

100

24.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN "

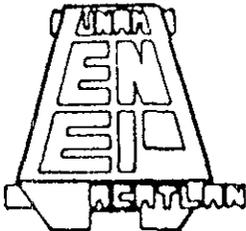
AUSENCIA DE REGULACION EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROTECCION EN EL DERECHO MEXICANO



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
LUNA LOPEZ MARIA DE LOURDES

ASESOR: LIC JOSE MIGUEL GONZÁLEZ SANCHEZ



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO

AGOSTO DE 1998

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

244881



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

*ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES ACATLAN*

*TESIS QUE PRESENTA LA C. LUNA
LOPEZ MA. LOURDES*

*AUSENCIA DE REGULACION EN
MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA
A LA PROCREACION EN EL
DERECHO MEXICANO.*

Estoy muy ocupada con
mis flores para crecer
contestó la lluvia.

Con ojos pacientes y
dedos anciosos,
dos veces he vivido
la eternidad en una
sonrisa.

Aunque el amar sea un día,
y el amor no sea
las horas pueden ser nuevas.

El humo es una alma transmigrada
como yo. Yo soy un ser transmigrante
o transmetamorfoseante o transfiriente
o simplemente en traslado.

Compilación.

A QUIEN ME HA DADO
LA POSIBILIDAD MARAVILLOSA
DE GANAR ESTA BATALLA.

A EL QUE ME HA DADO
TODOS LOS ELEMENTOS
NECESARIOS PARA VIVIR,
PENSAR, HABLAR, OIR,
VER, CAMINAR, SENTIR,
COMER, OLER,
AMAR Y REIR.

PARA QUIEN HIZO DE
MI NACIMIENTO UN
ACTO DE AMOR.
GRACIAS A TI, QUE
ME CREASTE
COMO UN SER
COMPLETO.

GRACIAS A DIOS!

**A MIS PADRES
CON CARIÑO Y RESPETO.**

Por todo el amor, apoyo y respeto
que me han brindado, por creer en mi,
por darme la oportunidad invaluable
de llegar hasta donde hoy llego.

Por ser motivo y medio
Para lograr esta
Meta.

Por el cariño y la confianza
Incondicional.

GRACIAS!

A MIS HERMANOS

Por el ejemplo, el cariño,
el apoyo que me han brindado
en todo momento, y en
especial en este mi afán de
titularme.

Mi agradecimiento sincero
a Graciela, quien siempre
mostró un interés muy particular
en que me titulara.

GRACIAS!

A JUAN MANUEL LUNA

Por todas las facilidades
y apoyo que me brindó
para la elaboración de
este trabajo de tesis.

MIL GRACIAS!

AL LIC. JOSE MIGUEL GONZALEZ SANCHEZ

CON ADMIRACION, RESPETO Y CARIÑO.

Por todo el apoyo y confianza que siempre me ha brindado, a él, que con su colaboración desinteresada y genuina, ha hecho posible culminar este trabajo de tesis, para él que me dio su tiempo y empeño; para quien no hay palabras, ni agradecimientos suficientes para expresar cuan importante y valiosa ha sido para mi su participación en esta tesis.

A mi maestro, asesor y amigo.

GRACIAS!

A INOCENCIO SOTO PELCASTRE
CON TODO MI CARIÑO.

Por ser quien ha sido.

MIL GRACIAS!

A TODOS MIS MAESTROS
CON MI MAS CINCERO AGRADECIMIENTO.

A todos ellos que me dieron
la oportunidad única de
compartir sus conocimientos.

Por que de todos ellos
algo aprendí.

A LA ENEP ACATLAN

Por haberme dado momentos inolvidables,
únicos e irrepitibles en mi vida,
pues ser estudiante, nos
convierte en seres privilegiados
y yo lo fui en tus aulas.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Por permitir que compartiera el
orgullo de su existencia.
Por ser orgullosamente hija
de su vientre universitario.

“ El tema del Mundo

feliz no es el avance de

la ciencia como tal; es

el avance de la ciencia

en cuanto que afecta a los seres

humanos .., Sólo mediante la

ciencia de la vida se puede cambiar

de forma radical la calidad de

vida. Las ciencias de la materia

pueden aplicarse de forma que

vivir sea complejo e incómodo

hasta límites imposibles; pero, a

no ser que sean utilizadas como

instrumento por los biólogos y

psicólogos, por sí solas no pueden

hacer nada para modificar las

formas y

expresiones

naturales de la

propia vida “.

ALDOUSHUXLEY, 1946.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION.

A) Antecedentes.	5
B) Derecho y Asistencia Médica a la Procreación, (Generalidades).	13
B.1. Marco teórico conceptual.	18
B.2. Inseminación y Fecundación Artificial.	22
B.3. Asistencia Médica a la Procreación y los hechos jurídicos.	30
B.4. La Procreación Médicamente Asistida como acto jurídico.	35
C) Los niños de la ciencia.	43

CAPITULO II. LEGISLACION EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION EN MEXICO.

- La situación de las nuevas técnicas en la reproducción -	55
A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	59
A.1. Artículo Cuarto Constitucional.	64
B) La Ley General de Salud	72
B.1. La insuficiencia de esta ley en Materia de Asistencia Médica a la Procreación.	81
C) El Código Civil para el Distrito Federal, de las lagunas de ley que tiene éste en materia de Procreación Asistida.	88

CAPITULO III. PROCREACION MEDICAMENTE ASISTIDA EN LA LEGISLACION FRANCESA.

A) Constitución Francesa (Fundamentación).	95
B) El Código Civil Francés.	100
C) El Código de Salud Francés	107
D) Del Consejo Constitucional de Francia y la Asistencia Médica a la Procreación.	122
D.1. Comités Internacionales de Bioética.	126

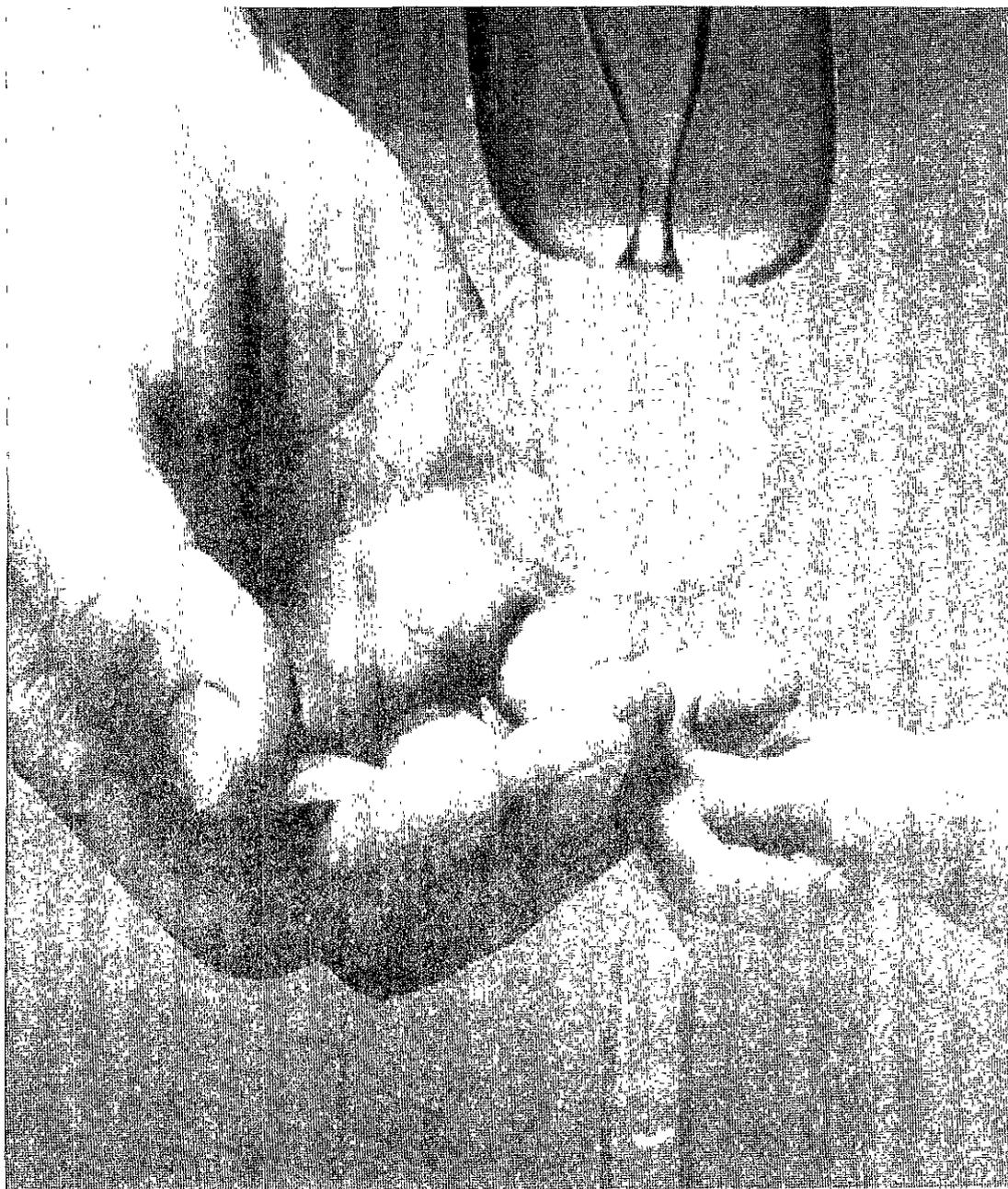
CAPITULO IV. PROPUESTAS DE UNA LEGISLACION MEXICANA EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION.

