

197
203



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES ACATLAN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LA NECESIDAD DE UNA REGULACION JURIDICA PARA
LOS NUEVOS METODOS DE CONCEPCION ARTIFICIAL
EN MEXICO.

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

LAURA MONTES BRACCHINI

ASESOR:

MA. MAGDALENA HERNANDEZ VALENCIA



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1994



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

**Dios mio, gracias por cuanto
me has dado sin merecerlo.**

**Al que con su ejemplo . . .
por tu apoyo y tu cariño en los
momentos mas aciagos de mi vida,
gracias Papá.**

**A mi madre;
con todo mi respeto, cariño y
admiración eternos, sin quien
este logro hubiera carecido
de sentido en mi vida. . . .
por haberme enseñado que nada
en la vida es fácil; hay que
luchar por lo que queremos**

**A Peque y Beti;
por los momentos importantes
que hemos compartido en
nuestras vidas; cariñosamente.**

**A Enrique;
lo mejor que podría desearle a la
gente que más quiero en este mundo
es que encuentren a alguien como tú,
porque todo lo que pudiera decir
resultaría en vano, gracias por tu
comprensión, apoyo y amor. . . .
no se te olvide.**

**A la Lic. Ma. Magdalena Hernández Valencia;
a la asesora. . . a la maestra. . .
a la amiga.**

**Al Dr. Hector Hugo Bustos López;
agradeciéndole; profundamente su
asesoramiento y dirección en la
parte médica de esta tesis, sin
los cuales hubiera sido imposible
su culminación.**

**A todos mis profesores;
agradeciendo sus luces y
dirección**

**Al alma mater, a quien más me dió
desinteresadamente y con quien
asumo en este momento, una deuda
vitalicia, a mi querida Universidad
Nacional Autónoma de México,
E.N.E.P. Acatlan.**

INDICE

Página

CAPITULO I

Antecedentes.....	4
1.1 La Familia.....	4

CAPITULO II

Regulación Jurídica de los Métodos de Fertilización Asistida en el Derecho Anglosajón.....	8
2.1 Descripción de los Métodos de Fertilización Asistida implementados en los Estados Unidos de América.....	8
2.1.1 Fertilización in Vitro.....	11
2.1.2 Donación de Ovulo.....	13
2.1.3 Donación de Espermias.....	15
2.1.4 Adopción de Embrión.....	16
2.1.5 Inseminación Artificial.....	21
2.1.6 Útero Subrogado.....	28
2.1.7 Transferencia Intratubaria de Gametos.....	32
2.2 Regulación Jurídica.....	33

CAPITULO III

Métodos de concepción utilizados en México y su problemática jurídica.....	47
3.1. Métodos empleados en México.....	48
3.2. Regulación jurídica actual y su problemática.....	48

CAPITULO IV

Proyecto de contrato para la regulación jurídica de los métodos de concepción artificial en México.....	60
4.1. El contrato como fuente de obligaciones.....	60
4.2. Diferencias específicas entre convenio y contrato.....	62
4.3. Proyecto de contrato para los métodos de concepción artificial.....	62
4.3.1. Clasificación del contrato.....	63
4.3.2. Denominación del contrato y de las partes.....	66
4.3.3. Elementos de existencia.....	68
4.3.4. Elementos de validez.....	70
4.3.5. Autonomía de la voluntad.....	73
4.4. Obligaciones y derechos de las partes.....	74
4.4.1. Obligaciones y derechos de la madre natural.....	74
4.4.2. Obligaciones del esposo de la madre natural.....	77
4.4.3. Obligaciones del padre natural.....	77
4.4.4. Obligaciones de la esposa infertil.....	78

4.5. Consecuencias del contrato.....	79
4.5.1. Filiación.....	79
4.5.2. Patria potestad.....	81
4.5.3. Adopción.....	82
4.6. La necesidad de registrar las prácticas tendientes a la concepción artificial.....	84
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFIA.....	94

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1.1 LA FAMILIA

Desde el momento de la creación, nos encontramos con la necesidad inherente al hombre, de no estar solo. El hombre se siente triste en el edén. Dios le ha puesto a sus pies toda la creación, todo el poder sobre las cosas y los seres vivos, pero Dios no encuentra que entre todas esas criaturas exista la que puede hacer compañía a Adán, por lo que crea a un ser semejante al hombre, el cual fué creado a imagen y semejanza de Dios:

"... Y de la costilla aquella que había sacado a Adán, formó el Señor Dios una mujer : la cual puso delante de Adán... Por cuya causa dejará el hombre a su padre, y a su madre, y estará unido a su mujer: y los dos vendrán a ser una sola carne". (1)

Hombre y mujer fueron creados para hacerse compañía el uno al otro, para ayudarse y complementarse mutuamente y por ende, para multiplicarse y tener descendencia. Esto no significa que la familia se integró únicamente por un conglomerado de personas unidas por nexos biológicos, sino también por nexos mucho más fuertes, tales como los sociales, ideológicos, culturales, etc. de no ser así, no podríamos entender cómo es que llegó a conformarse la familia en organismos sociales cada vez más grandes y complejos que formaron la sociedad.

Es importante que analicemos a la Familia desde su doble punto de vista, es decir desde su ámbito individual y social.

La Familia dentro de su propia individualidad encierra una serie de reglas, derechos y obligaciones recíprocas que son impuestas por sus propios miembros por medio de sus diferentes formas ideológicas, culturales y de comportamiento, sin embargo la Familia también debe ser estudiada desde su punto de vista social en cuanto a que preocupa al Estado su adecuada integración y desarrollo, siendo deber del mismo su protección mediante la creación de una legislación adecuada que busque su completo bienestar.

La formación de la Familia no surgió espontáneamente sino debido al deseo irrefrenable del hombre de lograr la trascendencia de sus ideas, pensamientos y objetivos por medio de su descendencia, sin embargo el hombre vió coartada su búsqueda cuando se dió cuenta que ésta no era posible en todos los casos. No todos los seres humanos fueron aptos para la reproducción e intentó por todos los medios dar solución a esta frustración convertida en nuestros días en una de las principales causas de infelicidad en el hombre, por eso recurrió a la Ciencia.

La Ciencia ha avanzado a pasos agigantados, haciendo de sólo una aspiración, toda una realidad compuesta de una amplia gama de métodos de concepción artificial con porcentajes de eficacia

sorprendentes en nuestros días, los cuales han permitido el nacimiento de más de 30,000 bebés en todo el mundo mediante la utilización de los mismos.

Hace apenas una década y media, según datos arrojados en el Congreso Mundial de Fertilización in Vitro y Alternativas a la Reproducción Asistida, que tuvo lugar en Israel en 1989 (2) las opciones para lograr el nacimiento de un hijo por métodos artificiales eran escasos, lo que nos da una idea de la rapidez con la que el hombre ha ido descubriendo nuevas formas para atacar el problema de la esterilidad.

Sin embargo, ahí no termina el problema, como seres sociales que somos no podemos dejar a un lado la necesidad que tenemos de una adecuada reglamentación para cada uno de estos métodos. Hay que tomar en cuenta que entre los intereses envueltos en la práctica de estos procedimientos, se encuentra uno muy especial: el producto de la concepción, sin dejar atrás los desesperados deseos de dos seres humanos que tratarán a toda costa de lograr la dicha de tener un hijo de su propia carne, o siendo esto último imposible, mediante cualquier otro método de concepción artificial.

Sabemos de antemano que el tema de la concepción artificial que aún en la actualidad continúa, debido a las diferentes ideologías y falta de información, siendo un tabú en nuestro país, es difícil de abordar por la diversidad de opiniones que existen en torno a él, sin embargo, creemos que la evolución es un factor indispensable para el desarrollo de nuestras instituciones, y la Familia como tal, no puede escapar a las transformaciones que la vida moderna nos va exigiendo, por lo que consideramos necesaria la creación de una nueva conceptualización de las figuras jurídicas que han permanecido inamovibles en nuestro Derecho tales como parentesco, maternidad, paternidad, etc. mismas que será necesario adecuar a la utilización no solo de las formas de procreación que se están implementando con tanto éxito en nuestro país, al igual que en todo el mundo, sino también para futuros descubrimientos dentro de este ámbito, de manera que nuestro Derecho se vaya adecuando de la manera más rápida posible a nuestra realidad.

Es importante que no se pierdan de vista en ningún momento los valores que encierra la formación de la familia; estamos inmersos en un mundo de descubrimientos nuevos que desvía nuestra atención hacia un mundo fantástico que nos bombardea con información nueva cada día, pero no debemos olvidar los factores éticos y sociales que deben prevalecer en primer plano para la consecución por parte de muchas parejas del milagro de la procreación.

Nuestra Sociedad no puede permitir que se atente contra ella rompiendo bruscamente las formas y modelos sociales establecidos, que finalmente han sido sus configuradores, sin embargo tampoco tiene el derecho de coartar la libertad expresamente contenida en nuestra Carta Magna de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos que cada pareja quiera tener, siendo éstos traídos al mundo por cualquier método que la pareja haya decidido conveniente para su caso particular, esto es, natural o artificialmente con la ayuda de la medicina.

Actualmente un porcentaje de 10 a 15 parejas de cada 100 no consiguen engendrar un hijo en el término normal en que lo podrían hacer parejas "sanas" (infertilidad) y de ellas un 5% jamás lograrán tener hijos por el método natural (esterilidad), esto puede obedecer a diversos factores como lo son la edad avanzada, enfermedades sexuales, determinados medicamentos, drogas, alcohol, etc.

En nuestro país muy pocas de estas parejas alcanzarán la dicha de ser padres ya que no hay que olvidar el factor económico que influirá en la práctica de estos métodos de fertilización; citando un ejemplo, según declaraciones del gobierno australiano, país considerado pionero en la utilización de estas técnicas, se estima que la fertilización in vitro es aproximadamente 45 veces más costosa que un parto natural.

Una vez expuestas algunas de las problemáticas que trae consigo el descubrimiento de nuevos adelantos científicos en materia de procreación, procederemos a hacer un somero análisis de cómo es que se llevan a cabo los métodos practicados en los Estados Unidos, considerando a nuestros vecinos del norte uno de los países más adelantados en lo que a estas técnicas se refiere, su reglamentación jurídica, así como los métodos acogidos actualmente por la Medicina en México de manera que podamos llegar al tema de lo que es esta tesis, es decir la búsqueda de una adecuada reglamentación para ellos.

(1) BIBLIA SAGRADA ; GENESIS 2:22 y 24

(2) "NUEVAS FORMAS DE NACER", Revista MUY INTERESANTE , No. 3, AÑO IX,
México, p.16.

CAPITULO II

REGULACION JURIDICA DE LOS METODOS DE FERTILIZACION ASISTIDA EN EL DERECHO ANGLOSAJON

2.1 DESCRIPCION DE LOS METODOS DE FERTILIZACION ASISTIDA IMPLEMENTADOS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

La historia de la metodos de fertilización asistida, a los que nos referiremos en este capítulo, incia con modelos poco sofisticados en nuestros días, como lo es la inseminación artificial hasta llegar a la inclusion al ambito médico de patrones tan innovadores como lo es la clonacion (copias al carbón).

Estos adelantos científicos nacen debido a la demanda constante de parejas imposibilitadas para traer al mundo a sus propios hijos por diversas causas como lo son la infertilidad, la esterilidad, enfermedades congénitas, etc. y que desgraciadamente repercuten en su relacion diaria acarreado la frustraciones, impactos psicológicos, en fin, una serie de trastornos que llegan a traducirse en el principal móvil de la ciencia para intentar mitigar éstos males intentando brindar a ellos nuevas opciones que les permitan lograr sus intereses y objetivos en común.

La práctica médica, con respecto a la fertilización asistida, debe estar conformada por diversos aspectos, como son: la alta tecnología, una adecuada regulación legal, principios éticos, responsabilidad profesional y decisiones propias de la moral individual.

Los métodos de fertilización asistida, son algo realmente novedoso y a la vez escalofriante para quienes jamás pensaron que la medicina llegaría a niveles tan avanzados irrumpiendo en modelos tan fuertemente resguardados como lo es la familia en cuanto a las implicaciones que su desarrollo traen a la misma, es por ello que intentando unificar estas practicas, resguardando valores tan supremos para la sociedad es que diversos países donde se practican diferentes técnicas reproductivas y en los que no existe un Sistema Nacional de Salud, han procurado la creación de una regulación jurídica especial para la práctica de las diferentes técnicas reproductivas desarrolladas hoy día con grandes tasas de éxito por todo el mundo.

En los Estados Unidos no existe un mecanismo central por parte del Gobierno para regular dicha práctica, es por eso que existen actualmente en ese país un sinúmero de clínicas de "fertilidad" privadas que han creado su propia reglamentación interna para el adecuado y eficaz desarrollo de sus técnicas

reproductivas aplicadas, y en un intento por unificar dichas prácticas, se crea la "American Fertility Society" (Sociedad Americana de Fertilidad), organismo de carácter privado que haciendo las veces de una especie de recopilación doctrinaria, trata de reglamentar el desarrollo de las prácticas reproductivas en los Estados Unidos.

En el campo legal nos encontramos con que en los Estados Unidos, se ha legislado muy poco en relación a lo anterior, notamos más que nada que han tenido que adecuarse leyes diversas, no creadas para el caso en particular; dichas leyes relativas a la adopción o a la investigación fetal, fuertemente relacionadas con las técnicas de reproducción artificial modernas, pueden ser clasificadas en cuatro categorías a saber:

1. Leyes y reglamentos aplicables a las técnicas reproductivas en su etapa de investigación.
2. Leyes y reglamentos aplicables a la responsabilidad médica en el momento de su actuación.
3. Las relacionadas con las parejas, que determinan las relaciones familiares futuras entre la pareja, el niño (s) y en su caso, una tercera persona, v.gr. el donador.
4. Las relacionadas con el pago a donadores.

En los Estados Unidos, actualmente son practicados los más diversos e innovadores métodos de fertilización artificial y es de hacer notar que la práctica de éstos en ese país, ha cosechado grandes frutos reflejados en las estadísticas de parejas estériles que han logrado, gracias a ellos, la dicha de ser padres y de disfrutar plenamente, en algunos casos, la etapa de gestación de un hijo propio.

Estados Unidos ha sido uno de los países que últimamente se ha preocupado más por establecer estrictos controles para la práctica de estos métodos. Tenemos como antecedente de ello el pronunciamiento hecho ante el Congreso de aquel país por el Senador Albert Gore, proponiendo la creación de un centro de información de donadores que, alimentado periódicamente, hiciera posible por un lado el anonimato de éstos y por el otro que los niños nacidos por medio de donadores, tuvieran acceso al mismo para conocer la historia tanto médica como genética de su padre biológico. Asimismo, propuso que los médicos que llevaran a cabo dichas prácticas, trabajaran conjuntamente con agencias gubernamentales que permitieran unificar la calidad de los estándares de los métodos practicados. (1)

Los Estados Unidos, siendo uno de los países que mas avanzados se encuentran en la práctica de éstas técnicas con índices altísimos de mujeres que acuden a especialistas para lograr la fertilización debido a su imposibilidad para ello debido a causas diversas, como son: trastornos físicos, desórdenes psicológicos, uso desmesurado y prolongado de anticonceptivos, amor por la vida profesional más que por la maternidad en edad fértil, etc., se enfrenta en nuestros días frente al reto de encontrar la fórmula legal mas adecuada para la decuada reglamentación general para éstos nuevos hallazgos.

Las estadísticas arrojaron en una encuesta hecha a 1558 médicos en el año de 1988, que 1,100 de ellos aplican la inseminación artificial por lo menos ocasionalmente, estos procedimientos son practicados principalmente por obstetras y ginecólogos. Alrededor de 172,000 mujeres en los Estados Unidos, se sometieron a la inseminación artificial en el año de 1987, de las que resultaron 65,000 nacimientos.

Contra la decepción de una pareja incapacitada para la concepción nos encontramos con la existencia en la actualidad de doce diferentes esperanzas de vida resultantes de la combinación con

donadores tanto paternos como maternos, madres incubadoras, etc.. La ciencia avanza en este ámbito a pasos agigantados y el derecho como tal no puede perder la carrera quedando exclusivamente al margen de dichas innovaciones como simple espectador, ni aún incluso hacer una adecuación de modelos ya conceptualizados a estas demandas, sino transformarse tan rápido como lo exija el cambio en la vida del hombre de manera que instituciones tan perdurables e importantes a través de la historia como en este caso, la familia, no sufran un severo atentado contra su organización ni eventual desarrollo.

A continuación analizaremos someramente cada una de las formas de concepción artificial practicadas en los Estados Unidos de América:

2.1.1 FERTILIZACION IN VITRO

Se tiene conocimiento de que la primera vez que se trajo un niño al mundo, por medio de la fertilización in vitro, fué el 15 de julio de 1978 en Inglaterra.

La esterilidad hace tan sólo década y media fué considerada como un karma que se manifestaba en el hombre o en la mujer incapaces para la procreación, sin embargo actualmente se ha tratado de dar un cambio radical a este concepto. La pareja se une con diferentes propósitos entre los que indudablemente se encuentra el de la procreación, sin embargo existen otros como la comunidad de espíritus, la ayuda mutua, el apoyo, la comprensión, etc. es por eso que atinadamente, desde nuestro punto de vista, los médicos han optado por denominar a la "pareja" incapaz para procrear como "estériles", provenga esta incapacidad indistintamente de cualquiera de sus miembros: no es posible que uno de los miembros de una pareja en una circunstancia adversa a sus proyectos cree un conflicto psicológico sintiendo la culpabilidad de no poder dar a su compañero (a) un hijo.

La esterilidad puede ser de dos tipos: psicológica y orgánico-funcional.

La esterilidad psicológica, proviene de los tabúes, restricciones y falsas concepciones que se tienen acerca de la relación en pareja, muchas veces originada por la propia familia, motivada por el círculo social en el que se desenvuelven. Esto es lo que más frecuente ocasiona la imposibilidad aparente en la pareja para tener hijos.

Este tipo de esterilidad siempre ha sido considerada la más sencilla de "curar", se trata en estos casos de ayudar a la pareja a quitar las tensiones que le impiden llevar una vida de satisfacción mutua para que de esta manera se logre a corto y mediano plazo la concepción de la pareja por medios naturales, siempre y cuando junto con ésta no se presente la esterilidad orgánico-funcional.

Por otro lado, este tipo de esterilidad (orgánico-funcional) se ha tratado con diferentes modalidades médicas así como por medio de métodos artificiales de reproducción asistida, que son los que nos ocupan en esta tesis.

Una vez superado el problema de enfocar a cuál de las causas descritas se debe la esterilidad de una pareja, se puede proceder a la etapa médica, esto es, a la aplicación del tratamiento, donde indudablemente jugará un papel muy importante la ética del médico practicante, en cuanto concierne a la decisión y práctica del mismo, esto se tratará posteriormente en un apartado especial.

Podemos señalar como las fases constitutivas de la práctica de método de Fertilización in Vitro las siguientes:

1. Selección de la pareja.
2. Estimulación del desarrollo de más de un folículo durante el período de ovulación.
3. Captura ovular.
4. Fertilización.
5. Cultivo embrionario.

6. Transferencia del embrión.

Durante el periodo de ovulación, se suministran a la mujer diversos medicamentos con el propósito de obtener más de un óvulo que el desarrollado normalmente en un mes durante el ciclo normal. Esto es porque los médicos consideran que hay muchas más probabilidades de lograr un embarazo si es fertilizado y transferido más de un óvulo al útero materno durante el tratamiento.

El tiempo es un elemento fundamental para la práctica de este método. El médico debe saber no únicamente qué es lo que está ocurriendo durante la ovulación de su paciente, sino incluso qué es lo que va a suceder durante todo el proceso, esto se logra con la ayuda de un transductor que vigila de cerca lo que sucede con los ovarios de la mujer por medio del ultrasonido.

Con la interpretación de los resultados arrojados por estos medios así como con el análisis de exámenes de sangre, una vez evaluados, el médico determina el mejor momento para la captura ovular, lo cual es determinado por distintos factores hormonales. Cuando éstos están casi maduros, cosa que ocurre alrededor de un día y medio después de la ovulación, el médico procede a aplicar una inyección a la paciente con el propósito de controlar la ovulación en el momento en que ésta se presenta, que generalmente sucede 36 horas después de la aplicación.

La recolección de los óvulos es llevada a cabo generalmente por dos métodos:

El método de la "aspiración" consiste en insertar una aguja conectada a un transductor de ultrasonido vaginal con el fin de recolectarlos, removiéndolos de ese lugar por medio de la aspiración. Este método requiere necesariamente de sedación.

La laparoscopia, otro método utilizado, requiere de anestesia general. El laparoscopio es un tubo largo y delgado, parecido a un telescopio insertado a través de una pequeña incisión hecha por debajo o en el ombligo de la mujer, mirando a través de este instrumento, el cirujano conduce la aguja hasta la pared abdominal en el ovario, es entonces cuando tanto éste como el líquido folicular son aspirados.

La madurez del ovulo es la que va a indicar al médico cuando es que el espermatozoide será introducido en él, esto podrá llevarse a cabo en el mismo instante de la extracción del óvulo, después de algunas horas o hasta el día siguiente.

Una vez maduro el óvulo, el hombre emite la muestra por medio de la masturbación. Los espermatozoides son separados de la plasma seminal en un proceso denominado en los Estados Unidos como "washing the sperm" (lavado de espermias).

Posteriormente los espermatozoides son mezclados con una solución acuosa en un tubo de ensayo, este compuesto, se centrifuga a muy alta velocidad lo que va a permitir que un número determinado de espermias considerados como los más móviles durante el ciclo sea utilizado para la fecundación de cada uno de los óvulos en refractarios independientes, éstos últimos serán colocados en una incubadora a una temperatura controlada semejante a la del humano.

Toma alrededor de 18 horas más completar el ciclo de la fertilización, después de este lapso y si es que se logró la fertilización del óvulo, éste se dividirá en varias partes hasta llegar a formar de 2 a 4

células y éste será el momento en que se encontrarán listos para ser ubicados en el útero de la mujer, procedimiento denominado como transferencia de embriones.

La fertilización in vitro, ha sido fuertemente criticada por la opinión pública, aduciendo que no es ético el separar a la unión sexual de la procreación, ya que el producto que así se ha obtenido jamás llegará a ser fruto del amor sino de una situación química y biológica.

Se tienen falsas concepciones acerca de la Fertilización in Vitro en cuanto se refiere a la creencia de que los productos de ésta nacen frecuentemente con malformaciones genéticas, sin embargo en estudios realizados en Estados Unidos se ha observado y publicado en su momento por la Sociedad Americana de Fertilidad, que las probabilidades de éxito son más que las de fracaso, tanto para la pareja como para el producto e incluso se ha dicho que son éstas muy aproximadas a las obtenidas por métodos de concepción natural. (2)

El método que acabamos de describir para la Fertilización In Vitro, nos hace pensar en lo obvio, que los gametos utilizados en el mismo, sean necesariamente los de la pareja a efecto de que el producto efectivamente sea hijo tanto genético como legal de ambos, sin embargo pensemos que el hombre o la mujer estén imposibilitados para que los espermatozoides de aquel o el óvulo de esta participen activamente en el procedimiento óptimo de ésta técnica.

Reiteramos nuevamente que la medicina debido a sus sorprendentes adelantos científicos ya ha pensado en resolver situaciones tan descorazonadoras como éstas recurriendo a la utilización de donadores tanto de semen como de óvulos que permitan su utilización para posteriormente mediante la implantación del embrión en el útero de quien será finalmente la madre del producto permitan a la pareja la realización de sus objetivos que persiguen al acudir a especialistas para la práctica del método que mas se ajuste a sus necesidades.

A continuación hablaremos de como se han ido desarrollando éste tipo de donaciones en los Estados Unidos de América y la aceptación que se ha otorgado a las mismas: "La donación es normalmente vista como un acto de caridad, como el hacer un regalo, regalar amor, donar un órgano, o regalar vida. La donación de un gameto a una pareja infértil puede también ser un acto de generosidad". (3)

2.1.2. DONACION DE OVULO

Como ya mencionamos, la posibilidad de concebir mediante la utilización de un óvulo proveniente de una donadora, ha permitido que parejas donde la mujer no se encuentra apta para producir sus propios óvulos para la fecundación o bien, cuando éstos sufren de algún mal genético, puedan finalmente criar a un hijo propio.

La viabilidad en el uso de un óvulo proveniente de una donadora, fué demostrada en el año de 1983, mediante experimentos realizados en primates y posteriormente en el año de 1984 utilizando ya la práctica en humanos; es a partir de entonces que han sido establecidos por todo el mundo, una serie de programas, aún insuficientes, tendientes a la regulación de éstas prácticas.

Actualmente no se sabe a ciencia cierta cuantas mujeres han sido donatarias de óvulos en los Estados Unidos, aunque se piensa que ha sido un número considerable de ellas.

Existen pocos riesgos para la donante al momento de la captura ovular para posteriormente ser éstos utilizados en la práctica e la Fertilización in Vitro, mencionaremos algunos de ellos:

1. El procedimiento de captura ovular puede implicar complicaciones principalmente en la aplicación de la anestesia, mismas que son minimizadas mediante la aplicación de una anestesia local aunadas estas molestias a las propias de la captura ovular.

2. No existe propiamente un riesgo físico en los casos en los que la donadora produce más óvulo de lo normal con el propósito de elevar las probabilidades de éxito en la técnica de Fertilización in Vitro.

En cuanto a los riesgos de la donataria del óvulo, encontramos únicamente el relativo al factor edad, que propiamente podría impedir el eventual éxito del alumbramiento, sin embargo éste no está propiamente relacionado con la utilización de un óvulo donado.

A causa de lo anterior es recomendable que las pacientes que acudan para la práctica de éstos métodos, en su carácter tanto de donantes como de donatarias, no tengan una edad evanzada, toda vez que ésto implica en la mayoría de los casos grandes complicaciones físicas e incluso psicológicas para la pareja al encontrarse padres de un bebé recién nacido a los sesenta años de edad, sin embargo es necesario comentar que ésto no se observa en todos los casos, se han revisado protocolos en los Estados Unidos que arrojan que las mujeres en edad avanzada pueden llegar a quedar embarazadas mediante la adopción de un óvulo seguida de la transferencia de embriones.

En aquel país, muy pocas clínicas (5%), aceptan como receptoras de óvulos a mujeres con una edad mayor a los 40 años, debido a que se piensa que tienen un útero que ya no responde satisfactoriamente a la implantación.

