, la que se extiende hasta el extremo del pene y a ese nivel se repliega para formar una estructura histológica de transición que se adhiere en el surco formado entre los cuerpos cavernosos y el glande, a dicha porción de piel que se desarrolla sobre el glande se le llama prepucio, el que en ocasiones presenta un orificio tan estrecho que se hace necesario quitar toda la piel del mismo, a lo que se llama comúnmente circuncisión.

⁹RODRÍGUEZ PINTO, Mario, op cit. p. 10

El pene se encuentra firmemente adherido a la sínfisis del pubis por un elemento muy resistente que se llama ligamento suspensor del pene.

En la porción de la uretra llamada prostática desembocan los orificios de los conductos deferentes que confluyen junto con los de las vesículas seminales.

Las vesículas seminales son dos estructuras saculares que se encuentran a los lados y atrás de la próstata y de la vejiga urinaria, y que sirven como sitio de almacenamiento de los espermatozoides, en dichos sacos, se mezclan con el líquido seminal elaborado por la próstata y juntos constituyen el semen.

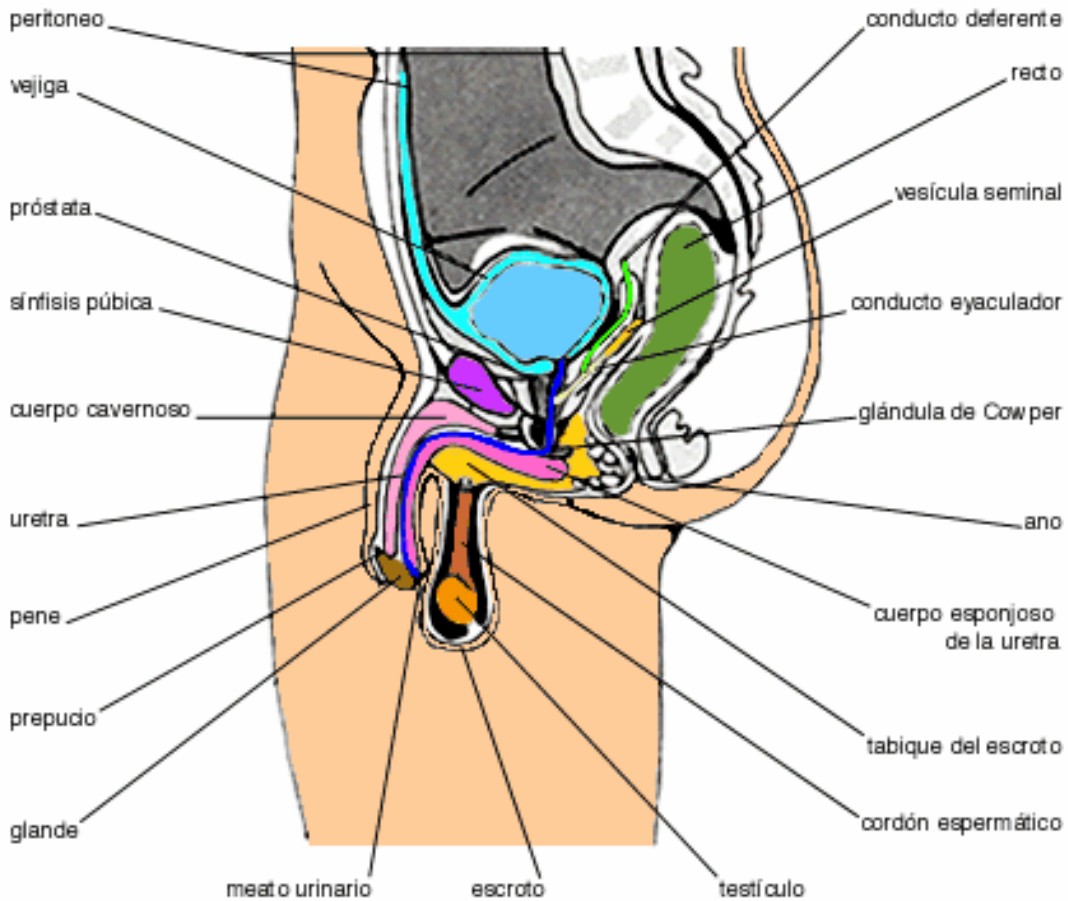
Los conductos deferentes son dos conductos que proceden de las estructuras testiculares alojadas en el escroto, dichos conductos suben a través de los canales inguinales que se introducen en el abdomen para desembocar en el sitio antes mencionado de próstata.

Los testículos son glándulas de secreción interna, de forma ovoide que se encuentran alojados durante la etapa fetal en el abdomen, pero que a medida que se desarrolla el feto y llega a término, los testículos descienden a través de los conductos inguinales y se alojan en la bolsa escrotal, que es una estructura formada por piel en cuya túnica interna existen fibras musculares capaces de encontrarse y acercar los testículos a la sínfisis púbica o bien de relajarse y alejarnos de la misma.

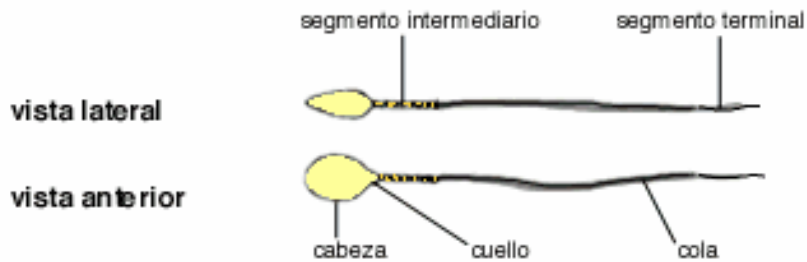
La estructura íntima testicular está constituida por un conjunto de células que producen, al estímulo de las gonadotropinas hipofisarias la hormona masculina llamada testosterona. También en su estructura íntima existen finos canales llamados seminíferos en cuyo interior radican las células de Sertoli, que dan origen a los espermatozoides. La secreción hormonal de los testículos se inicia hasta el tiempo de la pubertad

órganos genitales masculinos

Corte sagital



Espermatozoide



Conociendo brevemente el funcionamiento y constitución de los aparatos genitales tanto femenino como masculino podemos hablar de lo que es la fecundación y asimismo conocer el lado opuesto, la infertilidad misma que trae como consecuencia que la pareja recurra a las Técnicas de Reproducción Asistida en cualquiera de sus modalidades.

El Doctor Claude A. Ville nos habla de manera breve sobre lo que es el proceso de la fecundación en el ser humano. “El semen depositado en la vagina durante el coito se desplaza por la vagina y llega al útero, parcialmente por sus propios medios, pero principalmente por la fuerza de las contracciones de las paredes musculares de estos órganos; la mayor parte de los espermias se pierde en el camino, pero algunos llegan a las entradas de las trompas de Falopio y nadan subiendo por ellas. Aunque la movilidad de los espermias puede desempeñar un papel mínimo o nulo en su transporte desde la vagina al oviducto, probablemente dicho movimiento tenga importancia para la penetración del huevo.”¹⁰

Si el óvulo es fecundado generalmente ocurre en el tercio superior de la trompa de Falopio. Sólo uno de los centenares de millones de espermias depositados en cada eyaculación fecunda a un solo óvulo.

Cuando el espermia penetra en el óvulo se produce cierta clase de cambio en la superficie del óvulo que impide la entrada de otro espermia. El espermia deja su cola fuera del óvulo o se desprende de ella poco después de penetrar el citoplasma del óvulo; sólo permanecen el material nuclear de la cabeza y el centriólo. Esta fusión del óvulo y la cabeza del espermia forman el cigoto.

Para concluir la explicación de este proceso de una manera breve diremos que, al llegar el huevo fecundado al útero quizá de tres a siete días después de la fecundación, el mismo ya presentará la forma de una apretada bola de treinta y dos células, llamada mórula.

¹⁰ VILLE A., Claude, Biología, Ed. Mc. Graw-Hill, México 1988, p. 827.

La mórula se implanta en las paredes del útero, donde tiene un estrecho contacto con la corriente sanguínea materna. Simultáneamente el útero se prepara con cambios físicos y químicos que permitirán un medio propicio para el desarrollo del nuevo ser.

El cigoto se desarrolla hasta convertirse en el embrión, mismo que consigue las materias nutritivas y el oxígeno por medio de un órgano llamado placenta que crece al compás del embrión. La corriente de sangre fetal, entra por las dos arterias umbilicales.

El feto en el útero tomará la posición fetal que por lo general es boca abajo. Nueve meses más tarde y de manera aproximada el bebé estará en posibilidad de nacer.

1. 3. ¿QUÉ SON LA ESTERILIDAD Y LA INFERTILIDAD?

Después de estudiar cual es el proceso de la fecundación humana en condiciones “normales”, relacionaremos este proceso con posibles irregularidades o discapacidades para lograr la concepción de un nuevo ser. Ahora bien, hemos hablado de esterilidad y de infertilidad, a sabiendas de que los dos conceptos tienen una connotación diferente que a continuación señalaremos.

La Doctora Berta Martín Cabrejas nos habla sobre las diferencias entre la esterilidad y la infertilidad “Una pareja es estéril cuando nunca ha conseguido un embarazo, mientras que las parejas infértiles son aquellas que consiguen un embarazo, pero que no llegan nunca a término, es decir, pierden el fruto de la gestación. Se debe distinguir una serie de términos para que no exista confusión cuando se intentan explicar la esterilidad y la infertilidad.

Se habla de esterilidad primaria cuando la pareja tras haber mantenido relaciones sexuales regulares sin protección no consigue embarazo. Esterilidad secundaria sería aquella en la que una pareja que ha conseguido tener un hijo anterior no logra una nueva gestación en los 2 - 3 años siguientes de coitos sin protección. Mientras, la infertilidad primaria es cuando la pareja consigue un embarazo pero este no llega a término, es decir, nunca tienen un hijo sano en sus brazos. Por su parte, la esterilidad secundaria la padecería aquella pareja que tras un embarazo y parto normal con anterioridad, consigue embarazo, pero no llega a término con un recién nacido normal y sano.”¹¹

La Doctora Berta Martín Cabrejas nos dice también las ocasiones o el momento oportuno en que una pareja puede o debe acudir a un especialista y detectar posibles problemas de esterilidad, aunque esta situación obviamente no es una regla “Una pareja debe acudir al especialista cuando ha mantenido relaciones sexuales regulares sin protección durante un año sin conseguir gestación. En este momento se puede pensar que exista una causa que esté dificultando el embarazo.

A menudo en la consulta la pareja pregunta sobre la frecuencia más adecuada a las relaciones sexuales para conseguir con éxito un embarazo. No existe ningún patrón idóneo a seguir, está en función de la pareja, en principio, aunque existen unas fechas dentro del ciclo femenino más fértiles, las relaciones en ese primer año no deben ir encaminadas a esos días, la espontaneidad y la naturalidad son imprescindibles en estos casos.”¹²

En el diccionario enciclopédico Folio, encontramos la siguiente definición sobre esterilidad “calidad de estéril. Falta de cosecha carestía de frutos. Imposibilidad de generar individuos, hijos por parte de las hembras de los animales o de las plantas femeninas, o bien imposibilidad

¹¹ MARTIN CABREJAS, Berta María. Anticonceptivos, inseminación e infertilidad. Todos los problemas y sus soluciones. Ed. Edimat libros, S.A. Madrid España, 2003, p. 125

¹² Ibidem. 127

de originar gametos o de transmitir a las hembras por parte de los animales machos o plantas masculinas.”¹³

Otro diccionario, el Larousse nos da otra definición sobre esterilidad la cual nos permitimos transcribir “Se dice del que no puede tener hijos. Se refiere a lo que no da fruto o no produce un resultado.”¹⁴

El Gran diccionario enciclopédico ilustrado nos dice sobre el concepto lo siguiente: “**esterilidad**: calidad de estéril. Falta de cosecha, carestía de frutos. Enfermedad caracterizada en el macho por falta de aptitud para fecundar, y en la hembra por falta de aptitud para concebir. En los seres humanos la mayoría de los factores de esterilidad son adquiridos y pueden corregirse a menos que las glándulas sexuales hayan sido destruidas, la desnutrición, obesidad, hipertensión, Diabetes, paperas y otras afecciones metabólicas e infecciones que pueden producirla, lo mismo que la extenuación física y mental. La depresión síquica afecta más a los hombres que a las mujeres; a éstas, en cambio, las afectan más los súbitos cambios de clima o altitud.”¹⁵

Es muy común dentro de nuestra sociedad culpar a la mujer de la imposibilidad de embarazo, pero la verdad es que en porcentaje los problemas pueden ser de un 50% en el hombre y 50% en la mujer, pudiendo variar estos porcentajes.

Ocurre generalmente esterilidad masculina cuando el número total de espermias en una sola eyaculación es inferior a 150 millones; entre las mujeres, 14 por cada 100 son estériles porque las trompas de Falopio han sido bloqueadas por infección, el ovario está cubierto de una cápsula gruesa o porque su hipófisis secreta inadecuadas cantidades de gonadotropinas. El

¹³ Diccionario enciclopédico folio, Ed. Ediciones Folio S.A., Barcelona España, p. 735

¹⁴ Diccionario Educativo Juvenil Ed. Larousse, S.A. de C.V. México, 2003, p. 243

¹⁵ Gran diccionario enciclopédico ilustrado, Ed. Readers Digest, México, D.F., 1986, p. 1385

moco cervical secretado por algunas mujeres es resistente al paso de espermias (a veces sólo los de algunos hombres), evidentemente por alguna clase de reacción antígeno anticuerpo.

En nuestros tiempos la presencia de esterilidad ha aumentado entre otras causas por el uso de drogas, tabaco, alcohol y algunos medicamentos; de igual manera el estrés cotidiano, los matrimonios tardíos, los abortos provocados, el uso de anticonceptivos y dispositivos intrauterinos, e incluso la presencia de enfermedades venéreas o virales y como un curioso remate ésta puede ser provocada por algún problema psicológico y no fisiológico.

Según datos que nos proporcionan los doctores Arturo Zárate y Carlos Macgregor, autores mexicanos, “se calcula que entre 10 y 20% de la población sufre el problema de esterilidad o de subfertilidad y que otro 5% tiene un periodo breve de fertilidad. Es importante señalar que el 10% de esta población ya sea estéril o subfertil, sufre tal padecimiento sin llegarse a descubrir la causa del trastorno”¹⁶.

Las causas que pueden provocar esterilidad se comprenden dentro de la genética, bioquímica, biología, neuroendocrinología y farmacología; siendo las causas más frecuentes la no ovulación, la alteración espermática y la obstrucción tubaria, además de un considerable número de alteraciones cuya etiología no ha sido posible explicar.

En algunos casos donde se desconoce la causa del mal o habiéndola localizado no se ha podido remediar, es donde encontramos los progresos más espectaculares de la fertilización in vitro y la transferencia de embriones que comenzó a aplicarse en nuestro país hace 17 años aproximadamente y cuyo uso se ha ido mejorando y popularizando.

¹⁶ Ginecología y obstetricia en México, www.nietoeditores.com.mx, 22 de diciembre de 2005

Tomando como base la población general se calcula que la probabilidad de que ocurra esterilidad es de 25%, clasificada en tres tipos esterilidad absoluta, subfertilidad y presencia de intervalos largos de infertilidad antes de concebir.

Existen también factores sociales y de conducta sexual que influyen directamente en el problema de la esterilidad pudiendo mencionar como ejemplo que la mujer tiende a retrasar su época de procreación a los 30 años o más conociéndose que el índice de capacidad de fertilidad comienza a descender en esta década de la vida. Otro ejemplo podría ser que los métodos anticonceptivos se usan dentro de la pareja por un período de 4 a 10 años y aunque aún no se ha comprobado que su uso en los de tipo hormonal produzca esterilidad (aunque se sospecha que así es) si se ha observado por lo menos, la existencia de un período de subfertilidad posterior a su suspensión.

De igual manera los dispositivos intrauterinos si se han podido asociar con la probabilidad de esterilidad debido a infecciones uterotubarias que producen obstrucción. Otra causa que puede relacionarse directamente al comportamiento social es la presencia de múltiples compañeros sexuales por parte de la mujer, lo que puede acarrear esterilidad de tipo inmunológico (creación de anticuerpos) lo que es de muy difícil solución.

Para determinar la causa de la esterilidad se habrá de hacer un estudio inicial en ambas partes de la pareja, en la mujer habrá de aclarar las características menstruales, la permeabilidad tubaria, uterotubaria, las condiciones de la vagina y de la cerviz; asimismo en el hombre se analizará la calidad del semen (densidad, número, vitalidad, movilidad, etcétera).

Una vez que se ha determinado la causa del problema en primer lugar se ha de procurar remediarlo, lo que no siempre es posible, es entonces cuando se opta por utilizar los métodos que se estudian como la fertilización in-vitro, inseminación artificial, préstamo de vientre, etcétera.

Es importante mencionar que ambos problemas pueden ser resueltos por la aplicación de los procedimientos que en este trabajo se estudian pero antes de determinar su aplicación existen tratamientos que pueden curar el mal y por ende permitir un natural embarazo, los tratamientos pueden ser muy variados e incluso requerir de intervención quirúrgica.

Independientemente de las diferencias que existan entre estos dos conceptos lo que podemos concluir es que en ningún caso la pareja o la mujer interesada, puede llegar a tener una bebé, ya sea que no puede concebirlo por esterilidad o no llevar el embarazo a término en el caso de la infertilidad, por lo consiguiente estas situaciones llevan a la persona o pareja interesadas a pensar en someterse a una Técnica de Reproducción Asistida, es por ello que es importante hablar de estos dos conceptos.

1. 4. ¿CUÁLES SON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

1. 4. 1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial en los seres humanos es un método artificial diverso a los usados por la naturaleza para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales femeninos.

Este procedimiento al igual que los demás de fecundación asistida únicamente deberá ser procurado cuando se hayan agotado todas las terapias específicas y que las mismas fracasen. Asimismo la utilización de éstas técnicas no es ninguna garantía de lograr el embarazo.

Las indicaciones más comunes, más no las únicas para que se practique este procedimiento son: a) esterilidad inexplicable, b) imposibilidad de eyacular dentro de la vagina y c) presencia de semen anormal.

Este procedimiento que también es denominado inseminación terapéutica, puede efectuarse con semen del esposo (inseminación homóloga) o de un donador (inseminación heteróloga).

La inseminación del semen en la mujer puede ser:

- a) Intrauterina, siendo éste procedimiento el más utilizado:
- b) Intracervical;
- c) vaginal;
- d) intraperitoneal; e
- e) intrafolicular

A continuación se describe de manera muy concreta el procedimiento para realizar una Técnica de Reproducción Asistida como lo es la inseminación artificial:

Primeramente se obtiene el semen ya sea del esposo o del donante con dos horas de anticipación (inclusive el semen congelado) el cual se separa, hecho lo anterior se limpia el cervix con solución salina fisiológica y con un catéter intrauterino o con sondas de alimentación pediátrica, se deposita a través del cervix en la cavidad uterina 0.1 a 0.5 de la muestra procesada. El resto se deposita en el cadocervix o ectocervix. La programación se hace lo más cercana al período de ovulación. Con el objeto de aumentar las posibilidades de embarazo actualmente se utiliza la hiperestimulación ovárica, lo que podría provocar embarazos múltiples.

Es una técnica sencilla, que requiere disponer al menos de dos millones de espermatozoides móviles y que la mujer no tenga las trompas obstruidas. La eficacia es de un 15-20% por ciclo. Si en 3 ciclos no se consigue el embarazo, se propone pasar a Fecundación In vitro.

Manuel Rodríguez Rábago nos dice sobre la inseminación artificial:

“Consiste en colocar el semen fresco o congelado en el útero de la mujer sin contacto sexual y puede ser homóloga o heteróloga; según la fuente de donde se obtenga el semen recibe el nombre de “artificial” porque la conexión entre óvulo y espermatozoide no se hace manera natural, aunque la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las leyes de la naturaleza. La técnica que se puede utilizar es intra - vaginal, cervical o pericervical e intrauterina, siendo esta última la más utilizada en la actualidad.”¹⁷

Para la doctora Berta María Martín Cabrejas “La inseminación artificial consiste en depositar semen de forma no natural en el aparato reproductor de la mujer. Una de las técnicas de reproducción más sencillas es la inseminación artificial con semen del cónyuge, o bien, de donante. A pesar de ser considerada como la técnica más simple dentro del campo de la reproducción asistida, tiene una tasa importante de embarazos, en caso de emplearse en parejas seleccionadas. Gracias a los avances tecnológicos y a los nuevos conocimientos de la tecnología de la reproducción, esta tasa de embarazos se ha conseguido aumentar. Es la Técnica de Reproducción Asistida más utilizada en todo el mundo, pues se puede realizar en la consulta de un ginecólogo general.”¹⁸

La inseminación artificial se recomienda que sea por donante cuando:

- “Causas masculinas: Ausencia de espermatozoides en el semen.
- Causas femeninas: Mujer sin pareja.
- Abortos de Repetición: Causa genética de origen masculino.”¹⁹

¹⁷ GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. op.cit. p.p. 38-39

¹⁸ MARTIN CABREJAS, Berta María, op. cit. p. 185

¹⁹ Ibidem

En la revista *Padres e Hijos* del mes de Marzo de 2005 se localizó la siguiente definición sobre la inseminación artificial, que nos parece completa e interesante, a continuación nos permitimos transcribirla:

“La inseminación consiste en que el médico deposita el semen del aspirante a padre o el de un donante anónimo en el cuello del útero o en la trompa de Falopio, según lo crean más adecuado en el caso que trata.

El objetivo principal de este tratamiento es, sobre todo, facilitar el camino de los espermatozoides hacia el óvulo; debido a que la inseminación tiene que producirse en el momento de la máxima disposición a la concepción, por regla general, la mujer debe someterse a un proceso de estimulación ovárica.”²⁰

Marys Martinez Stella nos dice también al respecto “Consiste en la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero, pero no logra resultado alguno en los casos de esterilidad femenina debida a problemas insolubles en las trompas de Falopio, de esterilidad masculina por reducción del número de espermatozoides, de esterilidades de origen inmunológico, y finalmente en los casos de esterilidades sin diagnóstico, supuesto este último que alcanza a una significativa cantidad de parejas.”²¹

²⁰ CARRASCO L. Magarita. *La ciencia contra la infertilidad*, *Padres e Hijos*, México, 2005, p. 14

²¹ SAPENA, Josefina, *op.cit.* p. 39

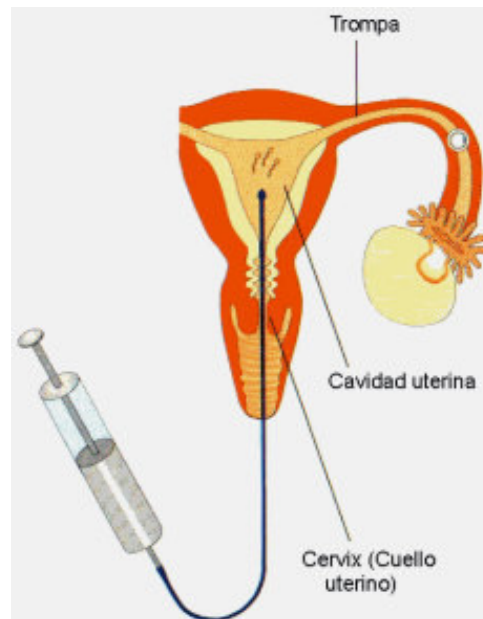
Ramón Herrera Campos, explica la inseminación artificial de la siguiente manera: “La inseminación artificial es la introducción del semen en los órganos genitales femeninos por un procedimiento distinto del contacto sexual entre el hombre y la mujer.”²²

Serrano Alonso entiende que la inseminación artificial “consiste en introducir semen de varón en los genitales internos de la mujer mediante instrumentos adecuados y procurar la fecundación del óvulo en el útero de la mujer.”²³

Después de todas las definiciones anteriores podemos concluir que la inseminación artificial como Técnica de Reproducción Asistida consiste en la intervención humana para depositar de manera no natural sino a través de instrumentos, el semen del hombre en la cavidad uterina de la mujer para concebir un nuevo ser humano, se corre el riesgo de un embarazo múltiple y se necesita de una estimulación para provocar se generen óvulos en períodos establecidos y previamente controlados.

²² HERRERA CAMPOS, Ramón. La inseminación Artificial. Aspectos doctrinales y regularización legal española. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Campus Universitario de Cartuja. Granada España, 1991, p. 21

²³ Ibidem. p. 388



1. 4. 2. LA FERTILIZACIÓN EXTRACORPÓREA O IN-VITRO

Ahora nos toca hablar sobre otra Técnica de Reproducción Asistida como lo es la fertilización extracorpórea o mejor conocida como fertilización in vitro, por ésta debemos entender que es la unión de espermatozoide y óvulo, fuera del cuerpo humano. Por técnicas de laboratorio, reproduciendo así el proceso de fecundación del óvulo, lo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio; para el posterior traslado del huevo o huevos fecundados a la cavidad uterina para su desarrollo posterior.

Para poder aplicar este procedimiento se requiere de un útero normal, al menos un ovario funcionando y accesible para la obtención de ovocitos y de una muestra espermática aceptable. Como la fertilidad disminuye con la edad la mayor parte de los centros no aceptan a pacientes mayores de entre 35 y 40 años por los bajos resultados que pudieran presentarse.

La fertilización extracorpórea en un principio se empleó en pacientes con enfermedad tubaria irreversible, donde este método fue la única alternativa posible, al transcurrir el tiempo y al existir mayor experiencia su aplicación se ha extendido a la mayor parte de las condiciones reproductoras de esterilidad.

La edad puede ser una limitante por lo que en gran parte de los tratamientos se requiere que la mujer sea menor de 35 años aunque en este requisito pueden existir variaciones.

Este procedimiento por requerir de tecnología mucho más completa que la inseminación artificial, eleva mucho su costo por sobre aquella. Este procedimiento al igual que la inseminación artificial admite la misma clasificación de homóloga y heteróloga.

Dentro de estos procedimientos encontramos que no sólo puede haber donadores de espermias sino también de óvulos o incluso de embriones, por lo cual al no existir una legislación al respecto, se podrían ocasionar grandes conflictos que incluso pararían en tribunales; y que tendrían que resolverse a toda costa y sin excepción.

Berta Martín Cabrejas nos habla sobre la definición de Fertilización In vitro, “Desde finales del siglo XX, se ha iniciado un desarrollo espectacular de las técnicas de fecundación in vitro, aumentando cada vez más las tasas de embarazo por tratamiento y disminuyendo las posibles complicaciones de la técnica.”²⁴ y continua diciendo “Es una Técnica de Reproducción Asistida que consiste en estimular el mayor número de folículos en un ciclo, capturar los ovocitos a través de una punción folicular, para fecundarlos en el laboratorio con el semen del cónyuge o de un donante, obteniendo así un número de embriones, que se transferirán al interior del útero de la mujer.”²⁵

²⁴ MARTIN CABREJAS, Berta. op. cit. p. 191

²⁵ Ibidem

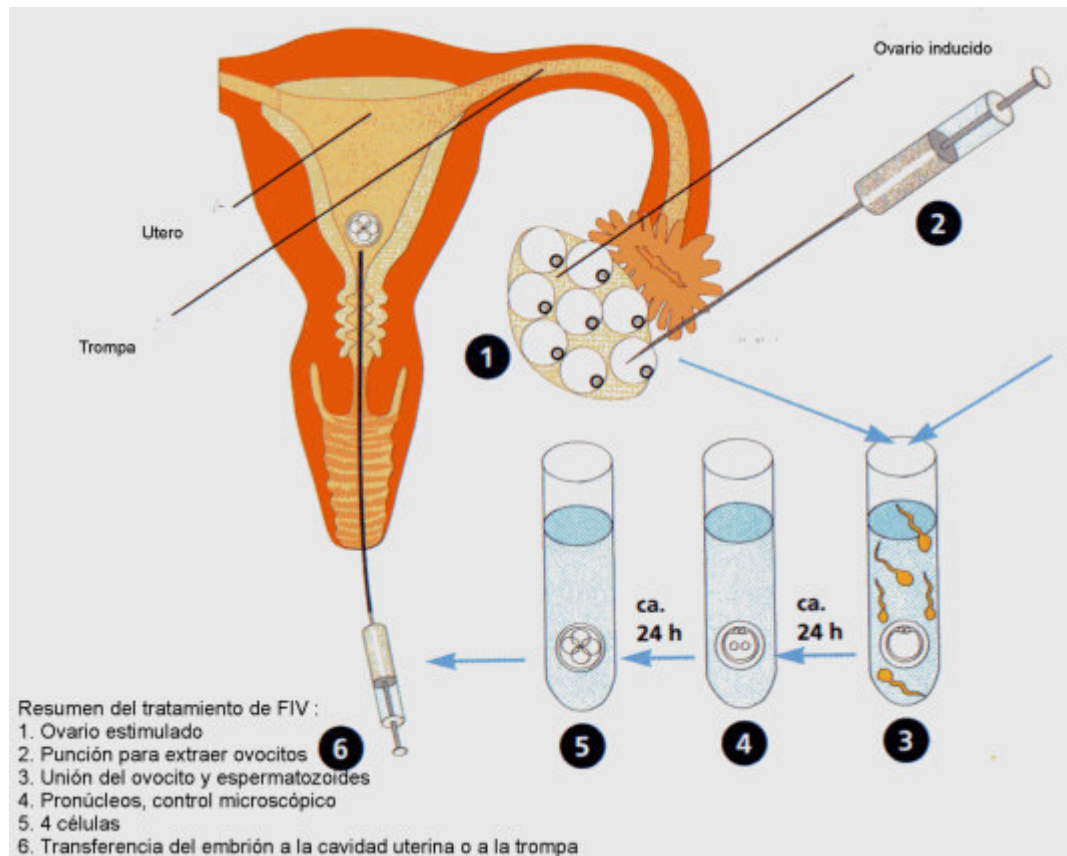
Herrero Del Collado nos dice al respecto “Fecundación artificial es toda operación que tiende a hacer germinar el óvulo con los espermatozoides masculinos mediante procedimientos no naturales. El modo más expresivo de estas manifestaciones es el realizado in vitro.”²⁶

Nuevamente Marys Martínez establece que “Es aquella técnica terapéutica aconsejable para la mujer que, produciendo óvulos en forma normal y en posesión de un útero apto para la gestación, no obtiene un embarazo debido a problemas de cualquier índole en sus trompas de Falopio, lo que impide que el óvulo fecundado llegue al útero.”²⁷

Concluimos que la fecundación in vitro al igual que la inseminación artificial, es una Técnica de Reproducción Asistida, en donde el ser humano interviene para lograr la fecundación, con la diferencia de que ésta se realiza fuera del útero de la mujer.

²⁶ HERRERA CAMPOS, Ramón. La Inseminación Artificial. Aspectos Doctrinales y Regulación Legal Española, Ed. Universidad de Granada, España 1991, p. 20

²⁷ Ibidem, p 41



1. 4. 3. FECUNDACIÓN POST-MORTEM

Hoy en día vemos con asombro que las Técnicas de Reproducción Asistida que a cada momento se popularizan más, han alcanzado fases que sobrepasan la imaginación de cualquier ser humano, incluyendo la de los más creativos autores de obras de ciencia ficción.

Una de estas fases, la que estudiamos en este momento que no es sino una derivación de la fecundación extracorpórea, es la fecundación post-mortem que como su nombre lo indica consiste en fecundar al embrión posteriormente a la muerte de alguno de sus padres o del propietario del gameto, la forma más común que se encuentra de este procedimiento es la fecundación del óvulo de la esposa viuda con el semen congelado de su marido muerto.

Otras posibilidades serían por ejemplo cuando un óvulo que permaneció congelado después de la muerte de su donadora posteriormente es fecundado con espermatozoides de su viudo y depositado en una madre sustituta, este procedimiento ha sido muy poco utilizado debido a la poca experiencia en el trabajo sobre óvulos congelados, una mayor probabilidad es el depósito en una mujer, de un embrión que permaneció congelado y que haya sido fecundado por una pareja, y que posterior a ello, uno o los dos hubieren fallecido.