A) De los avances que han presentado los ordenamientos franceses, en materia de donación y utilización de los elementos y productos de cuerpo humano, Asistencia Médica a la Procreación y Diagnóstico Prenatal.	134
B) Ausencia de legislación en materia de Asistencia Médica a la Procreación en México.	144
B.1. Como debería de ser reglamentada la Inseminación Artificial.	148
B.2. La concepción In Vitro en la legislación mexicana.	155
B.3. Propuestas de reglas a las que debe de someterse la implantación de embriones	166
C) El problema del Diagnóstico Prenatal.	170

CAPITULO V. LA MATERNIDAD SUBROGADA, PARA QUIEN.

A) Aspectos médicos generales.	181
A.1. La concepción In Vitro en la legislación mexicana.	183
A.2. Procedimiento médico.	184
B) Aspectos jurídicos de la maternidad subrogada.	188
B.1. Concepto jurídico	189
B.2. Derecho a la procreación	196
B.2.1. Limite jurídico de la utilización de la maternidad subrogada.	203

C) La maternidad subrogada, una luz para las parejas con VIH-SIDA, que desean ser padres.	217
C.1. El papel del Diagnóstico Preimplantatorio.	222
CONCLUSIONES	227
TABLA DE SIGLAS	231
BIBLIOGRAFIA	232



INTRODUCCION

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos y en especial en los campos de la Biomédica y la Biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace poco tiempo. De ellas hablaremos de la Inseminación Artificial con Donador o Heteróloga (IAH), o con semen del marido (IAC). La Fecundación In Vitro (FIV) con Transferencia de Embriones (TE).

Nos remontaremos a la historia de estas técnicas, a los primeros logros de la inseminación y al nacimiento de la primer niña de probeta Louise Brawn, en el Reino Unido, por el año de 1978, y a partir de entonces, el desarrollo y perfeccionamiento que estos métodos de reproducción han presentado.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad o de la infertilidad en su caso, pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompaña de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas.

Se toma conciencia de que estos descubrimientos invaden lo más íntimo en el mundo de los orígenes y transmisión humana, y así el hombre accede a su propia creación. La ciencia y la tecnología no deben frenar su desarrollo si no es sobre la base de criterios fundados y razonables que eviten la coalición con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Se hace necesaria la colaboración, desapasionada, rigurosa y abierta entre la sociedad y la ciencia, para evitar que en cualquier momento puedan conculcarse los derechos y libertades fundamentales

de los hombres, para que la ciencia no pierda de vista su obligación irrenunciable, de que su avance ha de ser siempre en beneficio del hombre, y que no todo lo que puede hacer deba hacerse.

Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos, como sucede en nuestro país, respecto a estas técnicas de reproducción. Este asincronismo entre la Ciencia y el Derecho originan un vacío respecto de los problemas concretos, que deben solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas tecnologías reproductivas han sido generalizadoras de tales vacíos, por sus innegables repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil (familiar) o penal, como es en el caso de México. Por todo ello, se precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del Derecho allí donde proceda, como es el caso de subsanar los vacíos encontrados en la Ley General de Salud y el Código Civil, que surge por la práctica de las multicitadas técnicas de reproducción.

A razón de la aplicación de las nuevas formas de reproducción humana, se desprende una cantidad innumerable de cuestionamientos que deben de ser resueltos cuanto antes, por los cuerpos legales correspondientes. Así se plantea, la diversidad de maternidades, cuando nuestro Código Civil, reconoce exclusivamente el principio romanista de que es madre la que da a luz, de lo que se presume la identidad de ésta, con la maternidad genética, principio que se ve contrariado cuando se acude a alguna forma artificial de concebir.

Así tenemos, que desde la perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena; siendo que en la primera de estas dos, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la segunda, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que por lo menos en nuestra legislación no están

claros, y que conviene establecer sin equívocos, y lo más pronto posible.

Cuestiones como que la maternidad y la paternidad biológicas, puedan también serlo legales, sociales, educacionales y registrales.

En este trabajo de tesis, abordaremos de manera breve, lo referente a temas como la aplicación legal o no del diagnóstico prenatal, las ventajas de la aplicación de un diagnóstico preimplantatorio, que en determinado momento puede evitar una serie de cuestionamientos, éticos y jurídicos, la maternidad subrogada o alquiler de útero su prohibición generalizada, y el espaldarazo legal que se le ha dado en la gran mayoría de legislaciones en el mundo, como es en el caso de Francia. De la misma forma hablaremos de la nulidad absoluta de la que está afectado un contrato de esta índole, de acuerdo a nuestro Código Civil. Todo lo anterior, con el objetivo de que sean regulados estos aspectos de manera precisa en los ordenamientos correspondientes del sistema jurídico mexicano.

La elaboración de esta tesis, con el tema de la asistencia médica a la procreación, surge después de revisar nuestros ordenamientos jurídicos, y no encontrar ningún precepto referente, a estas nuevas alternativas de reproducción, siendo que estas son parte de nuestra realidad nacional, situación que a nuestro ver es preocupante, pero es más preocupante, que nuestros legisladores se mantengan en esa posición reiterada de no reconocer una realidad social y jurídica de actualidad en nuestros cuerpos legales.

Los ejemplos de legislaciones en el mundo referentes a las nuevas tecnologías reproductivas cada día son más numerosos, sólo basta dar una mirada al continente Europeo, donde, Francia es punta de lanza en esto de los avances científicos y de su regulación jurídica, España también ha hecho lo propio, el Reino Unido, Brúcelas, Suecia, etc., por tan sólo mencionar algunas.

Así que, esperamos que el lector, encuentre en este sencillo trabajo de tesis, cuestiones que llamen su interés y que despierten su curiosidad investigadora.

CAPITULO I

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION

A) ANTECEDENTES

B) DERECHO Y ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION (GENERALIDADES)

B.1. MARCO TEORICO CONCEPTUAL.

B.2. INSEMINACION Y FECUNDACION ARTIFICIAL.

B.3. ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION Y LOS HECHOS JURIDICOS.

B.4. LA PROCREACION MEDICAMENTE ASISTIDA COMO ACTO JURIDICO.

C) LOS NIÑOS DE LA CIENCIA.

CAPITULO I

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION.

A) ANTECEDENTES.

No es sencillo, en pocas páginas y en poco tiempo abordar el tema de las Nuevas Tecnologías aplicadas a la Reproducción Humana, siendo sus posibilidades de desarrollo tan espectaculares, así como sus consecuencias por la gran cantidad de dilemas que plantea, siendo además estas innegables e importantes para la humanidad en su conjunto, y de manera especial para las mujeres, y por supuesto para las parejas que intentan formar una familia, y esta como célula vital de toda sociedad humana.

Los antecedentes de dichas técnicas no se remontan muy atrás, dado que estas han presentado un fantástico ritmo de desarrollo y expansión en el mundo, en las últimas décadas.

En realidad el mundo moderno no se puede observar de manera completa y adecuadamente, sin hacer un alto en los avances médicos que en materia de Asistencia Médica a la Reproducción se han dado, avanzando de esta forma a pasos

agigantados. Respecto a las técnicas mismas, los sucesos y novedades son tan frecuentes que mañana mismo podemos amanecer con alguna otra sorpresa, algún otro hecho espectacular consumado que hasta hoy pudiera parecerse sino de ciencia-ficción, sí de lejano alcance.

Pues bien para empezar este trabajo de tesis, haremos en primer lugar un alto en los antecedentes de las controvertidas técnicas reproducción animal y humana en el mundo.