Sin embargo existen otros estudios que han arrojado estadísticas contrarias a lo anterior. Haremos referencia a uno en particular donde se trabajo con un protocolo compuesto por 9 mujeres y aprobado por el consejo institucional de examinación del centro médico de California (4), todas ellas en un rango e edad de 50 a 59 años, a quienes les fueron donados en forma anónima óvulos de mujeres de clase media trabajadoras, mediante el pago de la cantidad de 2,000 dólares por cada aspiración de óvulo, y de lo que resultó lo siguiente:

Nueve mujeres resultaron embarazadas a través de la aplicación de este método, de ellas una perdió casi inmediatamente al bebé, de las ocho restantes, a las siete semanas una abortó espontáneamente. Logrando las siete restantes el nacimiento de su hijo, de las cuales cuatro nunca habían concebido anteriormente, mientras que las otras dos eran abuelas.

Este estudio arrojó como conclusión que existe la posibilidad de que algunas mujeres aún después de haber pasado la menopausia, conserven condiciones adecuadas en su útero para la implantación y transferencia de embriones precedidas por la donación de un óvulo.

La donación de un óvulo ha sido muy controvertida socialmente, sin embargo creemos que mientras sean aplicadas en su práctica normas éticas que encierren el valor y respeto a la vida esta ayuda será aceptable como una buena solución para conseguir la fecundación en la pareja.

2.1.3 DONACION DE ESPERMAS

Uno de los principales fines de los métodos de Fertilización in Vitro y transferencia Intratubaria de Gametos, ha sido el tratamiento de la infertilidad masculina. Con el uso de técnicas tendientes a la separación de espermias y el contacto de éstos con el óvulo en un ambiente "in vitro", el potencial de fertilización de hombres que padecen oligospermia (eyacuación insuficiente de espermatozoides, menos de 20 millones por centímetro cúbico) se ha incrementado notablemente.

Debido a lo anterior, cada día más parejas donde el marido es infértil, están decidiéndose por someterse a un programa de fertilización in vitro para intentar lograr el embarazo y el eventual nacimiento de un hijo propio.

El donador de espermias debe reunir ciertos requisitos sine qua non es imposible aceptar su muestra, ya que podría llegar a poner en peligro la salud tanto de la parte receptora como la del producto v.gr. aparición de enfermedades transmisibles. Muchas veces son las clínicas las que previo un estudio sociológico, psicológico y médico hecho a los donadores deciden qué personas son aptas para este tipo de donación.

Existen dos situaciones bajo las que es recomendable la intervención de un donador de espermias para conseguir la fecundación, la primera es cuando la mujer tiene un factor de infertilidad que hace necesaria la aplicación de la fertilización in vitro, sin embargo su marido también es infértil; la otra situación haría necesaria la utilización de un donador de semen cuando el marido tenga una notable disparidad en la producción natural de espermias, o sea portador de una enfermedad genética o bien por una completa falla gonadal.

La utilización de esta donación ha sido recomendada por especialistas sobre todo en las parejas donde la mujer es capaz de procrear pero la capacidad fertilizante del hombre es incierta.

No es conveniente el utilizar el auxilio de un donador de espermia durante la etapa inicial de la Fertilización in Vitro y solo será necesario cuando los intentos de fertilización con semen del marido hayan fallado y sobre todo cuando el consentimiento de la pareja para someterse a esa práctica es otorgado por escrito al médico practicante antes de iniciar el tratamiento de fertilización in vitro.

También puede darse el caso de que la pareja (ninguno de los dos) pueda llevar acabo con sus propios gametos la Fertilización in Vitro, para lo cual también puede haber una solución, la implantación de un embrión donado por otra pareja a la pareja estéril:

2.1.4. ADOPCION DE EMBRION

En el presente apartado, expondremos tres de las diferentes posibilidades practicadas en los Estados Unidos para la adopción de embriones.

El embrión obtenido mediante el método de la fertilización in vitro y después utilizado para su donación a parejas estériles, por definición no tiene ningún lazo genético que una a las partes entre sí.

Aunque casi no existe en la actualidad información acerca de este procedimiento llevado a cabo en seres humanos, se considera que este debería llevarse para contrarrestar la gran magnitud de demandas para la adopción de niños.

La adopción de embrión aplicaría en aquellas parejas donde la mujer requiriera para procrear de la donación de un óvulo y el hombre, de la donación de espermias. Sería en su caso, aceptable la donación de embriones por una mujer que habiéndose sometido a la fertilización in vitro haya obtenido como resultado más embriones de los que se consideran médicamente convenientes implantar en su útero para lograr el fin deseado, y siempre que no sea el propósito de ésta, el congelamiento de los embriones no utilizados para darles un uso posterior.

También sería aceptable esta donación en el caso de muerte o enfermedad incurable de la madre a quien se intentaba implantar el embrión originariamente.

Por otro lado, el donador no corre ningún peligro adicional en el proceso de donación del embrión al que puede llegar a sufrir durante su propio tratamiento de infertilidad; asimismo, no corren tampoco ningún peligro considerable las demás partes implicadas en el procedimiento, incluido el producto el cual se encuentra protegido al máximo contra defectos genéticos, con la ayuda de una pantalla genética del óvulo y espermias de los donadores.

En esta técnica sin embargo, si encontramos un riesgo especial relacionado con la incompatibilidad inmunológica de la madre y el embrión, al igual que podría esta presentarse en la

donación tanto de espermias como de óvulo, de cualquier manera y a pesar de que esto continúa siendo un peligro latente para los investigadores de la materia, la experimentación con animales ha arrojado que no es factible la aparición de consecuencias inmunológicas aparentes.

Aún no ha sido del todo aceptado este método por la opinión pública debido a que se considera que no es del todo ético que una pareja utilice gametos de terceras personas para engendrar un hijo que conservarán ellos mismos y al que sin embargo, como ya dijimos anteriormente, no se encuentran unidos genéticamente.

Esta extraña relación existente entre las partes se asemeja mucho a la adopción, con la diferencia de que esta última se establece con un niño ya nacido, es decir, la principal diferencia entre éstas es el tiempo de ejecución, mientras la adopción de embrión se realiza con la intención de establecer una relación de paternidad permanente entre una esperanza de vida y una pareja estéril, la adopción se realiza entre un niño nacido y una pareja no forzosamente estéril.

Otra diferencia la encontramos en el fin que persigue cada una de ellas: la adopción es aceptada como una solución para una situación desafortunada para cualquiera de las partes, v.gr. un niño huérfano que necesita de padres que lo crien. En el caso de la adopción de embriones, ésta permite a la pareja el disfrutar de un embarazo normal dentro del término de los nueve meses y particularmente hace posible la ilusión de una madre de cargar en su propio útero a un hijo, lo que la permite acercarse lo más posible a una situación normal de una pareja sin problema alguno de infertilidad.

Al igual que en la donación de espermias y óvulos, la Sociedad Americana de Fertilidad, considera que la donadora de embriones no debe recibir pago alguno por sus servicios, ya que esto significaría un comercio de vida, lo que no excluye el pago de riesgos, tiempo y gastos que origine el desarrollo de la técnica.

Existe otro tipo de donación de embriones donde el embrión obtenido por medio de un donador, es transferido a una mujer infértil, haciendo las veces de una donación prenatal, en este caso, la donadora deberá abstenerse del coito por lo menos 5 días antes de la ovulación espontánea. Ella será inseminada artificialmente con el semen del marido de la pareja estéril en el tiempo previsto para la ovulación. En el caso de que el marido padezca de azoospermia, será necesaria también la participación de un donador de semen para llevar a cabo la fecundación.

Aproximadamente 5 ó 6 días después de la inseminación el embrión se lavará con ayuda de un catéter introducido en la cavidad uterina sin necesidad de anestesia. Este lavado se repetirá diariamente durante varios días o hasta que el embrión sea localizado, hecho esto será transferido de la donadora a la receptora. Es necesario para esto que la ovulación de ambas sea sincrónica, ya que de no ser así tendrá que optarse por el almacenamiento del embrión hasta el momento propicio para su transferencia.

Esta técnica ha sido escasamente utilizada en humanos. Los primeros informes obtenidos acerca de una práctica quirúrgica con recuperación de un óvulo humano infértil fué en el año de 1972, la primera vez que fué recuperado un óvulo humano deliberadamente fertilizado fué reportado en el año de 1980, y el primer embrión recuperado con su implantación en una receptora infértil fué reportada en el año de 1983. El primer nacimiento del que se tiene conocimiento fué reportado en el año de 1984.

Al igual que el procedimiento anterior, éste es recomendable para las mujeres que no pueden producir sus propios óvulos sea esto resultado de alguna enfermedad o malformación congénita, y sobre todo será recomendado a las parejas que hayan fallado sus intentos de procreación habiendo recurrido ya a la fertilización in vitro o inseminación artificial o incluso a las personas que quieran procrear sin correr el riesgo de transmitir alguna enfermedad genética al producto.

Los riesgos que se pueden correr bajo este tipo de donación son los siguientes:

1. Posible transmisión de enfermedades por parte de la donante al producto.
2. Aparición de alguna infección uterina ya sea a la donadora o a la receptora producida por el lavado de los embriones.
3. La eventual decisión de la donante de no desprenderse del embrión una vez concebido el producto, lo que acarrearía un largo juicio en el que de ser el marido quien fertilizó el óvulo de la donante tendrá que someterse a los exámenes necesarios para comprobar esto y así demandar la custodia del niño una vez nacido a la donante.

Debido a la escasa práctica de este método en parejas infértiles es que no se ha podido hacer a la fecha un estudio a fondo que arroje datos específicos sobre la aplicación, riesgos y estadísticas tanto de éxito como de fracaso en quienes se interesen en probarlo, por lo que se ha recomendado que las parejas que se sometan a éste, lo hagan bajo la más estricta vigilancia de un especialista que en todo momento informe a la pareja sobre el desarrollo y riesgos del mismo.

Desde los inicios de la práctica de la fertilización in vitro, la meta de médicos e investigadores fué la de que mediante esta técnica se pudiese elevar el número de embarazos exitosos en parejas infértiles. Recientemente se ha comprobado que la utilización de más de un embrión con el propósito de su implantación en el útero de la mujer infértil, eleva las probabilidades de que se logre un embarazo normal, sin embargo no hay que olvidar que también el uso de un número desmedido de embriones puede traer consigo el riesgo de un embarazo múltiple.

La primera indicación médica propuesta para el congelamiento de embriones lo es cuando el número excesivo de éstos hace riesgoso un embarazo múltiple en la mujer, el número adecuado de embriones a implantarse será estimado por el médico practicante, según el caso particular de cada mujer y la facilidad que tenga ésta para el embarazo.

La segunda indicación gira en torno a la consideración siguiente: si se guarda una determinada cantidad de embriones éstos podrán utilizarse en remplazo de los que fracasen en el mismo momento de la ovulación espontánea.

La tercera consideración se refiere a que el almacenamiento de un número considerable de embriones puede reducir los ciclos necesarios para el éxito del tratamiento, ya que una vez descongelados éstos, una simple transferencia es todo lo que se necesita para producir el embarazo, además de que el almacenamiento de embriones deja abierta la posibilidad de la donación a otra pareja estéril.

El mantener a los embriones en congelación también permite el análisis de los mismos para saber si son perfectamente normales o encierran alguna deformación o problema genético, dando oportunidad a realizar estas investigaciones con todo cuidado para posteriormente ser descongelados e implantados en la receptora, lo que impide el trauma psicológico sufrido por la madre cuando es enterada de alguna anomalía genética en el embrión después de haberle sido implantado éste.

Ya hemos hablado de los principales beneficios que trae consigo la utilización de este método, ahora procederemos a hablar de todas las desventajas y riesgos que trae consigo el mismo.

El principal de todos ellos, es el daño derivado de su almacenamiento, esto es, se tienen reportes actualmente de que sólo alrededor del 50% y el 60% de los embriones se encuentran en perfectas condiciones después de haber pasado por el proceso congelación-descongelación, se dice que el almacenamiento de los embriones no es precisamente la causa principal de la pérdida de su viabilidad, pudiendo estar ésta relacionada con la que tuvo el embrión en un sistema de fertilización in vitro.

Otro riesgo importante en la práctica de este método, lo es la aparición de deformaciones al momento de nacer causadas por el congelamiento de los embriones. Otra reserva que se tiene acerca de esto, es el temor a cometer errores durante el proceso a que son sometidos los embriones, de lo que resulta la pérdida de éstos, la solución para evitarlo radica en el diseño de programas tendientes a realizar este procedimiento con un mínimo de margen de error.

Legalmente nos encontramos con una situación muy delicada:

Manipulación de la vida que se encuentra suspendida en el momento de la congelación, situación que debe ser analizada y legislada en su momento tanto por el derecho civil como por el penal principalmente.

No se ha llegado a conocer hasta qué punto puede afectar al embrión el ser congelado y descongelado después para su uso, hasta la fecha ha sido escaso el número de niños nacidos bajo este método, es por esto que no se ha escrito mucho sobre el tema en publicaciones médicas.

A las parejas que deciden optar por este tipo de técnicas para lograr la procreación, se les ha exigido en los Estados Unidos la manifestación de su consentimiento por escrito, para el cual el médico expondrá claramente los riesgos de lesiones causadas por el almacenamiento a los embriones. Hay que destacar que el almacenamiento de los embriones durará solamente el tiempo que dure el ciclo reproductivo de la donadora del óvulo o mientras se cumpla el objetivo para el que fueron almacenados los embriones.

Se dejará a elección de la pareja el manejo que se deberá dar a los embriones no utilizados por ellos mismos, ya que éstos podrán darse a una pareja infértil o utilizarse en la investigación o simplemente ser "descartados del ciclo". En el caso de una pérdida prematura de funciones reproductivas por parte de la donadora, ya sea por medio de la cirugía o daño en los ovarios, se tendrá que ampliar el término para el almacenamiento de acuerdo a las circunstancias individuales de cada persona.

La Sociedad Americana de Fertilidad en su afán por tratar de unificar la práctica de estos métodos, así como tratar de establecer directrices tendientes a guiar al legislador por el camino tan confuso que muchas veces nos presenta el médico, ha propuesto las siguientes formalidades tendientes a respetar sobre todo la decisión de la pareja que opta por este método así como también la protección del producto de la concepción de la siguiente forma:

Es necesario que se tomen medidas necesarias para cualquier eventualidad imprevista, pudiendo ser ésta la muerte o divorcio de la pareja donante de los gametos. En este caso los proveedores de gametos podrán decidir antes que nadie la suerte que habrán de correr los embriones almacenados, de acuerdo a los límites previamente fijados por la política institucional o por la aplicación de la ley.

De esta forma, faculta la ley a la pareja para que de común acuerdo decidan si sus embriones almacenados deben ser congelados o transferidos, congelados y no transferidos, donados para implantación, donados a una institución o programa de investigación o para usos diversos, transferidos a otro centro, o cualquier otra disposición que deseen tomar en relación a éstos.

Con el propósito de evitar disputas y facilitar la decisión de la pareja en la utilización de los embriones, es necesario que el programa de almacenamiento de embriones ofrezca la oportunidad de que una vez llevado a cabo el almacenamiento de éstos, se establezcan ciertas disposiciones aplicables en el caso de que ocurra alguna contingencia.

Dichas directrices especificarán los caminos a tomar para la disposición de los embriones en el caso de que la pareja muera, se divorcie o simplemente surja la existencia de un conflicto de intereses comunes, o por el transcurso excesivo del tiempo de almacenamiento, o cualquier otra contingencia que pudiera llegar a ocurrir. Estas opciones deberán tomar en cuenta las disposiciones legales aplicables incluyendo la de nombrar un representante común (alguno de los miembros de la pareja), quien se encargará del ejercicio de la decisión de la misma.

Estas disposiciones deberán operar en el momento en que la eventualidad que dé nacimiento a éstas ocurra, asimismo se facultará a la pareja a cambiar las disposiciones optadas por ambos antes de que ocurra la eventualidad prevista. (5)

Cada uno de estos programas formulados por las parejas, deberán ser asesorados por el médico, quien explicará a éstos los alcances y consecuencias legales de su decisión. Es indispensable que se otorgue el tiempo necesario a la pareja, así como la información conveniente para que no se sientan en ninguna forma coaccionados al tomar la resolución que más les convenga.

Como ya dijimos anteriormente, es difícil aventurarse a hablar más sobre el tema, ya que aún no se tiene la certeza de cuál debiera ser su adecuado funcionamiento en el campo médico, por lo que consideramos ésta una vasta explicación acerca de lo conocido del tema y en general de todos los procedimientos expuestos anteriormente, los que sin duda alguna seguirán desarrollándose más día a día, otorgando nuevas esperanzas de vida a simples aspiraciones de procreación.

2.1.5 INSEMINACION ARTIFICIAL

El maestro Gutiérrez y González la define como "el encuentro del espermatozoide y el óvulo en el genital adecuado de la mujer, sin contacto carnal, y con el empleo de medios mecánicos". (6)

La inseminación artificial puede ser clasificada de diferentes maneras a saber:

- a) Según la fuente de donde se obtenga el eyaculado:
 - 1. Homóloga o del esposo.
 - 2. Heteróloga o del donador.
 - 3. Mixta o combinación del eyaculado del esposo y del donador.

- b) Según el estado de la muestra:
 - 1. Con semen fresco.
 - 2. Con semen conservado mediante congelación.
 - 3. Con semen capacitado.

- c) Según el sito de la inseminación:
 - 1. Intravaginal.
 - 2. Intracervical.
 - 3. Intrauterina.
 - 4. Peritoneal.

Antes de iniciada la técnica, se debe informar a la pareja las posibilidades de éxito del tratamiento, que en la actualidad constituyen alrededor de un 70% en inseminación con semen fresco de donador (utilizado para la práctica de la inseminación artificial heteróloga) y aproximadamente del 30% la efectuada con semen del esposo.

En parejas completamente fértiles entre el 30% y el 75% se embaraza a los seis meses de tener relaciones sexuales sin ningún tipo de protección anticonceptiva, por lo que el programa de inseminación como mínimo deberá durar 6 meses.

Si después de concluido este término, la pareja no ha logrado concebir, se recomienda una nueva evaluación de la pareja para evitar los obstáculos que impiden el embarazo.

Creemos conveniente también que a la pareja se le tenga al tanto de las posibles complicaciones que pueda acarrear la práctica de este método, aunque desgraciadamente la costumbre ha optado por evitar la información referida a este aspecto, incluso son muy pocas las publicaciones que incluyen estos datos, creemos que el menor daño posible que se pueda causar psicológicamente a la pareja que acude a ponerse en manos de un especialista para lograr la concepción siempre será un deber de carácter ético de quien aplique la técnica e incluso ésta será la manera de evitar posteriores implicaciones legales por falta de veracidad en la información proporcionada a la pareja sobre eventuales problemas durante el desarrollo del ciclo.

Entre las complicaciones psicológicas que más pueden llegar a afectar a la pareja se señalan con mayor frecuencia la tensión y ansiedad en la mujer, capaz de interferir con la ovulación; esto se reduce notablemente mediante una información adecuada y la actitud profesional del médico.

Una vez logrado el embarazo, las complicaciones que pueden presentarse son las mismas que en un embarazo normal, destacan: abortos, malformaciones congénitas, problemas emocionales e incluso legales.

Respecto a los problemas legales, éstos siempre deben tenerse en cuenta, especialmente en casos de parejas inestables o en la cual muchas veces llega a convertirse en una batalla campal donde los contendientes: marido y mujer por un lado y donador o madre incubadora por el otro, tratan de quitarse cualquier responsabilidad que se pudiera tener con un ser que lejos de aceptarlo en ese momento como su hijo llega a verse como una criatura extraña, ajena completamente a las aspiraciones de la pareja.

Mencionaremos a continuación algunos de las indicaciones más relevantes en la utilización de la inseminación artificial homóloga:

- a) Imposibilidad para depositar el eyaculado en la vagina:
 - 1. Impotencia.
 - 2. Obesidad excesiva.
 - 3. Defectos anatómicos vaginales.
- b) Problemas en la progresión espermática.
- c) Imposibilidad del hombre para proporcionar un eyaculado adecuado.
- d) Selección del sexo del producto.
- e) Eyaculado con espermias de baja movilidad.

Básicamente se puede clasificar en el rango de sencillo el desarrollo de esta técnica, debido a que no trae consigo ningún problema serio.

Una vez obtenido el semen, por medio de la masturbación, puede conservarse algunos días a temperaturas que oscilan entre los 4.4 y 10 grados centígrados, mezclados con un buffer, el objetivo es que asemeje en lo posible al medio natural del espermatozoide, o bien puede hacerse la inseminación con el semen natural, sin preparación. Más adelante profundizaremos en este doble aspecto.

Dependiendo del problema particular, el semen se deposita en el fondo del saco vaginal, en el canal cervical o en la cavidad uterina. La inseminación debe hacerse en el momento adecuado en relación con la ovulación.

En cuanto a la inseminación heteróloga, es decir, la practicada con semen de un donador, trae consigo situaciones muy diferentes desde el momento en que encontramos la aparición de un sujeto diferente y extraño durante la etapa de la concepción.

Este tipo de inseminación se utiliza generalmente cuando el marido carece de células reproductoras, padecimiento llamado oligospermia, que da como resultado la absoluta esterilidad en el hombre o en su caso una azoospermia avanzada.

La inseminación heteróloga es recomendable cuando el marido padece y puede transmitir un mal hereditario o congénito a través de sus células reproductoras o en su caso cuando exista incompatibilidad con el Rh de la mujer que permita el desarrollo de un embarazo normal.

Es necesario resaltar en este momento un aspecto que resulta importante conocer, dado a que están proliferando con notable rapidez en la actualidad, en la práctica de la inseminación artificial tanto homóloga como heteróloga: los bancos de semen.

La técnica de la inseminación artificial utilizada con semen depositado en bancos por donadores representa casi el 50% de las inseminaciones que han sido llevadas a cabo en los Estados Unidos.

La criopreservación del semen ha hecho posible que enfermos incurables o con padecimientos infecto-contagiosos o incluso hombres que son sometidos a la vasectomía o quimioterapia logren asegurar con un riesgo mínimo su paternidad, algunas veces incluso hasta después de su propia muerte.

Actualmente se sabe de la existencia en los Estados Unidos, de alrededor de once grandes bancos comerciales de espermias y por lo menos quince pequeños. Asimismo existe una amplia gama de posibilidades para el almacenamiento de esperma en consultorios médicos particulares.

En varias ciudades de Europa, principalmente en Francia, se han creado bancos centralizados que han permitido el mejoramiento en las condiciones de registro y control de donadores.

La técnica de la inseminación artificial con esperma congelado cobró credibilidad en el año de 1953, cuando se demostró que el esperma congelado y posteriormente descongelado podía ser usado en la inseminación artificial con productos absolutamente normales.

A partir de entonces, los bancos de semen se ubicaron en diferentes universidades hasta el año de 1970, cuando se establecieron bancos privados que se dedicaron principalmente a congelar y almacenar espermias antes de la práctica de la vasectomía.

Los diferentes tipos de práctica de la inseminación artificial, esto es vaginal, intracervical e intrauterina, han sido llevados a cabo con semen tanto fresco como congelado, con tasas de éxito que varían entre el 20 y el 70%.

Generalmente en los Estados Unidos es recomendada la criopreservación en los casos en que el paciente desea tener hijos en el futuro y sin embargo existe más del 30% de probabilidades de que viéndose afectado de un mal pueda vivir por lo menos durante un término mínimo de dos años o cuando dentro de un periodo de dos años corre el peligro de quedar infértil por cualquier motivo.

La selección de donadores cuando esto es necesario debido a la imposibilidad del marido para la procreación, debe ser muy cuidadosa, se debe procurar que el coeficiente intelectual y las características físicas sean las más adecuadas. En la mayor parte de los programas se utilizan estudiantes universitarios

con fertilidad demostrada. Las características físicas deben ser acordes con las del esposo: obviamente deben ser descartadas las enfermedades genéticas y venéreas. Durante la selección deben ser tomadas en cuenta todas las medidas para lograr el máximo de privacidad y evitar que el donador sepa quien es la inseminada y viceversa.

La utilización del semen que ha sido congelado previamente antes de su uso, trae consigo grandes ventajas, sin embargo no podemos olvidar las desventajas que eventualmente también podría acarrear esto; a continuación señalaremos unas y otras para que nos demos una idea global de lo exitosa que puede llegar a resultar la práctica de este método.

Entre las principales ventajas encontramos las siguientes:

1. En centros que dispongan de facilidades necesarias, se puede dar servicio a grandes núcleos de población por correo, sin importar la distancia a la que se encuentren.
2. Evita la presencia del donador al área médica dando una mayor privacidad al procedimiento.

Las desventajas que trae consigo el procedimiento las hemos resumido en tres que consideramos son las más relevantes:

1. Las tasas de embarazo son menores que las logradas con semen fresco, ya que a pesar de la intensa investigación que se ha hecho al respecto, no se ha encontrado un mecanismo ideal que permita la congelación y descongelación del semen almacenado, por lo que los resultados obtenidos con éste son menores que con semen fresco.
2. Tampoco se ha descubierto un método lo suficientemente ideal para la criopreservación y esto hace con frecuencia que se cause daño cromosómico a los espermatozoides. Por otro lado, errores humanos pueden causar problemas como son la pérdida de muestras, identificación equivocada de las mismas, muerte de los espermatozoides, etc.
3. El almacenamiento de esperma puede causar problemas tanto éticos como jurídicos, incluyendo la disposición que se haga de la muestra de una persona que muera. En los Estados Unidos buscando una solución a este posible problema, se ha sugerido que una vez muerto del donador, el material genético de éste pase a manos de la autoridad, quien se hará cargo de la disposición que se haga del mismo.

Es importante que la utilización del semen almacenado en los bancos, sea utilizado de una manera segura y confiable, lo que se logra haciendo que éste sea únicamente manipulado por medio de especialistas que impriman en sus actos un gran sentido ético, ya que esto utilizado con propósitos individualistas alejados completamente del campo de la ciencia y muy cercanos al "azar" puede convertirse en un comercio de vida, tal es el caso de Robert Graham, millonario californiano que se dedicó a recoger y congelar en su propio banco de semen esperma de genios y premios Nobel que él pensaba ocupar para inseminar a mujeres dotadas de un coeficiente intelectual mayor de lo normal para crear niños genios (7), él asegura que puede ser utilizado el semen de un hombre, con resultados óptimos después de haber estado congelado por más de 1,000 años (resulta poco probable ya que está comprobado que el espermatozoide sufre mutaciones genéticas en un periodo tan prolongado de conservación), de manera que piensa él, nacerán dentro de muchas generaciones niños con padres muertos un siglo atrás.