Como se observa, a priori este procedimiento debió haber sido congelado y conservado por métodos adecuados ya sea un embrión, espermatozoides u óvulos de una persona que murió antes de la fecundación o del trasplante en el caso de embriones.

Un caso que dio la vuelta al mundo fue el caso francés de 1984, donde la viuda Corinne Parpalaix demandó a los laboratorios que conservaban el semen de su marido muerto la devolución del mismo; después de un largo juicio ella ganó pero al practicarse este procedimiento no se logró el embarazo deseado.

Aunque autores como Zannoni consideran esto como una inmoralidad genética y proponen la destrucción del material genético a partir de la muerte del dador encontramos que a la fecha ya hay bancos donde se puede dejar guardado este material y cabe entonces hacerse la pregunta de si es viable la inseminación póstuma.

Estudios realizados señalan que por lo general las viudas, a la muerte de su esposo acuden solicitando estos métodos por miedo a la soledad pero después de ser invitadas a tocarlo con calma y a pensar bien lo que desean hacer ellas casi nunca vuelven.

De esta manera surgen preguntas acerca de los nuevos hijos, cosas como el derecho al nombre, herencia, a la filiación con el padre o la madre muertos con anterioridad a su fecundación,

parentesco con las familias de ellos, que consecuencias psicológicas se presentarían en el hijo, o incluso que hay del riesgo de que una vez nacido, la madre o el padre lo rechacen.

Como podemos observar está Técnica de Reproducción Asistida, representa una serie de consecuencia éticas y jurídicas más que médicas, en materia de nuestro estudio, toda vez que al no existir regulación no tenemos parámetros por los cuales regirnos, y saber cuales son las consecuencias o la situación jurídica del producto de esta práctica en el caso de que se logre la concepción y nacimiento de un hijo por esta Técnica de Reproducción Asistida.

1. 4. 4. MATERNIDAD SUBROGADA

Otro de los puntos que causa mucha expectativa es el de la maternidad subrogada o madre sustituta, propiamente no es una Técnica de Reproducción Asistida, pero si es una situación en la que se puede caer al pensar en someterse a una Técnica de Reproducción Asistida. Es una forma más en que la pareja o la mujer interesada pueden lograr la concepción de un hijo. Pero ahora pasemos a ver que es lo que nos dicen los autores expertos en la materia.

A manera de antecedente podemos decir que la palabra *maternidad subrogada* tan acostumbrada, encuentra su origen en la expresión inglesa *Surrogate motherhood*, sin embargo; como veremos esta denominación tan sólo refleja una forma de estos procedimientos.

Para Eduardo Zannoni “La verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en un mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación”²⁸ y continua diciendo: “Una mujer gesta en su útero el producto de inseminación (artificial o no) con el semen de otra persona (que puede ser anónima o puede ser también el esposo de la

²⁸ Ibidem, p. 139

mujer infértil que solicita sobre pedido un niño). En este caso la incubadora es al mismo tiempo la madre genética.”²⁹

Para Xavier Hurtado Oliver la maternidad subrogada supone: “La subrogación de maternidad es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento; ... existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento. De todas estas formas, la más común es la subrogación mediante inseminación artificial, cuando la madre gestadora es al mismo tiempo la madre genética, inseminada con semen proveniente del marido de la contratante, y también es frecuente utilizar la fecundación in vitro donde tanto el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestadora.”³⁰

Como podemos observar en la definición anterior ya se señala el vocablo contratante, el cual por el momento no lo estudiaremos por querer hacer referencia a él en capítulos posteriores; por el momento sólo nos quedamos con que la maternidad subrogada ocurre cuando la gestación del producto de una Técnica de Reproducción Asistida, es depositado en una tercera persona, forzosamente una mujer, por razones obvias, ya sea con el gameto de uno de los padres, de ambos o de la mujer interesada con semen donado, lo más sobresaliente de este punto es que, como se señala la mujer gestante es sólo eso, una incubadora.

Resulta muy interesante pensar en cuantas personas y que tipo de personas pueden intervenir en esta situación de la maternidad subrogada, ya que en la mayoría de los casos este tipo de prácticas se lleva a cabo entre parientes o personas muy allegadas a la pareja, como pueden ser, madres, hermanas, hijas, sobrinas, etcétera, que se presten a ser la incubadoras de parejas que no pueden tener hijos, principalmente de aquellas que no pueden llevar a término un embarazo.

²⁹ Idem

³⁰ HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida ¿Y a la muerte? Ed. Porrúa, México, 2000. p. 54

No hace falta pensar mucho para ver que este tipo de prácticas ocurren en nuestro entorno de manera muy frecuente, hacemos referencia a muchas partes del mundo, no sólo en nuestro país, pero con legislación o no, los problemas éticos y legales que se generan, son muchos y muy complicados, de ahí la necesidad de una legislación especializada y bien estudiada que permita que este tipo de situaciones sean debidamente controladas y reguladas.

1. 4. 5. INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DE GAMETOS

Esta Técnica de Reproducción Asistida es una de las más nuevas relativa en el campo de la medicina reproductiva, a continuación veremos en que consiste:

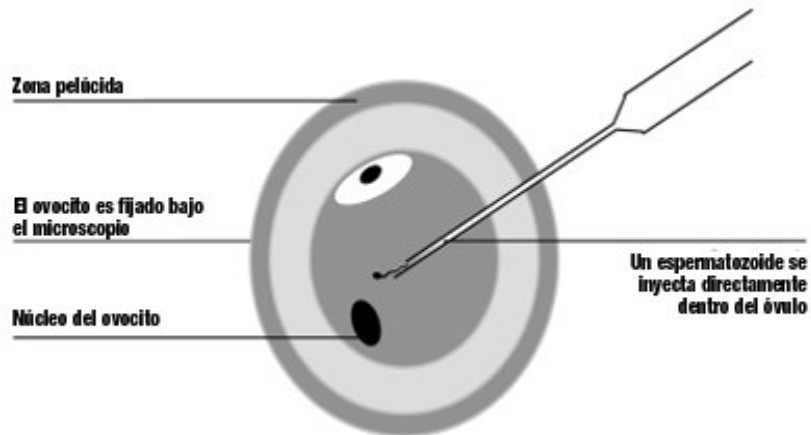
Otra de las técnicas para conseguir la fertilización de los óvulos es la inyección intracitoplasmática de espermatozoides. Similar a la Fertilización in vitro convencional, cambia en el momento de la inseminación de los óvulos. Éstos son inyectados, con un espermatozoide cada uno.

En la página www.robertovega.com³¹ se muestra a nuestro parecer con mucha claridad lo que esta Técnica de Reproducción Asistida representa y que a continuación nos permitimos transcribir “La técnica de inyección Intracitoplasmática de espermatozoides abreviada como ICSI consiste en inyectar un espermatozoide en el citoplasma del óvulo por medio de una micropipeta. De ahí que esta técnica sea dos veces más eficaz que otras y permita, además, la fecundación por medio hasta de un espermatozoide inmaduro, extraído del testículo.

El ICSI (inyección Intracitoplasmática de espermatozoides) es útil para parejas con un factor masculino severo de infertilidad tal como muy baja movilidad o muy bajo recuento de

³¹ Consulta en INTERNET <http://www.robertovega.com>, 8 de diciembre de 2005

espermatozoides, o aún, ausencia total de espermatozoides en el eyaculado. En este último caso se intenta obtener espermatozoides directamente del testículo mediante una biopsia.



Los pasos a seguir son:

- Estimulación de la ovulación: igual que para la fertilización in vitro.
- Rescate de ovocitos: idéntico procedimiento que para la fertilización in vitro.
- Inyección de ovocitos: Utilizando un microscopio especial de alta resolución se realiza la microinyección del espermatozoide recuperado en el óvulo. Entre las 12 y 18 horas posteriores se visualiza el óvulo para confirmar su fertilización.
- Transferencia embrionaria: Entre las 48 y 72 horas de realizado el proceso de inyección intracitoplasmática se procede a la transferencia embrionaria, siguiendo el mismo proceso que para la fertilización in vitro.

Berta Martín Cabrejas nos dice “La efectividad limitada de los tratamientos de la infertilidad masculina ha hecho que una cantidad considerable de sujetos busque superar el problema del semen mediante fecundación in vitro. Sin embargo, en ocasiones, la alteración en el semen es tan grave que precisa de manipulaciones para conseguir fecundar ovocito de la mujer. Es una reciente técnica de reproducción asistida que consiste en introducir un espermatozoide directamente en un ovocito, gracias a un manipulador hidráulico especialmente ideado para este fin.”³²

De las citas anteriores podemos ver que esta Técnica de Reproducción Asistida, no tiene variantes, se práctica de igual manera en todos los casos y vemos también que se complementa o se toman pasos a seguir también utilizados en la fertilización in vitro.

1. 4. 6. TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS

Se colocan óvulos y espermatozoides (gametos) directamente con la trompa de Falopio para que se unan espontáneamente. Técnica avanzada de reproducción asistida aplicable en casos muy escogidos de infertilidad.

Ramón Herrera Campos nos puntualiza sobre el tema “La transferencia intrauterina de gametos, consiste en depositar conjuntamente los óvulos recientemente extraídos y el semen (fresco o congelado) en el interior de la ampolla de las trompas, todo ello en la misma intervención quirúrgica de recogida de óvulos.”³³

³² MARTÍN CABREJAS, Berta María, op.cit. p. 197.

³³ HERRERA CAMPOS, Ramón. op.cit. p. 24

Ahora bien, para Antonio Pardo esta técnica es “la Intervención destinada al tratamiento de la infertilidad, consistente en llevar los gametos masculinos y femeninos a la trompa de Falopio de la mujer, para facilitar de este modo las condiciones naturales de la fecundación.”³⁴

Y por último, Miguel Ángel. Soto-Lamadrid, nos confirma lo que debemos de entender por esta Técnica de Reproducción Asistida “Consiste en captar los óvulos de la mujer a través de laparoscopia y, al mismo tiempo, el espermatozoides del marido. En la misma operación se coloca a ambos gametos en una cánula especial, debidamente preparados, y los introduce en cada una de las trompas de Falopio, lugar donde se produce naturalmente la fertilización.”³⁵

1. 4. 7. OTRAS TÉCNICAS VARIANTES

En los puntos anteriores encontramos que existen otras técnicas variantes o complementarias a las Técnicas de Reproducción Asistida, entre ellas podemos hablar de las siguientes:

“Donación de ovocitos, de la misma manera que la microinyección espermática ha resuelto numerosos problemas a los varones infértiles, la donación de ovocitos ha devuelto la posibilidad de gestar ha muchas mujeres.

Es una Técnica de Reproducción Asistida que obtiene ovocitos de una donante, tras una estimulación ovárica, y después son fecundados in vitro, para ser implantados los embriones posteriormente en el útero de una mujer receptora...”³⁶

³⁴ Ibidem, p. 20

³⁵ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito, prólogo de Eduardo A. Zannoni, Ed. Astrea, Tomo XXIII, Buenos Aires Argentina, 1990

³⁶ MARTÍN CABREJAS, Berta María, op. cit. pág 201

Podemos decir también de esta Técnica de Reproducción Asistida lo siguiente:

Un ejemplo para la utilización de ésta es cuando ya se ha alcanzado la menopausia de forma prematura o le han sido extirpados ambos ovarios; cuando tienen anomalías cromosómicas que de forma sistemática transmiten a su descendencia, o cuando no responden bien a la medicación estimuladora del ovario o fracasa de forma repetida la Fertilización in vitro; o incluso en otras circunstancias, existe la posibilidad real de quedar embarazada mediante la donación de ovocitos. Las mujeres receptoras deben tomar una medicación que proporciona a su útero la capacidad de que implanten los embriones transferidos y, mientras se produce una donación, deben permanecer en contacto con su médico para poder ser localizadas en el momento en que se produzca una donación. Este método es el más eficaz que existe, sin duda, en reproducción asistida.

Como podemos observar está técnica es complementaria a la fertilización in vitro, por lo tanto es de carácter complementario.

De todo lo estudiado y presentado con anterioridad podemos decir que las Técnicas de Reproducción Asistida, representan sin duda una buena opción para las parejas infértiles o estériles, toda vez que les proporciona la posibilidad de concebir un hijo.

Pero como pudimos observar, debe tenerse mucho cuidado con las consecuencias jurídicas y éticas que puedan presentarse. Desde el punto de vista jurídico consideramos que al igual que una pareja, debe de otorgársele el derecho a las mujeres y hombres de someterse a una Técnica de Reproducción Asistida, para lograr concebir un hijo, pero obviamente si existiera una legislación adecuada, en ella se deben de garantizar la integridad y el desarrollo adecuado del ser que nacerá. Además de que la persona interesada deberá contar con toda la información que implica una Técnica de Reproducción Asistida.

Por otro lado también es importante señalar que no debemos de permitir que la sociedad desvíe el objetivo para el cual estas Técnicas de Reproducción Asistida han sido creadas y se han perfeccionado a lo largo del tiempo, su objetivo es el de concebir un hijo, no podemos permitir que intenciones “obscuras y excéntricas”, desvirtúen su finalidad.

También consideramos que debe ponerse más atención a otras posibilidades como pueden ser la adopción; de la misma forma la comunidad médica y los gobiernos deben de invertir más en la investigación sobre las causas de la esterilidad y de la infertilidad, si se ha podido realizar procedimientos tan complejos como la clonación, ¿Por qué no investigar más a fondo las posibles soluciones a problemas de reproducción humana?

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO COMPARADO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.1. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN AMÉRICA LATINA

2. 1. 1. LA REPÚBLICA DE ARGENTINA

Comenzaremos por un país latinoamericano, importante en la materia que nos ocupa, así como en muchas otras ramas del derecho; La República de Argentina.

A lo largo de este capítulo mostraremos cual es el marco normativo que rige cada uno de los países que presentamos en este trabajo, cabe aclarar que no intentamos realizar un tratado sobre el tema sino una investigación de carácter general que permita conocer cuales son los ordenamientos jurídicos que regulan en realidad las Técnicas de Reproducción Asistida.

Como se mencionó con anterioridad diremos que en el derecho Argentino no existe legislación específica sobre el tema.

Podemos decir que se han presentado varios proyectos legislativos, con diversas posturas, al igual que ha sucedido en las legislaciones y jurisprudencias de carácter extranjero.

La mayoría de ellas ha quedado únicamente como una mera discusión, lo que si podemos decir es que en Argentina se ha creado una evidente preocupación por el tema.

Respecto de estos proyectos mencionamos los más importantes sin ser los únicos “Nº 94/93 del Senador Lafferriere; Nº 1374/93 de los Senadores Britos, Rivas y otros; Nº 430/95 del Senador Rivas; Nº 551/95 del Senador Britos; Nº 628/95 del Senador Lafferriere; Nº 1351/95 del Senador Martínez Almudévar; Nº 1352 del Senador Avelín; Nº 2053/96 del Senador Branda; Nº 7/97, 57/97 y 267/97 del Senador Rivas; Nº 165/97 del Senador Martínez Almudévar; Nº 272/97 del Senador Villaverde; Nº 453/97 del Senador Ulloa; Nº 450/97 del Senador Storani; Nº 867/97 del Senador Romero Feris; Nº 3490/92 de los Diputados Orquín, Vicchi, Parente, González Gass, Gauna y Salvador; Nº 2617/93 de los Diputados Ruckauf e Iribarne; Nº 3758/93 de los Diputados Mendoza y Troyano; Nº 4285/ del Diputado Algaba; Nº 5284/94 del Diputado Orquín; Nº 2071/95 del Diputado Mendoza; Nº 4857/96 del Diputado Polo; Nº 882/98 de la Diputada Martínez; Nº 1257/98 de la Diputada Musa; Nº 1944/98 del Diputado Cafiero; Nº 3594/98 de los Diputados Camaño y Corchuelo Blasco; Nº 7475/98 del Diputado Arias; Nº 2841/99 del Diputado Lafferriere. Especial referencia merece el proyecto aprobado por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación el 2 de julio de 1997 (Orden del día 538-97).”³⁷

A nivel de los Tribunales tampoco se ha hecho un pronunciamiento de carácter obligatorio, se han emitido criterios respecto de temas como lo son el aborto, el abuso sexual, homicidio contra menores, etcétera, pero ninguno abordando el tema de las Técnicas de Reproducción Asistida.

³⁷ Autorización Judicial de Técnicas de Reproducción-Jurisprudencia Argentina, Sala I de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires Argentina 3 de diciembre de 1999

Encontramos que en el derecho positivo Argentino, al no existir una legislación propia para regular las Técnicas de Reproducción Asistida, se han emitido algunas resoluciones sub judice que plantean se resuelva y se examine mediante la aplicación de los principios generales consagrados en su derecho positivo, así como también tomar en cuenta la situación que trae como consecuencia la controversia a resolver.

Ahora bien veamos cuales son los principios generales en el derecho Argentino que se mencionaron en el párrafo anterior, comenzaremos por analizar su Código Civil:

Primero hay que dejar bien claro, que entiende el derecho argentino por persona, toda vez que hay diferentes posturas respecto del tema, algunas se inclinan por decir que desde el momento de la unión del material genético de los progenitores y al crearse un tercero, desde este momento es susceptible de su protección; mientras que otras hablan de que se le debe de considerar persona a partir de cierto periodo de gestación, y otras más extremas que señalan que se le debe de considerar persona a un ente capaz de ser racional y tener una concepción de su entorno, independientemente de las posturas que puedan existir, sabemos que la legislación argentina de acuerdo a sus principios generales entiende por persona lo consagrado en su artículo 30 y demás relativos de su Código Civil que a la letra dicen:

“Artículo 30.- Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.”³⁸

De esta forma se reconoce como “persona” al ente visible desde el momento de su concepción en el seno materno y la doctrina argentina adopta la postura siguiente:

³⁸ Código Civil de la República de Argentina. (consulta en página de INTERNET <http://www.redetel.gov.ar>, 10 enero de 2006

En los ordenamientos legales y constitucionales argentinos se reconoce que todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica. Para reforzar lo anterior se señala lo que al respecto nos dice su Código Civil:

“Artículo 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”; Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar.”³⁹

“Artículo 70.- Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas... ,⁴⁰”

Otros artículos del Código Civil argentino continúan reafirmando el tema en comento, el comienzo de la persona desde su concepción, entre ellos los artículos 3290, 3733 y 264.

En el derecho penal argentino a través obviamente de su Código Penal encontramos los artículos relativos al tema a saber, de los numerales 85, 86, 87 y 88. Existen otras leyes secundarias que también hablan de esta situación y son La ley 17.418, artículos 143 y 145, la Ley 24.004 artículo 10, inciso b.

Todos estos ordenamientos están encaminados a la protección del ser concebido, en el derecho positivo argentino.

³⁹ Ibidem

⁴⁰ Ibidem

Es obvio que lo antes expuesto es aplicable al producto de las Técnicas de Reproducción Asistida, y la preocupación de la legislación Argentina para la protección de estos seres. Pero como este no es nuestro tema central lo dejaremos de lado, que por ello no deja de ser sumamente importante de ahí la intención de hacer mención sobre la preocupación de protegerlos.

En Argentina según investigaciones médicas el congelamiento de embriones tiene de realizarse aproximadamente 15 años, y la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida ha tenido gran éxito entre la población hacia la que va dirigida. “Hubo tres casos muy sonados de embarazos múltiples como lo fueron los quintillizos Riganti, los quintillizos Ruffini y los sextillizos López, ocurridos entre 1992 y 1993.”⁴¹

A nivel constitucional Argentina posee normas que dejan ver la preocupación que tiene el legislador de regular estas prácticas que se dan en la realidad, algunas de ellas son:

1. **Artículo 16.** La igualdad ante la ley
2. **Artículo 75.** La jerarquía constitucional de la convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño,
3. **Artículo 33.** Derechos implícitos
4. Entre otros que al estudiarlos se relacionan con el tema.

Como hemos hecho referencia la República de Argentina no cuenta con una ley referida a esta problemática, sin embargo, a lo largo de esta investigación tuvimos conocimiento de que existen en el Congreso proyectos de ley, que tratan fundamentalmente aspectos civiles de la fecundación asistida.

⁴¹ LÓPEZ MALDONADO, Mónica. Abogada especialista en derecho administrativo económico, Primer premio “Consejo de la Magistratura de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, Acceso a la Justicia Prosecretaría del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. (consulta en INTERNET <http://observatorio.de.los.derechos.humanos.org>), 12 de enero de 2006

Sin embargo, existe una ley denominada ley 17.132 -6- , que reglamenta el ejercicio de la medicina, en ella no se prohíbe la práctica de inseminación artificial cuando se ajuste a las reglas éticas y técnicas, pero al no existir legislación específica corresponde acudir a los principios generales impuestos socialmente.

Como nos señala la investigadora Mónica López Maldonado “Resulta curioso que algunos de los directores de centros de crioconservación de embriones (como Halitus) manifiestan que realizan dichas prácticas por cuestiones de ética, mientras que otros institutos médicos se niegan a practicarlas, también por cuestiones de ética. El tema es muy complejo y encierra valores muy difíciles de precisar.”⁴²

Uno de los componentes en el derecho Argentino al igual que en nuestro país es el consentimiento y la debida instrucción e información sobre las técnicas a las cuales el paciente se va a someter. El médico tiene la obligación de advertir al paciente y/o a sus familiares los riesgos del tratamiento encomendado o al igual que si fuera una intervención. Se trata del derecho a la información entendida como obligación primordial del especialista para brindar a los pacientes o futuros padres el conocimiento fidedigno sobre la naturaleza de los procedimientos, los pasos en que consisten y fundamentalmente sus riesgos.

- Encontramos que en Argentina existe una gran abanico de derechos involucrados, a los cuales quizás, no estemos habituados a detenernos a pensar, pero por ello no dejan de ser importantes, aplicables y tendientes a la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida entre estos derechos encontramos a los siguientes.

1. La Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional en la legislación argentina, que establece el derecho de los niños a conocer a sus padres.

⁴² Ibidem

2. Derecho a no ser objeto de experimentación médica o científica sin consentimiento.
3. Derecho a la protección de la información genética.
4. Derecho a la libertad de investigación, hasta hoy prácticamente sin restringir estatalmente.

Podemos concluir que al igual que en nuestro derecho positivo mexicano el vacío legal que enfrenta la República de Argentina respecto de la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida, es igualmente considerable; cuenta con legislación secundaria tendiente únicamente a regular algunos aspectos generales de estas técnicas, pero no así con una legislación específica. Observamos que en la comunidad jurídica, médica y social también existe una gran preocupación por la falta de regulación pero no se han tomado medidas concretas para solucionarlo.

También es importante mencionar que la legislación argentina encuentra un apoyo importante en los instrumentos internacionales y en los principios generales del derecho, y el libre arbitrio del juzgador en los casos concretos, lo que nos lleva a pensar que si se va a resolver en instancias judiciales en atención a estos principios generales y libre arbitrio del juzgador, estaríamos frente a una situación de inseguridad jurídica, todo lo anterior a consecuencia de la falta de legislación específica, situación que ocurre en nuestro país.

2. 1. 2. COSTA RICA

Toca el turno a Costa Rica otro país Latinoamericano, que como veremos en este punto al igual que la Argentina y México no cuenta con una legislación específica sobre el tema.

Costa Rica cuenta con su Código de Familia, en el cual se encuentra consagrado el artículo 72, éste ha sido tomado como base para regular en un principio la inseminación artificial y como veremos, posteriormente las Técnicas de Reproducción Asistida.

Con fundamento en el artículo 72 del Código de Familia entre otros, se expide el decreto denominado “Decreto de la Regulación de la Reproducción Asistida” en el cual se sientan las bases para precisamente regular estas prácticas dentro de su parte considerativa encontramos lo siguiente:

- 1.- Que es función esencial del Estado velar por la Salud de la población.
- 2.- Que de conformidad con el artículo 31 del Código Civil, la existencia de la persona física comienza al nacer viva, y se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento.
- 3.- Que de conformidad con la Constitución Política, la vida humana es inviolable, y todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.
- 4.- Que es obligación del Estado promover y garantizar la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres.
- 5.- Que la vida constituye el valor fundamental, porque sobre ella se desarrollan los demás valores de la persona.
- 6.- Que los cambios en el mundo actual, incluidos los adelantos de las ciencias y la técnica, hacen extensivos los conceptos morales a los medios de comunicación y muy especialmente a la educación y formación de profesionales.
- 7.- Que la conducta profesional empeñada en acciones de salud, debe ajustarse a estrictos cánones morales, de acuerdo con el adelanto de la ciencia, la técnica y la

modernización, que exigen afianzar un sano humanismo con valores científicos no reñidos con la vocación y el respeto a los semejantes.

8.- Que es necesario orientar el enorme esfuerzo científico y los descubrimientos modernos hacia la dignidad de la persona y la defensa de la vida humana.

9.- Que son muchos los adelantos científicos y de la técnica, que pueden y deben ser utilizados en beneficio de las personas y de la vida. En ese sentido el ordenamiento ético-jurídico ha sido omiso, por lo que se hace necesario y oportuno establecer algunas normas al respecto.

Los puntos anteriores dentro de los considerativos de este decreto reflejan la problemática y la posición que toma la legislación Costarricense respecto de las Técnicas de Reproducción Asistida, en primer lugar a diferencia de Argentina encontramos que reconoce a la persona desde el momento de su nacimiento y 300 días antes de que éste suceda, considera a la vida como inviolable, además de que retoma el concepto de igualdad ante la ley, la obligación del Estado de salvaguardar la igualdad entre hombres y mujeres, considera a la educación y a la información como formas básicas para formar profesionales competentes de acuerdo a la realidad científica, reconoce que los adelantos científicos y técnicos no deben ser utilizados en detrimento de la persona y de la vida.

La anterior parte considerativa, los llevó a plasmar las propuestas siguientes en el cuerpo del decreto antes mencionado, las cuales son relativas a las Técnicas de Reproducción Asistida que a continuación presento a manera de resumen:

1.- Las Técnicas de Reproducción Asistida, sólo podrán realizarse entre cónyuges,

2.- Las Técnicas de Reproducción Asistida sólo podrán realizarse por equipos profesionales interdisciplinarios debidamente capacitadas que cumplan con los requisitos de ley,

3.- Se debe de llevar un expediente de las personas que se sometan a estos tratamientos, que deberán cumplir con los requisitos de ley, que entre los más importantes encontramos como constante en otras legislaciones (hasta el momento en Argentina) las siguientes:

a) La pareja debe estar debidamente informada sobre los procedimientos de adopción antes de realizarse una Técnica de Reproducción Asistida.

b) Debe existir una justificación para la realización de una Técnica de Reproducción Asistida, por la pareja conyugal. En donde debe de constar que existen problemas de esterilidad y que la técnica representa el último de los recursos.

c) La más importante de las anteriores, es que debe de existir una constancia de la pareja conyugal en donde haya una manifestación expresa de su consentimiento para realizarse una Técnica de Reproducción Asistida

Existen otros requisitos para la formación de este expediente, que están encaminados a la protección de la familia, así como la protección a enfermedades del ser por concebir.

3.- Se permite la donación de células germinales por tercera persona, soltera, mayor de edad y como último recurso. Se requiere de autorización previa de la comunidad médica que deberá cumplir con los requisitos de Ley.

4.- Existe un control sobre los donantes de células germinales, los cuales sólo podrán hacerlo en una sola ocasión (hasta que se logre un nacimiento) con la finalidad de que no exista la posibilidad de que hermanos en un futuro procreen. El donante no tendrá ningún derecho sobre el nacido.

5.- El hijo nacido de estas Técnicas de Reproducción Asistida, será considerado hijo de matrimonio, independientemente de que haya sido por donación de un tercero.

6.- Sólo se pueden fertilizar 6 óvulos, por cada ciclo de tratamiento en los casos de fertilización in vitro. No se debe de conservar ningún óvulo fecundado, queda prohibida toda manipulación genética y experimentación sobre los embriones.

7.- No se puede comerciar con las células germinales.

8.- El incumplimiento a alguna de estas normas deberá ser debidamente sancionado por las autoridades competentes.

Como podemos observar de este Decreto de la Regulación de la Reproducción Asistida existen puntos muy precisos que se encuentran como veremos más adelante en otras legislaciones Pero no deja ser esto únicamente un decreto; dejando nuevamente el vacío legal de una legislación específica.

Encontramos como principal antecedente al artículo 72 del Código de Familia. Esta norma es insuficiente y ya ha sido superada. Regula deficientemente la técnica de inseminación artificial homóloga y heteróloga exclusivamente para parejas matrimoniales, olvidando su aplicación a parejas en unión de hecho, mujeres solas, viudas, divorciadas, etc.

Asimismo deja al vacío, las demás técnicas que se practican en Costa Rica, principalmente la fecundación in vitro y sus modalidades y aquellas técnicas en un futuro posibles de llevarse a cabo, pues no hay alguna ley que las prohíba o regule. Debido a la situación anterior se afectan directamente derechos como lo son la vida, la integridad física, la dignidad humana, la identidad genética, el derecho a la familia, entre otros derechos vinculados estrechamente. De

la misma manera, se dejan en entredicho los derechos paterno filiales del niño procreado mediante fecundación asistida.

De lo anterior se desprende que en Costa Rica era necesaria una reforma integral de la norma en cuestión, a fin de hacerla extensiva a todos los supuestos de procreación artificial, además de la emisión de una ley especial que defina cuáles técnicas han de ser permitidas y cuáles no, quiénes pueden recurrir a las mismas, qué requisitos deben guardar, quiénes pueden practicarlas y cómo han de supervisarse las diferentes técnicas a fin de que cumplan con su objetivo. Ello no solo llenaría el vacío legal, sino que definiría en definitiva, el status legal del niño concebido artificialmente. En Costa Rica las Técnicas de Reproducción Asistida más utilizadas con la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

El Diputado José Manuel Nuñez González del Departamento de servicios parlamentarios de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica nos puntualiza en la discusión sobre la reforma a esta norma en la siguiente forma: “Analizando los alcances del artículo 72 vemos que regula deficientemente la técnica de inseminación artificial homóloga y heteróloga exclusivamente para parejas en unión matrimonial, “olvidando” su posible aplicación a parejas en concubinato (unión de hecho). Recordemos que la Sala Constitucional en voto número 1151-94 ha equiparado la unión de hecho (notoria, pública y estable) a la unión matrimonial. El dejar por fuera a estas parejas podría eventualmente devenir en un vicio de inconstitucionalidad, de ahí que los alcances de la norma deban ser extensibles a los niños procreados artificialmente en parejas estables no matrimoniales. Olvida también la norma supracitada las demás técnicas que se practican en Costa Rica y aquellas posibles de ser practicadas, entre ellas la fecundación in vitro y transferencia embrionaria. Ya sabemos del nacimiento de varios niños mediante esta técnica procreativa, ¿qué hay de sus derechos paterno-filiales?”⁴³

⁴³ DECRETO DE LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA op. cit. 2

Observamos que el artículo 72 no tiene la finalidad de regular las Técnicas de Reproducción Asistida en ningún sentido, lo que regula, o más bien lo que garantiza, son los derechos paterno-filiales del niño concebido artificialmente, garantizando el principio de igualdad consagrado en el artículo 33 de la Constitución de Costa Rica que a la letra dice “Todo niño concebido artificialmente goza de los mismos derechos de los procreados en forma natural.”⁴⁴

El punto central en el que radica la solicitud a la modificación del artículo 72 del Código de Familia presentada por el Diputado Núñez González radica y se resume en el siguiente párrafo:

1.- Sustitución del término inseminación artificial por el de fecundación artificial

*Y de esta forma sustituir la frase “La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, por la frase: “La fecundación artificial de la mujer con gametos provenientes de la misma pareja o bien con alguno de ellos procedente de un tercero contribuyente con el consentimiento de ambos cónyuges...”.*⁴⁵

Nótese que en la letra del artículo reformado se prevé únicamente la contribución de uno de los gametos, no la contribución de ambos, la razón es obvia, no debe permitirse la donación de ambas células reproductoras, a fin de evitar al máximo la ruptura del vínculo biológico del concebido respecto a sus padres. La prohibición de la donación conjunta de gametos compete a una ley especial, no al Código de Familia, según refieren los especialistas en la materia en Costa Rica.