Por principio de cuentas hay que mencionar que la naturaleza, al efectuar la reproducción sexual de los seres vivos, dispone de medios para poner en contacto los elementos ontogénicos indispensables, procedentes de la hembra (óvulo) y del macho (espermatozoide). El hombre ha encontrado la forma para conjuntar estos elementos, prescindiendo de los medios naturales, a lo que se denomina Inseminación Artificial, Fecundación Artificial, Transferencia de Embriones, y genéricamente Técnicas de Reproducción Humana, en oposición a la manera empleada por la naturaleza.

Estas nuevas técnicas se empiezan a practicar en animales y posteriormente se extiende al género humano, teniendo un importante éxito; algunos tratadistas consideran descubridor de la Inseminación Artificial; al célebre biólogo italiano, Lázaro Spallanzani, quien demostró que no se podía producir ninguna gestación sin el contacto directo e insustituible entre los gametos femeninos y masculinos.

A partir de las investigaciones y descubrimientos de Spallanzani, los veterinarios del mundo tuvieron este nuevo y amplio capítulo de la ciencia para su desarrollo y estudio.

Es F. Ivanoff, en Rusia, quien puso en práctica esta técnica de inseminación a gran escala, aplicándola a una gran cantidad de especies animales domésticos. Los rusos aseguran que sus granjeros la utilizan desde 1889.

Con mayor certeza, en lo referente, a las primeras realizaciones en el campo de la Inseminación Artificial, son las realizadas por Malpighy Bibbiena, a fines del siglo XVII, con salmones y truchas, y más tarde, en 1765, el sabio alemán Ludwi, con "passaros" (pájaros).

Es en 1777, con el naturista Lázaro Spallanzani, cuando surgen, realmente, los primeros resultados positivos de prácticas animales, de Inseminación Artificial fuera del coito natural y fuera del mismo género, demostrando, de esta forma, la posibilidad de gestación, sin contacto directo de los gérmenes del macho y de la hembra.

De las postrimerías del siglo XIX, hasta nuestros días, es manifiesto el incremento que ha tenido esta técnica inseminatoria en el reino animal, con no pocos éxitos.

Eliás Ivanov, en 1910, descubre la manera de conservar el semen fuera del organismo, a través de su enfriamiento, así como, demostrar la ventaja cuantitativa del proceso artificial sobre el natural, con el uso de espermatozoides de cabritos salvajes en cabras domésticas.

Un dato importante en los antecedentes de estas técnicas es el hecho de que, el fisiologista italiano Giuseppe Amantea, en 1914, construyó una " *Vagina Artificial*", la cual facilita el proceso inseminatorio.

De tantas experiencias, merece ser mencionado, las propiciadas por Hammond, profesor de Cambridge, que junto con otros científicos ingleses, sobre el transporte de óvulo fecundado de una vaca de raza pura a otra de raza inferior.

Podríamos decir que las etapas de la Inseminación Artificial, empiezan desde que se tienen noticias de esta técnica, hasta las investigaciones de Spallanzani. Segunda etapa de las investigaciones de éste italiano de Pavia a fines del siglo XVIII, hasta el siglo XIX, en que Ivanof descubre la forma aplicativa de la Inseminación Artificial, a la tercera etapa corresponde la serie de perfeccionamientos técnicos para la obtención de semen, hasta la invención de la vagina artificial en

1914. En la cuarta etapa se da el uso de la nueva técnica perfeccionada de conservar el semen fuera del organismo, el transporte del mismo a grandes distancias por medios de locomoción, nuevos sistemas de fecundación de la hembra hasta encontrar las técnicas tan avanzadas de nuestros días

Después de haber mencionado brevemente los antecedentes de la Inseminación Artificial en animales, haremos mención de los antecedentes de esta técnica en la especie humana.

Esta técnica también es conocida desde la antigüedad en la especie humana, la historia señala a España como precursora de la práctica de Inseminación Artificial, cuando, médicos españoles efectuaron la inseminación artificial con una cánula de oro a Doña Juana, esposa de Enrique V, "*El Impotente*", (1424-1479).

A partir de las investigaciones de Spallanzani, surgieron gentes como Thourent, en 1785, el primero en practicar la Inseminación Artificial, mediante la inyección intravaginal de esperma suyo en su propia mujer.

*"Inglaterra, fue punta de lanza en esta materia, experimentando en la especie humana la Fecundación In Vitro, en 1799, teniendo indubitablemente, el carácter de pionero, es esta práctica de Inseminación Artificial Humana de éxito asegurado; atribuido a Jhon Hunter, director del hospital de San Jorge en Londres."*¹

En el perfeccionamiento de esta técnica, se destaca el francés Girault, que en 1838, consigue resultados positivos, a través de la introducción de esperma en el útero.

No se puede dejar de incluir en este grupo pionero, las novedosas técnicas de reproducción humana, a Jaime Sims, que obtuvo éxito, en 1866, en los Estados

¹ VASCO DAMASCENO, Weine "Inseminatio A. Previó Código Penal de 1969, In Justitia", Vol. 75 pág. 102

Unidos de Norteamérica, al inocular de semen en el canal cervical de la mujer. En 1871, Cigon d' Anguleme repite el suceso alcanzado por Sims.

El científico francés, J. Gerard, quien dedicó, su trabajo exclusivamente a ensayar esta práctica reproductiva en la mujer, logró plenamente 41 de 72 intentos en el año de 1876, es en 1855, cuando se hizo sentir la respuesta encarnada de la Academia de Medicina de París, por sus prácticas inseminatorias.

" Como Inseminación Heteróloga, se tiene como dato inicial, en el año de 1884, con los experimentos de Poncoast, que servirían de punto de partida para el perfeccionamiento técnico - científico de esa forma innovadora." ²

Nuevamente, en 1886, el ginecologista Mario Sims, fecunda mujeres inyectándoles, de modo directo a través de una fina jeringa el esperma en el útero.

Hasta aquí todo parecía darse sin problema alguno. Pero, es al final del siglo XIX, que en razón de la decisión del Tribunal de Bordeaux, contraria a la Inseminación Heteróloga, por considerarla un peligro social, mucho se dabió acerca de este asunto, al grado de aducitar un pronunciamiento de la Sagrada Congregación del Santo Oficio el 24 de marzo de 1897, declarando la ilicitud moral de esa práctica.

Para el inicio del siglo XX, la práctica de estas técnicas reproductivas se extiende considerablemente en países como Inglaterra, Suecia, Rusia y Estados Unidos. Por primera vez en 1940, Estados Unidos, establece el antecedente de los llamados "Bancos de Semen", siendo su finalidad la conservación de espermias en condiciones climáticas favorables. Como primeros datos estadísticos sobre la Inseminación Artificial documentan Rohleder, de modo general, en 1911 de 65

² LUDOVICI Mauricio., " Aspetti Penalistici Della Fecondazione Artificiale", Roma, 1967, pág. 28

casos, 21 resultaron positivos. Ya en 1924, 123 casos con 38% aprobados. En 1928, Egelmann de 185 casos, el 35% fueron con éxito positivo. En los Estados Unidos, particularmente en 1941, de un total de 9.488 inseminaciones artificiales, 5840 fueron homólogas y 3648 heterológicas, y de resultado positivo un 97%. Para 1953, algunos países europeos presentaban por año, en Inglaterra 500, niños producto de estas técnicas reproductivas, Suecia y Escocia 2000 cada uno; Dinamarca 94, Noruega 32, Alemania 500.

En Latino América, dichas técnicas reproductivas no prosperan por la enorme y marcada tradición católica que los caracteriza.

" En 1949, las nuevas técnicas de reproducción por medio de la Inseminación Artificial, fueron tema de discusión en el Cuarto Congreso Internacional de Medicina Católica, realizado en Roma el 24 de septiembre, después en 1960, en las jornadas de Diritio Penal, en Buenos Aires, y más recientemente en 1964, en el IX Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Haya (Haia). " ³

" En nuestro país el primer informe al respecto, es de 1958, realizando en la tesis profesional del Licenciado en Derecho C, Vera Fernández. En una encuesta practicada, se encontró que 21 galenos mexicanos afirmaron realizar esta práctica, siendo la mayoría jóvenes y egresados de universidades extranjeras. El número de casos referidos por los entrevistados fue cercano a los tres mil. " ⁴

³ CHEMIN GUIMARAES, Luis. "Inseminacao Artificial Criminosa", Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1978, pág. 21

⁴ DR. SOTO REYNA, René. "Aspectos Médicos Legales de la Inseminación Artificial en Seres Humanos". Ed. Supremo Tribunal de Justicia de Durango, México, oct. 1965 - mar.1966, pág.38

Para las mujeres cuyo problema radicaba en la esterilidad de su marido, la solución dio comienzo en la década de los setentas con el surgimiento en Estados Unidos de los Bancos de semen humano (de los cuales hay cuando menos 17) y el perfeccionamiento de las técnicas de la Inseminación Artificial Humana, gracias a las cuales se lograran un promedio de 20 mil embarazos anuales.