Lo deseable en la utilización de ésta técnica es que el esposo sea quien provea la muestra con la que será inseminada su esposa, a efecto de que efectivamente se vean logrados los propósitos de la pareja al traer a un hijo de ambos genética y jurídicamente hablando, sin embargo, esto no puede verse concretado en todos los casos por distintas causas ya mencionadas con anterioridad que impiden al marido participar en el procedimiento de la inseminación artificial, lo que hace necesaria la aparición de un tercero dentro de la relación: el donador.

Para el desarrollo de la inseminación artificial heteróloga o por medio de una persona diferente al marido, primeramente se va a necesitar de proteger al espermatozoide, previamente recolectado por medio de la masturbación, para reducir al máximo el daño que pudiera llegar a sufrir el mismo, para este efecto es utilizado el glicerol muchas veces combinado con yema de huevo, lo que produce mejores resultados en el proceso de su protección.

En el proceso de congelación se utiliza el vapor de nitrógeno y es vital que la disminución de la temperatura sea paulatina ya que de lo contrario esto puede dañar las delicadas membranas del espermatozoide. Una vez logrado esto se va a disminuir gradualmente la temperatura hasta llegar al rango de los -96 y -196 grados centígrados que es lo recomendado para su almacenamiento, logrando esto a través del uso del nitrógeno líquido.

De hecho se desconoce el tiempo durante el que puede ser conservada una muestra de semen congelada sin que ésta sufra trastornos, sin embargo el periodo más largo durante el cual se ha logrado esto ha sido de diez años "únicamente", habiendo obtenido a partir de esta muestra un embarazo sin efectos secundarios aparentes.

La descongelación devela otro problema ya que el elevar la temperatura súbitamente puede causar un daño irreversible, como dijimos anteriormente aún no se ha encontrado la manera de llevar a cabo este procedimiento de una manera segura y eficaz. Se ha intentado esto con la ayuda de baños de alcohol a diferentes temperaturas o exposición de las muestras al aire o a temperatura ambiental.

Una vez superado esto, el procedimiento será exactamente igual al utilizado para la inseminación artificial homóloga, es decir, se depositarán los espermatozoides más fuertes en la vagina, canal cervical o cavidad uterina según sea el caso en el momento preciso de la ovulación.

El principal problema dentro de esta variante es la participación de un tercero ajeno a la relación marido-mujer que finalmente será uno de los principales particulares en la relación padres-hijo, esto puede llegar a traer serios trastornos psicológicos en la pareja quienes no se llegan a sentir en todo caso unidos por el nacimiento de su bebé, sino mientras uno de ellos se siente padre biológico, el otro se sentirá padre adoptivo.

La inseminación artificial mixta, poco recomendable médicamente hablando consiste en mezclar semen del marido y semen de un donador anónimo.

Combinando semen del marido, quien no es completamente infértil sino que padece de baja motilidad en sus espermias, padecimiento denominado "oligozoospermia", con el semen de un donador anónimo puede llegar a darse la impregnación y fecundación del óvulo con el semen del marido. De este

modo podemos contar con el beneficio de la duda y sólo mediante prueba médica podrá conocerse quien es de los dos el verdadero padre del niño.

En este caso las consecuencias legales son mínimas, ya que como se dijo, el donador siempre será anónimo y por lo tanto el hijo será considerado como de la pareja únicamente.

En los Estados Unidos la aceptación de la inseminación artificial heteróloga deberá constar por escrito y el esposo sobre todo, plasmará la voluntad de que su mujer sea inseminada, lo que hará prueba plena de que el marido será el padre legalmente reconocido y asumirá la custodia y los derechos que le corresponden con respecto al niño. También constará por escrito el consentimiento del médico. Se ha llegado a decir que de no existir este consentimiento del padre por escrito, se interpretaría en todo caso como una infidelidad por parte de la mujer. Hay que tener en cuenta que a partir del otorgamiento de esta aceptación se rompe todo lazo y obligaciones subsecuentes del donador con respecto del concebido.

El status del niño nacido bajo esta forma de concepción lo podemos explicar de la siguiente manera: lo primero que tendremos que analizar es el punto referente a la legitimidad o ilegitimidad de este niño.

A partir del año de 1973, que fué cuando se estableció que tanto el hombre como la mujer manifestaran su deseo de someterse a esta práctica por escrito, es que se determinó que no podía haber la duda sobre la legitimidad del niño concebido por medio de ésta. En los Estados Unidos existe un ordenamiento legal denominado "Uniform Parentage Act", mediante el cual se establece que si bajo la supervisión del médico debidamente autorizado y con el consentimiento previo de los padres una mujer es inseminada por semen de un donador distinto del marido, éste será considerado jurídicamente como si fuera el padre natural del niño concebido.

El médico certificará las firmas plasmadas por los padres manifestando su consentimiento y registrará la fecha en que se llevó a cabo la inseminación. Este documento será archivado en el Departamento de Salubridad en donde se conservará de forma confidencial. (8)

Este ordenamiento (Uniform Parentage Act) ha sido la base de una legislación adoptada en casi todos los Estados de la Unión Americana, dentro de los que se encuentran: Arkansas (1971), Kansas (1974), Texas (1975), Colorado (1978), Alaska, Florida y Nevada (1979), California, Connecticut, Michigan, Minnesota, Oklahoma, Tennessee y Wisconsin (1980).

En el Estado de Oregon se ha tenido gran cuidado en el ordenamiento que regula la protección del menor y las consecuencias que pudiese acarrear el mismo.

Este procedimiento ha traído a la luz infinidad de situaciones jurídicas aún sin solución, muchas parejas han procurado mantener en secreto el hecho de someterse a la práctica de este método para concebir debido a la falta de aceptación por la sociedad, el temor de engendrar un hijo que será quizás señalado socialmente, siendo objeto la pareja de juicios severos por parte de amistades e incluso de familiares, hace que cada vez se tenga más a la sombra el éxito de la inseminación artificial.

Hay que aceptar que es la mejor solución para lograr el nacimiento de un hijo proveniente de una pareja infértil que finalmente en una situación afortunada, podría estar ligada por vínculos de sangre a su hijo.

Éticamente se ha encontrado aceptable este método, ya que a pesar de que existen una gran cantidad de personas con opiniones adversas a la utilización del mismo, se ha seguido llevando a cabo de una manera cada vez más frecuente, por lo que es indispensable una información adecuada en relación a todos sus aspectos tanto médicos como éticos y legales.

Es indispensable que se haga conciencia en quienes utilizan estos métodos que debe rechazarse todo comercio genético que conlleve a la pérdida del valor que encierra la vida misma y se lleven estrictos controles de seguridad más que nada en la utilización de muestras de donador no perdiendo de vista los fines de amor y procreación que se encierran en las técnicas reproductivas por meros trámites científicos y de exploración desprovistos de toda ética y valoración humana.

2.1.6 UTERO SUBROGADO

La fertilización artificial de un óvulo por un espermatozoide se practicó en un primer momento con la intención de implantar el embrión resultado de esta unión en el útero de la mujer productora de ese óvulo. Esta situación tiene su más claro ejemplo en la fertilización in vitro, misma que explicamos en su momento y de la que han resultado varios cientos de nacimientos de bebés médicamente sanos por todo el mundo, y que permite que parejas que padecen problemas de infertilidad puedan procrear sus propios hijos genéticos.

La existencia de un embrión fuera del cuerpo de la mujer que provee el óvulo, trae consigo la posibilidad de que el embrión resultante de la fertilización artificial, pueda ser implantado en el útero de una mujer distinta a la madre y posteriormente, esto es, después del eventual nacimiento del bebé, que éste sea regresado a sus padres genéticos. A la mujer que se encarga de la procreación de un bebé, del cual no es madre genética, se le ha denominado en los Estados Unidos como Madre Gestacional Subrogada, portadora subrogada, gestadora, madre de matriz o madre de placenta. (9)

El uso del término "subrogada" otorgado a aquella mujer que es madre genética y gestadora de un niño, ha sido considerado por la opinión pública como una ficción, ya que se dice que la madre adoptiva es de hecho la subrogada de la madre biológica que otorga a su hijo en adopción. Sin embargo también existe una posición contraria que alude que la madre adoptiva es la que desempeña el papel de madre más tiempo y con mayor intensidad, ya que se encarga de criar al niño en relación a la madre biológica que funge como subrogada de ésta proporcionando el componente genético para la reproducción.

La costumbre ha optado por seguir utilizando en los Estados Unidos, el término "subrogada", a la mujer que es "inseminada artificialmente con el espermatozoide de un hombre diferente a su marido; ella soporta el embarazo y después devuelve el niño resultante al hombre que lo va a criar". (10)

Los estudios demográficos efectuados en relación a las mujeres que se someten a este tipo de procedimientos, arroja que la mayoría de las madres subrogadas que reciben un pago por el desempeño de esta función, se encuentran alrededor de los 25 años. Un poco más de la mitad de estas mujeres se encuentran casadas, una quinta parte divorciadas y alrededor de una cuarta parte son solteras. El 57% de ellas son protestantes y el 42% católicas. Poco más de la mitad son egresadas de la preparatoria y alrededor de una cuarta parte tienen escolaridad mayor a la preparatoria.

En los Estados Unidos se presenta un doble aspecto en cuanto a las madres subrogadas; una madre gestacional subrogada, es aquella que provee los elementos necesarios para el adecuado desarrollo del producto durante el periodo de la gestación, sin tener nada que ver en lo relativo al aspecto genético de la concepción. En contraste, la madre subrogada es la que provee tanto el componente genético como el gestacional. Ambos tipos de subrogadas en aquel país deben aceptar por escrito antes de la concepción del producto, que la pareja con que contratan tendrá la custodia del niño una vez nazca.

En general podemos decir, que básicamente la función de la madre subrogada es la de servir como un sustituto en las tareas de procreación a una mujer con padecimientos o deficiencias en sus órganos reproductivos así como también sirve de sustituto prestando su óvulo así como su matriz para la gestación, al contrario de la madre gestacional subrogada quien únicamente sirve de sustituto contra problemas de funcionamiento para el eventual éxito de la gestación del producto.

La primera vez que en el mundo se supo de un niño nacido de una madre incubadora, nombre que se les da en nuestro país, fue en 1985 en la clínica Monte Sinaí en Cleveland (Utah) y el segundo se registró en Abril de 1986 (Chargot), éste último se llevó a cabo bajo este método toda vez que la madre genética una vez obtenido el embrión por medio de la fertilización in vitro, se sometió a una histerectomía por una lesión en el útero y tuvo que implantarse dicho embrión en una segunda mujer.

El procedimiento bajo el que se lleva a cabo el nacimiento de un bebé por medio de una madre incubadora ha llegado a confundirse, médicamente hablando, con la donación de un embrión ya que el desarrollo de éstos es prácticamente idéntico; sin embargo, en cuanto a derecho se refiere es necesario que esto no se confunda, ya que la intención de las partes al celebrar el contrato es diferente: la pareja donadora del embrión en ningún momento espera que le sea devuelto el eventual producto del mismo, al contrario de la utilización de la madre incubadora, donde la pareja espera que el niño les sea devuelto a los padres genéticos después del nacimiento.

En los Estados Unidos e incluso en todo el mundo, se han suscitado discusiones respecto a la problemática que puede traer consigo la función de una mujer gestacional subrogada, nosotros coincidimos en el hecho de que la existencia de una diversidad de participantes ajenos a la pareja para el nacimiento de un niño, trae consigo complicaciones para la pareja, la madre subrogada y hasta para el producto.

Se considera éticamente impropio pedir a una mujer que se preste para la gestación de un niño que no le pertenece, ya que para ella el aceptar este cargo trae consigo una serie de peligros durante el embarazo y en el momento de dar a luz, sin recibir al final de su ardua tarea, el beneficio indudable que representa el conservar al bebé que cuidó dentro de sí durante nueve meses.

Se considera también inaceptable solicitar lo anterior a una amiga o familiar, ya que esto podría considerarse como coacción debido a los lazos que unen a cualquiera de las anteriores con la madre genética; asimismo una vez nacido el producto, puede llegar a ser incómodo para la familia, sobre todo en su relación matrimonial, el seguir relacionados con la madre subrogada de su hijo.

La pareja puede ser sorprendida por la madre subrogada que en un momento dado y a pesar de haber firmado un contrato donde aceptaba entregar al niño a sus padres genéticos después de su nacimiento, decida finalmente conservar a la criatura para sí.

El producto aún antes de nacido puede ser afectado por esta complicada relación entre sus padres y su madre gestadora, ya que a pesar de que el niño no corre peligro alguno de padecer algún mal genético proveniente de la madre incubadora, ya que ésta no participa con el componente genético, no es posible asegurar que ésta llevará su embarazo con la mayor probidad y cuidado ya que no debemos olvidar que el hijo no es suyo, lo que también puede llegar a causar daño al feto.

El niño, producto de este proceso, puede llegar a desear saber su identidad, relacionada con la madre incubadora, y aún más, si la pareja se sigue viendo relacionada con la incubadora, podría causar graves trastornos psicológicos al niño convivir diariamente con dos madres.

Otro aspecto que preocupa a la sociedad en la práctica de este método lo es la aparición a la escena de "profesionales" que se dedican a establecer un verdadero comercio "conectando" a parejas estériles con mujeres necesitadas de dinero, quienes prestan sus servicios como madres incubadoras con la esperanza de obtener una jugosa suma de dinero a cambio. Asimismo, se ha encontrado completamente contrario a la ética el surgimiento de mujeres que por miedo al embarazo o por vanidad, médicamente sanas optan por contratar con otra mujer mediante una gran suma de dinero la gestación de un hijo propio, lo que poco deja a la imaginación el aspecto de cuál será el cuidado que dará esta madre genética a su hijo cuando le sea entregado por la gestadora.

Jurídicamente se ha sabido de litigios y problemáticas derivadas del uso de madres incubadoras, las que en la mayoría de los casos han sido rechazadas por la sociedad como madres que repudian a un hijo gestado en su propio vientre, incluso que han acarreado problemas internacionales y el surgimiento de leyes protectoras de este tipo de mujeres en diversos Estados de la Comunidad Internacional. Al efecto mencionamos a manera de ejemplo los siguientes casos que por relevantes nos parecen los más demostrativos de las situaciones que planteamos aquí:

Inglaterra 1985, Kim Cotton, madre de familia de dos hijos, decide encargarse de la gestación del bebé de una pareja de norteamericanos, en la que la mujer era infértil. El 4 de Enero de ese año, da a luz a una niña a la que abandona en el hospital quince horas más tarde, lugar donde los padres genéticos recogerían al bebé. En ese momento se lanzó no sólo la prensa, sino la sociedad inglesa entera contra Kim Cotton reprobando completamente su actitud, así como condenando a las mujeres que se prestaran a gestar hijos ajenos y más aún si los padres de éstos eran extranjeros, toda vez que esto podría llegar a convertirse en un imperialismo uterino, dijo Jean Rook, célebre reportero en Londres.

A partir de ese momento el hospital impone a los padres legales de la niña la obligación de recibir una visita por parte del hospital donde se llevó a cabo el alumbramiento para verificar las condiciones en las que se desarrollaría la vida de la pequeña. Dos días después del nacimiento del producto, Norman Fawler, Secretaria de Estado, plantea un proyecto de ley al Parlamento, prohibiendo toda transacción financiera en las maternidades de sustitución. Kim Cotton recibió como pago por la gestación del bebé la cantidad de 6,500 libras esterlinas por parte de los padres de la niña, además de 20,000 libras más por su exclusiva a la revista "Daily Star", dinero que ocuparía para redecorar su casa de 70,000 libras esterlinas en uno de los barrios más caros de Londres. (11)

1985, en París, Domínie, madre incubadora, da a Mireille quien padece de infertilidad, una niña renunciando a cualquier vínculo que pudiera llegar a unirla con el producto, habiendo recibido como pago la cantidad de 10,000 dólares a insistencia de la pareja, ya que ella manifiesta que igual lo habría hecho sin ninguna compensación. (12)

Estos son simplemente algunos de los casos más sonados en cuanto a madres incubadoras se refieren, y el incluirlos en esta tesis no es en ningún modo con el propósito de juzgar conductas diferentes, sino a efecto de que ampliemos nuestro criterio en la problemática y el rechazo social que puede traer como consecuencia la desadaptación y falta de identidad en el producto de una concepción

tan accidentada o bien el lado opuesto, la oportunidad que mediante este método se puede dar a una mujer de ser altruista y hasta en algunos casos desahogar una culpa basada en haber abortado o dado en adopción con anterioridad un hijo propio, culpa de la que la mujer se ve despojada en el momento de ayudar a una madre a disfrutar de su propio hijo genético.

Aunque para ser aceptada legalmente en los Estados Unidos una mujer para fungir como madre incubadora, es indispensable su consentimiento así como el de su marido por escrito para someterse a esta función, así como su aceptación de desligarse del producto en favor de la pareja una vez nacido éste, además de otros requisitos que mencionaremos en su apartado correspondiente, se ha tratado lo más posible que las madres incubadoras no proporcionen ningún componente genético que de vida al producto, ya que de ser así siempre queda la posibilidad de que ésta se sienta ligada al bebé por esos nexos genéticos y más tarde no quiera desprenderse de su hijo.

No hay que olvidar que indudablemente aún sin ser hijo propio de la madre incubadora el que lleva consigo nueve meses, siempre puede llegar a quererlo como si realmente lo fuera; es importante que siempre se trate de mantenerla al margen en cuanto a la fecundación se refiere, para que estos lazos no lleguen a tornarse tan fuertes que en un momento dado impidan a la pareja contratante gozar de su hijo y aumentar en ellos de esta forma un grave trastorno psicológico que les impida volver a considerar la reproducción artificial como su última esperanza.

2.1.7 TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS

Un gameto es la célula sexual femenina o masculina, esto es óvulo o espermia. Otra variante en este tipo de donación, se desarrolla de la siguiente manera: los espermias y óvulos son inyectados en una o ambas trompas de falopio.

Este método es recomendable para pacientes con las trompas de falopio sanas, o para aquella mujeres con infertilidad inexplicable o para parejas cuya infertilidad resulte de problemas cervicales o inmunológicos. Algunos doctores recomiendan que las parejas donde el marido tenga problemas de infertilidad procedan a aplicar este método sólo si es 100% comprobable que el espermia masculino puede fertilizar el óvulo mediante fertilización in vitro o embarazos anteriores.

Los pasos básicos de la transferencia intrafalopiana de gametos son: el aumento de óvulos producidos durante la ovulación, recolección de óvulos, inseminación y transferencia de gametos. Los óvulos son generalmente recolectados por medio de la laparoscopia, lo que tarda alrededor de 1 hora y quince minutos en llevarse a cabo y es entonces cuando éstos son mezclados con el semen y los gametos son transferidos, por medio de un catéter inyectado directamente a las trompas de falopio. Pueden ser inyectados hasta 4 óvulos y espermias, es decir dos óvulos por trompa de falopio.

Las estadísticas de éxito en esta técnica arrojan que con ésta se obtiene un promedio que fluctúa entre un cinco o diez por ciento más de embarazos exitosos que en la fertilización in vitro. Esto se piensa que es debido a que las parejas optan que por la transferencia, tienen problemas mínimos de infertilidad a comparación con quienes se someten a la fertilización in vitro.

La transferencia intratubaria de gametos consta de dos diferentes variantes:

1. Transferencia Intratubaria de Gametos (GIFT).
2. Transferencia Intratubaria de Embriones (TET).
3. Transferencia Intratubaria de Cigotos (ZIFT).

Transferencia Intratubaria de Gametos

Mediante ésta se han obtenido embarazos aislados (Mason, 1987) y (Gentry, 1989). Omite la necesidad de la laparoscopia así como la anestesia general, actualmente sigue considerándose a ésta en etapa experimental.

Transferencia Intratubaria de Embriones.

Ha sido llevada a cabo con ovulaciones inducidas y se recomienda su aplicación en pacientes con infertilidad inexplicable, de hecho aún se sabe muy poco acerca de este método así como de sus efectos secundarios para que se pueda dar una información exacta a las parejas que intentan utilizarla y mucho menos se puede hablar en este momento de su comparación con otros métodos.

2.2 REGULACION JURIDICA

Creemos indispensable, antes de entrar de lleno al desarrollo de cuál es la regulación jurídica a la que actualmente se encuentran sometidas las diferentes técnicas reproductivas a las que se aluden en esta tesis, comentar cuál ha sido la posición de la iglesia católica en tratándose de este tema.

Pensamos que en todas la épocas las opiniones de la Iglesia referentes a cualquier punto controvertido han servido para modificar el ánimo de la sociedad en cuanto a la aceptación o no del mismo, y es por eso que aquí nos referimos a la contraposición que existe y que ha venido a traducirse en una discusión bizantina Iglesia-Medicina acerca de si se debe o no experimentar con vida humana.

En el año de 1987, la Congregación para la Doctrina de la Fe publicó la Instrucción sobre el "Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Pocreación".

La Discusión a la que hacemos referencia, aquí, entre la Iglesia y los nuevos métodos de reproducción artificial comenzó a gestarse a principios de la década de los 70's, y encontró su mayor auge en los 80's cuando se desató una oleada de publicaciones, artículos y comentarios evaluando la práctica médica de estos métodos, así como a los experimentos realizados en los embriones.

La instrucción a la que hacemos referencia, se postula principalmente en el sentido de salvaguardar aplicaciones al bien integral de la vida humana, cuando desde el momento en que acuden a la persona enferma, respetan su dignidad de criatura de Dios". (13)

Existen otros puntos importantes a destacar incluidos en dicho documento, que deben entenderse como un acercamiento de la Iglesia al desarrollo de la tecnología de la concepción: Primeramente la Iglesia trata de impedir una reacción negativa hacia las posibles técnicas de concepción únicamente basada en su artificialidad, y en segundo lugar, claramente se incluye en la misma la comprensión de la Iglesia hacia el sufrimiento experimentado por las parejas que no pueden procrear o que se encuentran temerosas de traer al mundo a un niño impedido ya sea física o mentalmente. Estos aspectos constituyen una gran motivación para que los investigadores descubran nuevas formas para el combate de la infertilidad.

Los aspectos anteriormente señalados constituyen una importante aportación para el seguimiento de las investigaciones médicas tendientes a combatir la infertilidad en la pareja, sin embargo no olvidemos que asimismo la Iglesia también ha llegado a constituirse en el más duro juez para quienes han tratado de atentar contra la "naturaleza" y el respeto a la dignidad humana.

En este documento religioso, deja muy claro la Iglesia que la tecnología de la reproducción artificial es moralmente ilícita, por lo que solicitan a los legisladores codificar leyes donde se prohíba la práctica irracional de esto. La Iglesia considera imposible que la autoridad pase por alto derechos fundamentales del hombre como son el derecho a la vida, a su integridad física, etc. Es necesario reconocer al matrimonio como una institución y como tal ser salvaguardada ya que encierra también fines moralmente lícitos de procreación.

La Iglesia basa sus recomendaciones en que el Estado debe garantizar la igualdad entre sus gobernados desde el momento de su concepción, protegiéndoles de cualquier daño que pueda llegar a trastornarlos física o moralmente, y no hay que olvidar que el hombre fue creado por Dios con cuerpo y alma y no se puede alterar de ningún modo contra estos dos elementos, ya que se estaría atentando contra el Creador.

Asimismo la Iglesia aboga porque sean considerados como crímenes entre otros el intentar:

1. La inseminación artificial con espermias del marido.
2. La fertilización in vitro.
3. La experimentación con embriones (excepto en el caso de que ésta sea con fines terapéuticos y no desproporcionalmente riesgoso).
4. La ayuda de un donador o de una madre incubadora en la reproducción. (14)

Bajo estas bases, una pareja e incluso el médico practicante deberían ser procesados penalmente en el intento de combatir la infertilidad del marido, inseminando a su esposa con el propio semen de su pareja o mediante la práctica de la fertilización in vitro.

La iglesia fundamenta sus recomendaciones legislativas, aduciendo que éstas encierran valores fundamentales: el reconocimiento de un ser humano desde el momento de la concepción y la limitación de criar hijos salvo que éste se haga mediante un acto de amor entre una pareja de casados.

Aquí la Iglesia, pensamos que nos encara a una pregunta muy difícil de responder: A partir de qué momento se considera que una mujer lleva en su vientre a un ser humano, es decir a partir de qué momento la medicina "considera" que un hombre puede sentir "remordimiento" al desechar material genético. Difícil pregunta y más aún si en la mente de quien trata de contestarla existen ciertos principios religiosos que hacen más difícil su respuesta, sin embargo tratemos de analizarla médicamente, a fin de llegar a una conclusión objetiva: La vida comienza a partir del momento de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.

Jurídicamente, las opiniones que al respecto se pueden observar podemos clasificarlas en tres diferentes grupos.

1. Esta posición se refiere a que el embrión aún momentos después de creado debe de recibir la oportunidad de ser implantado en un útero y se debe evitar cualquier acción que impida esto o que llegue a lesionarlo antes de llegar a su destino final.

2. La segunda opinión es completamente opuesta a la anterior, ésta se refiere a que un embrión no difiere en lo absoluto a cualquier otro tejido humano, por lo que los dos seres formadores del embrión no deben verse en lo absoluto coartados en la decisión que implique el riesgo que corriera éste.

3. Una tercera posición que puede considerarse mediadora de las dos anteriores, sostiene que un embrión no puede ser un modo alguno tratado como un tejido más del cuerpo humano, sin embargo tampoco acepta que éste deba ser tratado como un ser humano.

El análisis de estas tres opiniones nos lleva también a contestar la pregunta que nos formulamos anteriormente: en ningún momento difieren la Iglesia y la medicina del momento en el que se puede iniciar la vida, puesto que incluso un tejido debe ser considerado como una estructura viva dentro de un organismo que obviamente también necesitar estar vivo, creemos que si nos avocamos a pensar en esto podríamos llegar a la conclusión de que si puede ser tipificado como delito el desecho de embriones y la falta de respeto por la vida humana.

En los Estados Unidos, el Consejo Consultivo de Ética se pronunció en el año de 1979, en el sentido de que los embriones humanos deben ser sujetos de respeto, sin embargo no se les deben de conceder los mismos derechos que se otorgan a una persona.