⁴⁴ Constitución política de la República de Costa Rica (consulta en INTERNETT <http://www.constitucion.org>), 20 de enero de 2006

Nuevamente volvemos a encontrar el elemento del consentimiento en este tipo de técnicas y la imperiosa necesidad de que este se manifieste de manera clara y que se encuentre regulado por legislación especial; en la iniciativa que analizamos encontramos que el Diputado Núñez González propone:

El artículo 72 exige el consentimiento a la técnica únicamente en los casos de inseminación con semen de tercero, no en los casos de que el semen provenga del marido.

Esto puede traer serias consecuencias, ante la posibilidad de mujeres que se inseminan artificialmente con semen de su esposo, previamente congelado, ya sea posterior a su muerte (inseminación artificial post-mortem) o bien posterior al rompimiento del vínculo matrimonial (divorcio). Es por ello imprescindible que el consentimiento de la pareja no sólo se exija en casos de que los gametos sean donados, sino cuando ellos mismos aporten los gametos.

También se propone entre otros puntos lo siguiente que presento a manera de resumen:

- 1.-Que se incluya en el artículo 72, los casos de fecundación artificial para las parejas en unión de hecho,
- 2.- Obligatoriedad de plasmar el consentimiento en escritura pública ante notario.

De acuerdo a lo antes citado la reforma al artículo 72 del Código de Familia quedo de la siguiente forma:

“Artículo 72.- La fecundación artificial de la mujer con gametos de la misma pareja o bien con algún gameto procedente de un tercero contribuyente con el consentimiento de ambos cónyuges o concubinos para ambos supuestos, equivaldrá a la cohabitación para efectos de paternidad y filiación. El tercero

⁴⁵ DECRETO DE LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA op cit. 2

contribuyente que haya aportado sus gametos para la práctica de cualquier técnica de procreación asistida no adquirirá ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades. El consentimiento de los cónyuges o concubinos deberá ser plasmado mediante escritura pública, ante notario.”⁴⁶

En este orden de ideas, podemos concluir que Costa Rica cuenta al igual que México y Argentina con una legislación incipiente sobre la materia, sólo que es importante mencionar que este País se encuentra preocupado por la situación paterno filial del niño al nacer, cabe decir y no lo omitimos que Costa Rica pone muchos obstáculos para la realización de estas técnicas, que se encuentran disfrazados de requisitos que según la legislación son para asegurar al menor, al donador y a los padres, pero que a la larga lo único que crea por experiencia es un procedimiento tedioso en que la gente interesada busca a través de la corrupción soluciones “más cortas o más fáciles” para lograr la concepción de un hijo. Sin embargo; también consideramos que son buenos filtros el no permitir que parejas solas se realicen una Técnica de Reproducción Asistida, y que debe ser a través de una pareja en unión matrimonial la que se encuentre autorizada para hacerlo, y con ello asegurar estabilidad al hijo por nacer. Así mismo, es conveniente el anonimato del contribuyente del material genético, los registros, los expedientes, el acta de notario, la debida información y la manifestación expresa de la voluntad.

En cuanto a los demás países de América Latina, la información que se obtuvo no fue suficiente, motivo por el cual consideramos que al no haber forma de corroborar la información y no saber si las fuentes eran confiables, optamos por no hacer su inclusión en esta investigación y únicamente atender a los países de los cuales se obtuvo información más fidedigna y vigente.

⁴⁶ Ibidem

2.2. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EUROPA

2.2.1. SUECIA

Hasta donde se conoce Suecia fue el primer país en reglamentar la procreación asistida, no sin antes haber discutido minuciosamente el tema, toda vez que convergía distintos valores, en los que sobresaliendo los derechos del niño sobre cualquier otra pretensión.

La Ley expedida el 22 de Diciembre de 1985, regula la inseminación artificial homóloga y heteróloga, resaltan, como características principales, que la mujer receptora deba estar casada o por lo menos cohabitar con un hombre en circunstancias similares al matrimonio y contar con el consentimiento del marido o del compañero. Otorga al médico la facultad de elegir al donante del semen adecuado conservando, por un tiempo no inferior a 70 años los datos que esté en un libro especial, ante los derechos de la persona engendrada con éstas técnicas, está el de tener acceso a los informes registrados en dicho libro cuando haya alcanzado la suficiente madurez, es decir, que los donantes no podrán seguir en el anonimato. Con ellos se proclama el derecho del niño a conocer el nombre de su padre biológico; pero los datos de éste no pueden ser entregados a sus padres legales ni a ninguna otra persona ajena, al donante no se le impone ninguna responsabilidad por el producto de la concepción de su espermatozoide.

Se considera a la inseminación artificial, como una medida ginecológica, como una medida de sanear un problema de infertilidad con la finalidad de tener hijos, y su protección está establecida en la ley. Sólo se puede realizar en hospitales públicos y bajo la supervisión del médico, con título y especialización en ginecología y obstetricia.

La fecundación in vitro es permitida para los matrimonios y parejas que se encuentran en concubinato, pero sólo se permite la reproducción homóloga, lo anterior se encuentra

consagrado en la Ley del 14 de Junio de 1988. De esta forma se puede concluir que la maternidad subrogada se encuentra estrictamente prohibida.

En caso de que se efectúe una maternidad subrogada la esposa del padre al recibir al hijo tendrá que adoptarlo. Estos procedimientos de Técnicas de Reproducción Asistida, no podrán realizarse sino en clínicas de Estado.

La ley tiene por objetivo principal regular la protección del hijo sobre cualquier otro interés de los padres o de las partes que intervienen, rompiéndose con la regla del anonimato y sólo se permite la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida a parejas heterosexuales. Se dice que a pesar de que Suecia tuvo la primera legislación sobre la materia a nivel mundial, contiene disposiciones muy específicas para que el niño tenga derecho a conocer sus orígenes y con ello garantizarle que nazca y crezca en una familia compuesta por ambos padres.

Comentaremos también que estas normas contemplan penas como por ejemplo al que practique una inseminación o proporcione semen con un fin de lucrar se le sancionará con multa o pena de cárcel.

Podemos ver que en Suecia al ser el país que primero desarrollo su Ley específica al tema, encontramos que protege a la familia, permitiendo con posterioridad conocer la identidad de padre biológico. Prohibiendo la maternidad subrogada, y en casos de excepción convirtiéndola en adopción. Como podemos observar la legislación sueca protege la integridad y desarrollo del niño producto de una Técnica de Reproducción Asistida.

2.2.2. INGLATERRA

Como primer antecedente encontramos a la Surrogacy arrangement act de 1985, en la que se admite la maternidad subrogada con la condición de la gratuidad, la pareja puede demandar el reconocimiento legal del niño, la madre sustituta mientras no se ejecute el contrato tiene derecho a visitar al menor. En este mismo ordenamiento encontramos que se permite el congelamiento del embrión, y su investigación hasta los 14 días.

Guzmán Ávalos nos dice sobre Inglaterra “Como puede apreciarse en las disposiciones relacionadas con el consentimiento informado. Las mujeres mayores de 18 años tienen acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida. El 01 de Noviembre de 1990, se expidió la *Human Fertilization and ebriology Act*, la cual no contiene disposiciones sobre las condiciones requeridas a los usuarios de las técnicas, pero parece claro que se permite su práctica a las mujeres solas a condición de haber manifestado una intención seria de cumplir las obligaciones inherentes a la educación de los niños y haber manifestado su consentimiento por escrito.”⁴⁷

A continuación enumeraremos las principales características de esta legislación:

1.- Al igual que en casi todos los países europeos Inglaterra incluye enmiendas en el Código Civil reconociendo la paternidad legal del varón que consintió la inseminación de su mujer con semen de donante, lo anterior lo recoge la Ley de 1987 sobre Reforma de la Ley de la Familia en su numeral 41.

2.- En cuanto al límite en el número de donaciones/inseminaciones por donante que en casi todos los países es de 6, en Inglaterra esta limitación no queda recogida en la ley, sino en el

⁴⁷ GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. op. cit. p. 112

informe Warnock en el cual se limita el número de las donaciones a diez por donante en sus numerales 51 y 52.

3.- Inglaterra acepta la congelación y donación de embriones de forma expresa. En esta legislación se contempla que el período durante el cual podrán mantenerse congelados los embriones no ha de ser superior a 5 años.

4.- EL Reino Unido considera en su legislación que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación.

5.- En Inglaterra se había aceptado la definición de preembrión de forma expresa en 1986, en el primer informe publicado por la VLA (Voluntary Licensig Authority for Human in Vitro Fertilisation and Embriology): aquellas células en división (tras la fecundación) hasta la formación de la línea embrionaria primitiva (comienzo de la organogénesis). Anteriormente, en el Informe Warnock, no queda recogida esta definición como fase del desarrollo embrionario, si bien sí se acepta implícitamente, y de hecho a partir del día 14 tras la fecundación el embrión humano adquiere, según dicho Informe, el estatuto jurídico. Esto se traduce en las recomendaciones que prohíben la experimentación en embriones humanos después del día 14 tras la fecundación, o simplemente el mantener un embrión vivo in vitro a partir de esa fecha (51,52).

6.- En la ley inglesa se autoriza la investigación en embriones in vitro hasta el día 14 tras la fecundación, con fines diagnósticos o terapéuticos, o si está encaminada al avance en el control de la fertilidad, la propuesta de ley se presentó al Parlamento con dos posibles opciones: una de ellas prohibiendo toda experimentación en embriones humanos (que fue

rechazada). No se prohíbe de forma expresa la creación de embriones mediante Fertilización in vitro destinados a la investigación.

7.- En relación con la manipulación genética en embriones humanos Inglaterra prohíbe de forma expresa cuando lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección.

8.- Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre este punto: Acta de acuerdos o disposiciones de subrogación de 1985. En ella condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí, es decir, no prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios.

9.- En el caso de la reproducción homóloga la ley de 1991 reconoce como madre legal a la mujer que alumbró al niño, siendo el padre del niño responsable legalmente de él, a no ser que aquél pueda probar que el niño nació sin su consentimiento.

10.- En cuanto a las desviaciones en el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida, algunas de éstas, se prohíben expresamente: la clonación, la creación de híbridos y quimeras, casi de forma unánime, en la ley inglesa, quedan estrictamente prohibidos estos procedimientos.

11.- Gran Bretaña se contempla con algunas medidas de excepción la aceptación del derecho del donante de semen al anonimato.

Lo más importante de Inglaterra es que cuenta con una legislación específica sobre la materia, además de que al igual que en otros países de Europa se protege la integridad y desarrollo del menor. El consentimiento es un factor que permanece constante en esta legislación.

2.2.3. FRANCIA

Hasta antes de 1994 en Francia aún no existía una legislación sobre las Técnicas de Reproducción Asistida. Pese a ello, es uno de los países europeos donde existe mayor organización a nivel médico administrativo en lo referente a la Inseminación Artificial, a través de la Federación francesa de los centros para la conservación y el estudio del espermatozoides, el primero de los cuales data de 1973; en los registros nacionales de los niños nacidos mediante Fertilización in vitro y otras técnicas, a través de encuestas dirigidas a los centros de Reproducción Asistida. La ausencia de legislación puede deberse a la existencia, desde 1983 del Comité Nacional de Ética como órgano consultivo para las cuestiones éticas planteadas por la investigación en biología y medicina. Las recomendaciones del Comité han regulado en cierta manera esta materia, aunque no han podido evitar sentencias judiciales polémicas, relacionadas con la Inseminación Artificial post mortem, o la maternidad subrogada.

El caso de Francia constituye un ejemplo de cómo una regulación de tipo ético a nivel nacional puede no ser suficiente en la práctica para fijar los límites en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Llama la atención el cambio de actitud experimentado en unos años en relación al respeto a la dignidad del embrión humano. Así, en las propuestas de ley, se ha pasado de la prohibición de la experimentación y congelación embrionarias, en la ley francesa de 1984, de la obligación de transferir todos los embriones obtenidos in vitro, o de realizar Fecundaciones in vitro sólo si falla previamente la transferencia intratubárica de gametos, hasta aprobar la experimentación

en embriones humanos de forma más o menos restrictiva. Se trata de un intento de "adaptación legal", a la realidad científica de tal forma que se atiende al principio de todo lo que se puede hacer se debe hacer, y hay que regularlo.

Ahora bien, existen algunas medidas legales que reglamentan aspectos generales de las Técnicas de Reproducción Asistida que más bien están encaminadas a la Inseminación Artificial y son de carácter administrativo más bien dirigido a los profesionales, en Francia encontramos la siguiente normatividad:

- Decreto Ley de abril 1988 relativo a las actividades de la procreación asistida médicamente;
- Decreto que lleva consigo la creación de la Comisión Nacional de Medicina y Biología de la Reproducción, abril 1988;
- Orden de Agosto de 1980 sobre Inseminación Artificial en la que se plasma la aplicación de exámenes a los donantes;
- Ley de 1978 que enmienda al Código de la Seguridad Social, en relación con el pago por parte de la Seguridad Social de las investigaciones diagnósticas y terapéuticas de la esterilidad.

Encontramos que en 1994 se aprobaron en París tres leyes en materia de Bioética que ponen en alto relieve la protección a la vida humana. Regulan la inseminación y la fecundación asistida y deja abierta la posibilidad a otras técnicas. Con efectos equivalentes para lo que pueda darse en el futuro. Estas técnicas se destinan a parejas heterosexuales, vivos, en edad de procrear. Se señala que el consentimiento para la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida, debe constar en escritura pública. Además de que la Ley asegura la privacidad de la persona, prohibiendo todo atentado a la dignidad de ella misma y garantizar el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida. En la ley también se protege el respeto de su cuerpo,

sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial. Otra característica principal de la legislación Francesa es el anonimato en todas estas prácticas, el Estado Francés a través de su legislación protege al donante y al receptor.

De igual forma en el Código Civil se establece que en los casos de procreación asistida con donador no se establece ningún lazo de filiación entre el donador y el hijo nacido de la procreación, lo cual implica que no puede efectuarse ningún tipo de acción para identificar al donador. También el Código Civil establece que la pareja deberá de manifestar su consentimiento ante un Juez o notario quien les informará respecto de la consecuencia de sus actos respecto de la filiación.

Existe también la Ley 94/654 del 29 de Julio de 1994 que en ella se establecen los requisitos que debe cumplir la pareja de carácter médico y legal, para llevarse a cabo una Técnica de Reproducción Asistida.

Como lo señalamos al principio de este tema, Francia es el país que cuenta con la legislación más completa, atendiendo a esta idea nos permitimos señalar los siguientes puntos más importantes respecto de esta legislación:

- Primacía de la persona;
- Prohíbe la maternidad subrogada;
- Predomina el derecho a la intimidad y al anonimato;
- Desvincula jurídicamente al donador y al producto de la concepción;
- Prohíbe la reclamación del estado de hijo en relación con el donante de los gametos;

- Prohíbe todo intento de acción de desconocimiento del hijo si se consintió el procedimiento de fecundación asistida;
- No hay límites en la utilización de determinadas técnicas se deja abierta a otras posibilidades;
- Se señala que la utilización de estas técnicas tiene finalidad terapéutica;
- Se prohíbe la fecundación con semen del marido muerto;
- Sólo se permite la utilización a parejas heterosexuales, casados o que demuestren su concubinato;
- Se establecen sanciones penales y administrativas a quienes violen las disposiciones de las leyes, sean personas físicas o morales.

Con las conclusiones anteriores que resumen la legislación Francesa sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, se da por concluida la legislación de este país, y pasaremos al siguiente.

2.2.4. ESPAÑA

Encontramos que España cuenta con legislación específica sobre el tema, los primeros antecedentes que tuvo la actual legislación son la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida del 22 de Noviembre de 1988, en el mismo año aparece la Ley de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de células, tejidos u órganos.

En cuanto a los antecedentes que dieron origen a esta legislación española respecto de las dos anteriores, el principio que inspiró éstas es la libertad individual, el consentimiento informado es producto de esta libertad individual, el acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida se abre a todas las mujeres mayores de 18 años, las mujeres viudas se encuentran dentro de este

supuesto, se permite la inseminación con semen del marido muerto cuando no exceda de 6 meses después de su fallecimiento; lo anterior como resultado de un largo período autoritario que vivió España con Franco.

Las dos leyes anteriores tienen defectos en la técnica legislativa, pero contuvieron los supuestos rectores que daban un marco de legalidad en ese país a dichas técnicas.

En la exposición de motivos de estas leyes se señala que las Técnicas de Reproducción Asistida deben ser utilizadas con fines terapéuticos, en el cuerpo de la ley se permite con otros fines, se abre la posibilidad de que se utilicen para fines de sustitución y no meramente terapéuticos.

El consentimiento es un factor que aparece nuevamente en esta legislación, siendo parte fundamental para someterse a una Técnicas de Reproducción Asistida, ya sea por la mujer sola o por la pareja en conjunto.

Un punto importante que hay que resaltar es que se permite la valoración del embrión in vitro para fines diagnósticos para constatar su viabilidad, sanciona algunas conductas como fecundar óvulos humanos para un fin distinto a la procreación humana. Sin embargo; se permite la investigación básica y experimental. Como podemos observar España permite desde esos antecedentes de legislación la experimentación en embriones humanos, como veremos más adelante esta situación ha generado polémica en este país.

Posteriormente encontramos que existe un Real Decreto 412/1996 del 10. de Marzo del mismo año, en este se establecen como puntos más importantes los siguientes:

- Se establecen los protocolos obligatorios de estudios de los donantes y usuarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Asistida;
- Regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes y Gametos y pre-embiones, con fines de reproducción humana;

De la misma forma se expide el Real Decreto 413/1996, en el cual se establece:

- Los requisitos técnicos y funcionales precisos para la utilización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Asistida.

Ya en años más recientes apreciamos que la legislación sobre reproducción asistida ha tenido varias reformas. La que ahora presenta el Gobierno socialista incorpora algunas novedades con respecto a la anterior ley de 2003, que reforma a la Ley 35/1988.

Las nuevas medidas que recoge la nueva norma son la selección genética de embriones, la no limitación del número de ovocitos a fecundar o las técnicas experimentales tuteladas, entre otras, quedan muy lejos del planteamiento que los responsables de Sanidad y Ciencia del Partido Popular tenían por septiembre de 2002 cuando declararon estar en contra de emplear los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida para la investigación y aconsejaban emplear células madre adultas.

El primer paso en los cambios de la Ley, fue el informe que el Comité Asesor de Ética del Ministerio de Ciencia y Tecnología realizó en marzo de 2003. En el se mostraba favorable al uso de los embriones congelados para obtener células madre. A partir de esa fecha se empezó a cuestionar la que por entonces era la Ley de Reproducción Asistida, vigente desde 1998, y

que prohibía cualquier manipulación con fines científicos de los embriones si no había certeza de que no eran viables.

En noviembre de 2003, el Senado aprobó la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida propuesta por el Partido Popular que, aunque abría la puerta a la investigación con células madre embrionarias, no recogía ningún cambio de fondo. Esta norma plasmaba la necesidad de la firma de un consentimiento por parte de los progenitores para donar sus embriones sobrantes a la investigación. Se fijaba el número de ovocitos y el de embriones a implantar, se limitaba a tres en ambos casos, en las mujeres que se sometieran a procesos de fecundación.

En mayo de 2004, ya en el Gobierno el Partido Socialista, saltaba a la luz la noticia sobre cinco familias españolas que habían recurrido al Instituto Valenciano de Fertilidad, para someterse a un tratamiento de fecundación 'in vitro' para poder tener un hijo sano y que sea genéticamente compatible con su hermano para poder curar la enfermedad de éste. Esta solicitud planteaba un problema legal ya que la normativa vigente sobre reproducción asistida no permitía las técnicas de diagnóstico preimplantacional.

La petición de estas familias y el debate creado en torno a las enfermedades raras hizo que, a finales de mayo de 2004, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida Humana, órgano asesor de Sanidad, se volcara a favor de la selección de embriones y el diagnóstico preimplantacional. También apoyaba la investigación con los embriones sobrantes de los procesos de fertilización y la ampliación del número de ovocitos fecundados.

El siguiente paso llamativo que el Partido Socialista dio como respaldo a la investigación con células madre fue la celebración de los convenios suscritos con Andalucía y Cataluña en julio de 2004 para impulsar los proyectos de terapia celular y medicina regenerativa. Finalmente, con el Real Decreto aprobado en octubre de 2004, el Gobierno daba paso a las primeras reformas legislativas de la Ley de 2003. En esta normativa se establecían las condiciones para

que los embriones sobrantes de procesos de reproducción asistida pudieran ser utilizados en la investigación y eliminar las trabas burocráticas para tales proyectos. Además, se establecieron 25 supuestos de excepción para ampliar el número de ovocitos. La última novedad legislativa fue anunciada el pasado febrero cuando el Gobierno autorizaba en el borrador de la nueva Ley de Reproducción Asistida las técnicas de diagnóstico preimplantacional con fines terapéuticos para terceros.

Después de un largo proceso de informes y un amplio debate social, el Consejo de Ministros da el último empujón a la nueva Ley de Reproducción Asistida antes de su aprobación definitiva en el Parlamento. Con ella se elimina la limitación de ovocitos a fecundar y tampoco se establece una edad límite para someterse a técnicas reproductivas. Como se preveía, se sigue prohibiendo la clonación humana con fines reproductivos y se deja para otra ley, la de Investigación en Biomedicina, la regulación de la clonación con fines terapéuticos.

2.2.5. ALEMANIA

Un país Europeo que es importante mencionar en esta investigación es Alemania, del cual podemos hacer los comentarios siguientes:

Como primer punto encontramos que Alemania contaba para 1989 con la Ley sobre la mediación en la adopción y sobre la prohibición de la mediación para proporcionar madres sustitutas (Ley de mediación en la adopción) en la redacción en vigor a partir de 1.1.2002 (Boletín Oficial de la Federación –BGBI- 2001, Sección I página 2950).

Al respecto de esta Ley Anibal Guzmán Ávalos citando a Gonzalo Moctezuma Barragán nos dice lo siguiente: "En Alemania existe desde el 30 de Noviembre de 1989, La Ley sobre la proporción de adopciones y la prohibición de servicios de intermediarios para procurar madres sustitutas, que regula la maternidad sustituta y contiene las disposiciones penales respecto a

inseminación artificial, así como la regulación para mujeres que se prestan como madres sustitutas.”⁴⁸

Como bien lo cita Guzmán Ávalos en la Sección Segunda de la Ley anteriormente citada encontramos que se regula la Maternidad sustituta, el artículo 13 –A, nos da la definición de madre sustituta, en el 13 – B la prohibición a la mediación y en el 13 –C que transcribimos la prohibición a esta práctica en relación a la maternidad subrogada:

“Artículo 13 – C

Prohibición de la mediación para proporcionar madres sustitutas

“Queda prohibida la actividad de mediación para proporcionar madres sustitutas.”⁴⁹

De lo anterior podemos apreciar que queda estrictamente prohibida la mediación para proporcionar madres sustitutas. Esta práctica será sancionada como una infracción administrativa y dependiendo de la infracción las mismas serán sancionadas con pena pecuniaria o hasta un año de prisión.

Con posterioridad Alemania contó con una legislación que regula las Técnicas de Reproducción Asistida y es la denominada Ley Alemana de protección del embrión, n. 745/90 de fecha 13 de Diciembre de 1990 y en ellas sobresalen los siguientes puntos sobre nuestro tema y que a continuación se presentan:

“Ley alemana de protección del embrión, n. 745/90 del 13/12/90.

⁴⁸ GUZMAN ÁVALOS, Aníbal, op. cit. p. 105

⁴⁹ Ibidem, p. 107

Artículo 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
- 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
- 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;
- 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo;
- 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;
- 6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;
- 7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

2. Será sancionado con las mismas penas:

- 1) Quien favoreciera la penetración artificial de un espermatozoide humano en un óvulo humano, o.
- 2) Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo.

3. No serán sancionadas:

1) En los casos contemplados en el párrafo 1, incisos. 1,2 y 6, la mujer de la cual proviene el óvulo o el embrión, ni aquella a quien se hubiera transferido el óvulo, o a quien se hubiera previsto transferir el embrión.

2) En los casos contemplados en el párrafo 1, inciso 7, la madre de sustitución, ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva.

En los casos contemplados en el párrafo 1, inciso. 6 y párrafo 2, la tentativa es posible de sanción penal.”⁵⁰

De lo anterior nos dice el Autor Guzmán Ávalos “Además el 13 de Diciembre de 1990 se expidió una ley (745/90) relativa a la protección de los embriones que reglamenta de manera indirecta la inseminación artificial. A diferencia de los criterios que siguen los demás países, el legislador Alemán ha preferido una ley de naturaleza penal y no civil para fijar las reglas a observar en la materia. La práctica de las técnicas se reserva en principio a los matrimonios, los concubinos deben obtener un permiso de la autoridad regional que se los permita por excepción.

La Ley sanciona penalmente la transferencia de óvulo de una mujer a otra y la inseminación artificial post mortem es punible, prohíbe la constitución de bancos de embriones y hace obligatoria la transferencia de todos los embriones obtenidos al útero de la madre biológica, que no pueden ser más de tres en un mismo ciclo. Se sanciona la selección de sexo, la clonación, así como la creación de quimera y de híbridos... La procreación asistida se considera estrictamente, un tratamiento médico de la esterilidad y excepcionalmente un medio para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia; por ello, la aplicación de las técnicas se limita en las parejas casadas y vivas. Es posible que la gran

⁵⁰ Ley Alemana de protección del embrión número 745/90 del 13 de diciembre de 1990 (consulta en INTERNET <http://comunidad.uvlex.com>, 25 de enero de 2006

renuencia por la Ley a todas las parejas biológicas y genéticas esté en gran medida ligada al trauma que causó la experiencia del programa nazi del genocidio.”⁵¹

Después de los comentarios anteriores sobre la Ley Alemana, no nos queda más que pasar al siguiente punto.

2.3. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA

Estados Unidos de Norteamérica ha destacado del resto del mundo por la gran inversión que hacen en su tecnología y no es la excepción en el caso de las Técnicas de Reproducción Asistida, incluso este país juega un papel muy importante en el ámbito de la maternidad subrogada.

En Internet encontramos que existe una gran cantidad de anuncios de clínicas privadas que ofrecen el tratamiento contra la esterilidad e infertilidad.

Pero viendo esta información que se ofrece en la Internet encontramos que no únicamente se venden estos servicios sino también existen agencias que anuncian servicios de *madres de alquiler para la maternidad subrogada* y por si fuera poco servicios de abogados especializados exclusivamente en esa materia que tienen la obligación de revisar y de asistir a la mujer que prestará su cuerpo, como a la pareja que está interesada en la subrogación.

Se desprende que estos abogados se encuentran únicamente especializados en esta materia y que al mismo tiempo elaboran contratos específicos para la realización de estos procedimientos.

⁵¹ GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. Op. cit. p. 105

Encontramos que la ausencia de algún mecanismo central que regule todos esos servicios, tal vez se deba a que en los Estados Unidos cada Estado es independiente y autónomo en sus leyes y tribunales, de esta forma podemos decir que no existe una uniformidad de criterios que regule a las *técnicas de reproducción asistida* en todas sus modalidades, cada Estado que compone la Unión Americana como lo mencionamos tiene sus propios criterios para la solución y regulación de estos procedimientos.

A mediados de los años sesentas fue creada una Comisión Nacional, la que recomendó el avance de la investigación sobre embriones y la fecundación in-vitro, esto se dio bajo la necesidad de un análisis sobre las técnicas de fertilización asistida con un carácter legal, social y ético, así como para el estudio de las consecuencias actuales.

El Comité Ético Asesor es un órgano, como lo indica su nombre encargado de asesorar. Es responsable del proceso de revisión, aprobación y seguimiento de todos los protocolos de investigación planteados por profesionales.

El objetivo del Comité Ético Asesor es garantizar la calidad científica de los proyectos de investigación sometidos a su consideración, salvaguardar la dignidad, los derechos, la seguridad y el bienestar de todos los y las participantes en la investigación; así como también, proteger a los animales de experimentación y el medio ambiente.

El Comité Ético Asesor está integrado por 6 profesionales de distintas disciplinas nutrición, antropología, medicina, epidemiología, microbiología.

El *Comité Ético Asesor (The Ethics Advisory Board EAB)*, fue comisionado para estudiar las cuestiones específicas, en auxilio y cooperación del Departamento de Salud y Servicios Humanos, para que ambos conjuntamente realizaran estudios sobre la transferencia de embriones y la fertilización in-vitro.

Las conclusiones a las que llegó este Comité, que fue el encargado de realizar los estudios sobre la fecundación in-vitro y a la transferencia de embriones, son las que a continuación se señalan, y no quedemos de dejar de mencionar que las mismas causaron gran impacto:

- En los casos de la maternidad subrogada; esta comisión determinó que el Departamento de Salud debería de realizar más investigaciones en animales, con la finalidad de conocer cuales son los efectos físicos y psicológicos a los que las madres se enfrentan en los casos de la realización de las Técnicas de Reproducción Asistida
- Estas Investigaciones tienen por objeto establecer las medidas de seguridad y el grado de éxito de los procedimientos de las Técnicas de Reproducción Asistida, así mismo, se evalúa la calidad ética y las condiciones bajo las cuales éstas puedan practicarse;
- Lo más importante de estas conclusiones a las que esta Comisión llegó es que debe de existir una legislación que defina los derechos y responsabilidades de todas las partes que intervengan en la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida.

El objeto inmediato de estas recomendaciones fue autorizar al Gobierno Federal para que tuviera influencia en alguna de estas áreas.

El informe que presenta el *Comité de Ética de la Sociedad Americana de la Fertilidad* en septiembre de 1986, formula recomendaciones para la práctica de esas técnicas.

A partir del año de 1973, diversos estados restringen o prohíben la investigación en fetos humanos, dado que había que proteger la dignidad humana, como se ha mencionado no hay

una uniformidad en los Estados, encontrando desde la prohibición absoluta hasta mínimas restricciones con el consentimiento de la madre.

Hay que advertir que en los Estados Unidos de América no existe, sino por excepción un Código Civil tal y como lo concebimos y se entiende en el Derecho Civil Continental, la tradición romano – germánica. Por esto aunque en algunos de estos casos se denomine “Family code”, la legislación que reúne las leyes sobre el derecho de familia no es sino una compilación y por esta razón en algunos Estados, la legislación sobre la procreación o reproducción asistida, esta incluida en el “Family Code”, o como se le denomine. De esta forma hablaremos de la legislación en algunos Estados de la Unión Americana sobre las Técnicas de Reproducción Asistida:

- **Minnesota:** se determina que es ser humano cualquier organismo concebido por la unión de células sexuales humanas ya sea dentro del cuerpo o fuera de él.
- **Massachussets:** Cuenta con una legislación restrictiva donde el gobierno prohíbe la investigación en fetos.
- **Pensylvania:** Cuenta con una legislación que permite el empleo de la Fecundación in-vitro, en ella se obliga a los médicos a presentar reportes trimestrales al Departamento de Salud, donde se contenga el nombre del médico responsable, nombres y datos de los patrocinadores y donantes, número de óvulos fecundados, número de embriones, etcétera.
- **California:** Se encuentra regulada por el Código de Familia, en el se establece que el hijo concebido por una pareja mediante la donación de esperma que no es del marido, la ley lo reconoce como hijo del esposo. El consentimiento debe ser expresado por los esposos por escrito. Existe anonimato por parte del donador y todos los datos e información sobre la inseminación son resguardado en archivo confidencial.
- **Arkansas:** El título nueve del código de familia de 1987 ordena que los hijos nacidos por inseminación artificial o por alguna Técnicas de Reproducción Asistida, son

considerados hijos del cónyuge, cuando hay donación de esperma, el consentimiento también debe ser manifestado por el cónyuge mediante documento escrito.