Como dato importante en el avance en esta novedosa materia de la Inseminación Artificial en seres humanos (IAH), tenemos el nacimiento de Louise Brown, el primer bebé de probeta, siendo resultado de una exitosa fecundación in vitro - experimentalmente - y un implante del embrión resultante en el útero de la paciente. El Dr. Patrick C. Steptoe, Ginecólogo británico, junto con el psicólogo Rober C. Edwars, hizo posible el experimento en 1978

En el Congreso Mundial sobre la Fertilización Humana in vitro, realizado en mayo de 1983 en la ciudad de Viena, el doctor Wilfred Feichtiger declaró:

*" Que unos 200 niños han nacido en todo el mundo por este procedimiento, desde que se logro el primer nacimiento de un ser humano en probeta, en 1978."*⁵

Es indudable que la IAH, una vez fue tarea experimental, y hoy por hoy ha venido a ser virtualmente rutinaria, y conforme se expande el rango de posibilidades científicas, el amplio campo de la IAH, se ha encontrado de repente con inesperados problemas éticos y médico-legales.

La ciencia avanza todos los días a pasos agigantados, ampliando sus horizontes, y con ello dándose una serie de cuestionamientos de todo tipo.

⁵ FEICHTIGER, Wilfred. "Primer Seminario de Bioética Gto.", Universidad de Guanajuato, México, 1992, pág.47

El hombre ha rebasado lo que parecía ser hasta hace poco tiempo inalcanzable, primero el hecho, de lograr por medios mecánicos, la inseminación, después la fecundación fuera del cuerpo de la mujer, los bancos de semen, óvulos y embriones, la congelación y manipulación genética de embriones, estudios prenatales tendientes a detectar una serie de enfermedades genéticas, la aparición de clínicas para la selección del sexo, las técnicas de lavado embrionario o uterino que data de 1983 en California, monitorización y estimulación de ovulación, estas últimas técnicas, utilizadas en la transferencia de embriones y la clonación de embriones, esta última todavía se encuentra en etapa experimental en animales, siendo fuertemente criticada por el clero.

En México dichas técnicas se aplican desde 1986, en clínicas privadas a un costo menor que en otros países, y con las mismas posibilidades de éxito. El procedimiento se hace cada vez más popular no sólo en México sino en otros países latinoamericanos: Brasil, Colombia, Perú, Argentina. Este último y México han sido los primeros en ofrecer estos servicios para el estudio de la infertilidad y esterilidad, Panamá está en vías de ofrecerlo a su población.

El éxito que representa para cualquier país la aplicación de estas técnicas, se refleja en el número de casos que pueden ser resueltos. En México se efectuó, por vez primera en octubre de 1986 la técnica combinada GIFT, fertilización in vitro y transferencia de embrión. De esta nació meses después un niño normal. Hasta agosto de 1988 se habían realizado estos procedimientos en 31 parejas, obteniéndose 14 embarazos.

B) DERECHO Y ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION (GENERALIDADES)

El avance científico de la Inseminación Artificial Humana (IAH) no se detiene, y empiezan a aparecer cuestionamientos éticos y legales nunca antes esperados. Ninguna ley u ordenamiento del siglo pasado contempló la posibilidad científica de que el acto sexual entre el padre y la madre, no fuera esencial para la concepción de un nuevo ser humano, y muchos preceptos en ellos contenidos son insuficientes y obsoletos en la actualidad.

Uno de los primeros antecedentes en contra de reglamentar esta práctica la encontramos en el ya mencionado Cuarto Congreso Internacional de Medicina Católica, realizado en Roma. En él, el Papa Pío XII afirmó que:

" La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de considerarse por y simplemente como inmoral. El niño concebido en estas condiciones sería, por este mismo hecho, ilegítimo. ,en el matrimonio, la fecundación artificial producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral, y como tal debe de reprobarse sin apelación..... en lo que toca a la fecundación artificial hay que ser no sólo profundamente reservados, sino que hay que descartarla absolutamente....." ⁶

Esta concepción religiosa, si bien no ha detenido el avance científico, si ha reprimido de alguna forma, muchos intentos legislativos. El progreso de la ciencia en el campo de la fertilización y de las nuevas formas de procreación humana ha planteado problemas jurídicos en diversas ramas del derecho; muy especialmente, en el derecho de familia y dentro de éste, en las normas que rigen la filiación.

⁶ Q.F.B NAVARRETE E. Victoria. "Primer Seminario de Bioética <<Las Nuevas Técnicas en Reproducción Humana>>", Universidad de Guanajuato, Gto México, 1992, pág.39 .

Por otro lado en todos los países, la legislación contempla la fecundación natural como única posibilidad de concepción de un nuevo ser, así que cuando se refieren a la reglamentación de lo relacionado con la reproducción humana, la IAH, es una situación de nueva aparición. Aunado a esto, está, el hecho de que más de una tercera parte de los niños nacidos por estos medios, se encuentran fuera de la protección de los lazos matrimoniales o son producto de heteroinseminación, ya que cada día es mayor el número de mujeres solteras que acuden a ella; es claro que el problema legal puede tomar causas insospechados.

Al abordar el presente tema es importante mencionar la relación que hay entre Derecho y Asistencia Médica a la Procreación, y partiendo de que el objeto del derecho son los actos humanos predominantemente, y siendo que la asistencia médica a la procreación es un acto de este tipo, entonces se preocupa por lo que se exterioriza y no por lo meramente subjetivo, es este el campo de la moral, el derecho establece sanciones que adquieren forma coercitiva material, aplicadas a través del poder del Estado. El derecho se preocupa por la coexistencia social, la armonía de ésta, para su conservación y progreso

Para abordar este inciso consideramos adecuado tratar el aspecto de la Inseminación Artificial frente a la moral, siendo que esta se encuentra tan ligada al derecho. Para Immanuel Kant:

*" La moral es una parte de la filosofía práctica, atribuyéndole como principio supremo la autonomía de la voluntad, que se encuentra impregnada en la libertad del ser racional entendida como un valor absoluto. "*⁷

Es sabido que la moral puede determinar normas de conducta, que poseen el presupuesto de ser la autonomía de la voluntad, fundamentalmente exige el respeto

⁷ KANT, Immanuel, "Crítica da Razão Pura e Outros Textos Filosóficos." Fundamentação de Metafísica dos Costumes, Os Pensadores, Vol. XXV, Ed. Abril Cultural, pág.233

del orden establecido, acarreado su incumplimiento la aplicación de sanciones.

Así como la moral, el derecho, tiene fundamentos éticos, caracterizando a ambos por la obligatoriedad de sus normas, estando determinadas por sanciones de diversa naturaleza. A pesar de que el derecho y la moral tienen como objeto los actos humanos, predominantemente, a la moral le interesa lo subjetivo, los pensamientos, en cuanto al derecho le interesa lo que se exterioriza, podemos decir que lo que se materializa (hechos y actos humanos). Siguiendo con las diferencias y similitudes existentes entre estas dos materias, en lo que respecta a las sanciones que establecen una y otra, en la moral consiste en el remordimiento, la desacreditación, desacuerdo social; en tanto que en el derecho adquieren una forma coercitiva material, aplicada a través del poder del Estado. El fin de los ordenamientos jurídicos es la conservación de la sociedad, y el desarrollo armónico de la misma.

Siendo que la Inseminación Artificial Humana, trae como consecuencia inmediata la separación radical de las dos funciones que ocurren indisolublemente al acto sexual: una función de procreación y otra de intimidad; la moral considera que el hombre no tiene derecho a ejercer una de esas dos funciones separadas de la otra por cualquier artificio humano, ya que este acto es considerado en contra de las exigencias de la propia naturaleza humana, y continúan diciendo que la raza humana debe reproducirse en un abrazo de amor, siendo el matrimonio para ello, cuyo objeto es la intimidad conyugal, la "*cópula carnalis*", esto es la unión sexual.

Para Chávez Asencio los fines del matrimonio se resumen en los siguientes:

*" La procreación y mutua ayuda, para adecuarlas a los conocimientos y experiencias actuales e incorporar, dentro de los fines del matrimonio al amor conyugal."*⁸

⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel.F. "La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares." 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1994, pág.22

Para los moralistas ninguno de los métodos que proponen los médicos para la recogida del semen (masturbación, coito interrumpido, uso de preservativo, etc.) les parece adecuado, sino por el contrario, son todos inmorales.