En 1984 en Gran Bretaña se estableció que a los embriones humanos no se les puede otorgar los mismos derechos que un niño y menos que a un adulto, sin embargo no deben quedar en total desamparo por lo que se pugnaba por otorgar un status legal muy especial a éstos.

A pesar de que en los Estados Unidos los legisladores consideran que el tratar como un mero "tejido" a un embrión puede producir ciertos trastornos al niño que eventualmente podría crearse, en la mayoría de los estados de ese país se sigue considerando hasta cierto punto como intrascendente la destrucción de un embrión pretextando que si estudiamos la biología de un embrión, y, apoyando el status legal otorgado al embrión en aquellos países, biológicamente éste no tiene sus órganos diferenciados y mucho menos cuenta con un cerebro o sistema nervioso o conciencia, aspectos fundamentales que diferencian al hombre de cualquier otro organismo vivo.

La lucha de la Iglesia católica por terminar contra estos atentados cometidos contra la naturaleza y la voluntad divina no termina ahí, sino que insiste de una manera rotunda calificando dentro de su nuevo catecismo como pecado la "manipulación genética de los humanos". (15)

De cualquier modo, es evidente que los Estados Unidos no consideran como fundamentales o por lo menos no como absolutos los valores expuestos por el Vaticano y a pesar de que cada Estado podrá crear su legislación al respecto incluso basándose en las recomendaciones eclesíásticas, veremos más adelante como éstas no se encuentran de ningún modo acordes con lo preceptuado en su Constitución.

En los Estados Unidos, la Suprema Corte ha dictado una serie de sentencias donde se establece el derecho constitucional de no procrear, esto es en situaciones relativas a la anticoncepción y el aborto.

El derecho de procrear, no ha recibido un reconocimiento legal expreso ya que no se tiene conocimiento de que a la fecha aquel Estado haya intentado restringir a alguna pareja de tener hijos en el tiempo y número que mutuamente decidan.

Como hemos dicho anteriormente, el derecho debe ser cambiante y esto debe ocurrir en una velocidad lo más directamente proporcional posible a la que sucedan los cambios que puedan llegar a cambiar estructuras que se pensaban inamovibles no sólo en nuestra legislación sino en la de cualquier país. La concepción artificial y la reproducción llevada a cabo con la ayuda de donadores requiere de

una inclusión legislativa mucho más amplia y precisa que la posición del derecho contitucional norteamericano en la procreación.

El derecho a la reproducción ha llegado a considerarse como un derecho natural e incluso internacionalmente se han firmado convenciones pugnando por el respeto al mismo. (16)

La Constitución Norteamericana, otorga expresamente el derecho a toda pareja de la privacidad, derecho que abarca incluso el buscar la ayuda médica para lograr o impedir la procreación, por lo que la creación de leyes que violen estos derechos serían declaradas como una necesidad apremiante en un caso extremo y siempre de modo que cause el menor daño posible a la pareja.

La mayoría de las parejas sometidas a técnicas de concepción artificial, han sido incluso aconsejadas en el sentido de no informar ni aún a sus amigos más próximos del nacimiento de su hijo concebido artificialmente, debido a que muchas veces origina el repudio y la desadaptación social del producto.

Ante este derecho encontramos lo que se debe entender como "la supremacía de derechos del menor", ya que no hay que olvidarnos que si bien es cierto que estos métodos se practican con el propósito de que las parejas infértiles logren procrear, no en todos los casos el resultado obtenido es el deseado y esto origina el abandono de un ser humano que sin querer venir al mundo ésta aquí y debe ser protegido como cualquier persona sin considerarse como ente extraño a la sociedad.

Diferentes Gobiernos y sobre todo el australiano, se han pronunciado en el sentido de que el derecho a la privacidad que debe tener toda pareja para someterse al método de concepción artificial que decida, no llegue en modo alguno a afectar al menor y más adelante permitir el fácil olvido y desamparo de un hijo concebido por medio de estas técnicas, al margen de cualquier legislación vigente.

La posición de los Estados Unidos en cuanto a la aplicación de estos métodos de concepción la encontramos claramente en el siguiente juicio: Si la constitución protege fundamentalmente el derecho a la privacidad y este derecho encierra a su vez el derecho a la autonomía en decisiones encaminadas a la procreación, podemos deducir que debido a la importancia que reviste el que la pareja viva la experiencia tanto física como psicológica de lo que criar a su propio hijo genético o gestacional significa, es que concluimos que las técnicas de concepción artificial son protegidas por el derecho constitucional a la privacidad. Y éstas podrían ser prohibidas por una ley de menor jerarquía únicamente en el caso de que su utilización signifique un riesgo inminente para alguna de las partes comprendidas en la misma incluyendo al producto.

El Vaticano alude en su instrucción a ciertos riesgos, que principalmente versan en el peligro al que se someten tanto la madre como el embrión al ser estos métodos muchas veces experimentales, sin embargo médicamente éstos no han sido comprobados como de importancia para que se prohíba la práctica de alguna técnica de concepción.

A la Suprema Corte de los Estados Unidos, han llegado muy pocos casos en los que se ponga manifiesto directamente la pregunta de si es legal o no que sean aplicadas las técnicas reproductivas en parejas infértiles con o sin ayuda de donadores. Por otro lado vemos que sí existen leyes en las que el

Estado ha prohibido la reproducción a una persona v.gr. cuando se trata de personas con retraso mental a quienes se esteriliza involuntariamente.

Los postulados de la Suprema Corte protegiendo el derecho de la pareja para decidir acerca de el número y espaciamento de sus hijos, se entendieron en un primer momento aplicables a los casos en que la procreación ocurría de una manera natural como resultado de un relación sexual entre ellos, ya que aún no se practicaba la fertilización in vitro ni las prácticas con donadores. De cualquier modo ésta claro que el interés de la pareja en la reproducción, sea cual fuere el camino por el que esto se logre es lo que ha prevalecido en cualquier época.

Los valores que encierra el derecho a la reproducción natural de la pareja sugieren asimismo el derecho fundamental de ésta a la reproducción por medios artificiales así como a recibir para tal efecto la ayuda de donadores y madres subrogadas.

En los Estados Unidos está constitucionalmente protegida la reproducción "coital" ya que permite a la pareja unir su óvulo y su espermia para lograr la posibilidad de procrear un hijo de sus propios genes y bajo su propia gestación; el uso de técnicas "no coitales" como son la fertilización in vitro o la inseminación artificial donde existe el inconveniente de la infertilidad de la pareja y que sin embargo encierra los mismos elementos que la anterior: la unión de un óvulo con un espermia, son razones en las que se apoyan los seguidores de estas técnicas para solicitar también la protección legal por parte del Estado para poder libremente someterse una pareja estéril a la técnica de su elección.

La controversia no termina aquí, sino que ahora se confronta nuevamente la necesidad de una regulación jurídica para tecnología más innovadora como lo es la protección para las parejas que soliciten el auxilio de donadores o madres incubadoras para lograr la procreación, y hasta la protección para el congelamiento y la transferencia de embriones e incluso para la protección de las decisiones de la pareja sobre la suerte que habrán de correr los embriones que no sean implantados en el útero materno.

Aquí cabría hacernos varias preguntas, es posible que el Estado deje al arbitrio de dos personas la suerte que habrá de correr un ser humano?, ya que desde el momento de la unión del espermia y el óvulo éste existe; a qué edad está suficientemente madura la pareja para poder tomar una decisión tan importante como esta? el desecho de embriones no debería triplicarse como un tipo de homicidio? A lo largo de la historia nos hemos encontrado con que no en todos los casos excesiva libertad ha sido benéfica para "todos" los seres humanos, de hecho estamos convencidos de que los países desarrollados explotan a los del tercer mundo incluso en el ámbito genético, adoptivo y de comercio humano, satisfaciendo de esta manera sus necesidades, lesionando a pueblos enteros mediante la explotación de su extrema miseria:

"... La búsqueda de embriones y de fetos humanos. En el origen de esta industria había un red de compradores extranjeros que recorrían el tercer mundo por cuenta de laboratorios internacionales y de institutos de investigación genéticos. La mayor parte de estos comanditarios eran suizos o norteamericanos. Utilizaban embriones y fetos para sus trabajos científicos o para fabricar productos de rejuvenecimiento que vendían a la clientela acudalada de establecimientos especializados de Europa y de los Estados Unidos. La demanda había engendrado un fructífero tráfico del que Calcuta era uno de los polos...." (17)

Tantas inquietudes como arenas en mar estamos seguros asaltan actualmente a los legisladores que se encargan de la regulación de una materia tan delicada como lo es ésta dentro del derecho familiar, que sería imposible expresarlas en esta tesis, sin embargo de algo estamos seguros, y es de que el ánimo de nuestros legisladores debe enfocarse principalmente a no causar un serio trastorno en las estructuras familiares que finalmente son la base de toda sociedad, sin embargo no ahondaremos más en este punto y expondremos cuál es la situación real y vigente en los Estados Unidos entre la Ley y la tecnología de la reproducción.

La práctica médica siempre se ha visto limitada por diferentes regímenes legales cambiantes de civilización en civilización, que han impuesto derechos y obligaciones recíprocos a las partes en la aplicación de un tratamiento, intervención quirúrgica o simplemente en la investigación y experimentación de adelantos médicos.

De acuerdo a lo establecido en la Ley Federal Norteamericana, cualquier Institución que disfrute de subsidios gubernamentales para la experimentación de aspectos genéticos, debe forzosamente establecer un consejo de Examinación que se encargue del estudio de los protocolos a investigarse con el fin de dar su aprobación para el inicio de esta, siempre buscando el beneficio de la pareja.

A pesar de que en los Estados Unidos estos tipos de investigación se realizan con capital privado, la mayoría de los Centros Médicos y Universidades que persiguen estos fines, requieren de la aprobación por parte de un Consejo de Examinación Institucional para llevar a cabo sus propósitos.

El funcionamiento y la ejecución de estos consejos también encuentra su regulación en las leyes de ámbito Federal donde son incluidas expresamente una serie de pautas que exigen entre otras cosas, la minimización de riesgos para la pareja en relación con los beneficios que el éxito podrá brindarles. Otro factor importante que marca la Ley lo es la equitativa elección de pacientes, esto implica que el médico no se transforme en una especie de dios que ayude únicamente a sus elegidos, sino que con base en diagnósticos médicos se decida quienes son las parejas más propicias para cada método así como las probabilidades de éxito y fracaso en cada uno de las prácticas, sin influir en modo alguno aspectos étnicos, económicos o religiosos en el ánimo del médico practicante al momento de elegir su protocolo.

El consentimiento otorgado por la pareja para someterse a estas técnicas debe reunir los requisitos tanto de forma como de fondo que marca la Ley y sobre todo, una vez recibido éste por el médico asegurar la confidencialidad del documento por parte del practicante.

En los Estados Unidos, la mayoría de los Centros donde es practicada la Fertilización in Vitro no cuenta con un consejo como el que citamos anteriormente, sin embargo han tratado de establecer internamente Comités conformados por especialistas respetables que prácticamente desempeñan las mismas funciones que éste. Por otra parte, la práctica de la Inseminación Artificial y Madres incubadoras, se ha llevado a cabo sin la protección de ningún órgano examinador, ya que éstas generalmente se desarrollan en consultorios privados.

Asimismo, en los Estados Unidos se ha implementado un cierto mecanismo que regula de una manera específica la actividad del médico practicante que incluye disposiciones legales y jurisprudencia relativas a la expresión del consentimiento de una pareja, previa información que tiene obligación de

proporcionar al médico a la misma, para que ésta decida libre y verazmente sobre someterse o no a la técnica de su elección, existen también leyes que imponen la obligación para el médico de expedir un certificado de necesidad de instalaciones o expansión de las mismas para la adecuada prestación de sus servicios, así como cumplir con ciertos estándares de precaución necesarios para evitar litigios por falta de probidad en su actuación. Sin embargo ninguna de estas regulaciones son específicas para la práctica de las técnicas reproductivas y han tenido que adecuarse a éstas únicamente; ahondaremos más en el tema del consentimiento de la pareja por encerrar éste como ya lo mencionamos anteriormente derechos fundamentales del hombre.

Mediante la regulación de la expresión del consentimiento de una pareja que pretende someterse a un método de concepción artificial, el Estado intenta proteger a ésta sin importar en que institución, centro médico o consultorio particular se aplicará la técnica ni el tipo de procedimiento que será aplicable. El proceso para el otorgamiento del consentimiento aceptado legalmente consiste en lo siguiente:

El médico tendrá la obligación de dar toda la información a la pareja con el propósito de que expresen su consentimiento acerca del método al que se van a someter, perfectamente conscientes sobre los riesgos y beneficios que eventualmente pudiesen llegar a presentarse durante el transcurso del mismo. De cualquier manera la forma bajo la que ellos entiendan la información brindada por el médico dependerá de la exposición que haga él de la misma, esto es, creemos que es difícil que el médico de un diagnóstico, así, como estadísticas de prácticas anteriores, de una manera objetiva sin que influyan sus experiencias personales y la valoración ética que imprima a cada una de ellas, sin embargo se trata de que el médico se comporte hacia la pareja de una manera imparcial que impida que ésta se vea influenciada durante la toma de su decisión.

Reiterando lo anterior se han realizado estudios que arrojan que la pareja que es informada paso a paso del procedimiento al cual se someterá, incluyendo esto las molestias y reacciones secundarias que se pudieran llegar a sufrir, se encuentra más preparada tanto física como mentalmente para soportar cualquier eventualidad que pudiera darse durante el procedimiento e incluso llega a encontrarse menos estresada y con mayor disposición que otra que no haya recibido ningún tipo de información.

Es muy importante que se hable a la pareja de los nacimientos que se han logrado en situaciones análogas a la que se van a someter y las circunstancias en que éstos se han llevado a cabo así como los índices de abortos y malformaciones registrados en dicha práctica. También se dará información al paciente de las políticas del lugar donde se vaya a desarrollar la técnica en lo referente al congelamiento de embriones, plazo máximo de este mecanismo, etc. En este momento se cuestionará a la pareja acerca del destino que correrán sus embriones, de ser estos congelados, en caso de divorcio o muerte, siempre bajo la responsabilidad y adecuada guía que el médico debe proporcionar a la pareja, ya que los errores en este rubro de la información otorgada al paciente han traído como consecuencia la aparición de diversos y significativos juicios en los Estados Unidos como los siguientes:

En el juicio *Davis vs Davis*, una pareja divorciada que previo a esto tenían en congelación siete embriones que por negligencia médica no se había establecido antes de la práctica de concepción la suerte que correrían éstos ante cualquier eventualidad, discutían acerca de lo que se haría con ellos, el esposo pedía que fueran desechados, mientras que ella pedía ser inseminada; finalmente la Corte resolvió

que los embriones eran seres vivos que podrían llegar a convertirse en bebés, otorgando la custodia a la madre.

En el juicio *York vs Jones*, la pareja quiso cambiar de médico, por lo que solicitó le fueran enviados sus embriones congelados al nuevo practicante, sin embargo el médico inicial no lo permitió, por lo que el jurado analizando el contrato llegó a la conclusión de que no existía ninguna cláusula que prohibiera la transferencia de embriones de un lugar a otro, mucho menos se había estipulado una situación análoga al respecto, por lo que se permitió su traslado.

Es importante que el médico informe a la pareja sobre la práctica llevada a cabo en parejas con edad y características similares a ellos, en cuanto a los defectos genéticos observados en los productos y problemas durante el embarazo, a efecto de poder prevenir la reiteración de estas circunstancias mediante la información que se otorgue a la pareja. Asimismo, cuando se requiere de un donador el médico debe dar completa información sobre su situación médica y características raciales ya que se han dado casos en que el médico ha sido demandado por negligencia al no haber brindado, información debidamente a la pareja sobre características del donador, resultando niños con rasgos raciales completamente opuestos a aquellos de la pareja.

Otra cuestión indispensable, es que el consentimiento de la pareja se otorgue por escrito, en caso de que el marido se negare a esta formalidad podría entenderse una inseminación como adulterio por parte de la mujer. A partir del otorgamiento del consentimiento, el marido se entenderá como el padre legal del producto. Asimismo el médico también deberá otorgar su aprobación para la práctica del método elegido por la pareja.

A pesar de que, como dijimos anteriormente, la regulación jurídica a la que nos hemos referido no se creó pensando en la nueva tecnología de la reproducción, algunos estados de la Unión Americana han creado leyes específicas encargadas de reglamentar las técnicas de concepción artificial adoptadas por ellos.

En Pensilvania, encontramos un especial interés en la reglamentación de la fertilización in vitro, al efecto se ha legislado en el sentido de obligar a que el médico envíe reportes cada cuatro meses al Departamento de Salud, indicando los nombres de quienes apliquen y reciban el tratamiento deseado, el lugar donde éste se llevará a cabo, nombres y direcciones de las personas reponsables de la adecuada práctica del procedimiento, el número de óvulos fertilizados, el número de embriones destruidos o descartados del procedimiento en general y el número de mujeres a quienes serán implantados estos embriones. Se podría pensar que esta ley rompe con toda confidencialidad dentro del procedimiento de la técnica, sin embargo entendemos que esto se hace con el propósito de no dejar al libre arbitrio de las partes métodos tan delicados para la estabilidad familiar y la vida de un ser humano.

En el estado de Louisiana también se han creado disposiciones legales para regular la fertilización in vitro, preceptuando que las instalaciones donde se practique este método deberán sujetarse a los estándares marcados por la Sociedad Americana de Fertilidad y el Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos, asimismo se dispone que la persona encargada de la dirección de las instalaciones, sea un médico con licencia para la práctica de la medicina en este Estado y especializado en la aplicación de este método con los estándares también establecidos por las instituciones antes mencionadas.

En otro sentido, el estado de Louisiana, estatuye que el uso que se dará a un óvulo fertilizado será exclusivo para la implantación del mismo en el útero de la mujer. Posteriormente se creó otra disposición en el sentido de que un óvulo fertilizado in vitro, no podrá ser intencionalmente destruido por persona alguna o por acciones que cometa esta persona para tal fin. Aquí encontramos una prohibición expresa para descartar los embriones obtenidos a través de la fertilización in vitro.

Connecticut y Oklahoma, requieren que las actas del consentimiento firmado por la pareja sean redactadas por el juez del distrito donde el bebé haya nacido o donde éste vaya a residir o por el juez que tenga jurisdicción sobre niños adoptados.

Alrededor de la mitad de los estatutos que regulan la inseminación artificial por donador, presumen que el médico practicante o alguna otra persona, siempre bajo la supervisión del médico, lleve a cabo el procedimiento. En otros Estados, se especifica que el proceso sea llevado a cabo por un médico titulado. En el Estado de Georgia está establecido que quien realice la inseminación sin contar con la licencia médica para tal efecto, se hará acreedor a una pena de hasta cinco años de prisión.

Muy pocos estados en la actualidad, se han preocupado por la debida examinación de los donadores. En Ohio, la ley establece que el donador de semen fresco debe ser sometido a un examen físico, también se le requerirá su historia médica así como genética y será examinada su sangre así como su factor Rh. El donador de semen ya congelado, deberá satisfacer los mismos requisitos, además de someterse a exámenes de laboratorio que podrían incluir pruebas de enfermedades venéreas, hepatitis, clamidia, etc.

En Indiana se requieren de los análisis de sífilis, hepatitis, etc. para aceptar a una persona como donador.

En Nueva York, la ley prevé que las personas que sufran de enfermedades venéreas, tuberculosis o de algún defecto o enfermedad genética, no podrán ser bajo ninguna circunstancia aceptados como donadores. Asimismo la ley indica que será indispensable para la utilización de métodos de concepción donde se requiera donador que tanto éste como el receptor tengan compatibilidad en sus factores de Rh.

En los Estados de Idaho y Oregon, se ha legislado en el sentido de que la persona que sepa que es portador de algún defecto genético o enfermedad venérea se abstenga de donar gametos, sin embargo desde nuestro punto de vista, el legislador en esta ley no previó el que se tuviera que someter a análisis a estas personas en el caso de que fuera desconocida por ellos su enfermedad o dolosamente ésta no fuera declarada a su médico.

En Delaware, Idaho, Illinois, Indiana, Carolina del Norte y Rhode Island, sí existen leyes que hacen obligatoria la examinación médica de las personas que deseen ser donadores para determinar si son portadores de SIDA, mientras que en los Estados de Nueva Hampshire y Ohio las leyes permiten que a juicio del médico practicante se analicen espermas tratando de encontrar negativa esta enfermedad sin incluir la ley esto como una obligación.

En Florida encontramos una ley que señala ser obligación del médico prevenir a los donadores potenciales de semen, del peligro de contraer el SIDA, sin embargo, esta ley también falla al no exigir el análisis del donador para verificar la ausencia de esta enfermedad en sus gametos.

También se ha legislado en los Estados Unidos con respecto a la relación que existe entre las partes en el momento de la aplicación de métodos de concepción donde se requiera para su éxito de la intervención de un donador o en su caso de una madre incubadora, objeto indispensable de pronta regulación desde nuestro punto de vista, toda vez que aquí es donde vemos claramente que dejar esto al libre arbitrio de las partes podría causar serios trastornos emocionales al producto por lo que se hace indispensable una regulación adecuada basada en leyes dictadas por el Estado para tal fin.

En más de la mitad de los Estados conformantes de la Unión Americana se ha legislado sobre la inseminación artificial con la intervención de un donador. Siendo que como dijimos anteriormente el peligro en esta relación es que el vínculo filial del producto se encuentra compartido generalmente por dos hombres, aunque también puede ser por dos mujeres, donde uno de ellos será el padre o madre biológico(a) y el (la) otro (a), el padre (madre) adoptivo (a). En estas leyes se prevé esta situación reconociendo como padres legales del producto a la receptora del esperma y su esposo siempre bajo el consentimiento firmado al que ya nos hemos referido.

Es necesario dejar claro que por disposición de la Sociedad Americana de la Fertilidad no es recomendable inseminar más de 5 veces a diferentes mujeres con semen de un donador, ya que especulando un poco con la imaginación, en una zona geográfica reducida el reiterado uso de un mismo semen podría llevar en un futuro a las partes al delito de incesto sin saberlo.

El principal propósito de las leyes que se han creado en este sentido, ha sido la clarificación de la situación jurídica del producto a la luz de los diversos litigios que pudieran instaurarse ante la Corte. La necesidad por la creación de estas leyes se dejó sentir muy claramente entre las décadas de los 50's y los 60's cuando ante la Corte fueron ventilados varios juicios sobre la determinación de la legitimidad y la paternidad de los niños concebidos con la ayuda de un donador. En 1954, se interpuso una demanda por un hombre a su esposa por haberse permitido inseminar por el semen de un donador aún existiendo el consentimiento de su marido alegando el adulterio de ésta. En 1963 se intentó declarar a un niño nacido mediante inseminación artificial con ayuda de donador como ilegítimo aún después de haber sido esto llevado a cabo bajo el consentimiento del esposo.

En varios casos la Corte ha resuelto que no puede existir adulterio, toda vez que el donador al momento de la inseminación pudo haberse encontrado a miles de kilómetros del lugar donde se llevó a cabo el procedimiento o bien pudo haber estado muerto en ese momento.

Con esta nueva legislación, lejos de permitir que quede al arbitrio del esposo decidir sobre el adulterio de su mujer, se preceptúa que el marido que haya otorgado su consentimiento bajo la forma establecida por la ley para que su esposa se sometiera a este método, se obliga desde ese momento a dar alimentos al niño, ya que se considera que el donador del semen no es responsable del uso que se pueda dar a éste equiparándose con los donadores de sangre.

Respecto a la paternidad del producto de este método, 18 estados se han pronunciado expresamente en el sentido de que la persona que dona su semen para inseminar a una mujer que no es

su esposa no puede ser reconocido como el padre legal de la criatura. Incluso en diversos Estados donde no existe legislación alguna al respecto, se presume legalmente que el esposo de la mujer receptora será considerado como padre legal del producto de la inseminación artificial, sin embargo estas presunciones no solucionan el problema, ya que serán desechadas si el esposo sufre de azoospermia o cualquier otra enfermedad que le impida inseminar a su mujer.

En el año de 1981, en la Corte del Estado de Illinois después de haberse aprobado un estatuto como el anterior, se instauró un litigio en el que una mujer aparentemente inseminada artificialmente con donador, tuvo después relaciones sexuales con su marido y su amante el mismo día, demandando el amante ser el padre legal del producto, a lo que la Corte sostuvo que se presumía ser el padre legal al marido de la mujer y que su bajo número de espermias no hacía prueba plena para destruir esta presunción.

Sin embargo, nos encontramos con problemas aún más graves cuando aparece una tercera persona dentro del proceso de concepción artificial y esta persona es perfectamente bien identificada por las partes, a diferencia de los donadores de semen: las madres incubadoras.

En estos casos en los que como ya se explicó en su apartado conducente, el semen del marido se utiliza para inseminar a una mujer que se encargará de la gestación del producto hasta su nacimiento, las relaciones que se dan entre las partes se tornan aún más complejas que en el caso de los donadores y éstas giran en torno a los siguientes supuestos:

Si la madre incubadora es casada al momento de fungir como tal, la ley presume que el padre del producto es su propio marido, de cualquier forma, y como ya se mencionó, las leyes relativas a la inseminación artificial por medio de donador en 18 estados preceptúan que el hombre que dona sus espermias para inseminar a una mujer que no sea su esposa no será considerado como el padre legal del producto.

Han sido registrados relativamente pocos litigios en los Estados Unidos donde existan conflictos referentes a la paternidad o transferencia de custodia de un menor nacido bajo este método y estos han sido resueltos casi en su totalidad en el sentido de que tanto la madre subrogada como su esposo han consentido en reconocer la paternidad de la pareja infértil y por consiguiente que ellos ejerzan la custodia sobre el menor.

Si una madre subrogada decide una vez nacido el producto que no es su deseo devolverlo a la pareja infértil, nos encontramos frente al grave problema jurídico de decidir si se puede obligar a una madre a renunciar a un hijo que protegió en su vientre durante nueve meses aún existiendo un contrato de por medio donde ella se hubiere obligado a tal renuncia . . . a quién deberá conferirse la custodia sobre el menor?, deberán reconocerse los derechos de la madre subrogada de modo que pueda ella conservar el producto? . . . Se debe remunerar económicamente a esta persona? . . . No constituye este un comercio de vida?