- **Florida:** El título XLIII De la Ley de relaciones familiares recoge una serie de disposiciones en las secciones 742.13 a 742.17, las cuales versan sobre los siguientes puntos:
 - a) sec.742.14 Donación de huevos, esperma y preembriones.
 - b) sec.742.15 Contrato de gestación subrogada.
 - c) sec.742.16 Situación filial del hijo producto de maternidad subrogada
 - d) sec.742.17 Disposición de gametos, esperma, preembriones y derechos que se adquieren.
- **Virginia:** El capítulo 9 del Código de Virginia en su secciones 20-156 a 20- 165 tratan sobre el área de nuestro interés y de ellos se desprende lo siguiente:
 - a) Sección 2016 Esta sección es constituye un diccionario que proporciona las definiciones siguientes:
 - I.- Concepción asistida,
 - II.- Padres genéticos,
 - III.- Madre Gestante, y
 - IV.- Contrato de subrogación,
 - b) Sección. 20-157 La ley de Virginia para regular el contrato.
 - c) Sección. 20-158 Filiación resultante de la concepción asistida.
 - d) Sección 20-159 Contratos permitidos de subrogación.
 - e) Sección 20-160 Petición para ser escuchados en la corte y ser aprobado el contrato de subrogación.
 - f) Sección 20-162 Contratos aprobados por la Corte.
 - g) Sección 20-163 Miscelánea de supuestos para la maternidad subrogada.
 - h) Sección 20-164 Relación filial con el niño.

i) Sección.20-165 Rescisión del contrato de maternidad subrogada, penalizaciones y prohibiciones.

- **Idaho, Tennessee, Utha, Winsconsin** también tienen legislación similar a las ya indicadas.
- **New Jersey:** Bajo la debida supervisión médica este Estado reconoce al esposo de la mujer que se le realiza una Técnica de Reproducción Asistida, con semen de donador o sea con esperma que no es del cónyuge, como hijo del mismo. Nuevamente con la especificación de que debe de manifestar su consentimiento por escrito. En este Estado encontramos un caso muy interesante que es el de Baby M en 1998, así llamado en esta localidad, del cual se señalan los puntos más importantes sobre éste caso:
 - a) El derecho a la procreación está protegido constitucionalmente; es el derecho a tener hijos ya sea por relaciones sexuales o por inseminación artificial.
 - b) No es ofensivo al ordenamiento vigente en el Estado de New Jersey el que una mujer, voluntariamente y sin que medie pago o remuneración convenga en ser madre subrogada, siempre que ella no esté contractualmente vinculada a renunciar a su bebé, en el caso citado el particular contrato de maternidad subrogada fue declarado nulo e inexistente por entenderse que el pago del dinero o remuneración por servicios “a la subrogada” y la renuncia de derechos materno filiales (por parte de la subrogada) eran ofensivos a la política pública estatal. Pero sin estas cláusulas no hay nada que limite en contra de su validez.
 - c) El pago que se hace a la subrogada por sus servicios de gestar y de procrear, unidos a la renuncia de los derechos materno filiales, se entiende constituye un acuerdo de venta de una criatura para la adopción (baby selling, baby buying) que es ilegal. Esto es, la subrogada procrea y renuncia a sus derechos materno filiales, (la mujer que pare es la madre) para que otra mujer adopte al hijo procreado. No obstante, a la subrogada puede dársele dinero o pagársele por los exámenes médicos prenatales que se lleven a cabo. Pero esto nada tiene que ver con que la subrogada renuncie a los derechos materno filiales para que se proceda con una adopción, no pueden

unirse ambas cláusulas o situaciones, tampoco puede contratarse de antemano el que la subrogada, en la eventualidad de que procee esté obligada a renunciar a sus derechos materno filiales.

- Por último encontramos que existe un Acta en la que se propone haya un criterio uniforme en cuanto a la filiación que se establece por este tipo de prácticas, La “National Conference of Commissioners on Uniform State Laws” creada en 1982, e integrada por comisionados de cada Estado, el Distrito de Columbia y Puerto Rico aprueba propuestas sobre legislación uniforme, que quedan a la dirección de cada una de las jurisdicciones miembros, adoptarlas o no, con o sin modificaciones. Esta acta propone en concreto lo siguiente:

Que los hijos nacidos por alguna Técnica de Reproducción Asistida, en la que se insemine a su esposa con semen de un donador, será considerado hijo del esposo y será protegido por la ley como tal, de la misma forma el consentimiento por parte de la pareja deberá de ser manifestado en documento escrito. El Departamento de Salud deberá de llevar un registro del procedimiento siendo éste confidencial y resguardando la identidad del donante. El donante deberá de dar su permiso para que su semen sea utilizado en alguna de estas Técnicas de Reproducción Asistida.

Esta propuesta de legislación uniforme ha sido aprobada (en su totalidad o parcialmente), y está vigente en los siguientes Estados: Alabama, California, Colorado, Delaware, Hawai, Illinois, Kansas, Minnesota, Missouri, Montana, Nevada, New Jersey, New México, North Dakota, Ohio, Rhode Island, Washington y Wyoming.

Después de esta breve reseña sobre las legislaciones que en esta materia existen en Estados Unidos, podemos agregar que se han presentado infinidad de juicios donde los pacientes de prácticas de reproducción asistida, han demandado a su médico, por haber nacido niños (hijos)

con alteraciones genéticas; alegando estos no haber sido advertidos sobre dichos riesgos; y muchos juicios de estos, han sido ganados por la pareja estéril.

Como se observa en los Estados Unidos aún con todas esas normas, no se ha alcanzado a cubrir la gran diversidad de Técnicas de Reproducción Asistida y las respectivas consecuencias derivadas de su aplicación.

Prácticas como la clonación terapéutica, investigación con células madre embrionarias, manipulación genética de embriones, selección embrionaria y diagnóstico preimplantatorio (elección del sexo, criptaje de enfermedades hereditarias) son nuevos retos que se abren ante nuestros ojos, que tan amplio debate y controversia social suscitan, se plantean de formas distintas en los diferentes países y gobiernos.

Estados Unidos representa un lugar clave, uno de los más importantes campos de batalla del debate actual. Es precisamente aquí donde se encuentra la más sofisticada industria biotecnológica. Por otro lado en Estados Unidos es conocido que a pesar de que el aborto es legal en algunos Estados desde hace más de 20 años, la interrupción voluntaria del embarazo sigue siendo un punto importante de fricción social. Las nuevas cuestiones éticas que se abren ahora, al involucrar la manipulación y destrucción del embrión en sus estadios iniciales, se solapan con el debate del aborto, siendo igualmente rechazadas por un gran sector social.

Por un lado el vertiginoso ritmo de los descubrimientos en este campo, y por otro la dificultad de digerir las consecuencias éticas de estos nuevos experimentos, así como la dificultad de desarrollar legislaciones que se adelanten a regular estas investigaciones, son un reto a cumplir.

A todo esto se unen los intereses económicos que persiguen las grandes empresas farmacéuticas y de biotecnología, que se materializan con la creación de licencias para el uso y cultivo de estas células embrionarias, así como las controvertidas y enormemente criticadas patentes de genes; la escasa e incorrecta divulgación de estos avances científicos, sin duda una meta difícil.

A pesar de ello, en una encuesta desplegada por la Red de noticieros se encontró que el 67% de los americanos pensaban que la clonación de animales era una "mala idea"; el 90% estaba en contra de la clonación de hombres, el 68% se oponía a la clonación incluso con el fin de producir órganos vitales para salvar vidas, y un 76% se oponía a la clonación humana para que parejas estériles pudieran tener hijos.

Leon Kass, experto en Biopolítica y catedrático de ética de la Universidad de Chicago, como uno de los promotores de una iniciativa para la mayor y mejor divulgación de estos temas, afirma "que no será una labor fácil desarrollar políticas prudentes que regulen estas nuevas tecnologías, evitando el atropello de la dignidad de ningún ser humano aún en sus estadíos más iniciales, y al mismo tiempo estar abierto al avance científico y al desarrollo de nuevas tecnologías contra enfermedades hasta ahora incurables."⁵²

Kass se muestra escéptico al reconocer que para conseguir este objetivo, hay que "luchar contra una gran cantidad de dinero, contra el prejuicio generalizado de que esta mal intentar impedir que alguien haga una determinada cosa, o desarrolle una determinada labor, y en muchos casos, luchar contra el instinto natural del temor a la muerte."⁵³

⁵² León Kass, filósofo y político (consulta en INTERNET <http://www.economist.com>, 31 de enero de 2006

⁵³ *Ibidem*

El 9 de agosto de 2001, George Bush, presidente de los Estados Unidos, en una intervención histórica, televisada para todo el país, anunció su decisión de permitir únicamente la concesión de fondos federales para la investigación con células madre embrionarias ya existentes, fruto de antigua destrucción de embriones sobrantes de centros de reproducción asistida. Confirmó que no subvencionará las investigaciones con células madre procedentes de embriones destruidos posteriormente a la fecha de su intervención. En su comparecencia Bush habla de que en ese momento, y tras un inventario realizado por el equipo del Departamento de Salud y Servicios Sociales estadounidense, existían en el mundo más de 60 líneas celulares en cultivo en proliferación indefinida, procedentes de embriones destruidos por investigadores privados de distintas partes del mundo.

A continuación se citan las 10 compañías y laboratorios de investigación que están desarrollando células madre embrionarias humanas, que cumplen los criterios de Bush:

- BresaGen Inc, Atenas, Grecia: 4
- CyThera Inc, San Diego, California, EEUU: 9
- Karolinska Institute, Estocolmo, Suecia: 5
- Monash University, Melbourne, Australia: 6
- National Center for Biological Sciences, Bangalore, India: 3
- Reliance life Sciences, Mumbai, India: 7
- Technion-Israel Institute of Technology, Haifa, Israel: 4
- University of California, San Francisco: 2
- Göteborg University, Göteborg, Suecia: 19

Wisconsin Alumni Research Foundation, Madison, EEUU: 5

Numerosas cuestiones se han planteado en los círculos científicos desde este anuncio. Existen muchas dudas sobre la calidad de estas células, así como sobre los posibles conflictos que puedan surgir en torno a la propiedad intelectual de estas líneas celulares.

En los días posteriores al comunicado del presidente, algunos investigadores denunciaron que muchas de esas líneas celulares estaban contaminadas por células de ratón. Efectivamente, una técnica muy generalizada para el desarrollo y la proliferación en estadios de indiferenciación de este tipo de células, es su cultivo encima de otros cultivos de células de ratón, que favorecen con la secreción de factores de crecimiento, la proliferación de las células madre embrionarias (que se conozca, sólo una empresa americana, posee una patente para la proliferación ilimitada de células madre sin necesidad de suplementos de células de ratón).

Dignas de mencionar son algunas voces que se levantan por encima del debate científico y ético en torno al uso o no de embriones como base de las nuevas líneas de la medicina, que hacen un llamamiento a la prudencia. Denuncian la tendencia que existe a caer en el anuncio de falsas esperanzas para la curación de enfermedades hasta ahora incurables (Alzheimer, Parkinson, Diabetes), dando a la opinión pública la impresión de que los tratamientos con células madre y con clonación terapéutica llegarán en cuanto se liberalicen las trabas actuales, tanto sociales como económicas, que frenan las investigaciones con células madre.

“Por su parte, el nuevo marco regulatorio en los Estados Unidos establece que los científicos sólo podrán solicitar fondos federales si las células con las que quieren trabajar han sido obtenidas de embriones congelados, creados para tratamientos de fertilización asistida y que no vayan a ser utilizados. Además, se prohíben los pagos a los donantes de embriones, así

como se impide que los donantes determinen quién recibirá las células fetales que habrán de extraerse de los embriones. El objetivo de esta normativa es impedir que emerja un mercado de células embrionarias y que algunas mujeres conciban embriones con el propósito de usar sus células para tratar a un familiar enfermo.

La investigación realizada en células embrionarias para 'la creación o contribución a un embrión humano' no habrá de recibir fondos del Departamento de Salud, así como el organismo tampoco subsidiará la experimentación que emplee este tipo de células 'obtenidas de embriones humanos que se crearon con fines de investigación o con el propósito de clonar un ser humano' ".⁵⁴

De todo lo anterior podemos decir que Estados Unidos cuenta con legislación específica sobre el tema de las Técnicas de Reproducción Asistida, pero no deja de ser insuficiente para resolver los conflictos que se presentan. Hay Estados en Estados Unidos que permiten la maternidad subrogada sin pago por el menor, sólo permite el pago de los gastos generados por los cuidados prenatales, lo anterior en términos generales. Su legislación presenta el problema de la uniformidad de criterios debido a su sistema judicial. Por otro lado encontramos que se podría pensar que éste tipo de problemáticas que se generan por las Técnicas de Reproducción Asistida, han sido superadas al enfrentar problemas más complejos como los son el tratamiento de los embriones que se conciben por estos métodos y que son utilizados para la experimentación.

Como podemos ver Estados Unidos enfrenta ya otro reto, el de regular de manera ética sin que perjudique el crecimiento en la investigación sobre los embriones humanos.

⁵⁴ Idem

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO POSITIVO MEXICANO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

3.1. LOS ACTOS Y LOS HECHOS JURÍDICOS

Después de hacer el análisis de que son las Técnicas de Reproducción Asistida, así como el marco normativo que las rige en el derecho comparado, es tiempo de adentrarnos al derecho positivo mexicano y ubicar en donde se encuentran situadas estas técnicas, así mismo; estudiaremos cuales son los ordenamientos que existen para regularlas a falta de una legislación específica.

Comenzaremos por analizar los hechos jurídicos; en primer lugar cabe definir lo que se entiende por hecho en general, el autor Enzo Enríque lo define como “cualquiera transformación de la realidad”⁵⁵ para otros autores el hecho será “una transformación del mundo exterior”⁵⁶. Francisco Javier Saavedra Galleguillos nos dice sobre la definición de hecho lo siguiente: “Hecho es todo lo que sucede. Es todo suceso o fenómeno acaecido en la realidad, en el mundo exterior y es susceptible de ser percibido por los sentidos. En un sentido amplio, designa a toda clase de acontecimientos y situaciones, sean provocadas por la naturaleza o por el hombre. Desde una perspectiva restringida, es todo cuanto ocurre en la naturaleza sin intervención de la voluntad humana.”⁵⁷ Por lo expuesto encontramos que hecho,

⁵⁵GARCÍA MAYNES, Eduardo. “Introducción al estudio del derecho”. Editorial Porrúa. México 2001, p. 170

⁵⁶ SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier. El Objeto y la Causa del Acto Jurídico. Ed. Jurídica Cono Sur itda., Santiago de Chile, 2000, p. 7

⁵⁷ Idem

como un acto aislado no significa nada para el mundo de lo jurídico, sino hasta que este entra por alguna razón al mundo de las normas jurídicas.

Para adentrarnos a este tema ya propiamente de los hechos jurídicos nos parece que la introducción idónea es la que nos proporciona el maestro Gutiérrez y González que transcribimos de manera literal: “Las norma jurídica se elabora para regir conductas humanas, pero sólo en aquellos casos que el mismo derecho considera que esas conductas deben producir consecuencias; no todas las conductas humanas producen consecuencias jurídicas, hay ciertos hechos de la naturaleza que el derecho, al relacionarlas con los seres humanos les atribuye ciertas consecuencias jurídicas, pues bien esos hechos humanos y naturales son la fuerte general y primordial más amplia de donde brotan las obligaciones lato sensu y procede por ello entrar a su estudio.”⁵⁸

Ahora veamos lo que los especialistas en la materia nos aportan sobre el hecho jurídico.

Para Galindo Garfías en su curso de Derecho Civil nos señala “en sentido amplio el hecho jurídico es todo acontecimiento, ya que se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuirle consecuencias de derecho.”⁵⁹ así mismo y en sentido menos amplio, llama hecho jurídico a “los fenómenos de la naturaleza o de la actividad humana donde con independencia de la voluntad se produzcan efectos jurídicos o de derecho.”⁶⁰

Eduardo García Maynez llama a los hechos jurídicos supuestos jurídicos y los define como “hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma.”⁶¹

La doctrina francesa define al hecho jurídico de la forma siguiente: “Estima que el lado de los fenómenos de la naturaleza que nos producen efectos de derecho, y la mayor parte de las

⁵⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Ed. Porrúa, 2001, p. 157

⁵⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa, México, 2005, p. 204

⁶⁰ Idem

⁶¹ GARCÍA MAYNES, Eduardo. op. cit. pp. 170 y 171

conductas humanas son irrelevantes en lo jurídico, se tiene al hecho jurídico que es el que si produce efectos de derecho. Estos efectos pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de obligaciones y derechos.”⁶²

De esta forma observamos que la doctrina francesa considera hechos jurídicos a los acontecimientos naturales o por hechos del hombre, donde no interviene la intención de originar consecuencias de derecho; pero no obstante, éstas se originan.

Savigny a quien debemos la noción doctrinaria de hecho jurídico, enseñaba que “el hecho jurídico es todo acontecimiento natural o del hombre capaz de producir efectos jurídicos”⁶³

Villoro Toranzo define al hecho jurídico de la siguiente manera, “El hecho jurídico es aquel acontecer cuya existencia en alguna forma (ya sea aislada o en función de otros hechos) es tomada expresamente en cuenta por una norma en donde estipula consecuencias jurídicas si el hecho acontece, por considerar que este hecho no puede producirse, sin ser debidamente ordenado.”⁶⁴

Bonnecase define a los hechos jurídicos como “Los efectos de derecho pueden consistir en la creación, transmisión, modificación y extinción de obligaciones o derechos, los hechos que producen estos efectos jurídicos se llaman hechos jurídicos, en el sentido general de esta expresión.”⁶⁵

Los hechos jurídicos adquieren relevancia para el derecho y por lo tanto reciben el calificativo de jurídico, esto se da cuando sus características coinciden con los datos establecidos en la hipótesis de la norma. Galindo Garfías divide en dos categorías los hechos jurídicos, “la primera de ellas son las producidas por la naturaleza en sentido estricto la segunda aquellas

⁶² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. op cit. p. 159

⁶³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. op. cit. p. 206

⁶⁴ Idem

⁶⁵ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las obligaciones, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 84

donde interviene la conducta humana, pero sin la voluntad del sujeto de producir efectos en el campo del derecho.”⁶⁶

Por último haremos la acotación de que el hecho jurídico realizado por el hombre podrá ser voluntario o involuntario y de existir la voluntad, no existe la intención de alcanzar consecuencias de derecho.

Ahora estudiaremos a los actos jurídicos que a diferencia de los hechos jurídicos siempre encontraremos que interviene la voluntad del hombre, pero en este caso el hombre tiene toda la intención de producir consecuencias de derecho, ya sea crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Bonnetcase, nos define al acto jurídico como “Manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o institución jurídica a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, por el contrario un efecto de derecho limitado relativo a la formulación, modificación o extinción de una relación jurídica.”⁶⁷

De esta misma forma Ignacio Galindo Garfias nos comenta sobre el acto jurídico “Acto jurídico son todos aquellos acontecimientos que producen efectos jurídicos en los que interviene la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica”⁶⁸, en esta definición se distingue claramente la manifestación de la voluntad.

⁶⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op cit. p 210

⁶⁷ GARCÍA MAYNES, Eudardo, op. Cit. Pp. 170 y 171

⁶⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit. 210

Para el maestro Rafael Rojina Villegas es la siguiente: “El Acto jurídico es una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.”⁶⁹

De la misma forma para el estudioso León Duguit “Acto jurídico es todo acto de la voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un momento futuro.”⁷⁰

Encontraremos que siempre que se produzca un acto jurídico existirá una manifestación de la voluntad del individuo, es decir, se exterioriza un propósito, ya sea por declaración de la voluntad o por simples actos que revelan en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Podemos concluir que la diferencia principal entre el hecho y el acto jurídico radica de manera medular en la voluntad que se tenga para la realización de la conducta que se encuentra en un orden jurídico. De esta forma vemos que el ejemplo más claro de un acto jurídico lo es la celebración de un contrato, por la manifestación de la voluntad de las partes para celebrarlo, mientras que el leer un libro es un hecho que mientras no se realicen conductas tendientes a modificar el entorno no entra dentro del campo de lo jurídico, es considerado únicamente como un hecho.

⁶⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Com. de der. Civil. Introducción personas y familia, Ed. Porrúa, México, 1993, p. 115

⁷⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. op cit. p. 117

3.2. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA TEORÍA DE LOS ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS

El objetivo de este punto es ubicar a las Técnicas de Reproducción Asistida dentro de los actos y los hechos jurídicos, explicados con anterioridad

Comenzaremos por decir que el simple acto de practicar o practicarse alguna de las Técnicas de reproducción asistida se debe considerar ya como un Acto jurídico, en cualquier momento del procedimiento la persona o personas interesadas deben por cualquier modo manifestar la voluntad de practicarse una de esta Técnicas de Reproducción Asistida, con el objeto de concebir un hijo, es aquí en donde se actualiza el supuesto del acto jurídico, en la manifestación de la voluntad. Esta manifestación traerá consecuencias de carácter jurídico, ahora bien, es importante mencionar que si bien es cierto que la persona a realizarse la Técnica de Reproducción Asistida, debe o por lo menos debería conocer las consecuencias jurídicas de sus actos, no siempre sucede, aspectos como la filiación, alimentos, herencia, divorcio, matrimonio, incluso la muerte pueden ser situaciones de derecho que no se encuentran previstas por la persona que se realiza una Técnica de Reproducción Asistida, las consecuencias que prevén son las inmediatas y no las de carácter futuro.

Las consecuencias jurídicas que pueden nacer de este tipo de prácticas varían dependiendo de la situación en la que éstas se presenten, no es lo mismo si se realiza una Técnica de Reproducción Asistida homóloga a una heteróloga en el campo del derecho, en el primer caso los agentes que intervienen son la pareja, mientras que en la heteróloga ya interviene un tercero; por otro lado ¿Qué pasa con la maternidad subrogada? o en los casos en que la mujer es inseminada con espermatozoides del marido muerto. Estas situaciones entre muchas otras deberán de ser reguladas por un ordenamiento específico sobre la materia. Consideramos que las situaciones antes descritas son una mínima parte de la gran gama de posibilidades que se presentan o pueden presentarse en nuestra realidad, de ahí la importancia de contar con un

ordenamiento que prohíba se distorsione la finalidad de las Técnicas de Reproducción Asistida, que es la de concebir un hijo.

Retomando la ubicación que tratamos de darle a las Técnicas de Reproducción Asistida en el ámbito de los actos jurídicos y respecto del conocimiento que debe de tenerse de sus consecuencias, Rojina Villegas apunta “en la definición de acto jurídico se considera que la manifestación de la voluntad debe de realizarse con el propósito de producir consecuencias de derecho, generalmente se objeta este punto de vista estimando que el autor de un acto jurídico nunca puede prever todas las consecuencias de derecho de su manifestación de la voluntad por lo tanto únicamente será necesaria la declaración de su voluntad encaminada a producir consecuencias de derecho”⁷¹, así mismo, en opinión del mismo autor “el acto jurídico aún contando con la voluntad del individuo para llevarlo a cabo, él mismo no siempre será conciente de todas las consecuencias que se producirán, pudiendo inclusive la norma jurídica nulificar las consecuencias que se proponga el autor del acto y reconocer otras.”⁷².

Ahora bien, como vimos el ejemplo más claro del acto jurídico es el contrato, éste llevado al ámbito de la reproducción asistida, encuentra cabida en el supuesto de ¿Es válido un contrato de maternidad subrogada? En relación a lo anterior atenderemos a un principio básico en nuestra materia como lo es “lo que no está prohibido, está permitido”, de esta forma diremos que en el derecho positivo mexicano no encontramos contratos de reproducción asistida, ni normas tendientes a su regulación, excepto algunos artículos de la Ley General de Salud, Código Civil Federal y de algunos ordenamientos estatales, que son insuficientes. De esta forma este tipo de contratos en donde la voluntad como elemento de existencia del contrato se encuentra debidamente manifestado, consideramos no pueden ser desconocidos por la Ley, por lo tanto tampoco por los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de ellos. Otro problema jurídico radica en cual es el órgano jurisdiccional competente para conocer este tipo de controversias en el caso de que este tipo de contratos llegue a ser exigible por la vía legal.

⁷¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.Cit. p. 117

⁷² Ibidem, p.118

Sería factible pensar que este tipo de situaciones no se hayan presentado, bueno, eso se cree, pero en la realidad encontramos que este tipo de situaciones que crean consecuencias jurídicas existen y en cualquier momento pueden llegar hasta los Tribunales, en donde al igual que en otras legislaciones deberá de resolverse en base a los principios generales del derecho, así como a la situación de la controversia en específico. Además de que deberá de ser estudiada con minuciosidad la licitud del contrato, en cuanto a sus elementos de validez y de existencia.

Ahora bien en el artículo Octavo del Código Civil para el Distrito Federal se establece que:

“Artículo 8o.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

De lo anterior se desprende que el acto jurídico de realizarse una Técnica de Reproducción Asistida o de celebrar algún contrato relacionado con alguna de estas prácticas no está prohibido por ninguna ley en nuestro derecho positivo, ni atenta contra el interés público.

Debido a la falta de regulación de estas técnicas, y atendiendo a lo expresado en el artículo Octavo de nuestro Código Civil, podemos decir lo siguiente: que mientras las partes que intervienen en la realización de las Técnicas de Reproducción Asistida manifiesten su voluntad de realizarlas y estén concientes de las consecuencias jurídicas, además de que cuenten con capacidad para contratar no se podrá alegar inexistencia o invalidez alguna.

Un contrato de esta especie no requerirá de ninguna manera de una formalidad, ni solemnidad. Asimismo; se habrá de observar que las partes cuenten con capacidad para contratar y que no exista ningún tipo de vicio, como podrían ser la violencia, la mala fe o el error.

En cuanto a los derechos de aquel que no es parte en el contrato, pero del que emanarán una serie de derechos a raíz de que se lleve a cabo de manera viable la concepción podemos decir, que siempre deberá ser tomado en consideración y no podrá estipularse cláusula alguna que pueda afectarlo en sus derechos; en efecto, estamos hablando del producto de la concepción, al que la misma ley le reconoce plenos derechos cuando señala que: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley.”⁷³

Dado lo estipulado en el artículo que se menciona encontramos que sería de gran importancia realizar un estudio exhaustivo del porvenir de todos esos embriones, que nunca serán implantados en el vientre de una mujer y que actualmente son considerados como basura o como objeto de investigación.

En este orden de ideas regresando a si el derecho debe reconocer o no un contrato, pacto o acto jurídico, efectuado con el fin de que se trata en esta obra, podemos señalar que el Código Civil contempla que cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas, de igual manera indica que cualquiera que sea la generalidad del contrato, no se deberán entender comprendidas en él cosas distintas sobre lo que los interesados quisieron contratar.

En este mismo sentido se expresan todos los artículos comprendidos dentro del título de interpretación de los contratos del Código Civil.

De lo anterior podemos observar que siempre que exista un contrato que no esté estipulado en la ley a éste se le dará valor pleno y se deberá respetar lo que la voluntad de los que lo realizaron hayan deseado.

⁷³ Véase artículo 22 del Código Civil Federal Colección Porrúa Leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa, México, 2006.

En el mismo tenor de ideas podemos señalar, que los contratos que no se encuentren reglamentados en el Código Civil se registrarán por las reglas generales de los contratos, por lo que hayan estipulado las partes y si existen omisiones por las disposiciones del contrato con que tenga más analogía de los ya reglamentados, de igual manera la ley estipula que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos.

Como se puede observar se otorga por nuestros ordenamientos jurídicos plena validez a todo contrato, convenio o acto jurídico que exprese una voluntad aún cuando estos no sean claros o no estén reglamentados o contemplados por la ley, siempre y cuando dicho acuerdo no sea contrario a la ley o interés general.

Queda claro entonces que nosotros consideramos acto jurídico cualquier contrato o acto realizado con el fin de practicar cualquier modalidad de las prácticas de reproducción asistida. Sólo resta de esta manera únicamente señalar que no habrá de confundirse a estos actos jurídicos con los procesos naturales de la concepción, embarazo y nacimiento; donde el hombre no interfiere de forma alguna limitándose únicamente a ser espectador, siendo estos fenómenos de la naturaleza claros ejemplos del hecho jurídico.

3.3. EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA

Como siguiente tema abordaremos el concepto de la familia, ¿Por qué es importante este punto? Como hemos visto a lo largo de esta investigación, la tendencia en países latinoamericanos es la de conservar el concepto de familia que hasta la actualidad se tiene, no así en países europeos. La familia a mi parecer es “la base de la sociedad”, por más trillada que lo parezca esta frase, consideramos que para se realice una Técnica de Reproducción Asistida, cualquiera que ésta sea, debe ser dentro del núcleo familiar. Para nosotros el medio idóneo para que una persona crezca de manera apropiada, debe ser dentro del núcleo de la

familia. Además de que en esta propuesta como lo veremos más adelante, dentro de los requisitos que se proponen para poder realizarse uno de estos procedimientos, es la de que sea una pareja independientemente de que se encuentre casada o en concubinato, toda vez que así se cierra más el círculo para poder tener un mejor control sobre los hijos nacidos como producto de una Técnica de Reproducción Asistida.

A continuación hablaremos sobre la evolución de la familia, haciendo nuevamente hincapié en que sólo se tratarán los aspectos más relevantes que se consideraron sobre el tema.

En su libro de sociología Ely Chinoy nos proporciona la definición de familia, entendiéndola como: “se dice muy frecuentemente, que la familia es la unidad social básica.”⁷⁴

Para Boncase la familia “es un todo orgánico. Cuyos datos fundamentales escapan a nuestro espíritu porque se trata de los datos mismos de la especie humana; en su base se encuentra la diferencia de sexos que implica una diferencia de actitudes, y una diferencia de funciones. El derecho no crea a la familia; simplemente organiza con el nombre de matrimonio basado en una estructura orgánica natural, revelada por la biología humana...”⁷⁵

Para el jurista José Castan y Tobeñas “El derecho de familia es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre si los miembros de la familia.”⁷⁶

Ramón Sánchez Medal nos dice sobre la familia “Familia Natural.- La familia natural que se funda en la unión de hecho de un hombre y una mujer, de carácter inestable, no conforme a las buenas costumbres, y que puede dar origen a relaciones jurídicas sólo con respecto a los hijos provenientes de esa unión. La familia legítima.- Que se funda en la unión natural y legal de un

⁷⁴ CHINOY, Eli. La sociedad, una introducción a la sociedad Ed. FCM. México, 1992. p. 139

⁷⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho, derecho de familia y relaciones jurídicas familiares, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 151

⁷⁶ Ibidem p. 153

hombre y una mujer, de carácter estable, conforme a las buenas costumbres, y que crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos provenientes de dicha unión.”⁷⁷

Para el civilista Galindo Garfias la familia la define como: “es el conjunto de personas en un sentido amplio (parientes), que procede de un progenitor o tronco común, sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).”⁷⁸

La antropología después de muchas investigaciones ha considerado que la fuente primaria del concepto de familia es el lazo biológico que existe entre la madre y el hijo, deduciendo de lo anterior que la organización de la familia era el matriarcado, figura originaria de las organizaciones familiares posteriores. Además de que siempre es importante para una persona saber de donde viene. Respecto del matriarcado podemos decir lo siguiente:

“El matriarcado existía por el simple hecho de que la paternidad era presumible y la relación que se guarda entre la madre y el hijo era indudable; este sistema se daba entre las comunidades más simples, las tribus primitivas, con excepción de lo anterior algunos antropólogos han dicho también que en estas sociedades tan simples tuvieron sistemas patrilineales de parentesco y la ignorancia de la paternidad biológica no se manifiesta en la ausencia de un padre biológicamente reconocido.”⁷⁹

Sobre el concepto de familia, apunta Galindo Garfias “la familia es anterior al derecho”⁸⁰. Toda vez que la necesidad de reproducción y la necesidad sexual debían de ser satisfechas, atendiendo a lo anterior es como comienza a nacer lo que hoy conocemos como familia.

⁷⁷ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Los grandes cambios en el derecho de familia de México, Ed. Porrúa, México, 1991, p. 112

⁷⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit. p. 427.

⁷⁹ CHINOY, Eli. op. cit. p. 142

⁸⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. op. cit. p. 430

Como todo, la familia ha tenido cambios importantes a través del tiempo. A continuación veamos cuales han sido estos cambios.

Se dice que entre los primeros antropoides había cierta estabilidad, ya que se buscaba la protección del macho y el resguardo a la prole de los peligros, más adelante ya no sólo era el macho, la hembra y la prole, sino también un grupo de parientes lejanos que buscaban la protección del jefe del clan o tribu.