En especial la Inseminación Heteróloga, es rechazada por todos los moralistas católicos, como una abominación y desorden moral condenado por todas las leyes divinas y humanas, la fecundación artificial fuera del matrimonio es condenada pura y simplemente como inmoral; argumentan que sólo los esposos tienen derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida, derecho exclusivo, intransferible e inalienable.

En este inciso cabe preguntarse, si debe de establecerse como institución jurídica a la Inseminación Artificial Humana. , y la examinaremos desde el punto de vista moral, y desde su carácter inmoral, entonces para abordar dicha pregunta, es necesario que veamos brevemente las relaciones entre derecho y moral.

En las fases primitivas de la vida social existía una costumbre indistinta cuyas normas no tenían una naturaleza moral o jurídica definida, se agrupaban unitivamente, un sólo cuerpo el de la moral, derecho y religión.

Así que es en 1705 con Cristián Tomasio, con quien encontramos una de las teorías sobre la distinción entre moral y derecho. Para este la moral sólo se refiere a lo interno, y el derecho versa sólo sobre lo externo, no ocupándose del pensamiento. De esto se sigue, la moral no es coercible, y lo es en cambio el derecho.

Para algunos teóricos del derecho, consideran que éste y la moral no pueden separarse; pues comulgan con la idea de que el derecho es el mínimo de moralidad formulada y adoptada por una determinada sociedad. Continúa diciendo que este

mínimo de moralidad ha de seguirse a toda costa para el bien del orden social, si es necesario mediante el ejercicio de la fuerza; de aquí podemos decir que las normas morales se basan en la sumisión voluntaria, mientras las jurídicas son de posible imposición; este es el principio de la coacción.

Felipe Oseguera comenta, en un artículo publicado en una revista mexicana, que:

*"El derecho, aunque distinto de la moral por contenido, se halla unido a ella por un doble vínculo: la validez del derecho, y por hacer posible la moral constituya una meta del orden jurídico."*⁹

Para otro grupo de estudiosos de la materia, existe independencia absoluta entre los principios de la moral y los del derecho. Para estos la moralidad no es el índice por el que se guía el derecho, por ejemplo para Fiente existe una contradicción insoluble entre los principios de estos dos, para él, el derecho, permite actos que la moral prohíbe.

Partiendo de esta posición podemos decir que las Técnicas de Reproducción Humana, como es la IAH, la FIV y la TE si pueden formar parte de una Institución Jurídica; pero para aquellos que comulgan con la idea de que no puede haber derecho sin moral, quedan establecidas estas prácticas inseminatorias como inmorales, que no deben de ser aceptadas como una institución de derecho, debido a que son contrarias a los principios de la moral.

⁹ GONZALES OSEGUERA, Felipe. "La Inseminación Artificial de la Mujer ante el Derecho Mexicano", Revista del Foro de México, No. 97, México, 1961, pág.40

B.1 MARCO TEORICO CONCEPTUAL

Es innegable que el derecho constituye quíérase o no, una super estructura que refleja los hechos y actos sociales, que el hombre dentro de su interdependencia, crea, imita o descubre. Y que la finalidad de las normas jurídicas no es la de una vigencia colectiva, y que regule situaciones imaginarias y sectorias, sino que por el contrario, el derecho tiende a moderar, regular conductas o situaciones que sus destinatarios, los miembros de la sociedad deben de observar para lograr el equilibrio deseado por toda la colectividad.

Pero también es indiscutible que para que los miembros sociales logren observar o cumplir con los mandamientos jurídicos estos, tienen que ser reflejo de una realidad que sea congruente con la vivencia cotidiana de ellos, que en uno y otro modo, los integrantes sociales estén en posibilidad de cumplir.

Decíamos, que el ser social, dentro de su interdependencia crea, imita o descubre. Es así como uno de estos medios lo constituye el método de concepción denominado Inseminación Artificial, Fecundación Artificial y Transferencia de Embriones que en el caso a tratar será aplicado a seres humanos.

Por otra parte siendo el derecho bastante completo, ya que este es un producto social; y en la misma forma en que se desarrolla o evoluciona una sociedad, el derecho también va evolucionando, no puede permanecer estático e inmutable, frente a las nuevas actividades humanas en las diferentes ramas de la ciencia y el arte, y de manera particular frente a los progresos de las ciencias médicas, que de una u otra forma impactan a las sociedades. De lo anterior se desprende la necesidad imperiosa e insalvable que existe de regular las cuestiones referentes a las prácticas inseminatorias, en diferentes países, y por supuesto en el nuestro. Esta necesidad de regulación, en la materia de Procreación Médicamente Asistida ha sido ya considerada, y satisfecha en varias legislaciones del mundo; como es el caso de la francesa, la sueca, la española, entre otras.

Estamos en total acuerdo con el maestro Chávez Asencio cuando dice que:

" Para que el Derecho pueda reglamentar la conducta humana, y hacer posible la convivencia, debe el derecho inspirarse en la vida de la comunidad o pueblo en un lugar y tiempo determinados." ¹⁰

Los avances de la ciencia médica en cuanto al Genoma Humano y de manera muy especial en lo referente a la procreación, ha dado pausa para que el derecho de varios países se ponga alerta, y procedan a realizar estudios de tipo médico-biológico, jurídico y ético, sobre este asunto de las nuevas técnicas reproductivas (INSEMINACION ARTIFICIAL, FECUNDACION ARTIFICIAL Y TRANSFERENCIA DE EMBRIONES).

Consecuentemente este hecho social ha originado ciertos actos y hechos de carácter jurídico, que en virtud de la interrelación que existe entre los miembros de una sociedad deben de ser resueltos; pues de no ser así, lejos de ser una aportación positiva para la humanidad en su conjunto, se estaría introduciendo el germen de la desintegración de algunas instituciones jurídicas, y evidentemente también sociales.

Hay algunas etapas de la historia de las ciencias en que los conocimientos avanzan tanto, que modifican nuestra forma de entender el mundo. Ejemplo de ello es sin duda el proyecto del Genoma Humano.

Evidentemente el hombre, al practicar la recolección selectiva de las plantas e intervenir en la diversificación de las especies para subvenir a sus necesidades, ha establecido de una forma u otra a la genética sin saberlo.

Noëlle Lenoir, nos ilustra cuando comente que:

¹⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Ob. Cit. pág.23

*"Es en el siglo XVIII, cuando empieza verdaderamente la era de las ciencias de la vida. Gracias sobre todo a los estudios de Buffon se impuso de modo intuitivo la idea de la evolución de las especies, intuiciones corroboradas por Gregorio Mendel en la segunda mitad del siglo XIX, pese a que este no llegó a percibir la noción del <gen>."*¹¹

Pero la genética no aparece como ciencia autónoma, sino hasta el siglo XX. Sus progresos están marcados por el descubrimiento del "ADN", por Francis Crick y James Watson en 1953, la explicación del funcionamiento de "ARN" por Francois Gros, Francois Jacob y Jacques Monod en los años sesenta, la aparición de las técnicas de ingeniería genética a los setentas, y recientemente, las nuevas actividades de cartografía física y genética.

Todos estos descubrimientos no sólo han revolucionado a la ciencia, sino también a la humanidad, ya que por vez primera el ser humano accede al conocimiento de sus propios mecanismos vitales (genética, neurología y embriología).

Puede intervenir en el Genoma Humano y modificarlo, teniendo de esta forma la posibilidad de transformar su propia especie. El hombre ha accedido a aquella actividad que parecía tener sólo dios y la naturaleza, interviniendo en su propia creación con las nuevas técnicas de reproducción humana.

Progresos terapéuticos, alivio al dolor humano, aumento del bienestar individual y colectivo, creación de formas de cultura que favorecen a la mayoría o amplía las libertades individuales, son la parte positiva que ha despertado la ciencia, con sus nuevas esperanzas.

¹¹ NOELLE, Lenoir. "Entrevista de Bahgat Elnadi y Adel Rifaat.", Correo de la UNESCO, año XLVII, México, 1994, pág.5

Las investigaciones sobre el Genoma Humano tiene implicaciones científicas y médicas, pero además, su aplicación afecta a todos los aspectos de la vida de los individuos: la vida privada (elección del estilo de vida y de consumo, conocimiento del individuo por su identidad genética); la vida familiar (proyecto de pareja, proyecto parental, relaciones con los demás miembros de la familia); la vida social (protección de la salud y acceso a la atención médica, acceso al empleo, seguros sociales o privados; apoyo educativo a los niños.. .. etc.)