En los Estados Unidos se han tratado de plantear soluciones legales respecto a algunos de los problemas anteriores. En Kentucky, Florida, Louisiana, Michigan y Nebraska se ha legislado en el sentido de que un contrato oneroso con una madre subrogada no puede hacerse cumplir por medio de la fuerza; los Estados de Nebraska y Dakota del Norte también se han pronunciado por no permitir el

cumplimiento obligatorio de un contrato de tales características sea éste oneroso o gratuito. Por el contrario la legislación de Arkansas en la materia preceptúa que cuando se firma un contrato entre una pareja infértil y una madre incubadora soltera, ellos serán considerados en todo momento como los padres legales de la criatura, es decir, aquella tendrá que entregar en favor de éstos al producto.

En Florida se creó recientemente un mecanismo que permite contratos con incubadoras gratuitos, y que permiten que la madre subrogada cambie de parecer rescindiendo el mismo en un término de 7 días después del nacimiento del producto. La pareja infértil tendrá la obligación de pagar una suma considerable para cubrir los gastos legales, médicos, psicológicos o psiquiátricos de la madre incubadora al nacimiento del producto. La custodia legal del niño en cualquier caso deberá ser declarada por la Corte.

De esta ley se desprende que si la incubadora renuncia efectivamente al producto después de los 7 días de su nacimiento, la pareja infértil ganará la custodia legal del producto inmediatamente a partir de ese momento sin importar las deficiencias con que el producto hubiese podido haber nacido. El contrato a que hacemos mención no deberá permitir el descuento de los pagos que deberán efectuarse a la incubadora en la eventualidad de que el producto nazca con deficiencias o haya nacido muerto. La Ley del Estado de Florida, prohíbe que el abogado de la pareja infértil sea el mismo de la madre incubadora, así como que éstos reciban pago alguno cuando se encarguen de servir de intermediarios en la búsqueda de una incubadora para una pareja infértil, sin embargo sí tendrán derecho a recibir su pago de honorarios por los servicios legales prestados.

En algunas jurisdicciones de los Estados Unidos cuando se hace necesaria la presencia de una madre incubadora para el embrión de la pareja infértil, a los padres genéticos resulta problemático reclamar al producto si la incubadora es considerada legalmente como la madre del mismo. De cualquier modo la ley permite que el primer niño nacido de la madre incubadora sea registrado en su acta de nacimiento con los apellidos de los padres genéticos y serán reconocidos como los padres legales del mismo.

Estas son solamente algunas de las leyes creadas para la regulación de métodos de concepción artificial, en un intento de unificar la práctica de los mismos.

Estamos tratando con innovaciones médicas nuevas para cualquier legislador y hablaremos en nuestro siguiente capítulo de algo aún más virgen: la aplicación y regulación de estas técnicas en nuestro país.

- (1) MARWICK CHARLES: "Artificial Insemination Faces Regulation Testing Donor Semen, Other Measures", Medical Jews & Perspectives, No. 10, Vol. 260, Septo. 1988, p. 1339 (Trad. de Laura Montes Bracchini)
- (2) SOCIETY OF REPRODUCTIVE SURGEONS, SOCIETY OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY PACIFIC COAST, FERTILITY SOCIETY AND THE CANADIAN FERTILITY AND ANDROLOGY SOCIETY: "The New Reproductive Technologies", "Fertility and Sterility Official Journal of the American Fertility Society, No. 6, Vol. 53, Junio 1980, Alabama, p. 38, (Trad. de Laura Montes Bracchini)
- (3) IBID, "Preembryos from in vitro fertilization for donation", p.51 s., (Trad. de Luara Montes Bracchini)
- (4) SAVER, MARK etal: "Pregnancy after age 50: Application of oocyte donatio to women after natural menopause", The Lancet, No. 8841, Vol. 341, Feb. 1993, California, p. 321-322 (Trad. de Laura Montes Bracchini)
- (5) SOCIETY OF REPRODUCTIVE SURGEONS, SOCIETY OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY PACIFIC COAST FERTILITY SOCIETY AND THE CANADIAN FERTILITY AND ANOROLOGY SOCIETY: "The cryopreservation of Fertilizing Eggs and Prembryos", No. 6, Vol. 53, Junio 1990, Alabama, p. 60s, (Trad. de Laura Montes Bracchini)
- (6) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO: "Anteproyecto del Código Civil de Nuevo León", México, p. 252.
- (7) "Nuevas formas de nacer", REVISTA MUY INTERESANTE, No.3, Año. IX, p.9.
- (8) LINDSEY E, HARRIS: "Artificial Insemination and Surrogate Motherhood a Nursery Fuil of Unresolved Questions" Willamete Law Review American Bar, Association and Willamete University M. College, Vol. 17, Dic. 1981.
- (9) IBID, "Surrogate Mothers", p. 685 (Trad. de Laura Montes Bracchini)
- (10) SOCIETY OF REPRODUCTIVE SURGEON, SOCIETY OF ASSISTED AND THE CANADIAN FERTILITY AND ANDOLOGY SOCIETY: "Surrogate Gestational Mothers: Women who Gestate a Official journal of the American Fertility Society, No. 6, Vol. 53, Junio 1990, Alabama, p. 64s, (Trad. de Laura Montes Bracchini).
- (11) MARTIN , GILLES: "Baby Cotton Nee Pour Etre Vendue", PARIS MATCH, No. 1861, Enero 85, p. 56, (Trad. de Laura Montes Bracchini).
- (12) "Deux Meres Pour un Bebe", PARIS MATCH, No. 1889, Ago. 85, p.32, (Trad. de Laura Montes Bracchini).

- (13) CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE: "Instrucción de el respecto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", ed. Parroquial de Claveria, México, 1987, p.9.
- (14) ETHICS COMMITTEE (1986-87) OF THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY: "Ethical considerations of the New Reproductive Technologies", No. 2, Vol. 49, Febrero 88, p.56., (Trad. de Laura Montes Bracchini)
- (15) VAZQUEZ, JOSE ANTONIO: "El Horoscopo, pecado según el nuevo catecismo", REVISTA EPOCA, No. 77, Nov. 1992, p.14
- (16) The International Convention of Civil and Political Rights, Art. 23, 1976. European Convention of Human Rights, Art. 12, 1953.
- (17) LAPIERRE, DOMINIQUE: "La ciudad de la Alegria", la reimpresión, 1985, ed. Planeta, p. 147.

CAPITULO III

METODOS DE CONCEPCION UTILIZADOS EN MEXICO Y SU PROBLEMATICA JURIDICA

Según el sistema jurídico tradicional que nos rige, la filiación se basa en un vínculo biológico, el lazo sanguíneo que une a dos personas, las cuales una es el ascendiente y la otra el descendiente, estas normas son de interpretación estricta, por lo que no es posible que se extiendan por virtud de la analogía.

En la legislación mexicana, nos encontramos con tres postulados fundamentales que explican de una manera notablemente estricta como ya lo mencionamos anteriormente, el vínculo biológico de la filiación.

A. Cualquier nacimiento es necesariamente derivado de la cópula entre una mujer un hombre.

B. La maternidad se determina por el hecho específico del parto.

C. La paternidad sólo se puede ser conocida a través de la investigación de las relaciones sexuales que la madre ha tenido con el padre del producto durante la época legal de la concepción, esto es, después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Actualmente nos encontramos con que la procreación está separada del acto sexual, por otra parte también nos encontramos que un niño puede nacer de una madre que no lo es desde el punto de vista genético.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontramos expresamente reglamentado el derecho a la procreación, esto es en su Artículo cuarto: "toda persona tiene derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos", de esto se desprende la imposibilidad para prohibir técnicas anticonceptivas, siempre y cuando éstas no sean consideradas dañinas para la pareja. . . . "el cero también es un número". (1)

Asimismo debemos, a contrario sensu, interpretar que no deben de ningún modo ser restringidas las técnicas de concepción artificial que se practican en nuestro país actualmente, por medio de una

disposición legal, de ser esto así, estaría esto último en contradicción con lo dispuesto en nuestra Carta Magna, aunque desafortunadamente nos daremos cuenta a lo largo del desarrollo del presente capítulo como otros factores y no del todo la falta de seguridad jurídica en cuanto a su aplicación, han impedido que estos métodos sean accesibles para toda la sociedad.

La anterior disposición constitucional se encuentra corroborada por lo dispuesto en el Capítulo VI del Título III de la Ley General de la Salud, donde se incluye como uno de los puntos prioritarios dentro de los servicios de salud ayudar a las parejas, sobre todo jóvenes a una planeación racional de los hijos que deseen tener a efecto de que nuestro país sea poblado por niños realmente deseados, lo que nosotros adicionaríamos en el sentido de que también es necesario incluir dentro de los servicios de salud que se otorgan a la comunidad no únicamente información acerca de los diferentes métodos anticonceptivos para evitar un embarazo, sino también de las diferentes técnicas de concepción artificial para lograr un embarazo frustrado por la infertilidad en la pareja.

Así nos encontramos que puede haber acto sexual sin procreación, dadas las técnicas anticonceptivas que existen actualmente en el mercado y también puede haber procreación sin conjunción carnal.

3.1 METODOS EMPLEADOS EN MEXICO.

En México, básicamente han sido empleados hasta la fecha tres métodos de concepción artificial: la inseminación artificial intrauterina, la fertilización in vitro y la transferencia de embriones y la Transferencia Intratubaria de Gametos.

El por qué no se ha llegado a utilizar toda la gama de posibilidades de concepción artificial que mundialmente existen, en nuestro país, tiene una respuesta muy simple: la falta de recursos económicos. Si nos ponemos a pensar que un medicamento como el que permita una múltiple ovulación, por cierto sin ser garantizado, debe ser importado previa solicitud del paciente debido a su gran costo, nos explicamos que no ha sido posible incurrir en otros campos análogos a los ya utilizados debido a la falta de demanda de otros métodos. (2)

3.2 REGULACION JURIDICA ACTUAL Y SU PROBLEMÁTICA.

En algunos consultorios particulares, sin ser esto éticamente permitido en nuestro país, se ha comenzado a utilizar la ayuda de donadores para conseguir la concepción, tal es el caso de la existencia de un "Centro de Fertilidad de México", que ofrece los servicios de criopreservación de semen, su procesamiento para la inseminación artificial, para la selección de sexo e incluso de un banco de semen para donadores anónimos.

El centro de fertilidad de que hablamos, muestra a sus clientes, médicos únicamente, un amplio catálogo de condiciones reunidas por los donadores entre las que se encuentran la estatura, peso, raza, color de ojos, religión, ocupación, pasatiempos, etc. a efecto de que la pareja pueda elegir el prototipo ideal para donador de semen y padre biológico de su futuro hijo.

Las muestras de semen a que nos referimos, están garantizadas por un mínimo de veinte millones de espermatozoides móviles, mismas que pueden ser entregadas directamente al cliente descongeladas, una hora antes de la inseminación o incluso, si es que el médico así lo solicita, éstas pueden ser enviadas aún en congelación. El precio de cada muestra, en el mes de Enero de 1993, fluctuaba alrededor de los N\$ 390.00, permitiendo ésto que el médico la cobrara al paciente en el precio que estimara conveniente, cubriendo sólo un requisito: "Ninguna muestra podrá ser entregada sin la firma del médico y la del paciente requiriendo la venta de dichas muestras". (3)

Respecto a lo anterior, no podemos dar por válido que las firmas expresando la voluntad tanto del médico como del paciente para la adquisición de una muestra de semen, lo cual, especulamos no es muy solicitado en nuestro país tomando en cuenta lo ya mencionado acerca de la falta de poder adquisitivo en nuestra población, sea ni siquiera un antecedente de la regulación jurídica que pensamos debería ser instaurada legislativamente en nuestro derecho, siendo que no intentamos en ningún modo que esta nueva fórmula otorgue protección a unos simples prestadores de servicios, como lo es el consentimiento mencionado, tanto, como una pareja esperanzada en su futuro hijo e incluso en la protección que tanto la sociedad como el mismo estado debe imprimir al destino de este niño.

Por otro lado nos damos cuenta de que incluso los mismo médicos practicantes, pugnan precisamente por una regulación jurídica para evitar cualquier controversia que se pudiese suscitar entre las partes; no es posible a juicio de algunos médicos que se deje al simple arbitrio de la ética situaciones que entrañan la vida o la muerte de un ser humano, no sólo referidos a la concepción artificial, sino v.gr. a evitar el nacimiento de un niño con malformaciones, o el destino que deberá correr un embrión descartado de un procedimiento como los ya descritos. Debe existir una preocupación por parte de nuestros legisladores impresa en una legislación escrita para atacar las prácticas médicas inmorales o dolorosas y el eventual arrepentimiento de una pareja, una vez iniciado el procedimiento.

Básicamente, en el Instituto Nacional de Perinatología, lugar donde más prácticas de concepción artificial se realizan al año, en nuestro país no se nos ha informado de una controversia que realmente haya sentado precedentes jurídicos sobre la falta cometida por una pareja contra su médico o viceversa, sino únicamente incidentes aislados en otras Instituciones que no han pasado de cartas abiertas en algunos periódicos, pensamos que esto se ha desarrollado así debido a que al igual que en el resto del mundo, la gente sujeta a estos procedimientos, no pregona a los cuatro vientos las cirugías a que es sujeta para concebir un niño debido a los problemas físicos, biológicos o ambos derivados del impedimento para la normal concepción del bebé, además de que el hecho de que sólo participe la pareja sin un tercero, extraño a la relación marido-mujer o padre-hijo como en el caso de las madres incubadoras, ha frenado un poco los alcances legales que estos métodos pudiesen llegar a traer consigo.

Estamos seguros de que tanto abogados como legisladores están perplejos por este tipo de innovación de contenido netamente humano que está revolucionando no sólo al mundo, sino también a la célula familiar de tanto arraigo e importancia principalmente en nuestro país.

Existe una corriente eminente liberalista que postula que con base en estos cambios se debería optar por la preminencia de las situaciones personales de cada pareja en particular, sobre la regulación jurídica dirigida a estos procedimientos, corriente que principalmente rige en Francia.

En México, esto no debe dejarse al arbitrio de las partes, siendo que no vemos muy lejos el momento en el que se comiencen, debido al desarrollo de las técnicas de reproducción artificial a ventilarse ante los Tribunales, controversias que versen sobre la patria potestad y filiación de los productos concebidos por estos métodos, y sabemos bien que en México, ningún juez está facultado para dejar de resolver controversia alguna: el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver de la manera más justa posible situaciones desgastantes y de tanta repercusión psicológica para seres con una inspiración bastante válida como lo es el nacimiento de un bebé.

La procreación en nuestro derecho ha sido definida por nuestro sistema jurídico tradicional como una de las finalidades del matrimonio y reiterando lo anterior encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal que "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie se tendrá por no puesta" (4), es decir, no podrá ser nunca hecha valer por un cónyuge hacia el otro.

El Código Civil del Distrito Federal, debido a la época de su promulgación, nos permite entender el por qué no pudo ni siquiera preveer remotamente el legislador la aparición de técnicas que permitieran por métodos ajenos a la naturaleza ayudar a una pareja para la procreación. La inseminación homóloga, que es aquella en la que se utiliza material genético del marido para fecundar a la mujer y de esta forma intentar el eventual nacimiento de un hijo (genético) de ambos, no debería presentar ante nosotros ningún problema jurídico hasta que comencemos a pensar en la aparición de un tercero ajeno a la relación de la pareja en el adulterio, la negligencia médica, la falta de consentimiento de alguno de los cónyuges, etc. sin embargo y a pesar de lo anterior es de tomar en cuenta que este es un método muy apegado a lo natural, lo que impide la aparición de controversias jurídicas presentes.

Sin embargo, el problema surge si pensamos en la inseminación artificial heteróloga, es decir aquella donde la imposibilidad biológica del marido para la fecundación, hace necesaria la utilización de semen de un donador ajeno a la pareja.

En este caso podemos mencionar dos opiniones distintas:

A. Prohibir rotundamente la práctica de éstos métodos, lo cual iría en contra del derecho constitucional a la libre procreación.

B. Distinguir el estado civil de la mujer en la que se practica la inseminación, ya que en caso de ser ésta una mujer casada es necesario remitirnos a la voluntad de ambos para la práctica del método.

Examinemos cada caso a la luz del derecho mexicano : El Art. 466 de la Ley General de la Salud, preceptúa lo siguiente:

"Al que sin consentimiento de una mujer o aún 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 el 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".

En este precepto nos encontramos que el tipo penal se configura en su primera parte, por el sujeto que proceda a inseminar a una menor o incapaz, mientras que la segunda exclusivamente se refiere al supuesto de una pareja unida por un lazo matrimonial donde se requiere la voluntad del marido de consentir la inseminación.

A partir de esto, entendemos que en lo tocante a una mujer soltera, siempre que ésta sea mayor de edad y capaz, no existe impedimento legal que le prohíba recurrir a la inseminación artificial para conseguir la procreación. El hijo concebido por tal método sería un hijo nacido fuera de matrimonio, sin embargo tendrá todos los derechos y obligaciones sin importar la filiación de que carecerá con respecto a su padre. La mujer podrá registrarlo ante el Registro Civil como suyo y de padre desconocido, y ella además de otorgarle sus dos apellidos, tendrá la obligación de otorgarle alimentos y reciprocamente subsistirán sus derechos sucesorios.

Respecto al donante del esperma, la Ley permite la investigación de la paternidad, únicamente si la situación se adecúa a alguno de los supuestos del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal; éstos son:

* I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de concepción.

II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre.

III. Cuando el hijo se haya concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre."

Analizando el último supuesto preceptuado en este artículo, nos encontramos primeramente con un principio de prueba, entendiendo por éste: cualquier indicio cierto que pueda conducir a la averiguación de la verdad en un juicio. El principio de prueba podrá estar constituido por el testimonio del alguno de los profesionales de la medicina que hubiesen participado en el proceso de inseminación a la madre. Si a partir de estos principios, pudiera llegar a conocerse la identidad el hombre, cuyos espermias embarazaron a esa mujer, el problema quedaría resuelto, siendo que éste último tendría que otorgar alimentos al menor aunado a que sería declarado legalmente padre del producto, trayendo esto consigo el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la filiación.

En nuestro país no existe disposición legal alguna en la que se encuentre protegido el anonimato de un donador de espermias y mucho menos que el hacer esto de una manera por demás discreta lo releve de alguna obligación derivada de su filiación con el menor. Una gran laguna legal dentro de nuestro derecho familiar; pensamos que es contra natura que el hombre pueda concebir el deseo de donar su material genético sin pensar en llegar a ser padre y mucho menos cumplir con las obligaciones que esto trae consigo, sin embargo con la influencia en nuestro país, proveniente de europeos y anglosajones, no podemos dejar a un lado el que esto llegue a suceder y que el derecho mexicano debe abrir los ojos a la realidad sin querer encerrarse en un caparazón de moralidad social que resultaría obsoleto para las exigencias de vida del hombre actual.

Refiriéndonos a un caso con un grado más alto de dificultad: un amujer casada inseminada de manera heteróloga. Todo lo anterior se complica: en lo referente a la filiación del producto, éste indudablemente será un hijo nacido de matrimonio, para lo que podríamos referir un axioma latino consignado en nuestro derecho vigente: *pater is quem justae nuptiae demonstrat* (padre es el marido de la mujer), hasta que el padre no ejecute alguna acción tendiente a desvirtuar lo anterior y siempre que no hubiese otorgado por escrito su consentimiento.

En México, la única legislación al respecto es la Ley General de la Salud en su artículo 466: "la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad del su cónyuge", norma imperfecta, ya que carece de toda sanción jurídica. Sin embargo en el artículo 417 del mismo ordenamiento jurídico encontramos algunas sanciones administrativas aplicables en caso de violaciones a la ley en cuestión, que podrían ser adecuadas a éstos casos:

I. Amonestación con apercibimiento.

II. Multa

III. Clausura temporal o definitiva de la clínica, que podría ser parcial o total.

IV. Arresto hasta por 36 horas.

En nuestro derecho, cabe como medio de impugnación de la filiación del padre con el producto, solamente los medios de prueba, consignados en el art. 325 del Código Civil:

I. Haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con la madre dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (período legal de la concepción). Ni aún en el caso del adulterio de la esposa se podrá desconocer al hijo, salvo que de éste se le hubiera ocultado su nacimiento al esposo.

Se desprende de lo anterior que aunque el esposo demostrara la existencia de una inseminación artificial sin su consentimiento, si tuvo acceso carnal en el período legal de la concepción, ésto carecerá de importancia jurídica, obligándose éste para con el producto a cumplir con todas las obligaciones que la ley le imponga derivadas de su paternidad, haciéndose esta acreedora a las sanciones mencionadas con anterioridad.

En cuanto se refiere al estado matrimonial de la pareja en estos procesos, omitiéndose el consentimiento del marido para la inseminación de su esposa, es un tema controvertido para el derecho, declarándose en la mayoría de los casos en el mundo, un flagrante adulterio de la mujer.

En nuestra legislación civil, resulta claro que no existe adulterio, aún sin la existencia del consentimiento del marido; en nuestro Código Penal ésta situación no está tipificada como delito, ya que presupone la relación carnal de la esposa con un persona de distinto sexo, además encontramos en el tipo, la exigencia de que "el adulterio haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo" (3). Encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal, en cambio, que esta situación, si bien no configura la realización de delito alguno, puede encuadrar perfectamente en una causal para el divorcio, precisamente en la fracción XI del art. 267: "...injurias graves de un cónyuge para con el otro". Esto traería como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial, mas no disuelve el vínculo de filiación que une a los hijos nacidos dentro del matrimonio con su padre, no pudiendo este último en ningún caso, renunciar al hijo nacido de una inseminación con muestra de un donante.

Reforzando lo anterior, encontramos que en el Código Civil en vigor, preceptúa que "el hijo de una mujer casada, no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo". Cabe hacer mención que el padre no puede desconocer a su hijo sino en el caso de que no haya podido tener acceso carnal con su mujer durante el período legal de la concepción.

Adentrémonos un poco más a los supuestos que podrán llegar a suceder a una pareja sometida a la inseminación artificial....¿Qué sucedería si se fecundara a la esposa viuda con el semen congelado de

su marido fallecido?. La solución aplicable a este cuestionamiento también podrá ser contestada por nuestro Código Civil vigente, donde en su artículo 324 dispone que se presumen hijos de matrimonio nacidos dentro de los 300 días que siguen a la disolución del matrimonio, presunción establecida en nuestra Ley, según el cálculo de probabilidades, extendiendo el cálculo propuesto por los médicos, intentando así dar un margen mayor al término de la legitimidad del hijo.

Actualmente, en México, un hijo que fuese producto de la inseminación de una mujer con semen del marido muerto no sería considerado dentro de los 300 días de que habla la Ley. En consecuencia, de suceder este supuesto, no llevaría el producto el apellido del padre muerto ni tendría tampoco derechos hereditarios sobre el patrimonio del mismo, sólo teniendo derechos sobre la masa hereditaria del de cujus, el hijo que hubiese nacido a la muerte del padre, siempre que éste nazca viable.

Respecto a las soluciones legales que podrían aplicarse para los casos de fertilización in vitro o fecundación extracorpórea, podemos adecuar las mismas que para la inseminación artificial. El hecho de que la fecundación se realice dentro o fuera del útero materno, no cambia nada la legislación aplicable al respecto. Si se trata de una fecundación derivada de la utilización de los gametos de los padres, la situación resultaría demasiado sencilla para establecer el vínculo de filiación entre el producto y el padre, siendo esto fácilmente comprobable; siendo de un donador extraño a la pareja, se entraría a la misma discrepancia existente en la inseminación artificial.

Un aspecto relevante de este método podrá ser la suerte que corren los embriones no utilizados para la implantación en el útero de la madre, qué hacerse con esos embriones, ¿se pueden desechar?, ¿se pueden usar para la conservación y posterior donación? No existe ninguna disposición legal aplicable para el caso concreto. Sin embargo, la Ley General de Salud puede servir para regular la situación jurídica del embrión fecundado mediante este procedimiento.

La ley, a que hacemos referencia, en su título realtivo al "control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos", otorga la Secretaría de Salud, la competencia suficiente para ejercer el control necesario para la disposición de los elementos a que hacemos referencia, entendiendo por la palabra disposición, según consigna dicha legislación en su artículo 314: "... el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación". Vemos en esta disposición cómo es que la Ley regula todo lo relativo al material orgánico de los seres humanos; haciendo este tratamiento extensivo al embrión en lo conducente, ya que en su artículo 349 dice: "para el control sanitario del embrión se estará a lo dispuesto en este título en lo que resulte aplicable, y en las disposiciones reglamentarias, que al efecto se expidan". El embrión se define en esta Ley, como el "producto de la concepción hasta las trece semanas de gestación".

De esta legislación, encontramos especialmente importante su disposición 334, donde se preceptúa: "cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final

será la incineración salvo que se requiera para docencia o investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán conservarlos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salubridad y Asistencia, en los términos de los reglamentos respectivos".

Armonizando los anteriores preceptos, concluimos que en nuestra legislación se encuentra expresamente legislado lo que pudiese ocurrir a embriones declarados "desechos" por no haber sido implantados en el útero materno, siendo su destino final la incineración, salvo que éstos estén destinados a fines docentes o de investigación, para los cuales serán depositados en instituciones docentes autorizadas para tales efectos. La Ley en comento hace referencia en este aspecto al embrión en general sin hacer una distinción específica si se trata sólo del embrión fecundado dentro del cuerpo materno (caso donde se aplica la técnica de adopción de embrión) o también del obtenido en forma extracorpórea. Sin embargo, apliquemos el principio que reza: donde la ley distingue, el intérprete no debe distinguir, por lo que pensamos que la anterior disposición debe considerarse dentro de su aplicación dirigida al embrión concebido de una manera genérica sin distinción a los medios que se tuvieron que llevar a cabo para la fecundación.

Queremos hacer destacar que en nuestro Código Penal no encontramos disposición alguna que tipifique como delito el desecho de un embrión, craso error que personalmente creemos debe ser remediado, debido a que no olvidemos que un embrión es un ser vivo, médicamente hablando y dejando a un lado los principios religiosos que giran en torno al milagro de la vida, valor supremo que una vez incluido en nuestra Constitución como un derecho individual debe protegerse en todas sus fases sin permitir la marginidad solo por la característica de ser únicamente una esperanza de vida muchas veces protegida mediante técnicas médicas sin ser ni siquiera todavía implantado en un útero materno.