Después de estas primeras formas de organización se le aúna un elementísimo como lo es la religión. En estas comunidades se pretende descender de un antepasado común para todos, se prohíbe el incesto, o sea la unión sexual entre parientes. Solo algunos pueblos lo permitían con el objeto de conservar la pureza de la raza como lo fueron los incas, los egipcios y las familias reales de Hawai (endogamia).

Para evitar el incesto estas formas de organización pensaron que la mejor forma de evitarlo era permitir que los miembros de una tribu y un clan se mezclaran con los de otras tribus para así poder evitar el incesto. Al surgir el concepto de familia, existe la figura del parentesco, que como podemos observar desde estas formas “primitivas” de organizarse ya el parentesco formaba un punto especial dentro de su organización, de este punto nos ocuparemos más adelante.

Otra civilización que es de importancia vital estudiar es la de los romanos El término familia en Roma se usaba en diversos sentidos, en un sentido limitado y propio, la familia es el conjunto de personas sujetas a la potestad de un mismo jefe. Era la *domus* romana integrada, de los siguientes elementos que destacan para nuestro estudio:

- a) El *paterfamilias*.
- b) La esposa. *In manu*.
- c) Los hijos (de ambos sexos).

- d) Las personas adoptadas.
- e) Y otras más que podían o no estar a la potestad del *paterfamilias*.

En un sentido amplio, por familia se entiende el conjunto de personas ligadas por el parentesco civil, *agnación* aun cuando no estén sujetas a la autoridad del mismo jefe, la familia romana es típicamente patriarcal puesto que descansa, fundamentalmente en la autoridad de *paterfamilias*. El vínculo familiar no se determina por los lazos de sangre sino de la potestad que ejercía el *paterfamilias* sobre todos los miembros de la *domus*. En la época de Justiniano la organización familiar sufre cambios substanciales, por cuanto al vínculo de familia se funda en lazos de consanguinidad, la potestad del *paterfamilias* se atenúa y desaparece la *manus*, los hijos estuvieron en aptitud de constituir *peculios*; el parentesco *congático* se impuso en definitiva al *agnático* que fue creación del viejo derecho civil.

En resumen, podemos decir, que en Roma las dos figuras más importantes en lo que a la familia y parentesco se refiere son la *congación* y la *agnación*, importando para la primera los lazos de sangre (*cognátio*) y así para la segunda (*agnátio*). La familia romana es monogámica, es una unidad política y religiosa, que descansa en el matrimonio.

“Lo que une a los miembros de la familia antigua romana es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física; es la religión del hogar y de los antepasados, es una asociación religiosa todavía más que una asociación natural.”⁸¹

Podemos decir, que la religión no ha creado a la familia en si, pero ésta si le ha dado las reglas para su organización y funcionamiento.

Para la familia romana existía una gran preocupación por dejar descendencia, toda vez, que la descendencia será quien constituya el *paterfamilias*, *una vez muerto el padre*, de aquí que

⁸¹ DE COULANGES, Fustel. La Ciudad Antigua, Ed. Porrúa Sepan Cuantos México, 1996, p. 26

naciera el concepto de *primogénito* que es el que ha sido engendrado para el cumplimiento del deber. El primogénito era quien tenía que perpetuar el culto doméstico y este debía ser el producto de un culto religioso, o sea unidos en matrimonio sus progenitores. “Si el matrimonio sólo había sido concertado para perpetuar la familia parecía justo que pudiera disolverse si la mujer era estéril.”⁸²

Herodoto cita que “dos reyes de Esparta se vieron obligados a repudiar a sus mujeres, toda vez que éstas eran estériles. En la India la religión señalaba que la mujer que fuera estéril, podría ser reemplazada por otra que no lo fuera, en lapso de 8 años.”⁸³

Entre los romanos, no era necesario disolver el matrimonio por causa de que el marido haya sido el estéril, en este caso la familia podía continuarse. Para subsanar esta diferencia por parte del esposo, uno de los hermanos o parientes de este podía sustituir al marido y darle un hijo con su mujer, el niño que nacía de esta unión se consideraba como del marido y éste sería quien continuaría con el culto religioso.

“Además y con mayor razón, las legislaciones antiguas prescriban el matrimonio de la viuda, cuando no había tenido hijos con el pariente más próximo de su marido, los hijos que nacían se reputaban hijos de éste.”⁸⁴

Ahora hablaremos de un concepto que nos es muy familiar como lo es el linaje, que tiene sus primeros indicios con los visigodos: El linaje es la línea por la que se desciende y se forma la familia.

⁸² Ibidem. p. 32

⁸³ Ibidem. P. 3

⁸⁴ Ibidem pp. 33 y 34

De aquí también que estos pueblos se preocuparan por tener descendencia, ya que por ejemplo, si un coheredero moría sin hijos, o la rama del linaje se extinguía antes de dividir la herencia, el patrimonio se acrecentaba para el primogénito.

Ya en el derecho tradicional español observamos que existía el derecho de familia como tal, en donde se encontraba, la libertad, disciplina y fuente del carácter, que es testimonio de la vida de estos pueblos.

Toribio Ezquivel Obregón, citando a Don Joaquín Costa nos dice al respecto: “Constituye cada familia una verdadera asociación regida por el padre, (Sistema patriarcal) o por uno de los hermanos o por un pariente o extraño adoptado por ella, cuando el jefe ha envejecido nombra un sucesor entre sus hijos y si no lo tiene lo adopta. Cuando fallece sin haber designado un heredero lo harán por él, sus parientes reunidos en consejo de familia.”⁸⁵

La familia es monogámica e indisoluble, esto por la religión, instituida por la Iglesia. En esta época la familia tiene una influencia notable por parte de la iglesia y de la religión ya que se comienza a perfilar valores y conceptos en el núcleo familiar como lo son el amor entre los miembros, el respeto y la ayuda entre ellos; la iglesia elevó la institución del matrimonio a la categoría de sacramento, dando así un giro importante a la conceptualización de la familia.

Pero ahora hay que trasportarnos al derecho azteca. En este derecho no existía una concepción bien estructurada de la familia, la familia no es una unidad social, por lo tanto la concepción de familia que se tiene en Europa no encuadra con la visualización que los aztecas tenían.

“A diferencia de Europa el pueblo azteca no tenía un linaje, no tenía una función social, no existía la familia de los Moctezuma, ni de los Cuitláhuac, ni de Cuauhtémoc.”⁸⁶

⁸⁵ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Apuntes para la historia del derecho en México, Ed. Antigua Librería Robredo de J. Porrúa, México, 1947, p. 71

⁸⁶ Ibidem. p. 152

Los españoles más adelante con la *culturización* que hicieron a nuestros pueblos, crean una entidad familiar y vemos que Moctezuma, Cuitláhuac, etcétera son convertidos en apellidos para identificar a cada familia y transmitir el nombre de generación en generación.

Entre los aztecas la familia era poligámica y patriarcal, aunque la religión traída de los españoles luchó por cambiarla, los indios se resistían a hacerlo, la familia jugaba un papel importante para el joven que deseaba casarse, ya que él escogía a la novia y lo sometía a consideración de la familia.

Así vemos que la familia a través de los tiempos ha presentado cambios significativos, pero así mismo ha conservado otras tantas características que la han constituido en lo que hoy conocemos.

De la información que fue recopilada y que se presentó con antelación, podemos señalar que se han constituido tres tipos de familia a lo largo del tiempo.

- a) La formada por el matriarcado, en función de los hijos y demás miembros de la tribu en donde la paternidad biológica no era importante, tiene la característica de existir la promiscuidad.
- b) Una segunda clase, podría ser aquella donde los parientes forman parte de la familia como las esposas de los hijos, los abuelos, los nietos, etcétera. Podemos hablar de una familia de grupo.
- c) Y por último la que descansa en el matrimonio poligámico, donde el hombre está en libertad de tener varias esposas e hijos.

Remontándonos a nuestros tiempos podemos comenzar por decir que la familia moderna se caracteriza por ser, una institución fundamentalmente basada en una relación sexual entre los

padres, suficientemente precisa y duradera, que permite la procreación de los hijos. Los interesados en formarla pueden hacerlo libremente.

Para el derecho civil mexicano la familia sigue siendo la base de nuestra sociedad y la fuente de educación más importante para el desarrollo del individuo, ésta se encuentra protegida por varias normas en diferentes ordenamientos jurídicos.

La familia genera un núcleo de sentimientos y emociones inherentes a nosotros mismos, de aquí la importancia de desarrollarnos en un núcleo familiar. Tan importante es ésta que el patrimonio de la familia es transmitido de padres a hijos, por la figura jurídica de la herencia.

Una definición más moderna de lo que representa la familia es la que nos proporciona George Murdock, misma que a continuación transcribimos, “Adultos de ambos sexos, por lo menos dos de los cuales mantienen una relación sexual socialmente aprobada y uno o más hijos propios o aceptados de los adultos que cohabitan sexualmente.”⁸⁷

Podemos ver que a lo largo del tiempo el concepto de familia ha tenido un desarrollo importante, pero en el ámbito de nuestra investigación veamos como se han creado normas en diferentes ordenamientos para regular estas relaciones, entre ellas encontramos al parentesco, la filiación, los alimentos, la herencia, etcétera que nacen a partir de la regulación de las relaciones familiares.

En el derecho civil mexicano el Código Civil Federal señala cinco elementos que conforman a la familia así lo apunta Galindo Garfias “el derecho de familia se ocupa:

- a) Del matrimonio (que lo trataremos en el siguiente capítulo);
- b) El concubinato;
- c) La filiación y el parentesco (que nosotros estudiamos por separado);

⁸⁷ Consulta en INTERNET <http://monografias.com>, 18 de febrero de 2006

- d) De la protección de los menores e incapacitados (patria potestad y tutela); y
- e) Del patrimonio de familia”.⁸⁸

Dejemos de lado por un momento las cuestiones históricas que rondan alrededor de la figura del parentesco y entremos de lleno a su estudio.

Comenzaremos por el Código Civil de 1932, el cual sufre reformas importantes publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de Mayo de 2000, el cual contiene regulada la figura del parentesco en los artículos 292 al 300, y en ellos a grandes rasgos se establece que no hay más parentesco, que el de *consanguinidad*, el cual existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, en este código civil actualmente sólo para el Distrito Federal se reconoce hasta el cuarto grado en línea colateral y sin ninguna limitación en línea ascendiente y descendiente; el de *afinidad* que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y viceversa; y por último el *civil* que es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptado y el adoptante. Pero lo más importante de este capítulo se encuentra contenido en el artículo 293, de este ordenamiento el cual a la letra nos permitimos transcribir:

“Capítulo I

El parentesco

...

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

También se da parentesco con consanguinidad en el hijo producto de reproducción asistida de quienes la consientan...⁸⁹

⁸⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op cit. pp 439 y 440.

⁸⁹ Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, México, 2006

Como podemos observar la frase reproducción asistida ya aparece en el cuerpo de este artículo, sin embargo; como podremos observar a lo largo de esta investigación, es apenas el comienzo de una larga trayectoria legislativa que se necesita para llegar a una legislación específica sobre la materia.

En la exposición de motivos de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal, observamos lo siguiente:

“En cuanto a la actualización hecha en esta materia al código civil, se incluyen las referencias precisas a los ordenamientos que corresponde, también que el reconocimiento de la paternidad y la maternidad se puede hacer con los medios que aportan los conocimientos científicos.

Así mismo, se hace referencia a la reproducción asistida y a la filiación que se produce, con consentimiento de la pareja, y en contrasentido se establece como causal de divorcio si no hay dicho consentimiento.”⁹⁰

El texto anterior representa en la exposición de motivos de esta reforma lo único relativo al artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal. Ahora bien, de ninguna manera en nuestra opinión ésta representa una verdadera intención de reformar la ley para lograr un adecuada normatividad sobre el tema, pareciera ser que el legislador en un afán de hacer reformas e incluir esta frase fue únicamente para rellenar y decir que las Técnicas de Reproducción Asistida ya se encuentran inmersas dentro de nuestro derecho positivo en este caso en el parentesco. Como se desprende del texto del artículo reconoce a los hijos nacidos por alguna de esta Técnicas de Reproducción Asistida, pero como hemos visto y veremos a lo largo de esta investigación no es suficiente, puesto que no existe ley, que norme este supuesto jurídico.

⁹⁰ Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito Federal , 17 de abril de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de mayo de 2000

Esta norma entre otras no satisfacen las necesidades que requiere la sociedad en este tipo de prácticas, únicamente se hace como se dijo con anterioridad una mención en relación al parentesco.

Los comentarios anteriores son en relación al Código Civil para el Distrito Federal, pero ¿Qué pasa a nivel Federal?

En el Código Civil Federal no existe ni siquiera la frase de reproducción asistida. Como veremos existen ordenamientos a nivel estatal que si la contienen al igual que en el Distrito Federal. Es importante mencionar que esta propuesta radica en que sea a nivel federal la norma que se cree para la regulación de estas técnicas, y así poder uniformar los criterios a manejar en todo el país, ya que estas Técnicas de Reproducción Asistida son utilizadas y realizadas a lo largo y ancho de la Republica Mexicana. Hay que reconocer que al menos en el Distrito Federal y en otras entidades federativas existe por lo menos la intención de empezar con el reconocimiento e inclusión dentro de los ordenamientos de estas técnicas como posible fuente de obligaciones y derechos, dentro del derecho de familia.

Volviendo al Código Civil para el Distrito Federal encontraremos que las Técnicas de Reproducción Asistida ya se encuentran incluidas en otros artículos relativos al derecho familia y que se irán desarrollando a lo largo de esta investigación, conforme se presente la oportunidad.

Continuando con el tema de parentesco diremos de manera muy general que para poder medir el parentesco se cuentan los grados o generaciones que existen entre los extremos de la relación de que estemos tomando referencia.

El parentesco por afinidad, es el vínculo que surge por virtud del matrimonio con los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

El parentesco civil o por adopción nace de la adopción y sólo existe entre adoptante y adoptado, no así entre los parientes, surgen efectos jurídicos iguales a los que nacen entre el hijo y el progenitor.

Es evidente que todas estas clases de parentesco que contempla nuestra legislación provocan una serie de efectos jurídicos. Entre todos estos efectos incluiremos como los principales:

- a) El derecho de sucesión;
- b) El de recibir alimentos;
- c) Los de ejercer la patria potestad y los que derivan de su ejercicio;
- d) La tutela legítima;
- e) Los hijos tienen derecho a llevar el apellido paterno de los dos progenitores;
- f) Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad que los padres ejercen;
- g) Los hermanos y medios hermanos, no pueden casarse entre sí;
- h) El matrimonio no puede realizarse con parentesco en línea recta, aquí hay prohibición sin límite de grado. Los efectos que tiene el parentesco sin límite de grado y el colateral hasta el segundo grado se traducen en:

- Todos tienen obligación de darse alimentos.
- Se tiene la tutela legítima sobre los menores de edad no emancipados.

i) En cambio los efectos del parentesco por afinidad se traducen en que; por regla general no se producen las consecuencias del parentesco consanguíneo a excepción de que hay prohibición para contraer matrimonio entre los que fueron parientes por afinidad sin límite de grado;

j) Los efectos del parentesco civil o por adopción, se dan sólo entre adoptante y adoptado; y

Más adelante veremos porque es importante el estudio del parentesco dentro de esta investigación, lo que trataremos es de encuadrar a las Técnicas de Reproducción Asistida y el parentesco que surge por la realización de alguna de ellas, y cuales serían los efectos jurídicos a los que tendríamos que enfrentarnos ante el vacío legal. Las fuentes reales del derecho no pueden ni deben de pasar por desapercibidas toda vez que son estas las que marcan la pauta para la normatividad que nos rige. Tal vez los supuestos hipotéticos que se presentarán más adelante suenen absurdos pero la realidad que nos rodea es lo que nos presenta y nosotros como estudiosos del derecho debemos de observar y satisfacer por medio de ordenamientos jurídicos esta realidad.

3.4. EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ahora pasaremos al estudio del artículo 4o. constitucional que señala lo siguiente en relación con este estudio:

“Artículo 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos.

El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgara facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”⁹¹

No se pretendemos de ninguna manera hacer una interpretación del artículo cuarto de nuestra Carta Magna, sino únicamente que a través del estudio de la jurisprudencia, sí como de las exposiciones de motivos de las reformas en comento, y de la doctrina podemos ver que la intención del legislador se traduce en lo siguiente:

El Estado mexicano se ha comprometido a otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de la infancia, como uno de los principios rectores que sustentan la nueva doctrina integral de protección de la niñez. Como podemos ver la familia para el derecho mexicano sigue representando la base de la sociedad y ésta se encuentra protegida por este artículo constitucional.

Así, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el siete de abril de dos mil, se reformó el sexto párrafo del artículo 4o. constitucional, y se estableció el deber del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, se decretó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de cuyas disposiciones se advierte la intención del legislador de colmar una imperativa urgencia de certeza y seguridad en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a fin de proporcionarles un desarrollo pleno e integral que les genere la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad. De lo anteriormente expuesto se concluye que los problemas inherentes a la familia son de orden público.

⁹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México, 2006

En esencia, el Estado proveerá lo necesario para precisar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos; asimismo, de acuerdo con el principio de interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes se entenderán dirigidas a procurarles, de manera prioritaria, los cuidados y asistencia que requieren para lograr su crecimiento y desarrollo plenos, dentro de un ambiente de bienestar familiar y social; en atención a tal principio. El ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio del derecho de aquéllos. De lo anterior se desprende que la reforma al artículo cuarto da a los menores la protección necesaria para su desarrollo, producto de lo anterior se decreta como lo señalamos anteriormente la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como medio legal para su protección. Figuras como la adopción y la creación de Instituciones para estos fines son los medios que el Estado ha creado y tiene la encomienda de seguir creando y de ir mejorando para la protección de estos menores.

En efecto, si la protección legal de la organización y desarrollo de la familia se entiende como la preservación del núcleo fundamental de la sociedad, así como de las personas que lo conforman, orientado ello hacia el crecimiento personal y social a fin de lograr el más elevado plano humano de los padres y de los hijos y su consecuente participación activa en la comunidad, es forzoso y necesario concluir que si el legislador ha tenido la preocupación de integrar estas garantías a los menores y preservar el concepto de familia como la base de la sociedad, y para ello como vimos crea legislaciones secundarias tendientes a su protección lo mismo debería de hacer con las Técnicas de Reproducción Asistida y su regulación, toda vez que sería el antecedente que proteja la integridad del no nacido y de los que nacen, así mismo como se ha expuesto; a través de una legislación especial en el que el derecho que se tiene de formar una familia y a decidir de manera libre el número de hijos y su espaciamiento, tenga una regulación que siga protegiendo estas derechos tanto de los padres como de los hijos; dentro de esta libertad que el legislador ha dado al justiciable.

De acuerdo a la jerarquía de las normas encontramos que en el Código Civil para el Distrito Federal, este derecho se encuentra regulado en el artículo 162, en relación al artículo Cuarto de nuestra carta Magna.

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

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”⁹²

Por todo lo expuesto con anterioridad es que entramos al estudio de este artículo constitucional.

3.5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO

Ahora bien, otra figura que se encuentra sumamente ligada y es resultado de las relaciones familiares, es el matrimonio. A continuación en este punto mostraremos algunos de los antecedentes más importantes en cuanto hace a ésta figura.

Comenzaremos por mencionar a los antropólogos que han señalado que entre los primates ya existía un proceso de asociación y asimismo de cierta permanencia entre la pareja, a manera de matrimonio como actualmente lo conocemos esta unión era meramente natural.

⁹² Código Civil para el Distrito Federal, op. Cit.

Después nace lo que es la exogamia en donde los miembros de una tribu se podían mezclar con los miembros de otra.

Aunque en otras civilizaciones como la egipcia la conservación de la pureza racial era importante dándose con ello la endogamia

Podemos decir que anteriormente no existía una elección libre de la pareja, ya que como Eli Chinoy señala: “Dos tipos de normas limitan la selección de un esposo o esposa es la endogamia y la exogamia, las reglas endogámicas exigen que el matrimonio se celebre dentro del grupo, las violaciones a tales reglas implicaban a veces grandes penas, la endogamia resulta muchas veces un simple resultado de las normas convencionales del intercambio social, más que el producto de leyes reconocidas.”⁹³

Para los romanos la familia era una unidad, político-económica pero sobre todo religiosa, ahora veremos como la religión influyó en el matrimonio dentro de la familia romana.

Entre los romanos el matrimonio se le denomina *iusta nuptiae* o *iustum matrimonium*, el hombre toma el nombre de *vir* y la mujer de *uxor*.

La base de la familia romana es el matrimonio, tratándose probablemente de la primera institución establecida por la religión doméstica.

El matrimonio romano fue muy parecido al griego que también se componía de tres actos que son *treditio*, *deductio in domun* y *confarreatio*.

En las institutas de Justiniano encontramos la siguiente definición del matrimonio “nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, que implica una costumbre individual de la vida;

⁹³ CHINOY, Eli, op. cit, p. 151

y en una versión más libre se puede traducir así, nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, con el propósito de convertir en forma permanente e indisoluble.”⁹⁴

La religión en Roma enseñaba que el matrimonio era algo más que una relación de sexos y un afecto pasajero. La religión no podía aceptar más de un hombre o una mujer en el hogar, de tal manera que la familia es monogámica.

El derecho romano permitía la disolución del matrimonio por *coemptio* o por *usus*, pero la disolución del matrimonio religioso realmente era muy difícil.

“Más adelante en el *ius civile*, no se requería de ninguna solemnidad civil o religiosa para su celebración.

Los requisitos para contraer matrimonio eran principalmente;

- a) El consentimiento de los que van a contraer matrimonio;
- b) Consentimiento del pater familias;
- c) La edad de la mujer era de doce años y para el hombre los catorce.”⁹⁵

Los anteriores requisitos no son los únicos pero se señalan estos por ser los aspectos más generales.

Los impedimentos para contraer el matrimonio fueron principalmente razones de parentesco, cuestiones político sociales o la existencia de un matrimonio.

Asimismo la disolución del matrimonio podía ser por las siguientes causas.

- a) Muerte de algunos de los esposos;

⁹⁴ LEMUS GARCÍA, Raúl. Derecho Romano, Ed. Limusa, México, 1980, p. 113.

⁹⁵ *Ibidem*, p, 116

- b) Extinción de la libertad; y
- c) Pérdida del *status civitatis* del cónyuge.

Un aspecto importante que debemos de cubrir dentro de la organización romana respecto al matrimonio son las características del mismo y por señalar las más importantes podemos decir que, en él los esposos se debían una ayuda mutua y sobre todo una fidelidad recíproca.

Ahora, estudiaremos otros tipos de familia como es la visigoda, donde observamos que el matrimonio era un contrato de compraventa donde el padre enajenaba el *mundus* o *potestad* al esposo, la edad más hábil para contraer el matrimonio eran los 20 años y en general éste era monogámico, aunque para los nobles era lícito tener más esposas.

El derecho de los visigodos prohibía en un principio contraer matrimonio con persona de distinta raza, posteriormente éstas leyes quedan sin efecto con una tendencia a la desaparición de las diferencias raciales, aunque no se haya podido lograr completamente.

En el derecho tradicional español, cuando los hijos o las hijas contraían matrimonio tenían los mismos derechos a ser cuidados por la familia, si uno de los hermanos se establecía por su cuenta éste contaba con el derecho a la dote, entre los hermanos el único derecho que no se compartía era la jefatura (reservado al hermano mayor).

En esta época el matrimonio es elevado a sacramental por la intervención de la iglesia.

Como podemos ver la unión matrimonial ya tenía una carga de sentimientos basados en el amor de la pareja.

El matrimonio era monogámico instituido también por la iglesia. El concubinato era mal visto, y la sociedad lo conocía con el nombre de *barraganía*, pero aún así existía dentro de él los mismos impedimentos que a grado de parentesco se presentaban en el matrimonio.

De lo anterior podemos ver que en esta época el matrimonio más que una institución jurídica o social lo era religiosa. Vemos entonces que en este derecho la intervención de la iglesia tuvo una gran importancia.

En el derecho azteca existía una concepción de familia y matrimonio que a grandes rasgos contenía las siguientes características:

La edad para contraer matrimonio eran los 22 años para el hombre y entre los 10 y los 18 para la mujer, contraerlo era una obligación y el hombre que no lo hacía en su tiempo ya no lo podía hacer, acción mal vista dentro de los aztecas.

El matrimonio estaba prohibido en línea recta y colateral sin límite de grado pero no era tan rigurosa la prohibición de contraer matrimonio con la madrastra; era costumbre que el hermano del difunto se casara con la viuda, para la protección de los hijos. El matrimonio entre primos, tíos y sobrinos era muy frecuente.

Cuando una pareja no se unía en matrimonio, sino en un tipo de concubinato por llamarlo de alguna manera, si los vecinos lo consideraban como un matrimonio estable por largo tiempo, entonces, esta unión producía todos los efectos jurídicos del matrimonio legítimo.

Era reconocido el derecho a divorciarse para ambos, el hombre podía solicitarlo cuando la mujer fuera estéril, pendenciera, impaciente, descuidada y perezosa; y para ella no se conocen las causas sobre las que podía fundar su divorcio.

Como hemos podido ver a lo largo de esta exposición la institución de matrimonio a través de la evolución del hombre ha tenido dos constantes como lo son:

- 1.- La preservación de la especie
- 2.- La estabilidad

Observamos que el matrimonio independientemente de la raza o el país del mundo que se cite su finalidad es la de procrear de manera estable en un núcleo de familia instituida por el matrimonio. Conceptos como el amor, la educación, los principios éticos y el consentimiento actualmente forman un parte importante de la institución del matrimonio en los que algunos de estos elementos ya se encuentran reconocidos por el derecho desde hace ya mucho tiempo.

Este tema nos resulta de suma importancia para esta investigación toda vez que a través del matrimonio o del concubinato (iguales por la estabilidad que pueden representar para la formación de una familia) el niño nacido por una Técnica de Reproducción Asistida, encuentre una ambiente propicio para integrarse a las sociedad, a través de una pareja en matrimonio o en concubinato, tratando de asegurar con ello su desarrollo integral.

Después de esta breve reseña sobre los antecedentes del matrimonio veremos como éste se encuentra regulado por nuestro derecho civil mexicano que es el tema a desarrollar en el punto siguiente.

3.6. EL MATRIMONIO PARA EL DERECHO CIVIL MEXICANO

Comenzaremos por definir que se entiende por matrimonio:

Gustavo A. Bossert nos dice “sabemos que el derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: La unión intersexual, es decir, la unión de un hombre y una mujer y la procreación, a través de la cual se constituye la relación entre padres e hijos. Ambas a su vez, son el origen de las relaciones que determina el parentesco.”⁹⁶

⁹⁶ BOSSERT GUSTAVO A. Zannoni, Eduardo A. Manual de Derecho de Familia, Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina 2001, p. 73

Aunque la definición anterior no habla propiamente del matrimonio, si nos habla del derecho de familia, al cual pertenece la institución del matrimonio.

Remontándonos al código civil de 1870, encontramos la siguiente definición:

“**Artículo 159.-** La sociedad legitima de un sólo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudándose a llevar el peso de la vida.”

. . .

A su vez el código civil de 1870, completó y desarrolló la nueva organización de la familia y del matrimonio con arreglo a estas bases:

- 1.- ...
2. Obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad, a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio (artículo 198).
- 3.-...
- 4.- ...
- 5.- ...
- 6.- Permitió las capitulaciones matrimoniales expresas, pero en defecto de ellas estableció el régimen legal de gananciales minuciosamente reglamentado (Artículos 2102 y 2131 a 2204).”⁹⁷

En el Código Civil de 1884 se estableció lo siguiente:

⁹⁷SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. P. 15

“La razón de su expedición. Con la única innovación de esta materia de haber sustituido el mencionado sistema de las “legítimas” por la libre testamentifacción, el código civil de 1884 conservó la misma organización de la familia y, sobre todo, la indisolubilidad del matrimonio del código civil de 1870, la cual ya para aquel entonces había sido elevada desde 1874 a rango constitucional...”⁹⁸

Ya para época de Carranza se expide la Ley Sobre Relaciones Familiares del 9 de Abril de 1917, y en ella los puntos más importante son:

“Las cinco innovaciones de esta Ley.- Los cambios adoptados por esta ley y que efectivamente produjeron una transformación substancial en la familia y en el matrimonio, pueden condensarse en 5 puntos, a saber: matrimonio disoluble, igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio, igualdad de puro nombre de todas las especies de hijos naturales, introducción de la adopción y sustitución de régimen legal de gananciales por el de separación de Bienes.”⁹⁹

Ya para el Código Civil de 30 de Agosto de 1928, continuó sustancialmente los lineamientos sobre la Ley Sobre Relaciones Familiares con algunas variaciones en relación al divorcio necesario, el divorcio administrativo, el régimen legal de bienes en el matrimonio, sobre los hijos naturales, concubinato, alimentos y herencia.

Actualmente encontramos que en el Código Civil Federal que el matrimonio es un contrato de naturaleza especial, que se contrae a voluntad, con ciertas solemnidades; a diferencia de los demás contratos no se disuelve de la misma forma. El Código Civil Federal no nos proporciona una definición de lo que es el matrimonio, pero indirectamente se puede establecer, primero, que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios competentes y con las formalidades que se exigen; lo que significa que es un contrato solemne; y segundo,

⁹⁸ Ibidem, p. 16

⁹⁹ Ibidem, p. 28

que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua a que se obliguen los cónyuges, se tendrá por no puesta; lo que equivale a definirlo como el *contrato solemne por el que se une un sólo hombre y una sola mujer para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente*.

Es un contrato por que se realiza con el consentimiento de quienes lo forman. Es solemne por que su celebración se lleva a cabo con la concurrencia de un funcionario especial.

Su fin es biológico al procurar la perpetuación de la especie y es por eso necesaria la concurrencia de dos individuos del sexo opuesto. Tiene también un fin social que es la ayuda mutua.

Ahora bien a continuación citaremos al Código Civil para el Distrito Federal que actualmente nos proporciona una definición de matrimonio:

“**Artículo 146.-** Matrimonio es la unión libre de una hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez de Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”¹⁰⁰

Como podemos observar el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal recoge todos los elementos antes indicados que conforman la institución del matrimonio.

El matrimonio ha sido en la antigüedad y es en nuestros días la institución en que descansa la familia, que es a su vez la base sobre la que se sustenta la sociedad.

¹⁰⁰ Código Civil para el Distrito Federal. op. cit.

No basta la capacidad ordinaria de contratar y obligarse, para poder contraer matrimonio, sino que es preciso llenar ciertos requisitos que constituyen la aptitud necesaria para contraerlo; requisitos que se fundan en razones de acuerdo al fin eminentemente social y trascendental del matrimonio.

Unas veces se refiere sólo a la aptitud biológica, es decir la pubertad de los contrayentes, otras a las condiciones de salud requeridas y otras más, a circunstancias que previenen la degeneración de la raza o que se fundan en los principios de moral y orden social, como por ejemplo la celebración del matrimonio ante el Juez del Registro Civil.

Cuando falta a la persona la aptitud necesaria para contraer matrimonio es que existe una circunstancia que impide dicha celebración o que existe un impedimento, que definimos como la falta de aptitud necesaria para contraer matrimonio. Los impedimentos pueden ser de tal manera graves, que imposibiliten en lo absoluto la celebración del matrimonio, o que, celebrado lo destruyen, llamándose a éstos *dirimentes* (que disuelven desunen o rompen); o bien pueden ser dispensables y entonces se les llama *impedientes*.

Como veremos más adelante, la constitución que el matrimonio ha tenido a lo largo de la historia, se verá trastocada en muchas de sus funciones, así como los derechos que son inherentes a él, debido a la utilización de nuevas Técnicas de Reproducción Asistida. En este momento mencionaremos como un ejemplo entre otros la situación de que para concebir un hijo por medio de alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida, no es necesaria la conjunción carnal, que como la establece la ley es uno de los fines del matrimonio.

Es recomendable que los hijos que son producto de una Técnica de Reproducción Asistida gocen del derecho que nuestra ley consagra que es el de tener una familia en donde puedan desarrollar plenamente todas sus capacidades y encuentren su propia identidad.