Ver como se acelera el progreso científico momento a momento, permite entender que nuestro futuro no está escrito y que la condición humana es incompatible con la certeza.

De preguntarse constantemente cual ha sido la influencia de la biología molecular en el desarrollo del hombre surge la bioética, en los setentas, esencialmente en los Estados Unidos, cuando empiezan a funcionar las técnicas de manipulación del genoma, que se conoce como << ingeniería genética >>.

" La Bioética trata de explicar las relaciones entre el hombre y la naturaleza en su diversidad biológica, comprendida la propia naturaleza humana. " ¹²

¹² Ibidem. pág.7

GENOMA HUMANO. Al programa completo de cada persona lo llamamos Genoma; y al de nuestra especie, Genoma Humano.

Las instrucciones que especifican el funcionamiento de cada célula se encuentran en el programa genético contenido en el núcleo de cada una de ellas, que de esta forma constituye su "manual" de instrucciones.

El manual contiene la información para que de un embrión de una célula se desarrolle un individuo completo. Cuando una célula se va a dividir en dos, el programa se copia y cada célula hija recibe una copia idéntica.

El proyecto Genoma Humano, nació con el apoyo económico del Congreso de los Estados Unidos, ubicado administrativamente en los institutos Nacionales de Salud y el Departamento de Energía de ese país.

Posteriormente otros países, particularmente Francia e Inglaterra, lo han asumido como proyecto nacional.

Esta no es la ética de la biología, no significa lo mismo que la deontología. No se interesa por las prácticas profesionales, en sí, sino por sus consecuencias para la sociedad. Es pues el respeto por la vida humana el eje central de la Bioética. La libertad humana, la libertad individual, la igualdad de derechos y la solidaridad son los principios rectores de la bioética.

El hombre no puede ser un objeto para la ciencia, siendo que la salud del hombre exige un planteamiento mundial. De aquí se desprende que los nuevos conocimientos deben ponerse al servicio de la humanidad y no desvirtuarse en provecho de intereses privados o colectivos contrarios a los derechos humanos.

Ante los cambios imputables a los progresos de la genética, no hay más remedio que preguntarse, hacia que tipo de sociedad nos dirigimos, qué nuevo equilibrio mundial se va instaurar

B.2. INSEMINACION Y FECUNDACION ARTIFICIAL

En este inciso expondremos los conceptos médicos de la INSEMINACION ARTIFICIAL (IA) Y FECUNDACION ARTIFICIAL (FIV).

Para poder analizar equilibradamente el valor de las nuevas tecnologías reproductivas (NTR), es necesario tomar en consideración el contexto en que éstas aparecen y aclarar los conceptos principales, cuyo desconocimiento contribuye a la confusión de la sociedad en su conjunto, y, en especial a las mujeres.

Esta tecnología se presenta como una solución para la fertilidad y como posible instrumento para la detección y prevención de enfermedades de origen genético de corte grave.

Se denomina Infertilidad a la incapacidad de procrear que puede ser o no definitiva.

La esterilidad, se define como la incapacidad de concebir después de un año o dos de intentarlo.

Las diversas técnicas de reproducción humana artificial, llevan consigo el objetivo de permitir la paternidad o la maternidad, a quien por causas ajenas a su voluntad no les es posible lograr descendencia.

En lo general, la pareja estéril intenta hasta donde les es posible económica y emocionalmente, lograr la concepción. Cuando esta pareja no logra su objetivo, comienza a tener problemas en su relación como pareja, pues siendo la capacidad reproductiva una característica inherente a todo ser vivo, en el individuo humano cobra especial importancia, pues como ser inteligente, uno de sus más caros anhelos es tener descendientes, pues bien su frustración ante este anhelo los lleva a culparse mutuamente o a sentir odio contra quienes tienen hijos, se presentan estados depresivos difíciles, lo que complica las relaciones de tal pareja.

Casi siempre ambos cónyuges tienen las mismas posibilidades de ser la causa de la infertilidad; no son pocas las parejas en que hay problemas en ambos.

La esterilidad en la mujer puede deberse en la mayoría de los casos a trastornos en la ovulación, cicatrices o lesiones en las trompas de falopio y endometriosis. En el varón se debe a la disminución en el número de espermatozoides o en la motilidad o anomalías en la forma de los mismos. Para fines de lograr la concepción son más importantes los factores de motilidad y forma, y algo menos el del número de los espermatozoides. Estos datos se obtienen fácilmente en exámenes de laboratorio y constituyen la rutina en la investigación de las causas de esterilidad. En la mujer los estudios más comunes consisten en una inspección física previa, detección de la ovulación, análisis postcoital, biopsia endometrial (concentración hormonal) y laparoscopia

El proceso de la reproducción humana, se inicia con la fecundación, que es

la unión o fusión de los elementos ontogénicos (óvulo y espermatozoide) provenientes de la madre y del padre; de la cual resulta la formación del cigoto o huevo, que es el principio del nuevo ser. Esta fase natural puede ser sustituida, principalmente en caso de esterilidad de uno de los progenitores, como ya lo habíamos mencionado; por un conjunto de técnicas que ponen en contacto los elementos ontogénicos directamente en la matriz (IA); o con medios de laboratorio (FIV). El huevo formado por la fusión de los elementos ontogénicos, en etapa de embrión de 16 semanas a 1000 células, puede ser implantado tanto en la madre como en otra mujer que se preste como paridora o substituta durante la gestación. El semen fecundante puede obtenerse tanto del esposo de la mujer (autoinseminación), como de otro varón (donador), conociéndose a esto como hetero-inseminación.

Se entiende por Inseminación, gramaticalmente, como aquella que se refiere a la fecundación del huevo u óvulo, mientras que por fecundación es hacer producir una cosa.

Hemos considerado adecuado plantear al lector una serie de conceptos de fecundación artificial, con el fin de que el mismo, pueda en determinado momento establecer su propio concepto de IAH, en tanto que para Ernesto Gutiérrez y González, la IA es:

" El encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra - útero - por la introducción del espermatozoide del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad del contacto carnal" ¹³

Para Fernando Flores García, esta es:

¹³ GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho a la Paternidad y Derechos Sucesorios". , Ed. Cajica, Puebla, México, 1986, pág.627

*" La que consiste, en la obtención e introducción del semen masculino por procedimientos mecánicos no naturales, en los órganos genitales femeninos."*¹⁴

Quintero Monasterios, expresa que la IA. es:

" Un procedimiento terapéutico por el cual el semen o los espermatozoides del esposo, o en otros casos de un tercero denominado donante, son introducidos mediante maniobras instrumentales, en el tracto genital de la mujer." ¹⁵

La Dirección de Extensión Académica de la UNAM, indica que:

*" La inyección instrumental del semen dentro de la vagina o el útero para inducir el embarazo; sin coito, es la conocida como Inseminación Artificial y que una Fecundación igualmente artificial es la realizada mediante la IA, por lo que tenemos una diferencia de lo que la I A. y lo que es Fecundación Artificial."*¹⁶

La " Revista de Información Médica " consigna la siguiente hipótesis:

" Inseminación Artificial es el proceso en el que el esperma es introducido en el sistema reproductor femenino, por medios artificiales y no mediante el coito." ¹⁷

De los conceptos y definiciones anteriores, se desprende que, la mayoría de

¹⁴ FLORES GARCIA, Fernando. "Revista Criminalia". año XXI, No.6, México, 1955, pág.344

¹⁵ QUINTERO MONASTERIOS alia". año XXI, No.6, México, 1955, pág.344

"Inseminación Artificial Humana". Venezuela, 1974, pág.23

¹⁶ Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Médicas, 4a.ed., México, 1984, pág.752