Sin embargo, actualmente este tipo no existe y no hay delito sin ley que lo establezca, no existe tampoco en este caso delito de aborto porque siendo el embrión producto de la fertilización *in vitro* no ha existido aún preñez de la madre, requisito indispensable, *sine qua non* del delito no se realiza nunca, además de que en su origen la palabra aborto proviene de la palabra nacer y el *nasciturus* es el que está en el vientre materno.

Hablaremos un poco de la situación jurídica que acontece actualmente en nuestro país en relación al préstamo del útero o maternidad subrogada, ya que no obstante haber obtenido una respuesta negativa al cuestionamiento de si existen en nuestro país personas que presten su útero para estos fines, creemos que seguramente llegarán a existir, y quisiéramos adelantarnos un poco para analizar qué situación se desarrollaría legalmente al respecto.

Este tipo de procreación, supone dos actos teóricamente separables entre sí, aunque prácticamente veremos cómo estos dependen el uno del otro recíprocamente.

1. La mujer proporcionará su vientre para la procreación y hasta el eventual nacimiento de un bebé.

2. Entrega del hijo a la pareja cuya mujer es estéril.

Este método, en nuestra época, francamente no resulta increíble, ya que podemos mencionar como primer antecedente, precisamente la Biblia, de la cual a continuación mencionaremos los diversos versículos que nos dan la pauta de la práctica de éste método:

Sarai, mujer de Abraham no tenía hijos. Pero tenía una esclava egipcia de nombre Agar, y dijo a Abraham: "Mira, --- Yahvé me ha hecho estéril; entre pues, a mí esclava, a ver si por ella puedo tener hijos". Escuchó Abraham a Sarai. Tomó pues Sarai, la mujer de Abraham, a Agar, su esclava egipcia al cabo de -- diez años de habitar Abraham en la tierra de Canán, y se la dió por mujer a su marido, Abraham. Entró este a Agar, que concibió. . . (6)

Parió Agar a Abraham un hijo, y le dió Abraham el nombre de Ismael. (7)

Podemos afirmar terminantemente que esta forma de procreación no está regulada por el derecho mexicano, en cualquier caso, el contrato donde se estipulara este método de concepción artificial siempre estaría fuera del marco jurídico vigente, por lo que no se sabe de ningún caso en que las partes hubiesen ejercitado acción alguna tendiente al cumplimiento forzado de la obligación.

Actualmente varios estudiosos del derecho han intentado que se legisle en razón de estos adelantos médicos, creando un ordenamiento específico para dichos fines, tal es el esfuerzo del maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien ha creado un proyecto fabuloso de Código Civil para el Estado de Nuevo León, donde ha plasmado un avanzado enfoque de cómo debería legislarse la materia, trabajo que por lo interesante y vanguardista de su contenido merece ser comentado en el presente capítulo aunque sea brevemente.

Comenzaremos con analizar lo relativo a la autorización que en este proyecto debe otorgar el Estado para la práctica de la inseminación artificial en el ser humano, lo que nos parece realmente excepcional, debido a que pensamos, tal y como lo hemos manifestado a lo largo del desarrollo de la presente, que este tipo de métodos no deben ser aplicados por cualquier persona, sin tener en cuenta las características que un profesional en la materia, con una responsabilidad tan importante como lo es la de procurar la creación de vida, tiene en sus manos, proponiendo el maestro, sea únicamente permitida ésta práctica a profesionistas con su título registrado en la Institución respectiva para otorgarlos, contar con una cédula profesional y cédula de salubridad, así como comprobar a la autoridad correspondiente que cuenta con estudios especializados en los problemas de infertilidad y esterilidad en la pareja.

También encontramos en el proyecto los requisitos que debe satisfacer la mujer que pretende ser inseminada, que son, entre otros: el presentar su solicitud por escrito al médico del que desea su atención, solicitud obviamente también firmada por el esposo manifestando su conformidad y ratificarla ante el médico, requisitos indispensables para demostrar fehacientemente a nuestro criterio la voluntad de la pareja de llegar a ser eventualmente padres de un hijo concebido por tales medios.

Asimismo, también se hace mención de los requisitos necesarios para la práctica de la heteroinseminación de mujer soltera, quien deberá además de presentar su solicitud donde haga mención de su deseo de utilizar semen de un banco, deberá presentar bajo protesta de decir verdad un certificado de una persona especializada en materia psicológica donde se opine que se considera apta para la maternidad.

Lo más importante, queremos subrayar dentro de este proyecto, es la situación jurídica que guarda la pareja con el producto, o bien, la filiación del producto en cualquiera de las formas de inseminación que dé origen a su fecundación, para con sus ascendientes: el descendiente engendrado por mujer casada o en concubinato, tendrá los mismos derechos que un descendiente consanguíneo, siempre y cuando éste fuese engendrado con autorización del esposo o concubino.

Si el producto fué engendrado por heteroinseminación sin la autorización del marido o concubino, la mujer conservará todos los derechos derivados de su maternidad. En cuanto al esposo o concubino de su madre: si este no desconoce al producto dentro de los seis meses siguientes contados a partir de su nacimiento, será considerado como si tuviera los mismos derechos que cualquier descendiente consanguíneo, sin embargo, si dentro de esos seis meses el esposo o concubino repudiare el producto, éste no estará ligado por parentesco alguno con él. Pensamos que con éste precepto, el maestro Gutiérrez y González quiere otorgar una segunda oportunidad al padre o concubino de la madre para recoger a un producto dentro del ámbito de los derechos y obligaciones que la paternidad presupone, toda vez que, si sabiendo a su mujer encinta no acepta dicho embarazo, una vez nacido el producto y enternecido con la presencia de un ser humano indefenso, pudiera aceptarlo como hijo propio, lo que sería en último caso un intento desesperado por el legislador de no permitir que niños nacidos bajo estas circunstancias queden al desamparo de un cariño y de un patrimonio que les permita ser seres humanos deseados y productivos para la Sociedad.

También se consideró en el proyecto, el vínculo que pudiese existir entre el producto y el tradens, término otorgado por el maestro al donador del semen, indicando que entre ellos no existiría vínculo jurídico alguno que los una siendo éstos independientes entre sí.

En lo referente a la fertilización in vitro, las relaciones familiares que deberían establecerse serían muy similares a las ocurridas en la inseminación artificial; si se concibió al producto por autoinseminación in vitro, es decir, mediante la utilización de los gametos de sus padres, los mismos derechos que un descendiente consanguíneo; si fué concebido por heteroinseminación ya sea con óvulo de la esposa o concubina o solo con el espermatozoide del marido o concubino, con la autorización de ambos, tendrá todos los derechos de un descendiente consanguíneo.

Existe un caso especial dentro de éste método, aquél donde se concibe al producto implantando en el útero de una mujer que no dió el óvulo y el espermatozoide no pertenece a su marido, siendo esto realizado mediante el consentimiento de su esposo, en este caso el producto tendrá los mismos derechos que un descendiente consanguíneo, si por el contrario el embrión se implantó en mujer casada o concubina sin autorización de su esposo, éste tendrá el mismo término que en la heteroinseminación para desconocerlo (6 meses), de lo contrario será considerado legalmente como padre del producto.

Después del somero análisis del proyecto en cuestión, nos percatamos que si existen antecedentes aislados que nos permiten constatar los intentos de algunos estudiosos del derecho por reglamentar este tipo de materias que entrañan una revolución psicológica, social y cultural de la familia en nuestro país, institución tan arraigada y estrictamente tutelada por normas morales que han impedido incluso el establecimiento de influencias extranjeras que pudiesen dañarla de alguna manera.

Tristemente notamos que las técnicas médicas de que hablamos no son recientes, ya han tenido varios años de aplicación sin haberse legislado al respecto, teniendo que buscar preceptos que pudiesen adecuarse al caso concreto sin haber sido creados específicamente para tal fin.

Recordamos las palabras del maestro Gutiérrez y González al referirse a su proyecto, esperando que muy pronto nuestros propósitos se conviertan en una hermosa realidad: "No es posible que un Código Civil moderno, para el siglo XXI, aunque empiece a regir en este siglo XX, pueda descenderse de los avances de la Biología y sus repercusiones en el ser humano". (8)

- (1) Cátedra 1992, Lic. Magdalena Hernandez Valencia.
- (2) Entrevista con el Dr. Hugo Bustos, Instituto Nacional de Perinatología.
- (3) Investigador Titular "A" adscrito a la Unidad de Reproducción Asistida del Centro de Fertilidad de México, S.A. de C.V., catálogo de donadores, "semien congelada (sic) de donadores anónimos".
- (4) C.C.D.F., Art. 147.
- (5) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, et. al: Código penal Anotado, 15a. ed. Porrúa, 1990, México, p. 662.
- (6) Biblia Sagrada: Génesis 16 al 4
- (7) Biblia Sagrada: Génesis 16:15
- (8) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO: "Anteproyecto de Código Civil de Nuevo León, p. 250

CAPITULO IV

PROYECTO DE CONTRATO PARA LA REGULACION JURIDICA DE LOS METODOS DE CONCEPCION ARTIFICIAL EN MEXICO

Todo cambio que ocurre en el medio ambiente en el que se desenvuelve el hombre y tiene repercusiones sustanciales en su forma de vida, no puede ser desapercibido por el derecho, por lo que consideramos que éstas innovaciones técnicas, referidas al campo de la procreación, deben ser también tuteladas jurídicamente, dejando a la salvaguarda los derechos de las partes que en él intervengan y sobre todo protegiéndose de una manera por demás especial al producto de la concepción, en todas sus fases de crecimiento y hasta su eventual llegada al mundo.

Proponemos en virtud de lo expuesto, que dichas técnicas sean reguladas por medio de la creación de un contrato al que deberán sujetarse las voluntades de las partes que en cada proceso intervengan y para el que efectivamente sea necesaria dicha forma de regulación jurídica.

Si bien es cierto, que para algunos parecería innecesaria la implementación de dicha figura, en el momento de desarrollo en que se encuentran las técnicas de concepción artificial en nuestro país, donde aún no se practican aquellas donde es necesaria la participación de un tercero ajeno a la pareja al que no le sea posible dejar en el anonimato su identidad, si han comenzado a utilizarse clínicas de fertilidad donde se pone a disposición de la pareja, muestras de semen en congelación con el propósito de ser vendidas a la pareja, cuando el marido es estéril; por otro lado y siendo que ya se han comenzado a practicar en consultorios particulares, inseminaciones artificiales, porqué no pensar que debido a la existencia de un inadecuado control de las técnicas que se utilizan en México y que se practican en Instituciones Públicas y Privadas incluso con pabellones dispuestos específicamente y con autorización para tales fines, efectivamente se ha llevado a cabo v.gr. el método de madres incubadoras, lo que nos hace decidirnos a proponer un contrato específico para los métodos que se conocen en la actualidad en los que es necesaria la participación de un tercero ajeno a la pareja, para no quedarnos en la retaguardia de la evolución médica que avanza, de verdad, a pasos agigantados.

4.1 EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

Para hablar del contrato como una fuente de las obligaciones, primeramente consideramos necesario explicar qué son realmente estas también denominadas, derecho personal así como los elementos que las componen.

En el derecho romano, la obligación fué entendida como "el vínculo jurídico que nos constriñe con la necesidad de entregar alguna cosa en favor de otro: Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendas rei secundum nostras civitatis iura". (1)

Dicho concepto clásico ha prevalecido hasta nuestros días, entendiéndose por esta figura , en otras palabras, como el vínculo jurídico establecido entre dos o más personas de las cuales una de ellas se denomina deudor y debe observar una cierta conducta consistente en un dar, hacer o no hacer, hacia otra llamada acreedor quien puede exigirla del primero.

Son tres los elementos esenciales de toda obligación:

- a. Sujetos o personas aptas para obligarse, así como para ser titulares de derechos, también se les denomina sujeto activo (acreedor) y sujeto pasivo (deudor).
- b. Objeto. Es el contenido de la conducta del deudor que se traduce en un dar, hacer o no hacer.
- c. Relación jurídica. Es el vínculo jurídico que ata a los sujetos entre sí.

Todas las obligaciones nacen de un hecho sea este natural o del hombre, este último también llamado acto jurídico, a los que el derecho asigna la misión de generar derechos y obligaciones.

En todo acto jurídico, encontramos una manifestación de la voluntad, representada por la exteriorización de un propósito que puede ponerse de manifiesto mediante la declaración de la voluntad, o bien, por actos que revelen inequívocamente la intención del sujeto de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Ahora bien, los hechos jurídicos, en un sentido amplio, se clasifican en hechos jurídicos en sentido estricto y actos jurídicos, esto es, el hecho es el género y el acto la especie.

El Código Civil para el Distrito Federal designa enunciativamente a las llamadas fuentes de las obligaciones:

1. Contrato
2. Declaración Unilateral de la Voluntad.
3. Enriquecimiento Illegítimo.
4. Gestión de Negocios
5. Hecho Ilícito
6. Riesgo Profesional.

4.2 DIFERENCIAS ESPECIFICAS ENTRE CONVENIO Y CONTRATO.

Para poder analizar la naturaleza jurídica del contrato, primeramente lo debemos clasificar como un acto jurídico, esto es, la manifestación de la voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas.

Surge por un acuerdo de voluntades entre las partes, con la intención de que éstas determinen las obligaciones y derechos que repercuten en la esfera de los contratantes.

El Código Civil en el artículo 1792, dispone:

" Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". (2)

El mismo Código en su artículo 1793, establece que:

" Los Convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos." (3)

De donde resulta que el contrato es un acuerdo de dos o mas voluntades con el propósito de crear o transferir derechos u obligaciones; como ya se mencionó anteriormente, el contrato es una especie de convenio.

4.3 PROYECTO DEL CONTRATO PARA LOS METODOS DE CONCEPCION ARTIFICIAL.

Durante mucho tiempo, la ciencia no se atrevió a entrar en los modelos de funcionamiento familiar respetando ante todo la supremacía y el lugar tan importante que guarda esta dentro de la formación social, sin embargo, y a pesar de que el fundamento sigue siendo el mismo, la forma se nos presenta diferente, el adelanto científico y tecnológico en el área de la Genética y la Reproducción traen consigo cambios y reacciones que el derecho debe advertir y regular.

El contrato del que hablaremos a continuación, probablemente no exista en su totalidad reproducido en el mundo, puesto que es una creación que trata de conformar en un solo acto jurídico métodos especialísimos que si bien si han sido practicados mundialmente, cada país ha buscado el ordenamiento más adecuado para su regulación jurídica que es precisamente lo que intentamos conseguir: un contrato que se adecúe a las necesidades que nuestra sociedad requiere frente a la ciencia, un contrato que brinde unidad familiar, respeto a nuestras tradiciones y cultura y que brinde una esperanza de amor a miles de seres que requieren de ella para lograr trascender y alcanzar la felicidad mediante la procreación.

Proponemos el contrato en cuestión para una forma específica de procreación artificial: útero subrogado, toda vez que en esta interviene un tercero ajeno a la pareja de quien también se requiere de su consentimiento para la ejecución del método, además de que es difícil guardar en el anonimato su identidad.

4.3.1. CLASIFICACION DEL CONTRATO.

Para poder entender mejor este contrato, tenemos que estudiar su clasificación jurídica tanto doctrinaria como de derecho positivo.

- 1) En un contrato bilateral, ya que atendiendo al momento en que se forma, constituye un acuerdo de voluntades que dan nacimiento a derechos y obligaciones recíprocos (art. 1836), tanto la pareja como el tercero se obligan mutuamente y de estas obligaciones emanan derechos recíprocos.
- 2) Es un contrato oneroso, toda vez que impone derechos y gravámenes recíprocos entre las partes (art. 1837). Existen contratos en los que el móvil principal es una razón altruista, este es el caso clásico cuando el tercero no es del todo desconocido para la pareja pudiendo éste ser incluso un familiar que se presta para la ejecución de la técnica. En éste último caso, estaremos frente a un contrato gratuito, sin olvidar que el acuerdo sobre una compensación derivada de la ejecución del mismo, se da en la mayoría de los casos.
- 3) Dentro de los contratos onerosos, podemos decir que es un contrato conmutativo porque los derechos y gravámenes son conocidos y ciertos desde el momento de la celebración del contrato y la extinción es a la conclusión del mismo. (art. 1838).
- 4) Consideramos a este contrato, con un contrato formal, obviamente a partir de su inclusión en la ley correspondiente, toda vez que actualmente tal disposición no deriva de ninguna ley existente. Esta formalidad debe ser un elemento de validez. Este precepto encuentra su fundamento en la afirmación de

que la voluntad tanto del tercero como de la pareja se asienten por escrito. Este contrato será una guía para las partes en el cuál se delinearán sus responsabilidades así como la delimitación de lineamientos legales que regirán al contrato en caso de presentarse cualquier controversia y por lo tanto cada una de las partes sabrá cuando ha incurrido en responsabilidades civiles o criminales.

Para que la pareja pueda reclamar al tercero una conducta determinada o viceversa, ésta debió haber estado prevista en el contrato y solamente estando escrito el contrato pueden llegar a exigirse tales conductas.

5) Es un contrato principal, toda vez que su existencia en la vida jurídica, no depende de la existencia de un contrato anterior.

6) Es un contrato de tracto sucesivo, ya que perfeccionando el acto, este no concluye, sino que las partes se hacen prestaciones periódicas hasta la extinción del mismo. El padre natural y su esposa están obligados a efectuar en favor del tercero una especie de erogaciones pactadas durante el periodo de gestación y hasta el nacimiento del niño, así como el pago de la compensación según se haya pactado.

7) Es un contrato "intuitu personae". El tercero que intervenga en la ejecución de la técnica de concepción artificial debe ser una persona específica debidamente identificada por las partes y electa como compatible para la participación en el proceso de entre un determinado número de propuestas y de no ser ella, el contrato no se cumple.

8) Consideramos que este contrato es de prestación de servicios remunerados, cuyo objeto se divide en las siguientes fases:

a. Que el tercero que intervenga en la técnica que necesariamente deberá ser una mujer, según lo hemos planteado en el desarrollo de la técnica para la que proponemos la creación del presente contrato, sea inseminada.

b. Que cargue en su vientre al producto los nueve meses de gestación; y que no presente objeción alguna, para consentir, una vez nacido el producto, otorgarlo en adopción a la esposa del padre natural, consentimiento que emite al momento de firmar el contrato.

De estas dos fases, constitutivas del objeto de nuestro contrato, la segunda de ellas está sujeta a una condición suspensiva, toda vez que si la madre incubadora decide conservar al niño desembocará en un incumplimiento del contrato. En caso de realizarse dicha condición hará exigible el contrato y lo dará por terminado.

Este contrato, no es de los clasificados como traslativos de dominio, toda vez que no se está vendiendo al producto de la concepción ni mucho menos transmitiendo su propiedad a cambio de una contraprestación pecuniaria, simplemente, se entiende que la mujer participante como un tercero ajeno a la pareja no está presentando, al momento de contratar, objeción alguna para la cesión del bebé dando por cumplida la condición suspensiva de la que hablamos anteriormente.

El objeto de este contrato, es la prestación de un servicio, el cual tiene como finalidad proveer a una pareja infertil de un hijo que por medios naturales no pueden tener. Reiterando que este contrato, solo podrá cumplirse si es cedido el bebé una vez nacido y acto continuo se tramitara un proceso de adopción por la mujer infertil o bien si permite el tercero la implantación del embrión en el útero de la mujer infertil desligandose completamente del futuro de éste.

La adopción viene siendo una consecuencia jurídica del contrato. El nacimiento del producto marcará el inicio de la condición suspensiva, donde la madre natural podrá presentar impedimentos para la correcta consumación del mismo.

Consumada la condición suspensiva, se procederá a la adopción del niño por parte de la mujer infertil y pasando a formar parte de una nueva familia, extinguiendose así la relación contractual entre las partes.

No olvidemos que también se puede dar el caso de que la mujer infertil no desee adoptar al bebé una vez nacido, siendo esto posible en el caso de que la pareja se divorcie una vez concluido el ciclo; caso en el que pasarán a ser padres legales del hijo el padre y la madre natural, sin poder en ningún momento alegar la mujer infertil como causal de divorcio la infidelidad de este por tener un hijo fuera de matrimonio estando casado con ella, por razones obvias a las expuestas en el presente capítulo.

Ahí nos encontramos con otra condición suspensiva, el hecho de que la mujer estéril presente algún impedimento para la adopción del producto o del embrión, desligandola a ella de cualquier responsabilidad en relación con el bebé, caso en el cual también estaremos frente a un incumplimiento del contrato.

De no cumplirse las condiciones suspensivas a que está sujeto el presente contrato, las obligaciones y derechos emanados del mismo, si se habrán realizado, toda vez que la madre natural no solo acepto sino que se sometió físicamente a la inseminación, se erogaron gastos a su favor y a la vez realizo y permitió que realizaran en ella ciertos cuidados e intervenciones con el propósito de cuidar en la medida de lo posible, la consecución de un saludable y efectivo nacimiento del producto, sin embargo, no se habrá cumplido la segunda fase del objeto en su totalidad, es decir, la adopción. Al no cumplirse el objeto, no se cumple el contrato, pero si de dicron consecuencias del derecho no derivadas del mismo; el contrato si existió y creó situaciones para las partes no derivadas del mismo.

Siguiendo una clasificación doctrinaria, podemos decir que es una condición potestativa, toda vez que su cumplimiento depende de la voluntad de una de las partes, aunque no exclusivamente de ella, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 1944 del Código Civil que dice:

"Cuando el incumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula." (4)

Aquí no es exclusivamente voluntad ni de la madre natural ni de la mujer infertil, la condición a la que hacemos referencia, sino que también intervienen otros especialistas que intentarán por todos los medios que la madre natural no forme lazos afectivos con el producto, evitando que esta impida la realización del objeto de este contrato.

En cuanto al proceso de adopción con que culmina la favorable realización del contrato, podemos decir, que de ser esto llevado a cabo, el producto será adoptivo para la mamá y natural para el papá, si no existe la adopción por ser el producto retenido por la madre natural y su esposo, a menos que este último niegue la paternidad y el padre natural la reclame.

No podemos perder de vista que situaciones como las anteriores, perjudicarán gravemente al bebé en su sentimiento de pertenencia a un grupo familiar determinado, el porqué su madre gestadora ya no lo es más a partir de su nacimiento, porque no lo cedió a una madre infertil que esperaba ansiosa su nacimiento, etc. La mejor manera de evitar lo anterior, lo será si las partes se someten rigidamente al compromiso generado por ellas mismas recíprocamente en el contrato, siempre teniendo como principal objetivo, el bienestar y mejor interés del niño.

4.3.2. DENOMINACION DEL CONTRATO Y DE LAS PARTES.

Son varias las denominaciones que podemos dar a este contrato toda vez que probablemente en un futuro este pueda ser ampliado a otros métodos de fertilización artificial, lo que nos indujo a buscar un nombre que pudiese abarcar varios métodos de una sola vez sin necesidad de llamar a cada uno categóricamente por el nombre de la técnica a utilizar, siendo que en pocos años quizá habría decenas de contratos muy parecidos en su fondo y diversos en su forma.

El nombre que daremos al contrato será Contrato de Fertilización Asistida.

Para efectos de interpretación del contrato de fecundación asistida, pensamos que el nombre que se otorgue a las partes contratantes, debe ser el menos rebuscado posible, por el contrario establecido mediante términos previamente existentes en el lenguaje coloquial, no olvidar que este contrato intentamos que sea manejado y comprendido en su totalidad por profesionales de la medicina y en general por cualquier persona que requiera de estos métodos.

La clasificación de las partes es la siguiente:

PAREJA.- Al hombre y mujer unidos bajo cualquier nexo (matrimonio, concubinato, unión libre) que acuda ante la Institución o médico que cubra los requisitos requeridos por la Secretaría de Salud en la práctica de estos métodos, para solicitar la práctica de alguno de las técnicas de concepción artificial aplicables en nuestro país.

Esta definición se utilizara en caso de que el esposo resulte también infertil o estéril, para lo cual se tendrá que utilizar semen de un donador anónimo, en caso contrario, se utilizaran las siguientes denominaciones para cada uno de ellos por separado:

MADRE NATURAL.- A la mujer que previa aplicación de las pruebas y exámenes tanto médicos como psicológicos requeridos sea elegida apta para prestar su útero, cargar durante nueve meses al embrión o bien, durante el tiempo que dure el método de concepción artificial a utilizarse, contra la entrega de un precio justo o bien gratuitamente, si así lo estipulan las partes.

PADRE NATURAL.- Al hombre unido a la mujer infertil bajo cualquier nexo, que aporte su semen para lograr la inseminación artificial de la madre natural.

MADRE LEGAL.- A la mujer unida al padre natural bajo cualquier nexo, quien da su consentimiento para la práctica de la técnica elegida y además se compromete a adoptar al producto de la concepción una vez este hubiese nacido.

Hacemos notar que esta definición, la pusimos adelantándonos a los hechos, puesto que antes de la adopción, la esposa del padre natural no es la madre del producto en forma alguna, sin embargo y pese a que este contrato puede ser sujeto a incumplimiento por parte de cualquiera de los sujetos, pensamos utilizar el vocablo madre, toda vez que es efectivamente lo que busca ella al someterse a esta técnica, el lograr la descendencia, y el termino "legal" para diferenciarla de la natural.

PADRE LEGAL.- Al hombre unido a la madre natural bajo cualquier nexo, quien deberá dar su consentimiento para que su pareja se someta a la inseminación artificial.

En caso de que el padre natural se vea imposibilitado para inseminar a la madre natural será necesaria la utilización de semen de un donador para lo cual será suficiente con el consentimiento de la pareja para la utilización del mismo sin ser requerida la comparecencia del donador para la celebración del contrato.

Asimismo, consideramos necesario que en las declaraciones de las partes se haga constar la comparecencia del médico practicante a la celebración del presente contrato, en la que conste su aceptación para aplicar la técnica con la probidad necesaria, así como hacer constar que cubre todos los requisitos indispensables para lograr tal fin. Asimismo es necesario que siendo que el médico es quien al

final de cuentas conocerá la historia clínica de los participantes se obligue en el mismo a inscribir el contrato en el registro especializado que propondremos mas adelante con todas las constancias requeridas para tal efecto, evitando dejar esta obligación a las partes quienes no consideramos sean delegados idóneos para desempeñar tal actividad.

Pensamos que con la denominación de las partes contratantes que acabamos de hacer, será suficiente para su aplicación a nuestro contrato con base en el método de fertilización asistida actual para el que será aplicable el mismo.

4.3.3 ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Para que exista este contrato dentro de la vida jurídica, se precisa de dos elementos:

- a. Consentimiento y
- b. Objeto.