3.7. LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

Ahora pasaremos a un punto muy importante como lo es la filiación y veremos la relación que guarda con las Técnicas de Reproducción Asistida y su propuesta de legislar sobre el tema:

En el diccionario encontramos que por filiación se entiende:

“Relación de parentesco entre padres e hijos: la ley rige el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno filiales; la paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.”¹⁰¹

Para Urzúa Troncoso la filiación es: “Podemos distinguir una de tipo antropológica y otra de tipo jurídico, de la primera puede señalarse que: la filiación es un conjunto de reglas que determinan la pertenencia a un grupo dándole un lugar determinado en tejido social y en el íntimo de las generaciones. Esta idea da origen al parentesco, organizando la estructura y designando los diferentes miembros de una familia, por ende, tendría una función de identificación de sus miembros y determinaría sus roles.”¹⁰²

Para Gisela A. López Rivera la filiación es “en relación al jurídico si bien es cierto, que existen muchos tratadistas que han intentado dar su propio concepto, existen elementos comunes al momento de definirla. Esta sería el hecho de la descendencia que existe entre el progenitor y el hijo, y además, la idea del vínculo jurídico o status.”¹⁰³

¹⁰¹ Diccionario de Uso del Español de América Vox Larousse, p. 453

¹⁰² LÓPEZ RIVERA, Gisela A. Nuevo Estatuto de Filiación y los Nuevos Derechos Esenciales, Ed. Jurídica Cono Sur Ltda, Santiago de Chile, 2001, p. 5

¹⁰³ Idem

Enrique Rossel indica que “es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente.”¹⁰⁴

Como lo señala Rojina Villegas “la filiación puede tener dos connotaciones, en sentido amplio se trata del vínculo jurídico que se establece entre ascendientes y descendientes sin grado de limitación; y en sentido estricto es la relación jurídica que existe entre el progenitor y el hijo, de lo que se desprenden una serie de derechos y obligaciones y es una situación jurídica permanente.”¹⁰⁵

De las definiciones anteriores podemos decir que la filiación tiene relación directa con procreación y “actualmente ya es posible hablar de procreación sin filiación.”¹⁰⁶

La relación que se guarda entre los padres y los hijos es la que se puede ver seriamente afectada por la utilización de una Técnica de Reproducción Asistida, toda vez que como vimos con antelación la relación de derechos y obligaciones que se contraen con la filiación son de carácter permanente. Entre estos derechos y obligaciones se encuentran los alimentos, la herencia y nombre, entre otros.

A manera de reforzar lo anterior nos permitimos señalar lo que el autor argentino Eduardo A. Zannoni; nos dice al respecto “Desde una perspectiva amplia el derecho de la filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente, que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación en cuanto al contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ibidem, p. 6

¹⁰⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, op. cit. p. 451.

¹⁰⁶ ZANNONI, A. Eduardo. Derecho Civil. Ed. Astrea, Argentina, 1989, p. 284.

¹⁰⁷ ZANNONI, A. Eduardo, op. cit. P. 283

Pero regresando al tema de la filiación y procreación que se encuentran fuertemente ligados, estos dos conceptos se enfrentan a una situación diversa cuando hablamos de las Técnicas de Reproducción Asistida, toda vez que bajo estos supuestos puede haber maternidad, sin haber existido el parto o en su defecto haber paternidad sin ni siquiera haber sido el padre biológico, ejemplos como los anteriores son los que se presentan en la realidad y que deben ser objeto de una regulación adecuada.

Respecto de este punto citaremos a Zannoni que nos dice a propósito del tema; “La Filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, de allí que la procreación constituya el presupuesto Biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. Aun así esta relación puede constituirse sin atender al derecho biológico, como acaece en la adopción y en la legitimación adoptiva. En tales casos la filiación constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar que atañen al orden público.”¹⁰⁸

Los tipos de filiación que existen en nuestro derecho se clasifican en filiación legítima e ilegítima sin muchas explicaciones se refieren a los hijos que nacen dentro del matrimonio o fuera de él, a la época de la concepción respectivamente.

En épocas anteriores tanto en México como en otros países a los hijos nacidos fuera del matrimonio se les trataba de forma discriminativa, actualmente esta situación ya se encuentra superada, de esta forma reconocida la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, en la actualidad nos enfrentamos a otro inconveniente y este va en relación con el reconocimiento de la filiación.

Si bien es cierto que dentro del matrimonio tanto la paternidad como la maternidad es inexcusable también encontramos que cuando existe una separación de los padres por más de 300 días, el cónyuge no podrá presumirse como el padre, por otro lado la maternidad no podrá

¹⁰⁸ Ibidem, p. 284.

ser negada pudiendo con esto decir que siempre la maternidad será determinable en forma directa en tanto que la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo se presume y la ley proporciona los medios para comprobarla como lo puede ser la prueba de ADN.

Situación que como referimos con la realización de una Técnica de Reproducción Asistida cambia, toda vez que nuevamente bajo estos supuestos la maternidad tampoco puede ser plenamente probada, y por lo tanto también es presumible.

La determinación de la filiación puede ser de tres tipos; legal cuando así lo establece el ordenamiento jurídico, voluntaria cuando hay reconocimiento expreso o tácito del hijo y judicial que es la determinada por sentencia que declare la paternidad o maternidad no reconocida basándose en pruebas relativas al nexo biológico.

El principio de *Mater Semper Certa* queda superando ante la realidad de la realización de una Técnica de Reproducción Asistida, veremos más adelante que la determinación de la filiación se complica ante la realidad.

Así encontramos en los supuestos de aplicación de las técnicas modernas de reproducción que se crea un conflicto con las doctrinas del derecho, por lo tanto con nuestra propia legislación.

Adentrándonos a nuestro derecho positivo podemos decir que en el se reconocen cuatro tipos de *filiación*:

Hijos Legítimos.- Llamamos así a los hijos nacidos de padres que se encuentran unidos bajo la figura jurídica del matrimonio. Con el propósito de determinar si un hijo ha nacido o no dentro del matrimonio el Código Civil dispone que los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio no importando el motivo de la separación se presumirán hijos del matrimonio.

De lo anterior podemos señalar que la única prueba, en caso de controversia sobre la paternidad será que el marido no hubiere tenido acceso carnal a su cónyuge dentro del transcurso del tiempo señalado. Tal y como se desprende del *pater is est quem justae nuptiae demostrant* asimismo el Código Civil contempla las posibles excepciones que pudieren ejercerse, con el objeto de reconocer o desconocer a un hijo y los términos en que éstas deberán ejercitarse.

La filiación legítima se comprueba, por el acta de nacimiento. En caso de ser declarado nulo el matrimonio los hijos serán considerados nacidos dentro de éste.

Hijos Legitimados.- Los hijos legitimados que son aquellos nacidos de personas que no están unidas en matrimonio pero que después lo contraen. Para llevarse a cabo la legitimación es preciso que los padres reconozcan a los hijos, ya sea antes de celebrarse el matrimonio, al celebrarse éste o durante su existencia y aún habiendo muerto el hijo si ha dejado descendientes, pero aunque el reconocimiento de los hijos legítimos se haga posteriormente, surte efectos desde el día que se celebró el matrimonio.

Hijos fuera de matrimonio.- El Código Civil se refiere a los hijos fuera de matrimonio en su capítulo bajo el título del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, pueden llamarse así los nacidos de personas que no están unidas en matrimonio. Esta filiación se comprueba por el reconocimiento que los padres hacen del hijo. Éstos se llaman así cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al levantamiento de un acta de nacimiento, ya sea por acta especial del Registro Civil.

Adopción.- Nuestro código actual establece que la adopción es el acto por el cual un hombre mayor de 25 años toma bajo su cuidado y protección a un menor o incapacitado, aunque sea mayor de edad, para establecer entre ellos un parentesco civil.

Cabe hacer la observación de que para nuestro ordenamiento jurídico los lazos filiales sólo se entablan entre el adoptante y el adoptado, no así entre los demás *familiares*.

En nuestro Código Civil Federal la filiación se encuentra regulada por los artículos 324 al 389.

3.7.1. LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN MATERNA Y PATERNA

Ahora pasemos al punto en que se desarrollará la filiación y la forma de probarla respecto de los padres, tanto para la madre como para el padre.

Desde el punto de vista de la realidad todas las personas tenemos dos progenitores: Una madre y un padre. Sin embargo, no siempre esa maternidad, y sobre todo esa paternidad resultan conocidas o esclarecidas jurídicamente, esto es que puede ocurrir, exista una filiación jurídica y que ésta no coincida con la filiación biológica.

A veces, ello es consecuencia de la ignorancia y otra de un silencio deliberado, como en la filiación adoptiva. En ciertos casos el legislador estima que no es bueno que se sepa la verdad biológica, como en los casos que se ha aplicado una Técnica de Reproducción Asistida, en la que ha habido una donación de gametos por una tercera persona.

A lo largo de la historia jurídica, la determinación de la paternidad ha presentado cierta dificultad, aunque ahora mucho menos frente a las pruebas científicas, que dan certeza por el estudio de ADN. De ahí que desde tiempos antiguos para la determinación de la paternidad se ha utilizado la técnica de las presunciones.

Nuestro derecho positivo mexicano no es la excepción, la paternidad también se presume.

El artículo 324 del Código Civil Federal nos dice lo siguiente:

“**Artículo 324.-** Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.¹⁰⁹

Ahora bien al respecto nos dice Rojina Villegas “Hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio.- Los hijos de la esposa que nacieron dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio ya no tienen la presunción de la legitimidad, pero quedan legitimado de pleno derecho en virtud del matrimonio de sus padres, siempre y cuando no ejercite el marido la acción contradictoria de paternidad.”¹¹⁰

Un tercer caso de presenta cuando el hijo nace después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, por muerte del marido, por sentencia definitiva de divorcio o de nulidad. Este es un caso especial en que cualquiera que tenga interés jurídico y no sólo el marido podrá impugnar la legitimidad ya que de pleno derecho queda desconocida la paternidad.

Por supuesto que pueden existir otros supuestos dentro de las fracciones que antecedieron, pero únicamente veremos las más generales.

¹⁰⁹ Código Civil Federal, op. cit.

¹¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, Introducción, personas y familia, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 463

Por otro lado existe la prueba de la filiación legítima en cuanto a la madre, esta resulta susceptible de dos medios de prueba directa que son:

- a) El parto o alumbramiento de la mujer casada;
- b) La identidad del reclamante con el hijo que esa mujer parió.

De esta misma forma, veamos la filiación legítima en cuanto al padre, demostrada la filiación materna el derecho presupone la filiación paterna, se tiene que partir para esta presunción, que admite prueba en contrario, de la honestidad y fidelidad de toda esposa. Si no se partiese de este principio se impondría al hijo de esta mujer una prueba en la que se tendría precisamente que demostrar que su hijo es del marido.

Las pruebas de los hijos nacidos dentro del matrimonio se acreditan con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres. Según lo indica el artículo 340 del Código Civil Federal.

De esta misma forma el artículo 354 del mismo ordenamiento nos dice que el matrimonio subsiguiente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración. Así de esta forma el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio resulta con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, según lo indica el artículo 360 del Código Civil Federal.

Como podemos ver la maternidad se acredita con el parto, mientras que la paternidad como le hemos venido mencionando se presume.

Pero sólo hemos hablado de los hijos en los que se puede establecer la filiación a través del matrimonio, pero el artículo 383 Código Civil Federal también regula a los hijos de concubinos, el cual nos permitimos transcribir:

“**Artículo 383.-** Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de los 180 días contados desde el día que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”¹¹¹

Ahora bien vemos que en el concubinato también es posible la filiación entre los progenitores y los hijos nacidos dentro del concubinato.

Ahora bien en el sistema jurídico mexicano encontramos que es posible la investigación de la maternidad y de la paternidad pero está se encuentra limitada, la siguiente tesis aislada consideramos nos da una buena perspectiva en el derecho comparado y nos habla sobre el tema, a continuación hacemos su transcripción:

Novena Epoca

Instancia: Primera Sala

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Enero de 2006*

Página: 736

Tesis: 1a. CCXVII/2005

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

*PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO
DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). ANTE LA POSIBILIDAD DE LOS
PRESUNTOS PADRES DE NEGARSE AL DESAHOGO DE DICHA PROBANZA,
SE PRESUMIRÁ SU PATERNIDAD SALVO PRUEBA EN CONTRARIO
(ARTÍCULO 5, APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS*

¹¹¹ Código Civil Federal, op. cit.

DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL). Texto: El artículo 5, apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, que establece que las niñas y niños tienen el derecho a la identidad, certeza jurídica y familia, y a solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético, se traduce en el derecho de los menores a solicitar en juicio, la prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN), de sus presuntos progenitores. Lo anterior no implica que dicho artículo autorice la práctica de la citada probanza de manera forzada y contra la voluntad de los mismos, porque el precepto no establece la correlativa obligación de los supuestos padres a someterse a la práctica de la citada prueba pericial, de manera que éstos, en todo momento, pueden negarse a que dicha probanza se lleve a cabo, en cuyo caso, en términos del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, la paternidad y la maternidad, según sea el caso, se presumirá, salvo prueba en contrario.

Localización:

Novena Epoca

Instancia: Primera Sala

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Enero de 2006*

Página: 737

Tesis: 1a. CCXVIII/2005

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Civil

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). EL ARTÍCULO 5, APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

Texto: El artículo 5, apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, que establece que las niñas y niños tienen el derecho a la identidad, certeza jurídica y familia, y a solicitar y recibir

información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético, se traduce en el derecho de los menores a solicitar en juicio, la prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN), de sus presuntos progenitores. Lo anterior no viola la garantía de audiencia, puesto que la misma se encuentra debidamente protegida por el artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por virtud del cual existe la posibilidad de impugnar mediante el recurso de apelación en el efecto devolutivo, la admisión de una prueba por parte de quien pudiera resultar afectado por la propia admisión.

Como podemos observar los avances tecnológicos ayudan a la aplicación del derecho, siendo la prueba en genética la idónea para comprobar la maternidad y paternidad.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
VIII, Julio de 1998*

Página: 381

Tesis: II.2o.C.99 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no

haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad.

También podemos observar del siguiente criterio por contradicción de tesis que al mismo tiempo en que la prueba genética es la idónea para comprobar la paternidad o maternidad de una persona, también implica consecuencia de derecho que son consideradas de imposible reparación, como lo marca la siguiente tesis:

Localización:

Novena Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII, Abril de 2003

Página: 88

Tesis: 1a./J. 17/2003

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído debe ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis

constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tengan que ver con la litis que se busca dilucidar y, no obstante, puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano.

No podemos dejar pasar el texto que se agregó al Artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal en la reforma del 25 de mayo de 2000 en el que ya se norma la imposibilidad que tiene el padre de impugnar su paternidad cuando haya manifestado su consentimiento expreso de que durante el matrimonio su mujer se haya practicado una Técnica de Reproducción Asistida, citamos el artículo para una mejor comprensión:

“Artículo 326.- ...

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante Técnicas de Fecundación Asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”¹¹²

¹¹² Código Civil para el Distrito Federal. op. cit.

Presentando la misma problemática de no saber por ejemplo como es que se acreditará el consentimiento del cónyuge para que la mujer se someta a una de estas técnicas.

De todo lo anterior podemos concluir que los hijos nacidos de matrimonio o del concubinato o de unión libre adquieren derechos desde el momento en que se hace el reconocimiento por parte de los padres, ya sea de manera tácita o expresa.

En el siguiente punto veremos como las Técnicas de Reproducción Asistida se encuadran dentro de nuestro derecho y cual es la problemática a la que pueden enfrentarse.

3.7.2. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA FILIACIÓN

Este punto consideramos es el más delicado de este capítulo por el encuadramiento que debemos hacer sobre las Técnicas de Reproducción Asistida y nuestro derecho.

Comenzaremos con las Técnicas de Reproducción Asistida de carácter homólogo, en ellas aparentemente no existe una consecuencia jurídica que altere la situación de los padres, del hijo y su relación con sus familiares o parientes.

Este caso resulta de la siguiente forma:

- 1.- Por un lado tenemos a la pareja independientemente del estado civil que guarde, que es la que decide realizarse una Técnica de Reproducción Asistida, para concebir un hijo.
- 2.- Manifiestan su voluntad de hacerlo mediante los procedimientos que aportan las Instituciones especializadas a la realización de estas técnicas. No se hace esta manifestación de manera “judicial”, puesto que ningún ordenamiento jurídico lo indica.

3.- Se somete a los procedimientos correspondientes para lograr la concepción de un hijo. Lo anterior previa información correcta de las consecuencias legales y médicas a las cuales se encuentra expuesta, al menos así debería de ser en la práctica.

4.- Por último está el nacimiento del hijo, en los casos obviamente en que éste se presente con éxito, que traerá consecuencias de derecho.

De lo anterior diremos que jurídicamente el niño nacido de una Técnica de Reproducción Asistida, con consentimiento de los padres y con sus gametos, es equiparable a un hijo nacido dentro del matrimonio, en el caso de que los padres estén casados, por lo tanto un hijo legítimo. Y esta situación de hijo se adaptará a la situación del estado civil de sus padres.

Como podemos observar en el caso anterior, las técnicas de reproducción de carácter homólogo no representan situaciones de derecho demasiado complicadas, toda vez que lo único que aquí varía es la utilización de una Técnica de Reproducción Asistida en los casos en que ambos o uno de los cónyuges presentaran algún problema de esterilidad o de infertilidad.

Sin embargo, no por esta situación deja de ser imprescindible la regulación de estas técnicas de reproducción, ya que con ello se generaría seguridad jurídica tanto para los padres, instituciones e hijos.

Pero para complicar más las cosas nos encontramos ante la incertidumbre y controversia que las técnicas reproductivas de carácter heterólogo producen en el ámbito de lo jurídico, ya que éstas originan incertidumbre y cuestionamientos en cuanto a la atribución de la paternidad y maternidad, con respecto a quienes nacen a través de una de estas prácticas.

En una situación concreta, la controversia que genera conflictos es en los casos en que al menos uno de los cónyuges es progenitor biológico del hijo o ambos donantes son ajenos al matrimonio que pretende atribuirse la maternidad o la paternidad el niño.

Ubiquémonos en la primera hipótesis del ejemplo anterior en el que el donante sea un varón. La maternidad no plantea problema alguno, puesto que tanto la concepción, gestación, parto, educación y cuidados recaerán en la misma mujer, de modo que la madre legal será la esposa, en los casos en que exista matrimonio o dependerá de la situación del estado civil de los padres. La duda surge con respecto a la paternidad legal, pues legalmente el padre es el que aporta el gen, pero ¿Qué pasa con el esposo, concubino o compañero de la madre que asumirá las funciones propias de padre a lo largo de la vida del niño?

También cabe la posibilidad de que una tercera mujer extraña a la pareja interesada en tener un hijo, sea una mujer que presta su cuerpo, pero esto nos llevaría a que esta mujer dona sus gametos al mismo tiempo que gesta y pare al niño, en este supuesto estaríamos ante la maternidad genética y gestante de esta tercera mujer, frente a la maternidad que pretende la esposa que va criar y educar al niño.

Cuando la donante tan sólo aporta el óvulo y es la esposa quien lleva la gestación y el parto, las opciones de cara a la atribución de la maternidad serían: A la donante por ser madre genética, a la esposa por ser madre biológica gestante y también a favor de esta última en cuanto a madre educacional.

Pero ahora bien podría darse el caso de que los dos progenitores sean ajenos al matrimonio y el niño sea gestado por la donante, los criterios enfrentados sería la procedencia genética y biológica del niño, con lo que los padres serían los donantes frente al deseo de los esposos que educarán al niño como suyo.

La situación se complicaría aún más si para la gestación del niño en caso de que no pueda llevarlo a término la esposa, se recurre a otra mujer distinta de la donante. En este supuesto correspondería a distintas personas la paternidad genética, paternidad educacional, o de

responsabilidad, la maternidad biológica genética, la maternidad biológica gestante y la maternidad educacional.

Así las cosas, nos proponemos examinar cual es la solución para la determinación de la maternidad y paternidad, cuando puede haber 5 personas diferentes en pugna como acabamos de ver.

Junto a la determinación de la filiación surge el interrogante relativo al carácter legítimo o ilegítimo de los hijos nacidos de la utilización de una Técnica de Reproducción Asistida

La identificación de la filiación en los casos de fecundación homóloga no plantea mayores problemas, por lo que todos los criterios posibles indican que los cónyuges o concubinos son los padres del hijo nacido.

Planteándose un hipotético caso de fecundación homóloga entre cónyuges con motivo de encontrarse afectado uno de ellos por motivo de impotencia, por poner un ejemplo, En nuestra opinión, los hijos que nacen por medio de fecundación homóloga deben ser considerados en principio legítimos. La legitimidad está determinada por la concepción y nacimiento del hijo del matrimonio válido o putativo de sus padres, de modo que aunque el niño sea fruto de un acto que no es propiamente conyugal no es por ello ilegítimo.

El problema es que el hecho de la fecundación artificial homóloga tiene como hemos visto, una incidencia sobre la validez matrimonial. Por lo tanto, el hijo será ilegítimo si el matrimonio de sus padres fue nulo.

Lo que podría ocurrir por causa de una impotencia o de una simulación parcial, por ejemplo, pero no porque haya sido concebido mediante una técnica.

Y aun así, hay que considerar si el matrimonio de los progenitores aunque inválido fue putativo, de donde se deduce que la legitimidad de los hijos dependerá de la buena fe de los padres al celebrar la boda.

Huelga decir que aquí sería también de aplicación la presunción del artículo 1138 del Código Civil Federal, según el cual se presumen legítimos los hijos nacidos al menos 180 días después de celebrarse el matrimonio, o dentro de los 300 días a partir de la disolución de la vida conyugal.

La descendencia obtenida a través de la reproducción artificial heteróloga es considerada mayoritariamente ilegítima, en cuanto no procede estrictamente de un matrimonio.

Pío XII así lo afirma, negando además toda relación de carácter jurídico o moral entre el niño y el esposo de la madre que lo acoge como hijo, pero siendo un tercero el padre genético.

Se expresa de acuerdo con tal conclusión, añadiendo que deben considerarse hijos ilegítimos en aplicación de la normativa civil entonces vigente y García Barberena recuerda las presunciones de las que gozan estos hijos nacidos fuera del matrimonio.

Con relación a la legitimación de los hijos, dice Veciana que los hijos concebidos y nacidos luego fuera del matrimonio son ciertamente ilegítimos, pero con la misma situación canónica que los hijos ilegítimos procreados por cópula carnal. De modo que son ilegítimos porque son concebidos por dos personas no casadas entre sí, pero si en el momento del nacimiento del hijo éstas contrajeran matrimonio siempre que no estuvieran afectas por un impedimento, por ejemplo en caso de que falleciera el marido de la mujer y esta contrajera matrimonio con el donante del espermatozoide con que fue inseminada, quedaría legitimado

Estas opiniones entendemos que responden a la situación real que se produce en el matrimonio que recurre a una técnica reproductiva de carácter heterólogo: el hijo que nazca será ilegítimo

en cuanto sus progenitores biológicos no son cónyuges, en la mayoría de los casos ni siquiera se conocen entre ellos.

Sin embargo, obsérvese que en caso de que el cónyuge o la cónyuge que no aportase el gameto para la concepción del hijo fuesen, a pesar de ello, considerado padre/madre, habría de concluirse que el hijo es legítimo, con las precisiones que hacíamos en relación con la fecundación homóloga. De manera que es determinante el criterio que la legislación emplee para la filiación de los hijos y el paso previo para afirmar o negar la legitimidad de éstos.

Resulta innegable, que la fecundación artificial heteróloga crea una situación desigual en la que un cónyuge es verdadero padre o madre, y el otro no, con los problemas de rechazo del hijo, presencia psicológica del donante, etcétera.

Refiriéndose a la inseminación con semen de donante Goti Ordeñana nos indica que, “en la relación de los padres con los hijos, la Inseminación Artificial con Donante introduce un elemento que acentúa la falta de simetría entre el padre y la madre en relación con el hijo: el padre es sólo padre legal y la madre es genética, por gestación legal.”¹¹³

Es necesario, por lo tanto, decantarse por un principio de filiación. La paternidad puede atribuirse, bien al varón que es progenitor biológico del niño, bien al que una vez que nazca le proporcionará la educación y cuidados propios del padre. En cuanto a la maternidad, por un lado, la madre legal podría ser la que aporta el óvulo del que fecundado resultará concebido un niño, de otra parte, la mujer que gesta y pare al niño también es un criterio para la atribución de la maternidad, y, por último, cabe considerar madre a la mujer que va a conservar y cuidar al niño.

¹¹³ Consulta en INTERNET <http://www.biblioservices.com>, 26 de febrero de 2006

Tal procedencia biológica en el caso del padre sólo puede ser el varón con cuyo esperma se fecundó el óvulo a partir del que fue concebido el niño. En cuanto a la madre, es biológica la relación del niño con la mujer que aportó el óvulo así como con la que lo gestó y parió. No obstante, la verdadera madre es la primera, por la misma razón que lo es el padre biológico, porque es quien transmite su identidad al hijo, su código genético.

De la Instrucción *Donum Vitae* se desprende sin duda la afirmación del criterio genético como principio válido para identificar al padre y a la madre en todo caso, particularmente cuando leemos: la fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar su maduración y su identidad personal.

Por nuestra parte, entendemos que la paternidad y la maternidad la ostentan aquellas personas que dan origen a la vida del hijo. La genética, como tuvimos ocasión de ver en páginas anteriores, nos permite tener la certeza de que este principio se encuentra en la dotación genética de los gametos sexuales al fusionarse en una única célula, formándose así el cigoto con su propio programa vital.

Por lo tanto, el varón del que procede el espermatozoide y la mujer de la que procede el óvulo que dan lugar al nuevo ser humano, son los padres del mismo.

CAPÍTULO CUARTO

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU FALTA DE REGULACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

4.1. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU FALTA DE REGULACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Ahora es importante mencionar lo que Xavier Hurtado Oliver nos dice a continuación: “la precipitación con que se han sucedido los hechos y la novedad de los cambios resultantes es la razón por la que hasta hoy no exista una reacción unificada para controlarlos mediante una regulación apropiada. El derecho la moral, la política, se encuentran apenas en los primeros estadios de su análisis, percibiéndose, sin embargo; que los principios en los que han fundado sus doctrinas tradicionalmente confrontan el más serio cuestionamiento de la historia”¹¹⁴ Por otro lado el mismo autor nos continúa diciendo: “El derecho es el instrumento idóneo para lograrlo, sin embargo; los acontecimientos se han adelantado a la acción del jurista que confronta hoy la compleja tarea de analizar los hechos y evaluar los resultados, para salir al paso de la situación en defensa de los principios que fundamentan nuestra organización social.”¹¹⁵

“Para cualquiera resulta difícil de comprender la paradoja de que se inviertan cuantiosos recursos para vencer la esterilidad, y al mismo tiempo se afanen en liberar y legalizar el aborto, producir material anticonceptivo, inducir a hombres y mujeres a mutilarse los órganos

¹¹⁴ HURTADO OLIVER, Xavier, op. cit. p. 4

¹¹⁵ Ibidem. p. 7

reproductores y a las parejas fértiles para retardar el momento de la procreación, con las graves consecuencias que tales conductas significan para la función reproductiva. La comunidad científica obviamente contradice con hechos la tendencia universal a limitar la población mundial, empleando para ello fondos que provienen de aquellas naciones que con más encono se proponen limitarla.”¹¹⁶

De todo lo anteriormente mencionado por este autor se desprenden las paradojas que existen en nuestra sociedad lo que no podemos dejar pasar es que estos adelantos científicos se conviertan en una fuente de problemas éticos y de atropello a los derechos fundamentales del ser humano, como es la identidad y la propia vida.

En nuestro País existen como en todas nuestras legislaciones “lagunas del derecho”, que deben ser subsanadas con situaciones análogas cuando la legislación lo permita. Pero para comenzar con este capítulo es importante primero definir lo que en nuestro derecho positivo se entiende por “laguna del derecho”.

Rafael de Pina Vara nos la define como “las fallas que se presentan en un sistema jurídico cuando la pereza legislativa impide la creación de las normas que reclaman las necesidades sociales en cada momento.”¹¹⁷

Por otro lado encontramos que también se entiende por lagunas de derecho La situación fáctica que no aparece regulada por el ordenamiento jurídico de forma expresa.

Para reforzar lo anterior encontramos que también se define como “Ausencia de norma positiva aplicable a una relación determinada. Según Ramírez Gronda, los lugares neutros o espacios

¹¹⁶ Ibidem. p. 6

¹¹⁷ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 220.

sin juridicidad que ofrecería el ordenamiento jurídico, de tal suerte, un caso judicial no encontraría solución lógico legal.”¹¹⁸

Pero ahora citaremos a De Casso y Romero-Cervera y Afloro Jiménez, en su Diccionario de Derecho Privado, Labor, Madrid 1950.

“Laguna de la ley

I. La palabra laguna proviene del latín lacuna, sirve para designar al "depósito natural de agua, generalmente dulce y por lo común de menores dimensiones que un lago". Significa, asimismo: "defecto, vacío o solución de continuidad en un conjunto o serie.”¹¹⁹

“Su equivalente en otros idiomas es: portugués, lago; inglés, lagoon; francés, lagune; alemán, lagune, teich e italiano, laguna.

1. El término laguna se usó por vez primera en el Lexicon Juridicum, de Calvini, donde se emplea en el sentido de resarcimiento de daños. Se le utiliza con el sentido moderno con que hoy se le conoce en el sistema de Derecho Romano, por el autor de la teoría del acto jurídico, Savigny.

2. Se dice que existe una laguna en la ley, cuando no existe una disposición legal expresamente aplicable, cuando se trata de resolver un litigio jurídico con arreglo a un determinado derecho positivo.

II. El legislador más sabio, más perspicaz, más previsor o mejor dotado para ponderar los hechos de la vida real, siempre será incapaz para regular todos los casos que puedan acontecer en el curso de ésta. Es tan variada y multiforme la gama de sucesos que se producen en la vida social, que la ley sólo puede regular, por su propia naturaleza, los casos más constantes, más comunes e indefectiblemente se le escaparán otros que no tienen estas características.

¹¹⁸ Consulta en INTERNET <http://www.notariapublica.com.mx/diccionario.html>, 4 de marzo de 2006

¹¹⁹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Ed. Espasa Calpe, Madrid España, 1986

1. *Ahora bien, no cabe confundir las expresiones: laguna de la ley y laguna del derecho. Cuando decimos que en la ley no existen lagunas, queremos decir que estamos frente a una situación no prevista por el legislador, pero que puede ser resuelta conforme a los principios generales del Derecho. Esto es lo que se conoce como plenitud hermética del orden jurídico. Por el consiguiente, si en la ley hay lagunas en el Derecho no puede haberlas.*

2. *Paolo Biscaretti di Ruffia dice que:*

La unidad del sistema normativo estatal facilita notablemente el problema de la individuación de la norma aplicable al caso concreto, ya que permite recurrir, si es preciso a la analogía. Cuando en efecto, el caso en cuestión no aparece regulado por precisas disposiciones legales, se aplicarán las disposiciones que regulan casos semejantes, o materias análogas, y si faltan también tales disposiciones se recurrirá entonces a los principios generales del ordenamiento jurídico estatal, advirtamos que la analogía legis e iuris, así permitidas en línea general, son siempre realizables si ello no está excluido de manera explícita, por ejemplo en las leyes penales o excepcionales.

III. Observaciones anteriores del constitucionalista italiano, son aplicables en el derecho positivo mexicano. En efecto, el Código Civil Federal dispone: Artículo 18. "El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia." Artículo 19. "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A Falta de ley, se resolverán conforme a los principios generales del derecho."¹²⁰

Después de estas bastas definiciones sobre lagunas de la ley o lagunas del derecho concluimos que son vacíos jurídicos en los cuales no existe una norma jurídica que regule dicha situación.

¹²⁰ NAMORADO URRUTIA, Pericles. Consulta en internet

<http://www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/otras/diccejur/dic>, 5 de marzo de 2006

Y como apuntamos con antelación el caso de las Técnicas de Reproducción Asistida, caen dentro del supuesto de las Lagunas del Derecho.