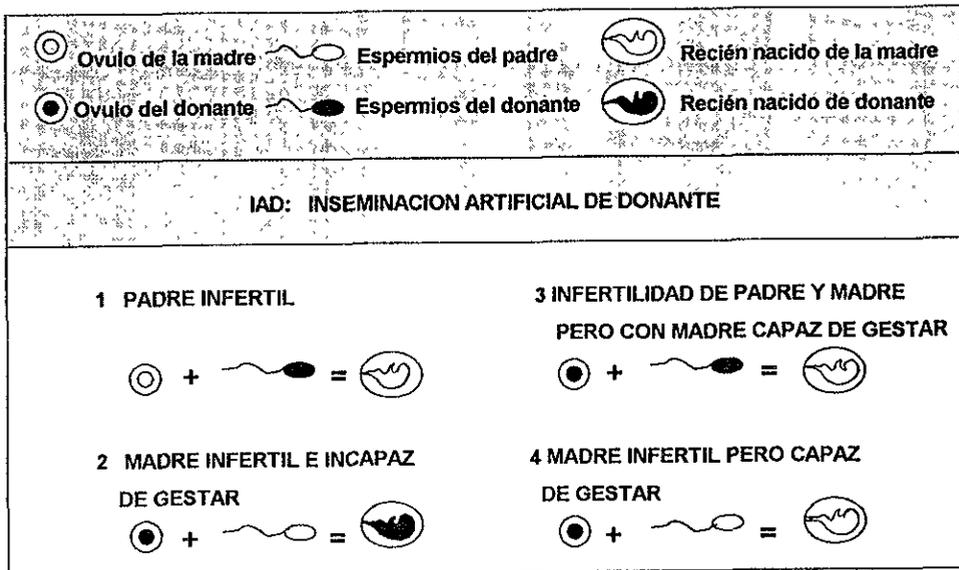
¹⁷ Información Médica, El mundo de la pareja, Fascículo 17, Vol.11, Ed. Artemisa, México, pág.332

autores aquí citados, coinciden en indicar que la IA, es un procedimiento mecánico, por el cual se introduce una cantidad de semen (esperma) en el interior de los órganos genitales femeninos; prescindiendo de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo, y obtener la fecundación de éste, provocando de esta forma el embarazo.

En nuestra opinión la Inseminación Artificial es un proceso, podríamos decir, sencillo, que consiste en depositar semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando), con el fin de propiciar el encuentro efectivo de los elementos ontogénicos (óvulo y esperma), realizándose de esta forma la fecundación. Una de sus ventajas es que no es una técnica invasiva, que no permite la tan criticada y polémica manipulación de embriones.

CUDRO 1.

NUEVAS FORMAS DE OBTENER EMBARAZOS



Posibilidad de obtención de embarazo mediante inseminación artificial de donante.

FECUNDACION ARTIFICIAL - FECUNDACION IN VITRO (FIV)

Esta técnica es un poco más compleja que la de la Inseminación Artificial ya sea ésta heteróloga o bien homóloga.

Para realizarla, el óvulo que la mujer libera mensualmente y que se ha desplazado de la trompa de falopio, donde espera encontrarse al espermatozoide, es removido con un laparoscopio y un aspirador al vacío, vía quirúrgica vía abdominal. Tres horas después de incubado para su maduración y colocado en una caja de petri, se pone en contacto con unas gotas de semen. En caso exitoso de la fecundación, la célula resultante o huevo, comienza a dividirse. Cuando el embrión tiene ocho células está disponible para implantarse en el útero de la madre o de la paridora, a través del cuello uterino, el embrión es implantado, con un catéter de nylon, dentro del útero y la gestación del nuevo ser ha dado principio. Muchos pasos de ésta técnicas están siendo perfeccionados para aumentar el índice de buenos resultados.

Algunos estudiosos coinciden en que:

" Desde el punto de vista médico, su indicación principal es la esterilidad masculina por impotencia (azoospermia, oligospermia, necrospermia, etc.) o malformaciones (epispadia, hipospadia, fimosis, etc.) y también casos de esterilidad femenina (estrechez, frigidez)."¹⁸

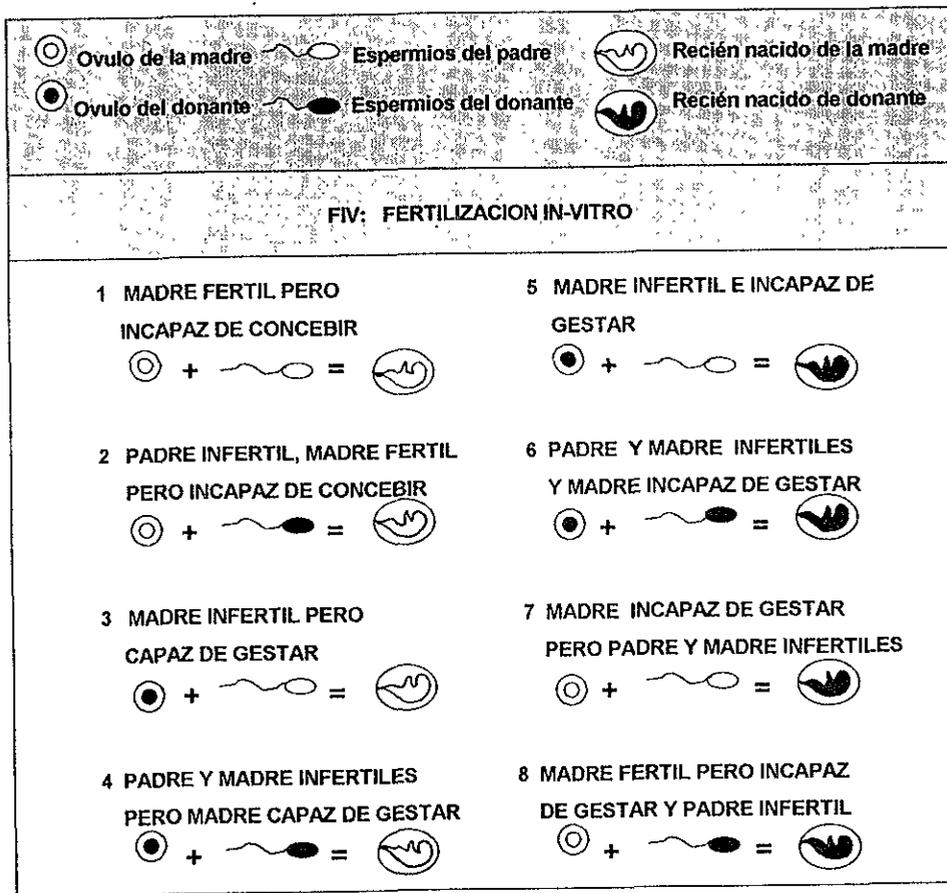
Médicamente, la FIV ha sido desarrollada primeramente como ya lo mencionamos para asistir a las parejas casadas, con esterilidad, debida a problemas en las trompas de falopio.

¹⁸ SOTO REYNA, René. Op. Cit. pág.40

También puede ser útil en caso de baja motilidad espermática o número reducido de espermatozoides. Con técnicas como las de SWIN UP, que lava los espermatozoides y los concentra, se logran espermas en buenas condiciones de número y motilidad para facilitar la concepción.

Así mismo, está indicada en caso de esterilidad por causa no aparente. Se estima que del 10 al 15% de parejas estériles obtienen buenos resultados con técnicas de esta categoría. Otros casos que resuelven con éste procedimiento son los que presentan causas de esterilidad debida a factores inmunológicos, anormalidades de ovocito o problemas en el transplante de espermatozoides: barreras físicas o químicas que impiden al espermatozoide penetrar al óvulo, anormalidades genéticas y uterinas no reconocidas.

NUEVAS FORMAS DE OBTENER EMBARAZOS



Posibilidades de obtención de embarazo mediante fertilización <<in vitro>> y transferencia de embriones

B.3. ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION Y LOS HECHOS JURIDICOS

Los hechos jurídicos son los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan.

Para Bonnecase, el hecho jurídico, se sirve para:

*" Designar un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, tomando en consideración por el derecho para hacer derivar de él, en contra o en favor de una o varias personas, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, en efecto limitado de derecho."*¹⁹

Lastra Lastra, dice que se trata de.

*" Cualquier transformación de la realidad."*²⁰

En tanto que otros juristas como García Máynez, hablan de una transformación del mundo exterior, y dice:

*" En estas definiciones hállase implícita la idea de que un hecho es un suceso temporal y espacialmente localizado, que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente. Cuando la ley enlaza un acontecer de esa especie, consecuencias normativas, aquel se transforma en hecho jurídico."*²¹

¹⁹ BONNECASE, Julien, "Introducción al Estudio del Derecho", 2a.ed., Ed. Temis, Bogotá, 1982, pág.102

²⁰ LASTRA LASTRA, José M. "Fundamentos de Derecho.", 1a. ed. Ed. Graw - Hill, Serie Jurídica. México, 1996, pág.101

²¹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. "Filosofía del Derecho", Ed Porrúa, México, 1975, pág.90

En opinión de Castán Tobeñas, debemos entender por hecho jurídico,

*" Todo suceso o fenómeno acaecido en la realidad. Si ese fenómeno lleva aparejada como consecuencia la producción de un efecto jurídico, la calificamos de hecho jurídico."*²²

Son muchos y variados los eventos que pueden constituir hechos jurídicos, por ejemplo el nacimiento de la persona, la muerte, la ausencia, el comienzo de la mayoría de edad, la aluvión, la mutación de cauce, etc. En virtud de tales acontecimientos, dice Magallón Ibarra:

*" Se producen efectos jurídicos, conductas que transforman la realidad y que son producto de la naturaleza o resultado de la actividad del hombre."*²³

El hecho es pues, transformador de una realidad del mundo exterior, es un suceso temporal y espacialmente localizado que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente.