El consentimiento, es un elemento imprescindible en este contrato, la madre natural debe emitir su voluntad por escrito, expresando que acepta:

1. Someterse al procedimiento de inseminación artificial;
2. Respetar todas y cada una de las restricciones médicas;
3. Respetar en su totalidad las estipulaciones pactadas en el contrato;
4. Ceder los derechos parentales al momento de alumbramiento;
5. Entregar al bebé al nacimiento y no reclamar derechos posteriores sobre él;

Es necesaria a su vez, la voluntad del marido de la madre natural aprobando el ingreso de su esposa en la técnica, asumiendo desde luego, todas las consecuencias que esto implica y también aceptando el no reclamar la paternidad del niño nacido de su esposa, entrando de este modo el producto a ser hijo nacido en matrimonio. Esto con el fin de que el padre natural pueda reclamar la paternidad del niño y más tarde su esposa lo pueda adoptar.

Asimismo, deberá presentarse por escrito, la voluntad de la pareja solicitante del servicio, aceptando el padre natural:

1. Participar en un proceso de inseminación artificial;
2. Nacido el bebé, reclamar la paternidad del niño;
3. Cumplir con las estipulaciones pactadas por las partes en el contrato.

La esposa del padre natural, se comprometerá a la adopción del producto una vez nacido este bajo las condiciones que fueren.

El consentimiento formado por estas voluntades es el primer elemento de existencia del contrato, independientemente de esto, el médico elegido para la ejecución de la técnica deberá actuar con honestidad y probidad, respetando todas y cada una de las directrices médicas indicadas para el caso en particular, indicando a la pareja toda la información relativa a la ejecución de la misma técnica en casos similares, estadísticas de éxito y fracaso, y lo que nosotros consideramos más importante, que acredite ser un médico ginecobstetra con su cédula profesional registrada en la Secretaría de Salud, con estudios revalidados ante la Secretaría de Educación Pública y con los conocimientos y práctica suficiente y demostrable para realizar la técnica que la pareja pretende.

Las declaraciones anteriores, deberán hacerse constar dentro del contrato no entendiéndose esto último como una voluntad que necesariamente deberá constituir el consentimiento sin el que no podría existir el contrato, toda vez que siendo este, como ya se dijo con anterioridad, un contrato intuitae personae únicamente será celebrado por los interesados personalmente.

Se necesita que las voluntades exteriorizadas, sean: reales, serias y que tengan un contenido determinado. (5)

Las partes tienen completa libertad de aceptar cualquier disposición simple y cuando esta sea lícita, no contravenga el orden común ni las buenas costumbres, y siempre estén encaminadas a satisfacer el mejor interés del producto.

OBJETO

El objeto de este contrato es la prestación de un servicio que brinda la madre natural a la pareja solicitante. Este objeto que se forma de obligaciones de hacer, lo podemos dividir en tres fases:

- a. Someterse la madre natural al proceso de inseminación artificial;
 - b. Cargar al concebido en su propio vientre los nueve meses del periodo de gestación y hasta el eventual nacimiento del bebé.
 - c. No reclamar al niño una vez nacido o expresar antes de que esto ocurra el deseo de conservar al bebé.
- Esta fase, como ya lo mencionamos anteriormente es la que estará sujeta a la condición suspensiva.

La prestación de éste servicio, debe llenar los requisitos que nos menciona el Código Civil en su artículo 1827 para tales efectos:

El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible ;

II. Lícito.

El hecho debe ser tanto física como jurídicamente posible y esto sucede cuanto va de acuerdo a las leyes de la naturaleza y las leyes jurídicas de orden público, según lo dispone el art. 1828 del Código Civil.

En cuanto se refiere a la posibilidad física del objeto del contrato, podemos decir que esta se presenta efectivamente, toda vez que la madre natural presta un servicio cuya finalidad es darle la oportunidad a una pareja infértil de tener un bebé que tenga por lo menos con uno de los cónyuges un nexo sanguíneo.

En cuanto a la posibilidad jurídica, también mencionada por el artículo 1828, vemos que no existe forma jurídica alguna que prohíba la realización del contrato, fundamentándose en el principio desprendido de nuestro sistema jurídico que reza: "lo que no está prohibido, esta permitido". Este contrato se mueve dentro del ámbito de lo potestativamente lícito que le ha dejado el legislador, pero que la ley puede, llegado el caso, restringir o aumentar dentro de dicho ámbito. (6)

En cuanto se refiere a la licitud del objeto de contrato, esta la analizaremos dentro de los elementos de validez del mismo.

4.3.4 ELEMENTOS DE VALIDEZ

El artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, preceptúa lo siguiente:

"El contrato puede ser inválido"

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece. (7)

Una vez enunciados los elementos de validez, analizaremos cada uno en función del contrato de Fertilización Asistida.

I. CAPACIDAD

La mujer que acepte ser inseminada deberá tener capacidad de goce y de ejercicio. No estar en ninguno de los supuestos de incapacidad mencionados por la ley en su artículo 450 del Código Civil. Por tratarse de un tipo de contrato tan especial como este, no sólo consideramos necesaria la capacidad que se exige para un desarrollo sexual adecuado de las personas como sería la pubertad, sino también una madurez física y mental y una especial preparación psicológica para poder someterse a este procedimiento. Esta madurez y preparación serían determinadas por los médicos y psicólogos encargados de la selección de estas mujeres, fundamentándose en los estudios que se exigen como requisito importante para el ingreso al programa.

Consideramos que siendo un contrato de especial naturaleza deberá tener la madre incubadora una capacidad especial. Proponemos que sea necesario que esta mujer sea casada, unida en concubinato o unión libre y que por lo menos haya tenido un hijo. Estas limitaciones las fundamentamos en el sentido de que esta mujer al sentirse unida a un hombre con el que forme su propia familia, sentirá el gusto de poder engendrar con él hijos propios y por lo tanto le será más fácil entender la desesperación de aquella pareja que busca por medio de ella la realización de un sueño común: un hijo aunque sea unido genéticamente solo a uno de ellos.

Por otra parte, el hecho de que ésta mujer haya engendrado antes de someterse a la técnica un hijo propio, le permitira tener una vision más amplia de cuales serán los riesgos que corra durante el embarazo, lo que la hará si no una "experta" en procreación y alumbramiento si una mujer con una experiencia anterior que le permita someterse mas conscientemente a esta técnica.

Por otra parte consideramos que la mujer que acepte someterse a éstas técnicas deberá tener una edad promedio entre los 25 y los 35 años, toda vez que se considera medicamente hablando que éste período es el más fértil de toda mujer sana, lo que permitirá que al momento de la inseminación sea más fácil conseguir la concepción del producto sin recurrir a varios intentos que pudieran resultar molestos para ella. Queremos hacer notar que en modo alguno consideramos éstas edades requisitos deseables para las mujeres que deseen ser sometidas a éste tipo de procedimiento basandonos en una supuesta madurez de la mujer para entender los alcances de su actuación en el mismo, ya que consideramos que la madurez es diferente en cada persona y se relaciona mucho con las experiencias vividas, lo que nos impediría saber a ciencia cierta realmente qué mujer se encuentra madura para su sometimiento a éstas técnicas.

El padre natural deberá tener capacidad de goce y de ejercicio. Deberá tener asimismo la aprobación de los médicos para la ejecución de la técnica que desee utilizar tomando en cuenta en éste aspecto, que él no se encuentre impedido para inseminar a quien será la madre natural del hijo, caso en el que será necesaria la ayuda de un donador de semen para lograr inseminación de la madre natural.

Asimismo, consideramos necesario que el padre natural este unido a la mujer estéril ya sea en matrimonio, concubinato o unión libre, y obviamente que efectivamente ella sea infértil o incapacitada

por cualquier otro medio para procrear un hijo propio, toda vez que de no ser así no entenderíamos el deseo de éstos para someterse a la técnica. La esposa del padre natural deberá tener capacidad de goce y de ejercicio, requeridas por la ley para la celebración de cualquier acto jurídico.

II. FORMA

La única formalidad que exige éste contrato es que conste por escrito.

III. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

El error, dolo, violencia y la lesión son muy difíciles que condicionen a las partes a la celebración de este contrato, toda vez que es necesario para las partes someterse a un serie de estudios médicos y psicológicos que determinarían la disponibilidad y posibilidad de participación en tal programa, además de la información recibida por parte de sus asesores tanto en el campo de la medicina como en el del derecho, de tal suerte que si alguno de los asesores participan en la consumación de algún vicio de la voluntad, incurriría en una seria responsabilidad profesional, y por consiguiente el contrato sería declarado nulo.

IV. LICITUD

Debemos entender la licitud desde dos puntos de vista:

- a) objeto lícito;
- b) fin o motivo lícito.

Nuestro derecho positivo entiende la licitud como todo aquello que va conforme a las leyes, el orden público y las buenas costumbres.

El contrato que proponemos, da libertad a las partes para pactar las cláusulas que les convengan con la única limitante de no contravenir las disposiciones de orden público y las buenas costumbres. Las disposiciones de orden público siempre estarán fundamentadas en la protección y mejor interés del niño, así como en proteger y velar por la conservación de la unidad familiar.

El lic. Ramon Sánchez Medal define a las buenas costumbres como:

"..... las directivas y los conceptos morales en que se inspira nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el sentir común de las personas equilibradas, intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sereno." (8)

El Lic. Gutiérrez y González nos dice que las buenas costumbres son:

"El conjunto de hábitos prácticos e inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar o momento determinado y a las cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no el acto." (9)

Por lo anterior, juzgamos que este contrato no va en contra de las buenas costumbres, ya que éstas son consecuencias cambiantes de una época a otra y de pueblo en pueblo, así como lo es el Derecho en función de los cambios tecnológicos y necesidades sociales; y con un amplio entendimiento del contrato, sus fines y consecuencias, podemos concluir que el beneficio de las partes es el principal móvil de dicho acto jurídico.

El objeto no es ilícito porque toda mujer tiene derecho a desarrollar su maternidad, y en éstas prácticas consideramos no se está perdiendo ninguno de los valores que encierran la concepción de un niño.

No se está comerciando ni mucho menos traficando con la vida humana, lo que no implica una afrenta a la sociedad en general. El motivo principal de las partes al contratar, lo es proveer a una mujer infértil de un hijo que será parte del afianzamiento de lazos familiares, dando cumplimiento a uno de los principales fines del matrimonio: la procreación. Esto último confirma la postura de que dicho contrato no va en contra de las buenas costumbres y reafirma, como ya se dijo anteriormente lazos que no pueden pasar desapercibidos para dos seres que se unen con el propósito de formar una vida en común y es el producir descendencia, orgullo de todo hogar feliz.

4.3.5 AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

En todo contrato, se presume que las partes libremente acudieron a establecer recíprocamente derechos y obligaciones en torno a una situación jurídica propuesta, esto siempre y cuando procedan de una forma lícita y además que propongan un objeto posible, esto es, el principio de la posibilidad o de la licitud son las únicas limitantes a la autonomía de la voluntad de los contratantes, respetando ambas limitaciones, las partes podrán crear toda clase de derechos y obligaciones.

El mejor interés del niño, su bienestar, su seguridad física y económica y su sano desarrollo en la vida diaria constituyen el elemento primordial, determinante del orden público y principal limitante de la autonomía de la voluntad para contratar en éste caso de tan especial magnitud.

Es aquí donde radica la intervención del Estado, ya que de no ser respetados los lineamientos antes expuestos, inicia con su actividad, porque la seguridad social es una necesidad en presencia de la imposibilidad en que se encuentra la familia moderna de poder garantizar la seguridad de sus miembros, pero debe ser siempre un auxiliar de la familia; debe respetar los principios fundamentales. La función de la seguridad social, lo mismo que la del Estado, no es sustituir a la familia, sino ayudarla a cumplir su misión.

4.4 OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES.

4.4.1 OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA MADRE NATURAL

Para que la mujer que vaya a desempeñar dentro del proceso de fertilización asistida el papel de madre natural, sea acreedora de los derechos y obligaciones que el presente contrato implica, debe llenar previamente los requisitos médicos y psicológicos necesarios para su sometimiento a dicha técnica. Una vez habiéndose aprobado dichos exámenes, se procede a exigir que ésta haya tenido por lo menos un hijo sin embarazo riesgoso, antes de la celebración del contrato, tal y como lo mencionamos en el capítulo dedicado a los elementos de validez.

Además de éstas obligaciones impuestas a la madre natural, en forma enunciativa tenemos las siguientes:

1. Ser inseminada artificialmente con el semen del marido de la mujer infértil o bien cuando esto sea imposible, con semen de un donador perfectamente analizado, garantizando la exclusión de enfermedades contagiosas a la madre o al producto.
2. Cuidar de la salud del producto, así como de su persona.
3. No fumar, ingerir alcohol, drogas u otro medicamento que pudiese perjudicar al producto o bien a ella misma, sin la autorización del médico.

4. Visitar al médico regularmente, cumpliendo al pie de la letra las especificaciones y cuidados recetados.

5. Someterse a un exámen médico prenatal.

6. En caso de ser pactado así por ambas partes, someterse al procedimiento de amniocentesis, procedimiento por el cual se puede detectar cualquier anomalía en el feto;

En el caso de que éste estudio resultase positivo, nos enfrentaríamos frente a una cuestión bastante delicada de conducta:

La madre natural, a pesar de que sabe que el bebé viene deforme, se niega a abortarlo, lo que conlleva a asumir todos los riesgos que tal decisión implica, dando por terminado desde ese momento el contrato, a menos que aún con éstas deficiencias la esposa del padre natural decidiera seguir adelante concluyendo con la adopción del bebé.

7. No provocarse el aborto conscientemente a menos que el médico que practicó la inseminación lo considere conveniente con el propósito de preservar la salud de la madre.

8. Abstenerse de formar una relación madre-hijo con el concebido.

9. Asumir todos los riesgos que implica la concepción y el embarazo.

10. Después del parto, ceder los derechos parentales que la ligan al bebé, a la pareja adoptiva, así como dar su consentimiento al padre natural sobre la custodia del niño. El consentimiento o aprobación legal entre el padre y la madre natural sobre la custodia del niño se centra principalmente en el consentimiento de ésta última. Al respecto son tres los factores que se deben considerar:

- a. naturaleza del consentimiento (que es lo que la madre natural acepta hacer)
- b. calidad del consentimiento (bajo qué circunstancias se dio tal consentimiento); y
- c. la viabilidad para revocar tal consentimiento (bajo qué circunstancia se permitirá la revocación).

A continuación, explicaremos brevemente cada uno de estos tres incisos:

a) Naturaleza del consentimiento: Este consentimiento se otorga en el sentido de autorizar la adopción y conceder la custodia al padre natural. A este respecto, es importante que dicho consentimiento se otorgue en el contrato, a efecto de evitar posteriores arrepentimientos una vez nacido el niño o bien efectuada la concepción.

b) Calidad del consentimiento: es de vital importancia, evitar la comercialización y la actividad lucrativa, esto es, en el mismo contrato deberán quedar estipuladas las contraprestaciones recíprocas de las partes, mismas que no podrán variar sino mediante un acuerdo entre las partes una vez concluido el mismo.

c) **Revocación del consentimiento:** aquí la pregunta importante es considerar el hecho de que una vez firmado el contrato, y emitido el consentimiento, puede o no la madre natural revocar el mismo por su deseo de conservar al niño. Para resolver esta cuestión tendríamos que remitiéndonos al momento en que queda consumado el acto de la adopción o cesión del embrión, toda vez que si estos no se han consumado en su totalidad, es posible que la madre natural cambie de opinión, lo que provocará una inevitable batalla de custodia entre los padres naturales, toda vez que por derecho natural e incluso en nuestro derecho positivo no se contempla el hecho de poder arrebatárselo a una madre su propio hijo por el simple hecho de haber otorgado con anterioridad a estos hechos su consentimiento para entregarlo a otra mujer, aunado a que nuestra legislación da preferencia a la madre en la responsabilidad para asumir la custodia de los hijos sobre todo siendo estos recién nacidos.

11) Se compromete a abstenerse de tener relaciones sexuales con su conyuge durante el periodo de fertilización, evitando con esto que su marido fertilice el óvulo, destinado a ser fertilizado con semen del marido solicitante o bien de un donador.

A este respecto podemos decir que si una vez fertilizado el óvulo y mediante exámenes médicos se llegará a la conclusión de que no habiendo la madre natural respetado el punto anterior, el óvulo fue fertilizado por semen de su marido o de cualquiera otra persona ajena al padre natural o al donador designado para tales efectos, esta se compromete a devolver todo el dinero invertido en sus gastos hasta ese momento, toda vez que se entiende violado uno de los principales propósitos de dicho contrato.

12) También se puede llegar a pactar, si es que así lo establecen las partes, que la madre natural se comprometa a no tratar de ponerse en contacto con el bebé una vez este haya nacido, lo que consideramos óptimo para la adaptación psicológica del niño en la sociedad, y sobre todo en su nueva familia.

En cuanto a los derechos de la madre natural, son todos aquellos que se derivan de las obligaciones contraídas por la pareja solicitante y que ella tiene derecho a exigir, mismas que mas adelante mencionaremos.

Las obligaciones y derechos que mencionamos son las que consideramos deben existir en el contrato, como cláusulas esenciales, sin embargo, dejamos abierta la puerta para incluir en el cualesquiera otras dependiendo de las circunstancias que rodeen a las partes en el momento de tomar la decisión.

4.4.2. OBLIGACIONES DEL ESPOSO DE LA MADRE NATURAL.

El marido de la madre natural, si bien no tiene una participación activa en la celebración del contrato, si es sujeto de varias obligaciones básicamente de no hacer dentro de la relación existente entre la pareja y su esposa.

Dichas obligaciones se encuentran encuadradas en el hecho de abstenerse de reclamar la paternidad así como la guarda y custodia sobre el bebé una vez este haya nacido (por cualquiera de los dos métodos), aunado a esto también se obligara en el mismo sentido y magnitud en que lo haga su esposa una vez que este último hubiese otorgado su consentimiento para que su mujer participe activamente en la técnica elegida.

4.4.3. OBLIGACIONES DEL PADRE NATURAL

La figura del padre natural es uno de los pilares de la relación contractual originada en la celebración de este contrato, toda vez que este debe asumir ciertas obligaciones antes de la concepción del niño además de que la actuación de la madre natural esta suspendida al alcance de los compromisos que contraiga este con su esposa. El padre natural dentro del contrato, se compromete a lo siguiente:

1. Sufragar junto con su esposa, los gastos relacionados con el periodo de gestación del producto: gastos médicos antes, durante y después del embarazo, gastos de traslado y viáticos que resulten necesarios, etc.
2. Pagar a la madre natural, si así se pacto en el contrato, la compensación prometida, siempre y cuando esta hubiese sido devengada.
3. Aceptar a todos los niños que resultaren como consecuencia de la inseminación artificial sin repudiar a ninguno de ellos.
4. Pagar los gastos originados con motivo de una aborto inesperado y no provocado.
5. Aceptar y asumir todas las responsabilidades inherentes en el caso de que el niño nazca con algún defecto o mal congénito, sea este proveniente de cualquiera de los padres.
6. Reclamar la custodia del niño, comprobando previamente su paternidad, pruebas cuyo costo será cubierto en su totalidad por el padre natural, y posteriormente demostrando que por el mejor interés del niño el debe conservar la custodia de su hijo.
7. Emitir su autorización para que al nacimiento del bebé, su esposa proceda a adoptarlo.

Complementarias a estas obligaciones, se pueden llegar a pactar otras dependiendo de las necesidades y compromisos estipulados por las partes contratantes.

4.4.4. OBLIGACIONES DE LA ESPOSA INFERTIL

La esposa del padre natural se compromete a:

1. En caso de presentarse cualquier incapacidad que le impida a su esposo cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato, ella las asumirá obligándose a cumplirlas en la medida de su posibilidades

Asimismo en caso de fallecimiento del esposo, se obliga a recibir al bebe al momento del parto y proseguir con el adecuado desarrollo del contrato.

2. Adoptar al bebe al concluir el embarazo.

3. Mirar el mejor interés del niño y tratarlo como si fuese propio.

Las partes del contrato, a las que hemos hecho mención deben de estar de acuerdo en que en el supuesto de que no llegase a consumarse la concepción se dará por terminado el contrato.

Las cláusulas accidentales se dejarán a la libre negociación de los contratantes. La pareja adoptante así como la madre natural elaboran el contrato de acuerdo a las circunstancias y necesidades que los rodeen al momento de sometimiento a la técnica elegida, por lo que solo sugerimos que las obligaciones descritas previamente sean reguladas estrictamente por el derecho como cláusulas esenciales y naturales, sin transgredir el derecho que tienen las partes a vertir sus voluntades como ya dijimos anteriormente, siempre y cuando no vayan estas en contra de las buenas costumbre.

4.5. CONSECUENCIAS DEL CONTRATO.

4.5.1. FILIACION

Podemos definir a la filiación como:

La relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre -hijo o hija. (10)

La norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguinea) para crear esa particular relación entre los progenitores por una parte y el hijo por la otra. De aquel hecho natural, se desprenden una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre ellos.

Una vez conocida la filiación de una persona, se tiene derecho a exigir:

1. Conocer el nombre de su progenitor.
2. Recibir alimentos
3. Disfrutar los derechos derivados de la patria potestad;
4. Derecho a la sucesión hereditaria de sus progenitores.

Trasladando estos conceptos a nuestro contrato, veremos porque es tan importante distinguir e investigar la maternidad y paternidad respectivamente del producto.

El concepto amplio de la filiación toma los conceptos específicos de maternidad y paternidad en razón de la persona a quien se refiere en un determinado momento esta relación. Se llama maternidad a la relación que tiene la madre tanto biológica como legal con respecto a sus hijos, y se llama paternidad a la relación del padre tanto biológica como legal que tiene con respecto a sus hijos.

"La maternidad es un hecho indiscutible derivado de los datos comprobables del embarazo y del parto, se da la misma dentro o fuera del matrimonio . . . (11)

"La paternidad es siempre una presunción jurídica *Juris tantum*, admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio. "Pater is est quem justae nuptiae demonstrant", el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre. La paternidad habida fuera del matrimonio es incierta por principio y solo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad."(12)

En cuanto al principio de que el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre; es un principio que necesariamente debemos modificar toda vez que aplicado este concepto a nuestro contrato, encontramos que el marido de la madre natural acepta que su esposa ingrese al programa, pero desconoce todo nexo que lo ligue con el concebido, ya que el no es el padre natural y tampoco estará en posibilidad, según lo pactado en el contrato, de reclamar la paternidad del niño.

En este caso la maternidad es un hecho evidente y comprobable, la filiación entre madre e hijo, resulta del solo hecho natural del nacimiento, ya que dicho lazo se crea por razones biológicas, mismas que recoge el Derecho para establecer entre ambos las consecuencias jurídicas, principio que en nuestro caso no será aplicable, ya que la madre natural cederá sus derechos parentales a la madre adoptiva y el lazo de filiación se formara entre el hijo y la madre adoptiva extinguiendo totalmente los derechos y obligaciones en su momento generados por la primera relación. Lo mismo sucederá en el caso de adopción del embrión con el eventual nacimiento del producto.

Esto no sucede en el caso del padre natural, este necesita del reconocimiento voluntario del producto, comprobando la paternidad y/o en su caso la existencia de una sentencia que le impute la paternidad del menor, para producir consecuencias jurídicas derivadas de la paternidad y de la filiación.

El contrato de fertilización asistida, presenta la problemática de que tanto el concepto de madre como los principios que rigen a la paternidad no pueden ser aplicados rigidamente como lo es una relación puramente normal. Por lo tanto, y buscando una mejor comprensión de la relación existente entre las partes, proponemos, como ya se menciona en el capítulo dedicado a la definición de las partes en el presente contrato, se diferencie el concepto de madre natural del de madre legal.

La madre natural al contratar, cede y renuncia a todos los derechos que la unirán al bebe una vez nacido, por lo tanto no aparecerá como "madre" en el acta de nacimiento, por el contrario la madre adoptiva, dedicara toda su vida a el, lo tratara como suyo y para efectos legales será considerada como la "madre" del niño.

A la madre natural, cierto es que no se le puede negar totalmente, ya que como se analizara en el siguiente capítulo, será necesario nunca perderla de vista para efectos de información tanto médica como psicológica para el mejor bienestar del niño en caso de ser requerido así.

El padre natural, siempre se presentara como tal, previo cumplimiento de los requisitos de pruebas de paternidad y aceptación de la madre natural, y así será registrado en el acta de nacimiento, negando de esta manera todo nexo y derecho del esposo de la madre que pueda tener con el concebido.

Una vez analizados estos puntos podemos proponer que para efectos del contrato de fertilización asistida así como para cualquier otro medio aun para aquellos en los que no sea aplicable nuestro contrato, se diferencie entre la filiación legal y la biológica, ya que en última instancia para efectos jurídicos y frente a la sociedad el padre natural y su esposa son los verdaderos padres del bebe.

4.5.2 PATRIA POTESTAD

La patria potestad y los principios que la regulan necesitan someterse a ciertas consideraciones y cambios para poder ser compatibles con las disposiciones y lineamientos del contrato de fertilización asistida.

Se define a la patria potestad como:

"...La institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad." (13)

El cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar de manera original al padre y a la madre, atribuye ciertos derechos y atribuciones a los progenitores para que en ejercicio de los mismos puedan cumplir esa función ético-social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido, el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. Esta autoridad propiamente es una función inherente a la paternidad y la maternidad. (14)

En la naturaleza jurídica de la patria potestad, encontramos que si bien es un cargo de Derecho Privado, se ejerce en función del interés público, siendo esta una característica de la patria potestad, también es irrenunciable, imprescriptible, temporal y excusable.

Dos de estas características son las que trataremos:

- a. es un cargo de interés público; y
- b. es irrenunciable.

El art. 448 del Código Civil nos dice lo siguiente:

"La patria potestad no es renunciable....."(15)

El art. 6 del Código Civil nos dice:

"..... Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público....."
(16)

La patria potestad es un cargo de interés público y nuestro Código señala que en caso de adopción, la patria potestad se transfiere al adoptante, por lo que sugerimos que en caso de legislarse este contrato, se haga mención de que tratándose de madres incubadoras, la patria potestad es renunciable a efecto de que el producto, la madre adoptiva y con el padre natural lleguen a constituir una verdadera familia, desempeñando en su caso cada quien la función que el derecho les asigne.