En México, no existe una legislación ex profeso para la aplicación de tales prácticas que se han convertido de uso cotidiano; como hemos mencionado se aprecia la clara necesidad de comenzar legislar en este sentido; determinándose que se debe establecer en la misma legislación las reglas a seguir para la realización de las mismas.

En capítulos anteriores hemos visto que por ejemplo el Código Civil para el Distrito Federal, ya se contempla al menos el concepto de Técnicas de Reproducción Asistida y se liga a conceptos como filiación, paternidad y maternidad.

En materia Federal La Ley General de Salud en dos de sus artículos nos hace referencia al tema, de la manera siguiente:

“Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:

...

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

Como podemos observar estos servicios de planificación familiar se encuentran enfocados tanto a la infertilidad humana como a la reproducción, debiendo el Estado a través de los organismos creados fomentar la información sobre estos métodos.

Artículo 466.- 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.¹²¹

De este artículo se desprende que existe un delito especial sobre el tema, de tal forma que se impone pena de prisión a quien cometa alguna de estas conductas antes tipificadas.

Por otro lado encontramos que el consentimiento y la violación a éste es el que se encuentra penado.

La mujer casada, se hace hincapié en esto no podrá ser inseminada sin el consentimiento de su esposo. Dejando a salvo la oportunidad a las mujeres solteras de realizarse una inseminación artificial siempre y cuando sean mayores de edad.

Pero nuevamente nos encontramos con la constante de que estos ordenamientos no son suficientes para regular una práctica que se realiza en la sociedad de manera cotidiana.

Volviendo a las legislaciones estatales encontramos que en el Código Civil para el Estado de Tabasco, ya trata el tema de las Técnicas de Reproducción Asistida.

En abril de 1997, legisladores del Estado de Tabasco respondieron a varias de las interrogantes planteadas a través de la reforma al Código Civil para su Estado. Su intención fue la de hacer de la legislación civil tabasqueña una de las más actuales y modernas del país. Este código legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y cualquier otro método de reproducción asistida, pero los limita a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí. Dicho código establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que

¹²¹ Ley General de Salud. Ed. Porrúa, México, 2006

es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. También, reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre substituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal.

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

“Artículo 349.- Reconocimiento de hijo no nacido

Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos.

...

Artículo 399.- Requisitos

Para que la adopción plena tenga lugar se requiere

III.- Que el menor a adoptar no tenga más de cinco años de edad, se trate de un niño abandonado o de padres desconocidos, o sea pupilo en casa de cuna o instituciones similares, o sea producto de un embarazo logrado como

consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción;

...

Artículo 1396.- Incapacidad por falta de personalidad

Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o que aun cuando lo estén no nazcan vivos, salvo que el autor de la herencia dispusiere válidamente en documento auténtico, la posibilidad de la inseminación de su esposa o concubina, después de su muerte. En este último caso, la mujer deberá estar embarazada dentro de un año después de la muerte del marido.”¹²²

Pero Tabasco no es el único Estado de la República que ya cuenta con artículos relacionados con el tema. Para un mejor desglose de la información mostramos el siguiente cuadro:

Entidad Federativa	Ordenamiento	Artículo
Morelos	Código Civil para el Estado Libre Y Soberano de Morelos	Artículo 199 Fracción XVIII
Estado de Jalisco	Código Civil del Estado de Jalisco	Artículo 457

¹²² Código Civil para el Estado de Tabasco. Consulta en INTERNET <http://www.scjn.gob.mx>, 5 de marzo de 2006

Estado de México	Código Civil del Estado de México	Artículos 4.111, 4.112, 4.113, 4.114 y 4.115.
Estado de Querétaro	Código Civil del Estado de Querétaro	Artículos 22 y 47
Estado de Puebla	Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla	Artículo 477 Bis
Estado de Michoacán	Código Civil para el Estado de Michoacán	Artículos 158 y 226 Fracción XX
Estado de Coahuila	Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza	Artículos 95, 97, 432, 434, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490 y 491.
Estado de San Luis Potosí	Código Civil para el Estado de San Luis Potosí	Artículos 14 y 226 Fracción XXI.
Estado de Baja California Sur	Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur	Artículo 289 Fracción III y 298

De esta forma vemos que varios Códigos Civiles de diferentes Entidades Federativas cuentan ya con normatividad relativa a las Técnicas de Reproducción Asistida, pero como también es evidente no son suficientes estas normas para el regulamiento de la realidad que se vive y no satisfacen las necesidades que en este campo se necesitan.

Ahora bien las nuevas normas que sean creadas específicas en la materia deberán atender a los derechos y obligaciones de todas las partes involucradas en la aplicación de estas técnicas, prestándose gran interés a los derechos del hijo concebido de esta manera.

El poder Legislativo de nuestro País tiene un trabajo muy importante, ya que de él depende una relación armoniosa dentro de todos los sectores de la sociedad que de alguna manera ya sea directa o indirecta algún día podrán enfrentarse a conflictos relacionados con la materia de nuestro estudio.

Atendiendo el poder legislativo a estas ineludibles necesidades, el derecho se colocará a la par de la medicina alcanzando una realidad que se escapa de sus manos en la actualidad, de ésta manera los órganos jurisdiccionales involucrados contarán con las herramientas jurídicas para resolver cualquier tipo de controversia legal que se le presentare no teniendo ninguna necesidad de aplicar una ley que fue creada para otro fin y contando con un fundamento concreto para resolver cualquier controversia que llegue a sus manos como consecuencia de conflictos de intereses de cualquier especie derivadas de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Además consideramos que la legislación relativa a las Técnicas de Reproducción Asistida ya de manera específica deberá de ser también muy puntualizante en que la adopción es una buena alternativa para que las parejas puedan tener un hijo. Así, con el fomento de la adopción y una debida normatividad, las Técnicas de Reproducción Asistida se convertirían en la última opción para lograr tener un hijo. La pareja informada podrá tener una gama de posibilidades y

la misma deberá de ser correctamente informada sobre las consecuencias legales a las que se enfrenta en los casos de las Técnicas de Reproducción Asistida.

4.2. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LAS CONTROVERSIAS QUE PUEDEN PRESENTARSE AL NO EXISTIR UNA NORMATIVIDAD

Actualmente hay 2.3 millones de hombres y mujeres en México que presentan infertilidad y un porcentaje alto de ellos requiere algún tipo de tratamiento para lograr la procreación.

La gran mayoría de esta población no tendrá hijos debido a diferentes enfermedades. A demás existen otras barreras que impiden su acceso a los servicios médicos especializados en Técnicas de Reproducción Asistida.

En 1988 nació Andrea, el primer bebé concebido en territorio mexicano, por transferencia intratubárica de gametos. La difusión de la noticia en torno a las condiciones que permitieron la concepción de Andrea, generó respuestas muy variadas. Para miles de personas infértiles, Andrea representó la esperanza renovada de poder ser padres; algunos legisladores manifestaron públicamente su desaprobación, al igual que miembros de la Iglesia Católica; la comunidad médica se polarizó adoptando posturas de escepticismo y rechazo, o bien, vislumbrando un nuevo campo para el desarrollo de la medicina en México

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

En 1991, nació el primer bebé concebido con la asistencia de la fecundación *in vitro*; en 1995, nació el primer par de hermanas concebidas al aplicar simultáneamente dos técnicas:

Aspiración epididimaria de espermatozoides e inyección intracitoplasmática del espermatozoide al óvulo. Al paso de los años se ha mantenido en México la sucesión de innovaciones, éxitos y fracasos, como ocurre en el resto del mundo.

Tras el nacimiento de Andrea, quienes en 1988 auguraron el desarrollo de un nuevo campo para la práctica médica, tuvieron razón. Actualmente, operan en México diversos centros que cuentan con la infraestructura tecnológica y los recursos humanos necesarios para la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida. Durante el año 2000, fueron realizados aproximadamente 2000 ciclos.

Seis de estos centros reportan sus resultados al Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida, publicado anualmente por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Esta fundación multinacional, no lucrativa, tiene el objetivo primordial de contribuir al progreso científico de la reproducción asistida, particularmente en Latinoamérica. Actualmente, 68 centros en 12 países están registrados en este organismo. Así mismo, esta organización ha aportado directrices y conceptos fundamentales para fomentar la práctica ética y la creación de leyes específicas que contemplen los nuevos esquemas e implicaciones legales que la reproducción asistida demanda.

Como hemos visto 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 ciencia jurídica debe afrontar múltiples interrogantes relativas a las nuevas estructuras familiares, a las diferentes filiaciones que surgen a partir de la donación de gametos y de la contratación de madres sustitutas o subrogadas; a la disposición final de gametos y embriones, y en general, a las nuevas condiciones sociales y familiares que genera la asistencia reproductiva.

Actualmente en México como en toda Latinoamérica la legislación debe resolver las siguientes preguntas:

- 1.- ¿Debe ser aprobada la inseminación homóloga con semen del cónyuge luego de su fallecimiento?
- 2.- ¿Deben tener acceso a la inseminación las mujeres solteras, viudas, divorciadas, concubinas y amantes?
- 3.- ¿Debe mantenerse el anonimato de quienes donan sus gametos?
- 4.- ¿Es legítima la remuneración económica para los donantes?
- 5.- ¿Se justifica éticamente y jurídicamente la llamada maternidad substituta?
- 6.- ¿Debe ser legal el pago a las madres subrogadas?
- 7.- ¿Debería renunciar el donante de gametos a la patria potestad a favor de un tercero anónimo?
- 8.- ¿Cuál es la condición ético-antropológica del embrión, puede éste ser objeto de donación, compra-venta o adopción?
- 9.- ¿Puede el embrión ser manipulado para fines de investigación y experimentación?
- 10.- ¿Es válido un contrato en donde se involucre la gestación y entrega posterior del hijo concebido, tras una donación de gametos implantados a la madre sustituta?
- 11.- ¿Cuántas personas pueden estar involucradas en este tipo de técnicas?

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

No hay mayor ofensa para un mexicano que la mención deshonrosa de su madre, independientemente de la edad del ofendido y de que su madre esté viva o no. “Vieja menopáusica” es un insulto dirigido a mujeres adultas que manifiestan su enojo de manera expresa, independientemente de su edad y condición hormonal. Ambos ejemplos reflejan la

fuerza de los lazos familiares, particularmente de la maternidad, y del altísimo valor atribuido a la fertilidad en México.

En estas circunstancias, la controversia impera en los procesos de regulación jurídica y normatividad de la asistencia reproductiva. Como hemos visto el Código Civil Federal y los Códigos de algunos Estados así como el del Distrito Federal y la Ley General de Salud son los instrumentos que regulan y norman la práctica médica en todo el país.

La inseminación artificial homóloga no presenta gran problema ya que es la forma más similar al procedimiento natural de reproducción.

Sin embargo; consideramos que en este punto la legislación debe dar respuesta a las siguientes interrogantes, las cuales se encuentran dentro de una laguna del derecho, como anteriormente ya lo vimos:

- 1.- ¿Tiene el hijo nacido derecho a conocer la forma en que fue concebido?
- 2.- ¿Tienen los padres el derecho a guardar en secreto ante su hijo esta situación?
- 3.- ¿Qué pasaría si una mujer sin el consentimiento de su esposo se practica con el espermatozoos de su cónyuge una inseminación artificial, y su cónyuge no desea tener a ese hijo?

Para dar respuesta a estas interrogantes debe de tenerse mucho cuidado con las consecuencias morales y psicológicas e incluso legales que podrían presentarse tanto para los padres como para su hijo. Así mismo hay que pensar que sería prácticamente imposible que el esposo demuestre que no hubo contacto físico con su mujer para concebir.

Para complicarlo más ahora hablaremos de las Técnicas de Reproducción Asistida heterólogas, en este caso el donador es una persona ajena al matrimonio, nuestra Ley General de Salud ya contempla esta posibilidad en su artículo 466, el que dispone que forzosamente tendrá que existir la autorización del esposo para practicarse una inseminación en la mujer, sin

embargo, como ya se hace ver con prelación, aunque esta autorización no se otorgare, el producto de la concepción al nacer sería considerado hijo del esposo, esto atendiendo a los artículos 324, 325 y 326 de nuestro Código Civil Federal.

Tomando como base el supuesto anterior estamos ante la posibilidad de que una mujer soltera que se someta a una Técnica de Reproducción Asistida, dejando atrás la posibilidad de que el hijo nacido bajo este método carezca de una figura paterna.

Hablando del donador de gameto cabe hacer la suposición de que el hijo de madre soltera que se practicó la inseminación tenga conocimiento de la identidad del donador y le pretenda en un momento dado imputar la paternidad fundándose en el artículo 382 fracción IV del Código Civil Federal, el donador estaría en desventaja ya que no hay ningún ordenamiento legal que lo proteja a él y a su anonimato, habrá de considerarse que el nunca pretendió ser padre limitándose a ser un simple donador voluntario de células progenitoras. Además de que el Banco de semen deberá de contar y ser regulado, garantizando en primera instancia el anonimato del mismo, con ello previendo las consecuencias legales a las que el donador podría enfrentarse en un futuro.

Por el contrario y hablando del donador de esperma se podría invertir la situación, pretendiendo el donador otorgar el reconocimiento del hijo nacido de la mujer a la que se le practicó inseminación con su célula progenitora.

Otro riesgo que se puede correr al no existir un control sobre el número de donaciones es que al dedicarse un sólo individuo a donar su semen de una manera indiscriminada se caiga en situaciones en las que los hijos en un futuro lleguen a ser pareja, sin saber que ambos proceden del mismo padre genético. Este riesgo es de vital importancia incluso atenta contra la salud pública, debiendo así el Estado garantizarla.

Ahora, ¿Qué ocurre con los hijos concebidos por alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida, después del fallecimiento de alguno de los padres? De acuerdo con nuestra legislación, para algunos doctrinarios de las ciencias jurídicas si ese niño no nace dentro de los 300 días siguientes a la muerte del cónyuge éste no podrá ser considerado hijo del esposo; de acuerdo a lo que señala el artículo 324 del Código Civil Federal vigente. De igual manera y como se desprende del artículo 337 del mismo ordenamiento, ese niño no tendrá derecho alguno a heredar de los bienes de los padres.

Si el cónyuge dispusiera antes de su muerte y por escrito lo contrario a lo aquí descrito no podría darse carácter legal a esa disposición, ya que para el alcance de nuestras leyes esto es jurídicamente imposible. Por lo que podríamos señalar que ese niño sería considerado ilegítimo y no podría llevar el apellido del padre, asimismo no contaría con derecho a heredar sobre los bienes de los padres sin contar con ninguna base legal para entablar un juicio en su favor. De tal suerte que éste hijo quedaría de manera legal desprotegido.

Teniendo un camino legal largo por recorrer para conseguir que se le reconozca como hijo legítimo de ambos padres.

Toca el turno a la maternidad subrogada; estas Técnicas de Reproducción Asistida, tienen un gran número de posibilidades, complicaciones y consecuencias jurídicas principalmente por el número de personas que intervienen para que se de este tipo de Técnicas de Reproducción Asistida y donde se generan para ellas derechos y obligaciones.

Para empezar podemos afirmar que según nuestra ley será considerado hijo de la mujer el que nazca de ella, esto se desprende de los artículos 324 y 360 del Código Civil Federal, y si ésta fuere casada aunque el cónyuge no tuviera nada que ver con el proceso de fecundación se presumiría legalmente que el hijo es suyo.

Por lo antes dicho las preguntas a resolver en el caso de practicarse estos métodos de reproducción asistida serán:

- 1.- ¿Quién deberá de considerarse la madre de ese niño?
- 2.- ¿La gestante, la genética o la estéril que desea al hijo?

Comenzando por aquí encontramos el primer gran obstáculo en la determinación de la filiación y el proponernos resolver este asunto es evitar que las parejas que incurran en estas prácticas no tengan como único remedio el *Fraude a la Ley o las falsas declaraciones*.

A la sombra de nuestro derecho la madre sustituta portadora contará con una protección legal y en caso de cambiar de opinión podrá decidir registrar al niño nacido como suyo y no habrá forma de obligarla a hacer lo contrario.

De forma similar a la anterior tenemos que la donadora de óvulo también puede retractarse sin que haya poder humano ni legal que la obligue a cumplir con su trato. Toda vez que este tipo de contratos se dan de manera verbal, sin contar con un fundamento jurídico que respalde a ninguna de las partes involucradas.

La falta de una normatividad que regule la utilización de estas técnicas que no aparecen prohibidas de ninguna manera por nuestra legislación podría llevarnos a situaciones tan aberrantes como la que se describirá a continuación:

Que pasaría en nuestro País, sí como ya ocurrió en Australia una pareja que no podía tener hijos por esterilidad de la esposa práctica una fecundación extracorpórea con el óvulo de su madre y con semen de su cónyuge y una vez realizada la fertilización se depositó el embrión en el vientre de la dadora del óvulo (madre y suegra respectivamente); al nacer el hijo, éste fue entregado a la pareja, siendo la abuela a la vez madre del niño y la madre del niño a la vez su

hermana y el niño sería hijo del padre pero a la vez su cuñado, lo anterior se desprende de nuestra legislación vigente en materia de filiación.

Del ejemplo anterior observamos la imperante necesidad de regular de alguna manera la aplicación de estos procedimientos ya que tales situaciones escapan de la legislación actual. En nuestro País la maternidad subrogada generalmente se da entre familiares, la madre sustituta generalmente es la madre o la suegra o las hermanas gestan al producto para después entregarlo a la pareja, que posteriormente lo registrará como hijo legítimo a través de la corrupción que se da ante las autoridades del Registro Civil e incluso las médicas para la expedición de certificados de nacimiento. Al no haber una legislación que las regule se cae en delitos contra la ley como lo vemos en el ejemplo anterior.

Ahora hay que pensar en un sin fin de posibilidades que podrían ocurrir como resultado de la concepción de un hijo por el método de la maternidad subrogada:

Como ocurre con cualquier concepción nos podemos a enfrentar a interrogantes como:

- 1.- ¿Qué pasaría si el hijo naciera con retraso o alguna otra enfermedad congénita y nadie quiere hacerse cargo de él?
- 2.- ¿Se le puede fincar alguna responsabilidad al médico de suscitarse el caso anterior?
- 3.- ¿Podrá impedirse que se utilicen mujeres con muerte cerebral como madres sustitutas?

Como se contempla existen aún muchas respuestas sin resolver y de algunas respuestas depende inclusive el futuro de la humanidad.

El listado que presentamos con antelación parece sacado de una obra de ciencia-ficción o de misterio, pero no es así, muchas situaciones de tal naturaleza ya han llegado a los tribunales en otros países del mundo o han sido propuestas y defendidas en gran número en los Estados Unidos.

En el mismo orden de ideas es necesario tomar conciencia de todo lo que estas técnicas implican; por ejemplo habrá de determinarse cual será el futuro de los embriones y fetos que no puedan ser implantados; ya que no deberán ser tratados como basura con el pretexto de que no son células vivas.

Lo anterior se desprende de que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad a la seguridad de su persona. Es imposible decir que no hay nada antes del nacimiento. Asimismo es importante promover una reflexión sobre la vida prenatal y sobre ciertos aspectos que afecten a los niños en general.

4.3. LA SITUACIÓN LEGAL DEL NIÑO AL NACER Y DEL FETO PRODUCTO DE LA REALIZACIÓN DE ALGUNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Como ya se ha mencionado, en ocasiones se presentará la oportunidad de que hasta 3 mujeres intervengan para la concepción de un hijo; la que aportó el óvulo que es la madre genética, la que aportó el cuerpo que es la madre biológica y por supuesto aquella mujer estéril que siempre deseó tener un hijo y que acudió a las técnicas que en el contenido de esta investigación hemos estudiado, contratando o pactando con las otras dos para llegar al fin que se trata, tener un hijo. O sea la que manifestó la voluntad de tener un hijo madre legal, voluntaria.

De igual manera por parte del padre encontramos que si la madre biológica es casada su esposo puede reclamar su paternidad y en el estado que guardan nuestras leyes éste tendrá gran posibilidad de lograr se le otorgue ese estado jurídico, por otro lado el donador de esperma puede pretender promover juicio en el mismo sentido que se señaló líneas atrás y por último encontramos al esposo de la *madre legal* que de igual manera es su voluntad ser padre de ese niño.

Por otro lado encontramos el desconocimiento de estado del padre. Quizás el cónyuge de la mujer que se inseminó nunca deseó ser padre (en este caso es indiferente que el material genético provenga de él o de un donante), al tenor de nuestra legislación este hombre se encuentra en un total estado de indefensión: claro que cumpliéndose los requisitos que establece el artículo 324 del Código Civil Federal.

Otro aspecto que habrá de analizarse es la situación jurídica de aquel hombre que aportó el material genético y que nunca fue su voluntad convertirse en padre, como ya comentamos el hijo de la mujer inseminada estaría en la posibilidad de ejercitar una acción de reconocimiento del estado del hijo con todos los derechos que ello traería consigo.

Como se observa el proceso de la medicina ha de ser equiparado al de la ciencia jurídica creándose una nueva legislación que permita a la sociedad entrar en un orden jurídico, no cayéndose en un estado de anarquía donde el Juez no encuentre que rumbo tomar.

Los problemas de filiación son los más complejos a resolver en estos casos. Y como consecuencia de los mismos la herencia y la paternidad o maternidad según sea el caso.

Un elemento muy importante que hay que tomar en cuenta y que como vimos en otras legislaciones es de vital importancia para la realización de esta técnicas es la manifestación de la voluntad de ser padre, de esta manera serán considerados padres del niño quienes desde antes de la concepción lo desearon y se allegaron de los elementos necesarios para su concepción.

Consideramos que la legislación que se cree en este capo específico deberá contener forzosamente la manifestación expresa y sin vicios de la voluntad de todas las partes que intervienen. Este contrato por llamarlo de algún modo deberá de ser obligatorio para todas las partes que se ven involucradas. Con ello se asegura que en los casos de maternidad subrogada el hijo será entregado a los padres que manifestaron la voluntad de hacerlo o sea a la pareja

receptora y con ello evitando el abandono del menor o la negativa de la madre biológica a entregar al niño al nacer. Este contrato será obligatorio en el 100% de los casos, sin excepción alguna.

Asimismo el contrato que será conocido y leído por cada una de las partes que intervengan, explicará con detalle todos los riesgos que se corren de que el niño nazca con alguna deficiencia de cualquier naturaleza, de esta manera los padres no podrán fincar ninguna responsabilidad al médico ni negarse a recibir a esa criatura como hijo suyo que es.

Otro punto que es muy importante de mencionar es que estos métodos deben de ser el último de los recursos para la concepción de un hijo y la comunidad médica deberá de informar de manera precisa en que consisten cada uno, así como informar las consecuencias legales y biológicas a las que se enfrentan en cada uno de estos casos.

Ahora bien cabe precisar que lo más importante es la situación legal del niño en cuanto éste nazca y para ello antes de la realización de una de estas técnicas el expediente que forme deberá de contener los siguientes documentos de acuerdo con la experiencia que se tiene sobre ello en otras legislaciones:

1. Certificado de tratamiento de infertilidad a la pareja y su declaración manifiesta de ser pareja infértil, sin la opción de tratamiento.
2. Certificado de estudios psicológicos a todas las partes involucradas en la aplicación de la técnica a excepción del médico que llevará a cabo, esto con el sentido de intentar prevenir en lo posible reacciones de las partes donde pretendan cambiar de opinión iniciado el tratamiento, así como algún problema psicológico que pudiera presentarse una vez entregado el niño a los padres legales.
3. Certificado de un estudio médico realizado al donador cuando éste sea anónimo o en su caso certificado médico realizado al donador cuando se conozca su identidad,

lo anterior con el fin de comprobar la salud física y psíquica y con ello prevenir en lo posible la transmisión de enfermedades hereditarias al niño que nazca.

4. Certificado de salud de la mujer que proporcionará el óvulo y su organismo donde se determine que no padece enfermedad alguna de carácter transmisible, no padece de alcoholismo, drogadicción o que sean portadoras del VIH.
5. Certificado de la institución que realice estas técnicas en donde se asegure al paciente su integridad y que cuenta con el personal y equipo calificado para la realización de la Técnicas de Reproducción Asistida a la cual el paciente pretenda someterse.
6. Así mismo, se deberá de contar con la seguridad de la confidencialidad de los tratamientos y de los donadores.

Todos los certificados a que se hace alusión constarán de igual manera en el mismo expediente que contenga el contrato.

En lo que hace a los donadores, éstos no podrán donar más del número de muestras que les sean permitidas, lo anterior deberá de ser establecido y razonado por los expertos en la materia.

En el caso de ser necesaria la aplicación de la madre subrogada deberá procurarse en lo posible que sea diferente la que aporte el óvulo y la que aporte el organismo ya que al proporcionar una sola mujer la célula progenitora y el organismo, ésta sentirá un mayor lazo de unión para con el nuevo ser que lleva en su vientre lo que causará mayor dolor al desprenderse del niño una vez nacido.

En nuestra opinión la creación de un Instituto de Técnicas de Reproducción que cuente con los bancos de información de referencia evitarán en un gran número la existencia de estos conflictos que aunque en nuestro país no se han presentado o se han presentado en bajo índice.

Con la existencia de los contratos obligatorios que se proponen para poder realizar un procedimiento de reproducción asistida, así como de una buena regulación normativa, el orden legal continuará su paso y la determinación de la filiación no correrá los riesgos que ahora ya se pueden prever.

De esta manera la voluntad de ser padres será el origen del establecimiento de la filiación desplazándose de esta manera la antigua fuente de filiación, la natural, con esto no pretende modificarse el sistema que se sigue para determinar la filiación de los niños concebidos mediante una reproducción natural ya que en estos casos continúan siendo viables.

Por último y siguiendo la misma teoría de la voluntad de ser padre hablaremos de la fecundación después de fallecido uno de los padres. En el caso de aplicarse este procedimiento y de existir manifestación de la voluntad expresa y por escrito del padre, ésta deberá ser inscrita en el Instituto de Técnicas de Reproducción Asistida que proponemos sea creado con el objeto de que se le otorgue validez absoluta y de esta manera el hijo nacido podrá contar con todos los derechos de un hijo nacido en vida de su padre, como son el de llevar el apellido de éste, y tener derechos sobre la masa hereditaria.

Así que, cuando se apliquen las Técnicas de Reproducción Asistida sea la que fuere, la manifestación de la voluntad de ser padre por escrito y registrada en el Instituto que se propone se cree, será la fuente legal para establecer la filiación de esta manera una vez nacido el niño podrá ser registrado como hijo de la pareja, gozando de todos los derechos y obligaciones que la ley confiere a los padres y a los hijos respectivamente. Esto sin perjuicio de lo que establece en el Código Civil Federal vigente cuando se trate de un nacimiento derivado de una concepción natural, es decir sin la intervención de los procedimientos que en este trabajo se estudian.

A través de este Instituto a nuestro parecer deberá de estar formado por un personal médico altamente calificado, con capacitación en el exterior, contando con las técnicas más modernas

de reproducción asistida, así mismo deberá de establecerse un vínculo muy estrecho con las instituciones de adopción, para orientar de primera instancia a la pareja en la posibilidad de adoptar a un hijo. Así mismo deberá de contar con un departamento legal en donde se de la orientación e información necesaria sobre las consecuencias de la realización de una Técnica de Reproducción Asistida.

Como podemos observar la situación legal del niño debe ser debidamente protegida y aseguran con ello su crecimiento, desarrollo y éxito dentro de un marco familiar, que satisfaga sus necesidades tanto emocionales, educativas y económicas para tener ciudadanos mejores con una niñez sana.

4.4. ¿QUÉ AUTORIDAD ES LA COMPETENTE PARA RESOLVER SOBRE UNA CONTROVERSIA QUE NAZCA POR LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

Consideramos que la autoridad competente en caso de controversia se determinará de igual manera bajo la tutela de una nueva normatividad.

Proponemos que los Jueces de lo Familiar, sean la autoridad competente para resolver sobre las controversias que en esta materia se susciten. Establecer los lazos de filiación donde se haya recurrido a una Técnica de Reproducción Asistida, de esta misma forma serán resueltos los conflictos que se deriven de la falta de cumplimiento a alguno de los contratos que en esta materia se generen.

Al ser el Juez de lo Familiar el competente para conocer sobre estas controversias cada entidad Federativa a través de sus Código Civiles, Códigos de Procedimientos Civiles, y Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de cada Entidad Federativa según corresponda, regularán la competencia para conocer de esta materia.

Como ejemplo citamos a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en donde se deberá de establecer su competencia.

“CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

...

Artículo 48.- En el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los órganos jurisdiccionales de primera instancia los conforman:

I. Jueces de lo Civil y los Jueces de Paz Civil, éstos en los asuntos que no sean de única instancia;

II. Jueces de lo Penal y los Jueces de Paz Penal;

III. Jueces de lo Familiar;

IV. Jueces del Arrendamiento Inmobiliario;

V. El Juzgado Mixto, ubicado en las Islas Marías;

VI. (DEROGADA, G.O. 24 DE ABRIL DE 2003)

VII. (DEROGADA, G.O. 24 DE ABRIL DE 2003)

Artículo 52.- Los Jueces de lo Familiar conocerán:

I. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;

II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio, a su ilicitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;

III. De los juicios sucesorios;

IV. De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco;

V. De las diligencias de consignación en todo lo relativo a la materia familiar;

VI. De la diligenciación de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el orden familiar;

VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados, y

VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.¹²³

La anterior afirmación se desprende que todos estos conflictos caen dentro del orden del derecho familiar, incluyéndose los contratos de reproducción asistida.

Los demás aspectos de turno y ejecución deberán de ser regidos por una legislación específica.

¹²³ Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Consulta en Internet <http://www.scjn.gob.mx>, 8 de marzo de 2006

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTAS PARA UN MARCO NORMATIVO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO

5.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Como hemos podido ver a lo largo de esta investigación los avances médicos y científicos han sobrepasado ya al derecho en muchos aspectos. Los avances médicos son generados y generadores de necesidades que se presentan en la sociedad. De tal suerte que este tipo de nuevas conductas que se presentan en la sociedad deben de ser reguladas por la norma jurídica.

Es por ello que surge la imperiosa necesidad de legislar sobre el tema de las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país. El legislador tiene una tarea muy importante, la de normar de manera tal que la eficacia de la norma sea garantizada y de esta forma enfrentar la realidad que se le presenta a diario.

Es importante mencionar que las reformas que se proponen, no son suficientes reformando o adicionando artículos a la Constitución, o a los Códigos Civiles o a la Ley General de Salud, en el caso de que esto sucediera proponemos se realice de tal manera que se incluya un capítulo especial a las Técnicas de Reproducción Asistida.

Ahora bien, consideramos que lo mejor que se puede hacer en cuanto al tema es que se cree una Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en materia Federal que regule a todo el País y que sea especializada como su nombre lo indica en las Técnicas de Reproducción Asistida.

Esta Ley tendrá por objeto la protección de la familia y resguardar los derechos y obligaciones que se generan para las partes que se encuentran involucradas, pero principalmente la de los menores que son concebidos por algunos de estos métodos.

Esta Ley deberá de permitir el desarrollo de la ciencia siempre bajo un marco de legalidad, pero sin coartar el derecho a la investigación y a los avances tecnológicos.

El proponer la creación de una legislación sobre Técnicas de Reproducción Asistida no es la única solución para resolver las controversias que puedan presentarse, se requiere de un proceso más elaborado consistente en la cooperación de las asociaciones médicas, universidades, la Secretaría de Salud, de los profesionistas y de la población en general, así como de los órganos legislativo y judicial; todo lo anterior con el fin de crear gente e instituciones preparadas y familiarizadas con esta disciplina, ya que no podemos esperar que por el simple hecho de promulgar una ley obtengamos resultados satisfactorios. En conclusión para que una ley funcione necesita estar rodeada de factores que permitan su validez y eficacia.

Antes de presentar nuestra propuesta de proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida; queremos dar a conocer que dicha propuesta se estructuró con base en todas y cada una de las consideraciones y análisis que se hicieron en el transcurso de esta investigación de modo que cada artículo que presente habrá sido producto de una reflexión contenida en esta investigación.

A continuación nos permitimos presentar esta propuesta de reglamentación de las Técnicas de Reproducción Asistida, con la esperanza de que en el futuro el derecho, cuente con las herramientas necesarias para hacer frente a esa nueva gama de problemas que podrían presentarse como consecuencia de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

PROPUESTA DE LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Artículo 1.- Las disposiciones de esta Ley regirán en toda la República en asuntos del orden federal. Sus disposiciones son de orden público e interés social.

Artículo 2.- La presente ley regula, las técnicas de reproducción asistida utilizadas en el género humano; y comprende todas las Técnicas de Reproducción Asistida que sean identificadas como tales. Éstas deberán estar debidamente certificadas y clínicamente probadas, deberán ser realizadas en los centros y establecimientos sanitarios autorizados, mismos que contarán con el personal y equipo calificado.

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley se entenderá como Técnica de Reproducción Asistida, todo medio o artificio empleado, buscando procurar la concepción, embarazo y nacimiento de un niño dentro de una pareja estéril o infértil.

Artículo 4.- Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

I.- Ley, La Ley Federal de Técnicas de Reproducción Asistida,

II.- Embrión, se le da ésta calidad desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del huevo, a partir de la fusión de los núcleos celulares. El mismo término se aplicará a todos célula topipotente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las condiciones necesarias, para su desarrollo hasta formar un individuo.

III.- El huevo se entiende susceptible de desarrollo en el curso de las primeras veinticuatro horas siguientes a la fusión de los núcleos celulares a menos de que se hubiera constatado antes del transcurso de éste período, la imposibilidad para el óvulo fecundado de desarrollarse más allá del estadio celular.

IV.- Célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis, se entiende cualquiera de las células situadas en una línea de desarrollo que conduce al huevo, así como los óvulos y espermatozoides del ser humano que proviene de esa célula. También se aplica al óvulo desde la introducción o intrusión del espermatozoide hasta la fecundación acabada con la fusión de los núcleos.

Artículo 5.- Las Técnicas de Reproducción Asistida tienen la finalidad de enfrentar a través de los avances de la medicina la esterilidad y la infertilidad humana, para lograr la procreación cuando hayan fallado todos los tratamientos terapéuticos para lograr el embarazo.

Artículo 6.- Las Técnicas de Reproducción Asistida también podrán utilizarse en el tratamiento y prevención de enfermedades de carácter genético o hereditario. Éstas deberán estar estrictamente indicadas por el médico tratante, mismo que será el responsable.

Artículo 7.- Esta ley reconoce los siguientes tipos de Técnicas de Reproducción Asistida

- I.- Inseminación artificial,
- II.- Fertilización extracorpórea o in vitro,
- III.- Fecundación después de la muerte del o de los donantes,
- IV.- Maternidad subrogada,
- V.- Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides, y
- VI.- Transferencia intratubárica de gametos.

Artículo 8.- Queda estrictamente prohibida la utilización de las células sexuales humanas con cualquier fin distinto a la procreación humana. Queda prohibida la creación de híbridos o quimeras.

Artículo 9.- Para la aplicación de cualquier Técnica de Reproducción Asistida, será requisito indispensable que se hayan efectuado previamente todos los tratamientos adecuados para el tratamiento de cualquier tipo de esterilidad o infertilidad de que se trate y que ninguno haya tenido como resultado la concepción.

Artículo 10.- Previamente a la utilización de cualquiera de las Técnicas de Reproducción Asistida será requisito indispensable la presentación de un certificado de esterilidad o infertilidad; según sea el caso. Este deberá ser expedido por el médico acreditado que haya tratado a la pareja o mujer estéril.

Artículo 11.- Las Técnicas de Reproducción Asistida se realizarán solamente:

I.- Cuando haya posibilidades reales de éxito y no exista un riesgo grave para la salud de la mujer o al producto de la concepción.

II.- 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 las Técnicas.

III.- Es obligatorio proporcionar información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a éstas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información deberá de cubrir las consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico que se relacionan con las técnicas, y será responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen, el proporcionarla.

IV.- La aceptación de la realización de las técnicas deberá hacerse por escrito mediante un contrato en que se deberá reflejar todas las circunstancias que definan y justifiquen la aplicación de alguna Técnica de Reproducción Asistida.

V.- La mujer receptora de éstas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición. Esta manifestación de suspensión o en su caso de conclusión deberá ser manifestada de igual manera que el artículo anterior.

VI.- Todos los datos relativos a la utilización de éstas técnicas deberán recogerse 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. La información tendrá la calidad de estrictamente confidencial.

Artículo 12.- La inseminación artificial es un método o artificio, distinto del natural para lograr introducir el semen en el interior del órgano genital femenino.

Artículo 13.- La fertilización extracorpórea o in-vitro, es un método por el cual se une al espermatozoide y óvulo fuera del cuerpo humano, mediante técnicas de laboratorio; para que una vez que hay fecundación poner al huevo en la cavidad uterina para su desarrollo posterior.

Artículo 14.- La inyección intracitoplasmática de un esperma es un método por el cual se inyecta de manera artificial un solo espermatozoide en el interior de un óvulo.

Artículo 15.- La maternidad subrogada es una práctica por la cual una mujer presta su cuerpo para gestar al producto de la concepción, que fue fecundado con su célula sexual o de una tercera mujer. Ésta manifestará expresamente su voluntad ante la Institución que realice la Técnica de Reproducción Asistida la entrega a la pareja contratante del hijo a su nacimiento, para que la segunda lo registre legalmente como tal.

Artículo 16.- El lavado uterino con transferencia de embriones, es aquel procedimiento por medio del cual se transfiere un embrión fecundado in vivo o por métodos artificiales, por medio del lavado uterino, al útero de una mujer distinta.

Artículo 17.- Las Técnicas de Reproducción Asistida pueden realizarse de las siguientes maneras:

I.- Homóloga.- Cuando se realice con células sexuales de ambos cónyuges.

II.- Heteróloga.- Cuando una o las dos células sexuales provengan de un donador

Artículo 18.- El empleo de cualquier Técnica de Reproducción asistida será únicamente como la ultima alternativa para alcanzar la procreación, cuando los tratamientos encaminados a remediar la esterilidad o infertilidad hayan fracasado. Queda expresamente prohibido que estas prácticas se apliquen como una forma opcional o alternativa de procrear.

Artículo 19.- Se transferirán al útero solamente el número de embriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

Artículo 20.- Cuando se trate de procedimientos de fertilización extracorpórea, sólo se fertilizará el número de óvulos que corresponda al número de embriones que serán transplantados.

Artículo 21.- Se permite la congelación de embriones cuando éstos provengan de los cónyuges, previa autorización. O sea necesaria su congelación para una nueva Técnica de Reproducción Asistida que sea destinada a la misma pareja.

Los embriones congelados deberán de ser tratados de acuerdo a la normatividad que le sea aplicable.

Artículo 22.- Se sancionará con pena privativa de la libertad de hasta cinco años de prisión o multa de hasta 250 salarios mínimos a quien:

I.- Procediera a fecundar artificialmente un óvulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo esperma fue utilizado hubiera dado su consentimiento.

II.- Procediera a transferir un embrión a una mujer sin su consentimiento,

III.- Fecundara artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa.

Artículo 23.- Sin perjuicio de las sanciones a que se hace alusión en el artículo precedente, si se practica alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida después de la muerte de uno de los cónyuges existiendo disposición por escrito de éste en donde manifiesta su voluntad de reconocer al hijo que sea concebido y nazca en tiempo posterior a su muerte, se le dará valor pleno para efectos de filiación, herencia y demás derechos que a un hijo se otorguen. Y se le dará el reconocimiento como tal de acuerdo a la legislación civil que le aplique.

Artículo 24.- Los hijos nacidos por estas técnicas gozan y disfrutan desde su concepción por tratarse de vidas humanas, de todos los derechos que la Constitución Política y sus leyes secundarias consagran, aun encontrándose fuera del útero materno, estos no podrán ser tratados de diferente manera a los concebidos en forma natural.

Artículo 25.- Cuando ambos cónyuges consienten por escrito en la aplicación, cualquiera que sea, de técnicas de reproducción asistida, su uso no podrá ser alegado como causal de divorcio.

Artículo 26.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LA CRIOCONSERVACIÓN Y OTRAS TÉCNICAS.

Artículo 27.- Queda permitida la crioconservación en los siguientes casos:

I.- El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años.

II.- No se autorizará 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.

III.- Los embriones sobrantes de una implantación no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años. Siempre y cuando provengan de una pareja.

IV.- Pasados dos años de crioconservación de gametos o embriones que procedan de donantes, quedarán a disposición de los bancos correspondientes.

Artículo 28.- Únicamente se podrá tratar y diagnosticar al embrión en los siguientes casos:

I.- Toda intervención sobre el embrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear.

II.- Toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del futuro nacido y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente.

Artículo 29.- La terapéutica a realizar en preembriones in vitro, o en preembriones, embriones y fetos, en el útero, sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

I.- Que la pareja haya sido rigurosamente informada sobre los procedimientos, investigaciones, diagnósticos, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y las hayan aceptado previamente.

II.- 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.

III.- Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

IV.- Si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza.

V.- Si se realiza en centros sanitarios autorizados, y por equipos calificados y dotados de los medios necesarios.

CAPÍTULO TERCERO

DE LA INVESTIGACIÓN Y LA EXPERIMENTACIÓN

Artículo 30.- Los gametos podrán utilizarse independientemente con fines de investigación básica o experimental en los siguientes casos:

I.- Se autoriza la investigación dirigida a perfeccionar las técnicas de obtención y maduración de los ovocitos, así como de crioconservación de óvulos.

II.- Los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar preembriones con fines de procreación.

III.- Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales.

Artículo 31.- La investigación o experimentación en preembriones vivos sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

I.- Que se cuente con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, incluidos, en su caso, los donantes, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones.

II.- Que no se desarrollen in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieron haber estado crioconservados.

III.- Que la investigación se realice en el Instituto de Reproducción Asistida y con equipos científicos multidisciplinarios legalizados, calificados y autorizados bajo control de las autoridades públicas competentes.

Artículo 32.- Sólo se autorizará la investigación en preembriones in vitro viables:

I.- Si se trata de una investigación aplicada de carácter diagnóstico, y con fines terapéuticos o preventivos.

II.- Si no se modifica el patrimonio genético.

Artículo 33.- En las condiciones previstas en los dos artículos anteriores de esta Ley se autoriza:

I.- El perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida y las manipulaciones complementarias, de crioconservación y descongelación de embriones, de mejor conocimiento de los criterios de viabilidad de los preembriones obtenidos in vitro y la cronología óptima para su transferencia al útero.

II.- La investigación básica sobre el origen de la vida humana en sus fases iniciales sobre el envejecimiento celular, así como sobre la división celular, la meiosis, la mitosis y la citocinesis.

III.- Las investigaciones sobre los procesos de diferenciación, organización celular y desarrollo del preembrión.

IV.- Las investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina, los mecanismos de la ovulación, los fracasos del desarrollo de los ovocitos o de la implantación de los óvulos fecundados en el útero, así como sobre las anomalías de los gametos y de los óvulos fecundados.

V.- Las investigaciones sobre la estructura de los genes y los cromosomas, su localización, identificación y funcionalismo, así como los procesos de diferenciación sexual en el ser humano.

VI.- Las investigaciones sobre la contracepción o anticoncepción, como las relacionadas con la creación de anticuerpos modificadores de la zona pelucida del óvulo, la contracepción de origen inmunológico, la contracepción masculina o la originada con implantes hormonales de acción continuada y duradera.

VII.- Las investigaciones sobre los fenómenos de histocompatibilidad o inmunitarios, y los de rechazo entre el esperma y /o los óvulos fecundados y el medio vaginal, el cuello o la mucosa uterina.

VIII.- Las investigaciones de la acción hormonal sobre los procesos de gametogénesis y sobre el desarrollo embriológico.

IX.- Las investigaciones sobre el origen del cáncer y, en especial, sobre el corioepitelioma.

X.- Las investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias, tales como las cromosopatías, las metabolopatías, las enfermedades infecciosas o las inducidas por agentes externos, en especial las de mayor gravedad.

Artículo 34.- Se prohíbe la experimentación en preembriones en el útero o en las Trompas de Falopio.

Artículo 35.- Se permite la investigación y la experimentación de los preembriones muertos o no viables en los siguientes casos:

I.- Los embriones abortados serán considerados muertos o no viables, en ningún caso deberán ser transferidos de nuevo al útero y podrán ser objeto de investigación y experimentación en los términos de esta Ley.

II.- Se permite la utilización de embriones humanos no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos, previamente conocidos y autorizados.

III.- Se autoriza la utilización de embriones muertos con fines científicos, diagnósticos o terapéuticos.

CAPÍTULO CUARTO

DE LOS DONADORES Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 36.- Las células sexuales humanas donadas para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, por ese sólo hecho, dejarán de pertenecer al que las donó, perdiendo el donante cualquier derecho de reclamarlas.

Artículo 37.- En ningún caso el donante tendría el derecho de reclamar la paternidad o maternidad según sea el caso, del hijo o los hijos que se conciban producto de su donación.

Artículo 38.- La donación de células sexuales humanas se regirá por las siguientes reglas:

I.-La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Instituto autorizado.

II.- La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Instituto receptor.

III.- La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

IV.- El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el Instituto autorizado. Antes de la formalización, el donante habrá de ser informado de los fines y consecuencias del acto.

V.- La donación será anónima para los padres receptores, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos.

VI.- Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, 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 del donante.

VII.- El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de goce y ejercicio. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles.

VIII.- El Instituto adoptará las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos.

IX.- Las disposiciones de este artículo serán de aplicación en los supuestos de entrega de células reproductoras del cónyuge, cuando la utilización de los gametos sobrantes tenga lugar para fecundación de persona distinta de la cónyuge.

Artículo 39.- La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud

fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

Artículo 40.- Para ser madre subrogada o sustituta, habrá de contarse con la mayoría de edad y con una buena salud tanto física como psíquica. La cuál se acreditará con los exámenes y documentación que sea requerida por el Instituto que realizará la Técnica de Reproducción Asistida.

Artículo 41.- La mujer que pretenda gestar al producto de la concepción, para entregarlo a una pareja, una vez nacido éste, deberá ser soltera y permanecer así por lo menos hasta después del momento en que se realice la transferencia.

CAPÍTULO QUINTO

DE LOS REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Artículo 42.- Tendrá capacidad para que le realice las Técnicas de Reproducción Asistida, cualquier persona mayor de edad que se haya comprobado que es estéril. Además deberá de comprobar que ha agotado todos las demás técnicas terapéuticas para procrear sin tener un resultado exitoso.

Artículo 43.- Los usuarios de las Técnicas de Reproducción Asistida se sujetarán a las siguientes reglas:

I.- Todo matrimonio podrá ser receptor o usuario de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que hayan prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito.

II.- El matrimonio que desee utilizar éstas técnicas de reproducción asistida deberá ser informado de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada.

III.- El estado civil de la pareja deberá de acreditarse con el acta de matrimonio ante el Instituto que realice la Técnica de Reproducción Asistida y este a su vez éste deberá de contar con un departamento legal que confirme la autenticidad de toda la información que aporten los cónyuges.

Artículo 44.- No podrá aplicarse ninguna técnica de reproducción asistida a parejas del mismo sexo.

CAPÍTULO SEXTO

DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR ALGUNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Artículo 45.- Todo niño nacido bajo las Técnicas de Reproducción Asistida será considerado hijo de la pareja estéril que manifestó expresamente y por escrito su voluntad de ser padres y ni los padres ni los hijos, podrán intentar en ningún momento alguna acción de desconocimiento o pérdida de la filiación, maternidad o paternidad.

Artículo 46.- Las madres subrogadas o sustitutas no tendrán ningún derecho ni obligación derivados de la filiación, lo anterior se fundará en la manifestación por escrito expresada en el contrato de técnicas de reproducción asistida que será firmado por las partes contratantes,

manifestación que expresará su voluntad de no reconocer al niño nacido como resultado de la aplicación de estas técnicas, una vez que nazca éste.

Artículo 47.- El artículo que antecede también se aplicará a los donadores de material genético.

Artículo 48.- Las mujeres que presten su cuerpo para la procreación, deberán de ser ajenas a las pareja, en ningún caso se permitirá que exista algún grado de parentesco entre ésta y la pareja.

Artículo 49.- En los casos de maternidad subrogada no se establecerá ningún vínculo filial entre las partes que intervengan en ella. Las mujeres que presten su cuerpo para la procreación no podrán reclamar la maternidad del niño nacido. Esta manifestación se hará por escrito ante el Instituto que practique la Técnica de Reproducción Asistida

Artículo 50.- El niño nacido como resultado de estas técnicas será considerado y registrado como hijo de ambos cónyuges, que manifestaron en contrato por escrito su voluntad de ser padres.

Artículo 51.- Ninguna mujer podrá practicarse cualquier método de reproducción asistida sin el consentimiento expreso y por escrito de su cónyuge, de ocurrir lo anterior el médico que la practique y la mujer que viole esta prohibición serán sancionados hasta con cinco años de prisión.

En éste caso el cónyuge no podrá ser obligado contra su voluntad a reconocer al niño como su hijo y contará como pruebas a su favor:

I. Con el desconocimiento de la autorización que se haya registrado como suya para realizar tal procedimiento.

II. Con todas las pruebas de biológicas y genéticas que estén a su alcance, los gastos correrán a cargo del cónyuge que viole esta prohibición.

Artículo 52.- Si por cualquier circunstancia como resultado de la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, el niño padeciera de alguna enfermedad sea curable o incurable, el niño será considerado hijo de la pareja que manifestó su voluntad de tener al hijo, y por ningún motivo, tendrán los padres facultad para desconocerlo. La mujer que presta su cuerpo para la procreación no tendrá ninguna responsabilidad, siempre y cuando haya actuado conforme a los cuidados prenatales previamente indicados por el médico tratante.

Artículo 53.- Si dictado el divorcio o decretada por el Juez la separación de los cónyuges, una mujer por medio de alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida, se embaraza y pretende imputar el hijo a su ex cónyuge, éste contará con los medios de prueba biológicos y genéticos que estén a su alcance.

Artículo 54.- Los hijos nacidos como resultado de las técnicas de reproducción asistida serán tratados exactamente igual que los nacidos por concepción natural y gozarán de todos los derechos que de la filiación se desprenden, como llevar el apellido de los padres, derechos hereditarios, alimentos y educación. Estos se regirán por la legislación civil que le sea aplicable.

CAPÍTULO SÉPTIMO

DE LOS CONTRATOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Artículo 55.- Todos los sujetos que intervengan en los contratos de reproducción asistida están obligados a cumplir y respetar éstos, para su cumplimiento se estará a lo dispuesto en el contrato respectivo; y en su defecto las controversias serán resueltas de acuerdo a la legislación civil aplicable.

Artículo 56.- Siempre que una pareja estéril requiera de la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, antes de la aplicación del procedimiento deberá realizarse un contrato donde se exprese la voluntad de ser padres. Dicho contrato será inscrito ante el Instituto de Técnicas de Reproducción Asistida.

Artículo 57.- Dentro del mismo contrato se determinarán los riesgos naturales que puede correr el producto de nacer con deficiencia o cualquier otro tipo de enfermedad, ya sea curable o incurable.

Artículo 58.- El mismo contrato a que se hace referencia será firmado por todas las partes que intervengan, es decir, por el médico y en caso de maternidad subrogada por la mujer que aporte su cuerpo y por el representante del banco de semen y por la pareja interesada.

Artículo 59.- En casos de maternidad subrogada la mujer que aporte su cuerpo conocerá el contenido del contrato y expresará su voluntad de entregar al niño una vez que nazca, limitándose solamente a ser la portadora del producto.

Artículo 60.- Para la firma del contrato de reproducción asistida deberán existir los siguientes requisitos:

I.- Certificado de tratamiento de esterilidad o infertilidad de la pareja sin resultados positivos. Debidamente firmado por médico tratante.

II.- Certificado de esterilidad o infertilidad según sea el caso, expedido por el Instituto con respaldo de la certificación hecha por el médico tratante.

III. Certificado de estudio psicológico y físico a la pareja, y a la mujer que prestará su cuerpo para la concepción según sea el caso.

IV.- Certificado expedido por el banco de semen de salud psíquica y física del donador de células sexuales humanas respetando el anonimato del mismo.

Artículo 61.- Los certificados de referencia se anexarán al contrato de reproducción asistida.

CAPÍTULO OCTAVO

DEL INSTITUTO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Artículo 62.- Se creará el Instituto de Técnicas de Reproducción Asistida, con carácter permanente, que contará con un registro federal de donantes de gametos con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de anonimato, un Archivo de contratos sobre técnicas de Reproducción asistida y que contará con las funciones y competencias que se le confieran y que serán reguladas por su propio Reglamento Interior. El Instituto se apoyará en todo momento de los Bancos de células sexuales humanas.

Artículo 63.- El Instituto de Técnicas de Reproducción Asistida, dependerá de la Secretaría de Salud.

Artículo 64.- El Instituto de Técnicas Reproducción Asistida tendrá oficinas de representación en todo la República Mexicana.

Artículo 65.- Las funciones del Instituto de Técnicas de Reproducción Asistida serán las siguientes:

I.- Conservar todos los contratos que se realicen en toda la República con motivo de la práctica de cualquier técnica de reproducción asistida, contando con una base de datos disponible para cualquier Juzgado que requiera de información.

II.- Contar con una base de datos actualizada, que contenga toda la información de los donadores de células sexuales humanas de esta manera cada persona no podrá efectuar más de cinco donaciones en el transcurso de su vida.

III.- Determinar en base a estudios las zonas donde se puedan distribuir las cinco donaciones de cada individuo.

Artículo 66.- La información de donadores existentes y el registro de nuevos, presentados por los bancos de células sexuales humanas, deberá contar con todos los estudios necesarios para considerarlos candidatos a donadores, respetándose la confidencialidad.

Artículo 67.- Los médicos con cédula profesional debidamente registrada, en cualquier momento podrán solicitar a los bancos de células sexuales humanas las que necesiten para llevar a cabo cualquier práctica de reproducción asistida.

Artículo 68.- Los particulares no podrán tener acceso a la información de los bancos de células sexuales humanas para rastrear al donar ni por ninguna otra circunstancia.

Artículo 69.- Los órganos jurisdiccionales locales y federales, tendrán acceso a cualquier tipo de información que maneje el Instituto de Técnicas de Reproducción Asistida cuando en los casos en que el juzgador requiera de allegarse de información para resolver.

Artículo 70.- El Instituto de Técnicas de Reproducción Asistida extenderá copia certificada del contrato de reproducción Asistida misma que se entregará a los padres legales una vez que se realice el nacimiento con la copia de referencia los padres podrán acudir ante el Juez del Registro Civil y registrar al niño como su hijo. El registro civil conservará dicha copia.

CAPÍTULO NOVENO

DE LAS SANCIONES Y DELITOS

Artículo 71.- Por ningún motivo se permitirán experimentos en que se pretenda llevar el proceso de gestación completo dentro de una probeta.

Artículo 72.- Quedan prohibida la clonación en cualquier caso.

Artículo 73.- Queda prohibida la existencia de agencias que ofrezcan los servicios de madres subrogadas de carácter lucrativo.

Artículo 74.- Al que por cualquier motivo viole el anonimato de un donador se le aplicará una pena privativa de la libertad que va desde los tres a los seis años de prisión.

Artículo 75.- La violación a cualquiera de los artículos que esta ley establece será sancionada de la siguiente manera:

I.- Cualquier persona que viole los preceptos por esta Ley establecidos será sancionada con una pena de dos a ocho años de prisión dependiendo de la magnitud de su falta.

II.- Si la persona que viola los preceptos anteriormente citados fuera un médico titulado la sanción se agravará en un tanto más que la pena que correspondería para el que no lo fuere.

Las penas que se indican con anterioridad se aplicarán con independencia de las que se indican para cada conducta en especial.

CONCLUSIONES

1. Las Técnicas de Reproducción Asistida representan actualmente un recurso importante para la procreación de un hijo. Éstas se han convertido dentro de la sociedad en una práctica común que debe ser regulada.
2. Las Técnicas de Reproducción Asistida han traído como consecuencia la modificación a los conceptos de familia, herencia y filiación. En cuanto al concepto que se tenía con anterioridad, toda vez que por ejemplo actualmente también la maternidad puede ser presumible.
3. Las Técnicas de Reproducción Asistida deben ser último recurso para concepción de un hijo.
4. La adopción debe ser una opción a tomar considerablemente por el cual una pareja pueda tener la oportunidad de educar a un Hijo.
5. El Estado a través de sus organismos y ordenamientos debe de garantizar la integridad de los menores nacidos por estas Técnicas de Reproducción Asistida, así como fomentar la cultura de la adopción.
6. El Estado debe de invertir mucho más en investigación a la solución de problemas de infertilidad y esterilidad en el ser humano.
7. Las Técnicas de Reproducción Asistida deben de ser regulas de manera tal que todos los agentes participantes se acojan al ordenamiento jurídico, para evitar la corrupción en estos procedimientos.
8. Las Técnicas de Reproducción Asistida deben ser métodos seguros y eficaces en donde es de primordial importancia la integridad de los agentes que participan, pero principalmente la integridad del nacido por éstas.
9. A nivel internacional encontramos que los países de Europa cuentan desde hace tiempo ya, con una legislación específica al tema, que les ha permitido continuar con sus investigaciones y al mismo tiempo controlar la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida.

10. En América Latina encontramos que la legislación aún es insipiente.
11. América Latina se ha preocupado en las pocas legislaciones existentes en la materia, por conservar la figura de la familia.
12. En México encontramos que no existe legislación específica sobre la materia, únicamente algunos artículos incluidos en los Códigos Civiles, que no subsanan el vacío jurídico existente sobre la normatividad de estas prácticas.
13. Las mujeres que prestan su cuerpo para la procreación o maternidad subrogada quebrantan violentamente la idea que se tenía tradicionalmente de la maternidad, ya que con el empleo de mujeres que aporten su vientre para llevar un producto que no será considerado su hijo, sino de otra mujer, ahora la mujer que de a luz no será siempre la madre legal.
14. La investigación y experimentación que se realice en los embriones y preembriones resultado de estas técnicas, debe ser su tratamiento debidamente legislado, para que no se incurra en delitos y discusiones bioéticas.
15. Los hijos nacidos por alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida deben gozar de todos los derechos que como hijo legítimo tienen; como cualquier otro hijo concebido de forma natural.
16. Para determinar la filiación de los niños concebidos por estas técnicas deberá atenderse a la libre expresión de la voluntad de ser padre.
17. Los nuevos contratos que se realicen por la práctica de alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida, deben de ser plenamente reconocidos.
18. La Autoridad competente para conocer de las controversias que se presenten por la práctica de algunas de las Técnicas de Reproducción Asistida, debe ser un Juez de lo familiar.

19. La legislación que rija estas prácticas propongo sea a nivel federal a través de una legislación especial, o en su defecto que se incluyan artículos relativos en los códigos civiles de cada Entidad Federativa.
20. Los beneficios que se obtendrían de la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida consisten en que se daría certeza jurídica a todas las partes involucradas, principalmente al hijo nacido de estas técnicas. Además de que el Estado contaría con un control sobre ellas, para su mejor manejo.
21. La propuesta de Ley que se presenta es únicamente un ensayo legislativo, que tiene como finalidad proponer un marco normativo para la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país. Mismo que está a consideración a través de esta tesis profesional.

BIBLIOGRAFÍA

1. BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las obligaciones*. Ed. Porrúa, México, 2000.
2. BOSSERT GUSTAVO A. Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina 2001.
3. CHAVEZ ASECIO, Manuel F. *La familia en el derecho, derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*. Ed. Porrúa, México, 1999.
4. CHINOY, Eli. *La Sociedad, una introducción a la sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
5. Decreto de la regulación de la Reproducción Asistida Número 24029-S. Publicado en la Gaceta número 45 del 3 de Marzo de 1995.
6. DE COULANGES, Fustel. *La Ciudad Antigua*. Ed. Porrúa Sepan Cuantos México, 1996.
7. DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 26 ed., Ed. Porrúa, México, 1998.
8. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*. 15ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997.
9. GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 51ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

10. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 5ª ed., Ed. Porrúa 2001.
11. GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. *Inseminación Artificial y Fecundación in vitro Humanas*. Ed. Universidad Veracruzana, México, 2001.
12. HERRERA CAMPOS, Ramón. *La inseminación artificial*. Universidad de Granada, España, 1991.
13. HURTADO OLIVER, Xavier. *El derecho a la vida ¿Y la Muerte?*. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.
14. LEMUS GARCÍA, Raúl. *Derecho Romano*. Ed. Limusa, México, 1980.
15. LÓPEZ RIVERA, Gisela A. *Nuevo Estatuto de Filiación y los Nuevos Derechos Esenciales*. Ed. Jurídica Cono Sur Ltda, Santiago de Chile, 2001.
16. MARTÍN CABREJAS, Berta María, MARTÍNEZ LAMELA, Ester. *Anticonceptivos, Inseminación e infertilidad*. Ed. Edimat libros, Madrid, España, 2003.
17. RODRÍGUEZ PINTO, Mario. *Anatomía Fisiología e Higiene*. Ed. Progreso, México 1984.
18. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Com. de der. Civil. *Introducción personas y familia*. Ed. Porrúa, México, 1993.
19. SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier. *El objeto y la causa del acto jurídico*. Ed. Jurídica Conosur, Santiago de Chile Chile, 2000.
20. SANCHEZ MEDAL, Ramón. *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*. Ed. Porrúa, México, 1991.

21. SAPENA, Josefina. *Fecundación Artificial y Derecho*. Ed. Intercontinental, Asunción, Paraguay, 1998.
22. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y Delito; La Fecundación Artificial y la experimentación genética ante el derecho*. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990. Prol. Zannoni Eduardo.
23. VILLE A., Claude, *Biología*. Ed. Mc. Graw-Hill, México 1988.
24. ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil*. 2ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1989.

DICCIONARIOS CONSULTADOS

25. Diccionario enciclopédico folio, Ed. Ediciones Folio S.A., Barcelona España.
26. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Ed. Espasa Calpe, Madrid España, 1986.
27. Diccionario de Uso del Español de América Vox Larousse, p. 453.
28. Diccionario Educativo Juvenil Ed. Larousse, S.A. de C.V. México, 2003.
29. Gran diccionario enciclopédico ilustrado, Ed. Readers Digest, México, D.F., 1986.

ORDENAMIENTOS CONSULTADOS

30. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa México 2006.
31. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 2006.
32. Código Civil Federal. Editorial Sista. México 2006.
33. Ley General de Salud. Editorial Sista. México 2006.
34. Código Civil para el Estado de Tabasco. Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación actualización 2006.
35. Ley Española sobre técnicas de reproducción asistida. Ley publicada en la página de la Internet www.allatmedica.com, año 2006.
36. REAL DECRETO 412/1996, de 1 de Marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del registro nacional de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana. Decreto Español publicado en la página de la Internet www.allatmedica.com, año 2005.
37. LEY 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Ley publicada en la página de la Internet www.allatmedica.com, año 2005.
38. Autorización Judicial de Técnicas de Reproducción-Jurisprudencia Argentina, Sala I de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires Argentina 3 de diciembre de 1999.

PÁGINAS DE LA INTERNET CONSULTADAS

39. www.allatmedica.com, 20 de octubre de 2005.
40. www.biblioservices.com, 26 de febrero de 2006.
41. www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/otras/diccjur/dic, 5 de marzo de 2006.
42. comunidad.uvlex.com, 25 de enero de 2006.
43. www.constitucion.org, 20 de enero de 2006.
44. ww.economist.com, 31 de enero de 2006.
45. monografias.com, 18 de febrero de 2006.
46. www.nietoeditores.com.mx, 22 de diciembre de 2005.
47. www.notariapublica.com.mx/diccionario.html, 4 de marzo de 2006.
48. observatoriodelosderechoshumanos.org, 12 de enero de 2006.
49. www.redetel.gov.ar, 10 de enero de 2006.
50. www.robertovega.com, 8 de diciembre de 2005.
51. www.scjn.gob.mx, 5 de marzo de 2006.

HEMEROGRAFÍA

52. Revista Padres e hijos, artículo “La ciencia contra la infertilidad”, año XXVI, Número 3, marzo 2005, mensual.