La madre y el padre natural no están unidos en matrimonio, pero a cada uno en su función de progenitores les es implícita la patria potestad según nuestra legislación, y en caso de que la madre natural se arrepienta y no ceda al niño una vez que haya nacido, el padre natural tendrá el derecho de pelear la guarda y custodia del niño.

Todo lo anterior lo podemos fundamentar en la siguiente afirmación..... "la patria potestad tiene un contenido natural (la procreación), y a veces afectivo (la adopción), de carácter ético (el deber de mirar por interés de los hijos) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombre útiles a la sociedad)."

4.5.3 ADOPCION

La adopción es la relación jurídica de filiación creada por el derecho entre dos personas que no son biológicamente ni por afinidad, progenitores (padre o madre) e hijo". (17)

Para efectos de nuestro contrato, la adopción ha sido instituida para dar satisfacción a los anhelos paternos de las personas a quienes les ha sido negada por la naturaleza la propia descendencia.

El art. 403 del Código Civil nos dice lo siguiente:

"Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante. . . " (18)

Consideramos que a lo anterior debiera agregarse una cláusula en favor de nuestro contrato, donde se estableciera que para el caso de los métodos de concepción artificial a los que se aplique el mismo, dichos derechos y obligaciones perecen, ya que la madre natural al contratar la prestación de sus servicios, lo hace con la intención de dar la posibilidad a una pareja infértil de tener un hijo y, no con el propósito de tener ella un hijo para sí que más tarde dará en adopción y del cual jamás podrá perder sus derechos y obligaciones. La madre natural al momento de contratar y renunciar a sus derechos parentales renuncia a todo nexo que la una al bebe y por lo tanto a todo derecho, y obligación implícito en tal relación. Bajo esta condición, el padre natural reclama la paternidad del niño y su esposa lo adopta registrándolo como propio, porque este es el motivo principal del contrato. Por lo tanto, en este especialísimo caso, proponemos que los derechos y obligaciones que resulten de un parentesco consanguíneo y natural, según sea el caso, se extingan con la adopción y con mayor razón al entregar un embrión concebido en su vientre para que termine de ser gestado en el útero de otra mujer.

La adopción tiene un carácter constitutivo, ya que a partir de ella nace la filiación entre adoptante y adoptado y da lugar por consiguiente a la patria potestad entre los mismos, como derivación del lazo de filiación. Los requisitos establecidos en el art. 390, para el Código Civil para el Distrito Federal para el adoptado y el adoptante, también serán aplicables a la adopción que se llevará a cabo como consecuencia de nuestro contrato.

El momento de culminación en el contrato de fertilización asistida es el nacimiento del niño. Es aquí donde la cesión de derechos surtesus efectos. En el primer caso, mientras más rápido se coloque al bebé una vez nacido, es mejor, por lo que se refiere a la identificación materna y a las consecuencias psicológicas que se desarrollan en el neonato.

En caso de que la pareja contratante al nacer el bebé no lo desee, condenando a la madre natural no solo a cargarlo durante nueve meses sino también a establecer entre ella y el menor todo el cúmulo de derechos y obligaciones que la filiación y la maternidad traen consigo, la madre podrá demandar al padre natural alimentos, según lo dispone el art. 303 del Código Civil para el Distrito Federal, y en caso de que ambas partes repudiasen al producto, este sería otorgado en adopción quedando de esta manera bajo la protección del Estado, asumiendo cualquier gasto hasta el momento de la adopción, la pareja contratante, en ningún caso permitiéndose obviamente el aborto del feto en gestación a efecto de no actualizar el tipo del delito de aborto según lo dispuesto en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 329: " Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Ser protagonista de una concepción por estos medios es difícil, y estamos conscientes que conlleva muchas consecuencias negativas, es por eso que entre menos diferencias se establezcan con respecto al tratamiento que se otorgue al producto de tal concepción, será mejor para el bienestar del niño, metas que persiguen tanto la pareja como el Estado, porque ante todo se intenta incorporar al niño como un auténtico hijo de matrimonio.

La vida jurídica de un país debe responder con eficacia a los requerimientos de la vida social a la cual regula y , aun más, debe adelantarse a los mismos y crear las condiciones de idealidad en el sentido mas justo y pleno para el mayor número de personas y su desarrollo para así en lo futuro contar con hombres útiles a la sociedad.

4.6 LA NECESIDAD DE REGISTRAR LAS PRACTICAS MEDICAS TENDIENTES A LA CONCEPCION ARTIFICIAL

Desgraciadamente, la experiencia ha sido en varios países del mundo, la indicadora de la necesidad de crear registros, ya sea a nivel institucional, estatal o federal para el adecuado control de la práctica médica dirigida a la rama de la concepción artificial.

Los antecedentes inmediatos de la creación de registros, los encontramos en los Estados Unidos, lugar pionero donde se comienzan a utilizar los ya tan famosos "bancos de semen", donde en un principio no se tiene el adecuado control sobre las muestras recibidas, lo que trae como consecuencia la transmisión del virus del SIDA a mujeres inseminadas. En el año de 1988, el Senador Albert Gore, se pronuncia por la necesidad de establecer una legislación adecuada que marque la necesidad de crear un archivo nacional de bancos de semen con el propósito de llevar estrictos controles que eviten cualquier tipo de riesgo para las partes implicadas.(19)

En ese mismo año, fué creado el primer reporte anual de las clinicas participantes en el registro de fertilización in vitro. Ese registro fué establecido por la Sociedad de Tecnología de la Reproducción Asistida e Investigación Médica Internacional. El primer reporte, arrojó información acerca de las prácticas llevadas a cabo durante los años de 1985 y 1986 por 41 clinicas de aquel país. El segundo reporte anual (1989) presentó resultados de 119 clinicas. Para enero de 1990, el número de clinicas adheridas a dicho programa fué de 174 y posteriormente para la publicación de dicho reporte ya eran 135.

En dichos reportes fué consignada información relativa al número de embarazos logrados y después de cuantos intentos, número de abortos, etc., lo cual es necesario que las parejas que deseen someterse a dichas prácticas conozcan como antecedente preeliminar a efecto de saber a ciencia cierta hasta que punto pueden esperar ver realizados sus sueños mediante el nacimiento de un bebé propio concebido bajo estos métodos.

Nosotros pensamos sería benéfico adoptar dicho registro, pero de una manera mas formal, incluyendo dentro de nuestra legislación.

Las ventajas de llevar un registro donde el médico practicante vierta todos los datos tanto médicos como clínicos obtenidos a partir de pruebas y exámenes practicados en una pareja así como en "terceros", activos participantes, en cualquier técnica de concepción artificial, nos hace pensar en varias ventajas:

1.- El médico o Institución a cargo de la que recaiga la responsabilidad de actuar no solo con la mejor intención sino con los conocimientos necesarios para la práctica de técnicas tan especializadas, deberá necesariamente estar inscrito en este registro, requisito sine qua non le será imposible realizar la práctica, lo que conlleva a que la pareja tenga la seguridad de que aún dentro de los márgenes del error humano, se trata de establecer un sistema de actualización y de educación médica continua en dicha rama para poder someter a la pareja a dichos procedimientos.

2.- Permitirá que mediante las directrices más estrictas dictadas por las autoridades correspondientes en materia de salud, se lleve el adecuado control no solo de muestras de material genético sino de medicamentos y exámenes que impidan dejar al arbitrio del médico la historia clínica a realizar en cada uno de los participantes, lo que también reduciría el riesgo de contagio de enfermedades entre las partes y de la utilización de material genético que pudiese, al ser ocupado, traer consigo futuras deformaciones, males genéticos o psicológicos al producto.

3.- Evitará la experimentación por parte del médico sobre los pacientes, mediante la utilización de técnicas de fertilización asistida aún no implementadas en nuestro país, haciendo de vital importancia que se lleve una especial uniformidad en la práctica médica en este sentido, volviendo al primer punto de que únicamente médicos debidamente capacitados y especializados sean facultados para practicar dichas innovaciones en seres humanos.

4.- Permitirá que bajo el más estricto secreto se guarde no solo la información médica referida a los pacientes participantes sino que también permitirá la localización de dichas personas, no olvidando que el hecho de que se rompa el lazo de unión entre una mujer v.gr. madre incubadora y el producto no impide que médicamente en el transcurso de su vida este último presente ciertas deficiencias o patología para la que sea necesario recurrir a la madre para prevenir o solucionar lo que podría desembocar en un grave peligro para el menor.

Actualmente en el Centro de Fertilidad de México, la pareja recibe una garantía de que la muestra de semen que ofrecen en su banco, ha sido analizada bajo los más estrictos parámetros que en medicina se exigen, sin embargo esto no lo creemos suficiente para decir que el producto no heredará cualquier anomalía genética que en su caso pudiesen transmitirle sus padres.

Concretamente, proponemos la creación de éste registro a efecto de que una vez celebrado el contrato de fertilización asistida, el médico practicante o la persona designada por la Institución donde selleve a cabo la práctica del mismo, éste sea registrado con una solicitud y sus anexos, los cuales consistirán en lo siguiente:

1.- Número de autorización del médico o Institución, bajo el que se encuentran expresamente facultados previo exámen aprobado ante las autoridades de la Secretaría de Educación así como de la Secretaría de Salud, para llevar a cabo las practicas de Fertilización Asistida.

Asimismo, será necesario que el médico esté certificado en el Consejo de su especialidad, declarada la idoneidad del mismo por la Academia Mexicana de Medicina.

2.- Declarar bajo protesta de decir la verdad que las partes fueron debidamente informadas acerca de todo lo que implica la técnica que se les propuso que utilizaran.

3.- Fundamentar médicamente el porque propusieron la tecnica utilizada para lograr la fertilización asistida.

4.- Anexar las historias clinicas de los pacientes además de las pruebas efectuadas en las muestras de semen, cuando sea necesaria la presencia de un donador.

5.- Informar cual fué el número de intentos realizados para lograr la inseminación y cual fue el resultado de los mismos, además de consignar el medicamento utilizado para lograr la múltiple ovulación de la madre, si es que ésto es requerido en el procedimiento.

6.- Informar si existen embriones derivados de la utilización de dicha técnica que no se hubiesen utilizado, y asimismo ponerlos a disposición de las autoridades de la secretaria de Salud correspondientes, quienes designarán lo que en su caso proceda.

7.- Anotar claramente todos los datos de identificación de las partes participantes en la técnica a efecto de, si es necesario, recurrir a ellos dejandolos en el mas completo secreto, para evitar que el

producto trate de indagar quienes fueron sus "verdaderos" padres, información que sólo será revelada mediante mandato judicial.

El registro que proponemos será meramente informativo, toda vez que este se actualizara una vez llevada a cabo la técnica, lo que no impedirá ni otorgará una doble autorización al médico para actuar frente a la pareja, sino que se dará la libertad al médico confiando en su ética profesional y en los requisitos mínimos que le serán exigidos por la Secretaría de Salud para llevar a cabo el procedimiento y a la voluntad de las partes para someterse también libremente a lo que ellos consideren convenientes para lograr sus fines.

Es importante mencionar que para las técnicas de fertilización asistida para las que no sea necesario el contrato, por ejemplo, para la inseminación artificial homóloga, sin la necesidad de registrar contrato alguno, si será necesario cumplir con los requisitos exigidos en lo que se adecúa a su práctica médica, comprometiéndose el médico a anexar a éste registro los datos de identificación de las partes, así como cualesquiera otros que se presenten relevantes durante la aplicación de la técnica aplicada.

- (1) BEJARANO SANCHEZ, MANUEL: "Obligaciones Civiles", 3a. ed., 1984, ed. Haria, México, p.6
- (2) C.C.D.F., Art 1792.
- (3) C.C.D.F., Art. 1793
- (4) Cfr. RAMON SANCHEZ MEDAL: De los Contratos Civiles, 6a ed., Porrúa, México, 1982, p. 14
- (5) Cfr. RAFAEL ROJJA VILLEGAS: Derecho Civil Mexicano - Obligaciones; T.V., Vol. I., 4A. ed., Porrúa, México, 1981, p. 124
- (6) C.C.D.F., Art. 1795
- (7) R.S. Medal: op. cit., p. 27
- (8) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO: Derecho de las Obligaciones, 5a. ed. Ed. Cajica, S.A., México, 1981, p. 266.
- (9) MONTERO DUHALT, SARA: Derecho de Familia, 2a.ed., Porrúa, México, 1985, p. 266.
- (10) Ibid
- (11) Ibid, p. 267
- (12) Ibid, p. 339
- (13) Cfr. IGNACIO GALINDO GARFIAS: Derecho Civil, 7a. ed, Porrúa, México, 1985, p. 668.
- (14) C.C.D.F., Art. 448

(15) Ibid, Art. 6

(16) MONTERO DUHALT, SARA: op. cit, p 320

(17) C.C.D.F., Art. 403

(18) MARWICK, CHARLES: Artificial Insemination faces regulation, testing of Donor Semen, Other measures, Medical Jews & Perspectives, No. 10, Vol. 260, sept. 1988, p. 1339

CONCLUSIONES

1.- Los vientos del cambio han llegado a afectar tecnológicamente al área de la medicina, teniendo un importante impacto en el área de la Genética y la Reproducción Experimental. Estos cambios, al chocar en estas formas, reflejan en el ámbito del derecho, teniendo éste la obligación de regular todas aquellas novedades que afecten el ámbito no solo personal del individuo sino también a éste reunido en familia, pugnando siempre por la conservación de ésta última, consiguiendo con esto la conservación de la sociedad en general para el mejor desarrollo de las relaciones humanas.

2.- Los métodos de fertilización artificial, deben ser considerados en el ámbito médico como una alternativa para ayudar al individuo a conseguir sus fines de procreación y trascendencia tanto humana como espiritual en tanto que éticamente sin perder de vista lo anterior, es un intento por encontrar la mejor manera de ayudar a personas con problemas de esterilidad logrando una completa comunión médico paciente en un mismo objetivo, la consecución de uno de los fines del matrimonio: la procreación de hijos y la formación de una familia.

3.- Existen diferentes métodos de fertilización artificial que aterrorizan a quienes jamás pensaron llegar a conceptualizar la procreación sin el antecedente de una relación sexual previa. Dichos métodos, encabezados por la inseminación artificial, como primer forma implementada mundialmente con rangos de éxito importantes desde sus inicios, han respondido a las necesidades de los distintos núcleos que componen nuestra sociedad.

4.- Estos adelantos parecen a primera vista una gran amenaza al respeto que todo ser humano le debe a la vida, lo cual no resulta del todo extraño siendo estas repercusiones que implican una total revolución a las formas que creíamos inamovibles en nue

5.- La Iglesia se opone firmemente y nos unimos personalmente a sus justificaciones para ello a la experimentación irracional y antiética de fetos y "desperdicios genéticos" de estos así como de embriones a causas de tales experimentos en vida humana, siendo que no debemos olvidar que aún mas valioso que la familia es el valor que todo ser humano debe imprimir a la vida y al respeto a la misma.

6.- En nuestro país son practicados con estadísticas que revelan tasas variables de éxito, dos métodos importantes de concepción artificial: Inseminación artificial y intrauterina, fertilización in vitro y transferencia Intratubaria de Gametos.

7.- Actualmente estan apareciendo de una manera particular diferentes centros especializados en la conservación de semen por parte de donadores, garantizando a estos la confidencialidad de su identidad a efecto de proveer a quienes lo requieran, de muestras a efecto de lograr la fecundación, lo cual es practicado actualmente en consultorios particulares sin ser del todo aceptado por quienes practican dichas técnicas a nivel institucional.

8.- No vemos lejos el momento en que nuestro país se practiquen técnicas tan avanzadas y novedosas a la par que otros países pioneros en lo que a éste tipo de tecnología médica se refiere, por lo que consideramos de vital importancia que el derecho avance a una velocidad proporcionalmente igual a la de los cambios que seguramente comenzaran a aparecer, modificando instituciones inamovibles durante tanto tiempo en el Derecho Mexicano.

9.- En la aplicación de las técnicas modernas a que hacemos referencia, no debemos perder de vista el mejor interés del producto partiendo del punto de que el hijo nacido bajo cualquiera de dichos métodos debe ser considerado hijo legítimo siempre que ambos miembros de la pareja hubiesen otorgado su consentimiento aprobando someterse a dichas practicas, esto en base a una legislación adecuada y que favorezca como ya se dijo, como fin principal el mejor interés y bienestar del niño, evitando cualquier daño no solo físico sino también psicológico tendiente a la desestabilización de este perjudicando también la estabilidad integral de la familia.

10.- Cualquiera que sea el método que la pareja solicite para lograr la fertilización asitida, necesariamente deberá revestir una fórmula jurídica que impida dejar abiertas situaciones de tal trascendencia para nuestra sociedad al abstraccionismo de la partes a efecto de tutelar los intereses de las mismas evitando que esto nos conlleve a ventilar juicios desgarradores dentro del ámbito familiar como actualmente se dan en diferentes partes del mundo.

11.- Pensamos en la creación del contrato de fertilización asistida como la forma jurídica más eficaz para lograr la conjunción de esfuerzos médicos derivados del intento por lograr la inseminación y del derecho para regular no sólo dichas prácticas sino también sus consecuencias, las que seguramente afectarán desde todos los puntos de vista, en un plano particular y en otro familiar.

12.- Como lo hemos demostrado a lo largo del desarrollo de la presente tesis, el contrato de fertilización asistida, puede llegar a ser incorporado al Derecho Mexicano considerando, además de todas las afirmaciones expuestas, lo siguiente:

- Debe velarse ante todo por el cumplimiento de su fin: procurar la concepción en la pareja estéril.

- Las cláusulas pactadas por las partes, no deben contravenir disposiciones de orden público y jamás perjudicarán a terceros.

- El bienestar y el mejor interés del niño deberán ser en primer lugar el fundamento de una legislación adecuada.

- Las partes contratantes deberán tener la suficiente madurez tanto física como psicológica para tomar conciencia del proceso al que se someterán y las consecuencias que pudiera traer consigo la ejecución del mismo.

- El valor supremo a tutelar será el respeto del derecho a la vida.

13.- Cualquier exteriorización de voluntad que se refiera a los valores que rodean al núcleo familiar, siempre y cuando con esto no se lesione a terceros, ni a las partes entre sí y mucho menos al interés público tutelado por el Estado, deberán quedar bajo la completa discreción de las partes, a efecto de salvaguardar los valores personales de la pareja, permitiéndoles en la medida de lo posible, la consecución de una vida de respeto y dignidad para ellos y sus eventuales descendientes.

14.- Sugerimos para el mejor control de la práctica médica dentro de éste ámbito de tan especial naturaleza que se establezca la obligación para el médico en lo particular y para la Institución donde se practiquen estas técnicas en lo general, de registrar su actuación, fundamentalmente con el propósito de asegurar lo mas posible la vida del producto, no solo al momento de su nacimiento sino a todo lo largo de su vida, y por otro lado de llevar un sistema de actualización profesional tendiente a auxiliar a los medicos practicantes en el desarrollo de este campo de manera que podamos no solo conocer de los nuevos aciertos médicos sino también aprender de nuestros errores.

15.- Para efectos de la práctica de este contrato, es necesario la difusión de información acerca del mismo efecto de que las partes consideren el alcance de los derechos y obligaciones que encierra un acto jurídico de tal naturaleza. El Estado, dentro de ésta fórmula jurídica, jugará el importantísimo papel de supervisor, evitando el perjuicio y deterioro sociales derivados del atentado a su célula vital: la familia, y aún mas, otorgando a las partes la libertad de contratar a efecto de inducirlos a lograr de la mejor manera posible hogares felices y productivos en pro de nuestra humanidad.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS CONSULTADAS

BIBLIA SAGRADA

LAPIERRE, DOMINIQUE: La Ciudad de la Alegria; 1a. ed., Planeta, Barcelona, 1985, p. 393. Trad (Carlos Pajol)

SANCHEZ MEDAL, RAMON: De los Contratos Civiles; 10a. Ed., Porrúa, México, 1989, p. 618.

ASIMOV ISAAC: Los premios Hugo 1976-1977; 3a. ed., Roca, México, 1989, p. 299

RUIZ AMEZCUA, L. ENRIQUE: Etica Médica con Orientación Personalista; 3a. ed., Eca, México, p. 315.

BEJARANO SANCHEZ, MANUEL: Obligaciones Civiles; 3a. ed., Harla, México, 1984, p. 299.

CASTELLAN, YVONNE: La familia; 1a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 621.

AZEVEDO, FERNANDO DE: Sociología de la Educación; 10a. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

R. ROJINA VILLEGAS: Derechos de Familia; Tomo II, 7a. ed., Porrúa, México, 1987, p. 805.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO:

Derecho de las Obligaciones; 5a. ed., Cajica, S.A., México, 1981, p. 946.

El Patrimonio Pecuario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio; 2a. ed., Cajica, S.A., México, 1982, p. 957.

Anteproyecto del Código Civil para el Estado de Nuevo Leon, México.

Derecho Civil Notarial; t. II, III, IV y V, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, FACULTAD DE DERECHO, DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO; México, 2a. ed.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL: Código Penal Anotado, 15a. ed., Porrúa, México, 1990, p. 991.

KRAUSE, HARRY: Famili Law; (Trad. de Laura Montes Bracchini), 2a. Ed., St. Paul Minnessota, 1986.

BELLI MELVIN ET AL, Everybody's guide to the law: (Trad. Laura Montes Bracchini), 1a. ed., Harper & Row Publishers, Nueva York, 1987.

DE PIJA, RAFAEL: "Diccionario de Derecho", 15a. ed., 1988, México, Porrúa, p. 509.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO: " Anteproyecto de Código Civil de Nuevo León", México.

ROJJA VILLEGAS, RAFAEL: "Derecho Civil Mexicano", tomo I obligaciones, 1a. ed., Porrúa, 1981, p. 581.

CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE: "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", Feb. 1987, p. 40.

A. ACOSTA ANIBAL, Avances en Reproducción Humana, Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad, 1a. reimpresión, Panamericana, 1990, Buenos Aires.

MONTERO DUHALT, SARA: "Derecho de Familia"; 2a. ed., Porrúa, México, 1985.

GALINDO GARCIAS, IGNACIO: "Derecho Civil"; 7a. ed.,Porrúa, México, 1985.

LEGISLACION CONSULTADA

RUIZ LUGO ROGELIO A: "Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en materia de Familia", Tomo V, México, 1993, p. 132.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO; 2a. ed., Porrúa, México, 1993.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: Porrúa, México, 1993.

LEY GENERAL DE LA SALUD; 7a. ed., Porrúa, México, 1991.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, ed. Teocalli, México, 1993.

RUIZ LUGO ROGELIO A, et al: "Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917 a 1988", Tomo IV, México, 1992, Imprenta Aldina, p. 359.

PUBLICACIONES CONSULTADAS

WOOD, CARL et al: Clinical in Vitro Fertilization; (Trad. de Laura Montes Bracchini), Ethics, 1983, Gran Bretaña.

GREENWALD, MARK: The Neuzen Case: Impossible Standards; (Trad. Laura Montes Bracchini), *Can-Med Assc j.*, No. 10, Vol. 146, 1992.

SAVER, MARK: Pregnancy after age 50: application of oocyte donation to women after natural menopause; (Trad. Laura Montes Bracchini), *The Lancet*, No. 884, Vol. 341., Feb. 1993.

SELBY, P., et al: Semen cryopreservation for patients surviving malignant disease: Implications of proposed legislation; (Trad. Laura Montes Bracchini), *The Lancet*.

ETHICS COMMITTEE (1986-87) OF THE AMERICAN FERTILITY SOCIETY: Ethical Considerations of the New reproductive Technologies in Light of the Instruction of the Respect of Human Life in its Origin and on Dignity of Procreation Issued by the Congregation of the Doctrine of the Faith; (Trad. de Laura Montes Bracchini), *Fertility and Sterility*, No. 2, Vol. 49, Feb. 1988.

REVISTA MUY INTERESANTE, No. 3, Año IX, México.

LLANOS, ROBERTO: Bioética en el Perú; *Bal of Saint Panama*, No. 108, 1990.

CENTRO DE FERTILIDAD DE MEXICO: Catálogo de Donadores.

CENTRO DE FERTILIDAD DE MEXICO: Los servicios del Centro de Fertilidad de México.

BYRNE, GREGORY: Artificial Insemination Report Prompts Call for Regulation; (Trad. Laura Montes Bracchini), *Science News & Comment*, NO. 241, Agosto de 1988.

ARWICK, CHARLES: Artificial Insemination Faces Regulation, Testing of Donor Semen, Other Measures; (Trad. de Laura Montes Bracchini) *Medical News & Perspectives*, No. 10, Vol. 260. Sept. 1988.

DELVIGNE, A. et al.: Le SIDA: Indication d'insemination artificielle avec sperme de donneur anonyme?; (Trad. Laura Montes Bracchini), *Reflexion Libre Opinio*, No. 19, 1990, Masson, Paris.

BRADSHAW, KAREN: A perspective randomized study of pregnancy rates following intrauterine and intracervical insemination using frozen donor sperm; (Trad. Laura Montes Bracchini) *Fertility and Sterility*, No. 3, Vol. 53, Marzo, 1990.

HUMPHREY, MICHAEL, et. al.: Screening Couples for Parenthood by Donor Insemination; (Trad. Laura Montes Bracchini), *Soc. Sci. Med.*, University of Canterbury, No. 3, Vol. 33, 1991, Gran Bretaña.

DANIELS, KEN: Artificial Insemination using donor semen and de issue of secrecy: the views of donors and recipient couples; (Trad. Laura Montes Bracchini), *Soc. Sci. Med.*, University of Canterbury, No. 4, Vol. 27, 1988, Gran Bretaña.

ROBERTSON, JHON: Legal and Ethical issues arising with preimplantation human embryos; (Trad. Laura Montes Bracchini), Fertility and Sterility Society, Vol. 116, abril 1992.

SOCIETY OF REPRODUCTIVE SURGEONS, SOCIETY OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY PACIFIC COAST FERTILITY SOCIETY AND THE CANADIAN FERTILITY AND ANDROLOGY SOCIETY: "Fertility and Sterility Official Journal of the American fertility Society", No. 6, Vo. 53, Junio 1990, Alabama. (Trad. de Laura Montes Bracchini)

PARIS MATCH, No. 1861, Enero 1985 (Trad. Laura Montes Bracchini).

PARIS MATCH, No. 1889, Ago, 1985 (Trad. Laura Montes Bracchini)

REVISTA EPOCA, No. 77, Nov. 1992.