Para Galindo Garfias:

*" Los hechos, en general, adquieren relevancia para el derecho y por lo tanto reciben el calificativo de jurídicos cuando sus características coinciden con los datos establecidos en la hipótesis de la norma."*²⁴

²² CASTAN TOBEÑAS, José. "Derecho Civil Español Común y Foral" 11a ed., T.1, Ed. Reus, Madrid, 1975, pág 585

²³ MAGALLON IBARRA, Jorge M. "Instituciones de Derecho Civil", T.1, Ed. Porrúa, México, 1987, pág 195

²⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1990, pág.207

" El hecho jurídico, es, un acontecimiento natural del hombre que está previsto en la norma de derecho como supuesto creación, transmisión, de modificación o extinción de derechos, obligaciones o sanciones." ²⁵

Dice el maestro Rojina Villegas.

En tanto que, Miguel Villoro Toranzo, define al hecho jurídico, como:

" Aquel cuya existencia de alguna forma (ya aislada o en función de otros hechos) es tomada expresamente en cuenta por el legislador de una norma, donde se estipulan consecuencias jurídicas, por considerar que ese hecho no puede producirse sin ser debidamente ordenado." ²⁶

Por otro lado Chiovenda, define los hechos jurídicos, como:

" Los hechos de los cuales se deriva la existencia de una voluntad concreta de la ley y como tales se distinguen de los simples hechos o motivos, los que sólo tienen importancia para el derecho." ²⁷

De acuerdo a las consecuencias jurídicas que resulten de la realización de un hecho jurídico se clasifican en: hechos naturales, es decir por aquellos fenómenos de la naturaleza, los humanos o voluntarios, son a los que la ley enlaza consecuencias de derecho. Los últimos son también conocidos como actos jurídicos.

Después de haber enunciado múltiples conceptos de hecho jurídico, y

²⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1987, pág.207

²⁶ VILLOORO TORANZO, Miguel. "Introducción al Estudio del Derecho", 2a.,ed., Ed. Porrúa, México, 1974, pág.335

²⁷ CHIOVENDA, José, "Principios de Derecho Procesal Civil", Trad. José Casáis y Santaló, T. I, Madrid, 1922, pág.44

tomando en cuenta los elementos del propio hecho jurídico, podemos decir, que las prácticas inseminatorias de manera artificial en el hombre trascienden en la esfera de lo jurídico, pues crea, trasmite, modifica una serie de obligaciones y derechos y hasta sanciones, siendo además la Inseminación Artificial un hecho humano que transforma la realidad del mundo existente, provocando un cambio.

Partiendo de lo que considera Bonnacase sobre el hecho jurídico podemos decir que la Inseminación Artificial Humana y la FIV son un acontecimiento producido por la actividad del hombre, en este caso por la colectividad científica y médica, que es tomada por el derecho para hacer derivar de él (hecho jurídico); en contra o en favor de una o varias personas (la madre, el padre, el hijo, el donante, la madre substituta, el médico, etc.) una situación jurídica general (la procreación) y permanente, o, al contrario un efecto limitado de derecho

Entendiendo por procreación el engendrar, propagar o multiplicar una especie.

El hombre por su naturaleza eminentemente social, ha experimentado las más diversas formas de organización social, desde sus orígenes para tratar de unir sus esfuerzos, aportes ya sean físicos o intelectuales, en su constante lucha por la supervivencia.

Cuando las imperfecciones naturales del hombre ponen una valla con su realización plena interviniendo la ciencia como hecho social, para ir en su auxilio, siendo así como ésta ha asistido médicamente a la procreación, aportando la IAH, la FIV y la TE para suplir o complementar el instinto de procreación, siendo esta un proyecto de pareja.

La práctica de la IAH y la FIV originan sin lugar a dudas una serie de hechos jurídicos que en virtud de las interrelaciones entre los miembros sociales deben de ser resueltos; pues de no ser así, en vez de aportación positiva para la humanidad, se estará introduciendo un elemento la desintegración social.

Se consideran que hechos como la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento son jurídicos. Esto recordando que los hechos jurídicos son todo aquel acontecimiento o suceso que trasciende en la esfera de lo jurídico, es decir, que tiene efectos jurídicos.

De acuerdo a las consecuencias jurídicas que resulten de la realización de un hecho jurídico se clasifican en: hechos naturales, es decir por aquellos fenómenos de la naturaleza, los humanos involuntarios y los humanos voluntarios, son a los que la ley enlaza consecuencias de derecho. Los últimos son también conocidos como actos jurídicos.

Chávez Asencio, nos recuerda que:

*" Según el derecho privado los efectos de derecho pueden consistir en la creación, transmisión, modificación y extensión de obligaciones y derechos."*²⁸

Desde la aparición de los fenómenos relacionados con la nueva tecnología reproductiva a nuestra vida cotidiana, el primero de los problemas que se evidenció fue que la biotecnología hizo su aparición en las familias en un marco jurídico muy estrecho, impactándolo profundamente.

Efectivamente en el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para varias figuras como la maternidad y la paternidad. Son innegablemente hechos jurídicos.

En otro orden de ideas, es importante tener presente, que la reproducción asistida, además de ser objeto de estudio en el contexto de la filiación, lo es también en el ámbito de los derechos humanos desde tres vertientes: los derechos

²⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel, Ob. Cit. pág.285

reproductivos, el derecho a la protección, a la salud y el derecho a conocer los propios orígenes.

B.4. LA PROCREACION MEDICAMENTE ASISTIDA COMO ACTO JURIDICO

El acto, en sentido jurídico, supone un hecho humano producido por la voluntad consciente y exteriorizada. Cuando el acto produce, conforme a las disposiciones del derecho objetivo, un efecto jurídico, es llamado acto jurídico. Este es estrictamente el resultado de la conducta del hombre; pero no de cualquier conducta; sino de aquella:

" Que intencionalmente ha querido y buscado la realización de las consecuencias jurídicas que se dan. "29

Explica el maestro Magallón Ibarra, continúa diciendo el maestro Magallón, que.

" El elemento básico diferencial entre el hecho y el acto jurídico consiste en que, produciendo ambos consecuencias en el mundo del derecho, sólo éste es resultado de la voluntad del hombre " 30

Para Bonnacase, el acto jurídico es:

²⁹ MAGALLON IBARRA, Jorge. Ob. Cit , pág.195

³⁰ Ibídem. pág 196

"La manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, sobre el fundamento de una regla de derecho o de una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas, o estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o al contrario, un efecto limitado de derecho que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho." ³¹

En suma en los actos jurídicos interviene la voluntad humana, con la intención de producir los efectos previstos en las normas jurídicas.

La función que desempeñan los actos jurídicos en general, consiste en hacer posible que un puro concepto como es el enunciado en la norma, adquiera vivencia mediante su aplicabilidad.

A diferencia de la Inseminación Natural, la Inseminación Artificial Humana, la Fecundación In Vitro y la Transferencia de Embriones (Procreación Médicamente Asistida), son actos jurídicos de derecho familiar, con relación a los cuales es conveniente estudiar lo relativo a los elementos esenciales y de validez. Siendo necesario destacar la forma del contrato y formas que de él se derivan.

Manuel Borja Soriano, define al acto jurídico como, aquel que:

"Es una manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o derecho que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad." ³²

En tanto que Chávez Asencio, define al Acto Jurídico familiar, como:

³¹ BONNECASE, Julien., Ob. Cit pág.54

³² BORJA SORIANO, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". T.I, Ed. Porrúa, México, 1939, pág.120

*" El acto de voluntad, unilateral o plurilateral, que tiene por objeto crear, modificar, transferir, extinguir o reglamentar (regular) vínculos jurídicos que constituyen un estado familiar, cuya relación se integra con deberes y facultades jurídicas familiares, y obligaciones y derechos familiares es de carácter patrimonial-económico es crear un vínculo que constituya un estado jurídico y el parentesco."*³³

□□□ Estado Familiar

El Acto Jurídico Familiar □□□□□

□□□ Parentesco

Algo es propio del acto jurídico familiar, y es que se refiere a relaciones personales (familiares o conyugales) que le dan una característica especial, y de estas relaciones familiares se derivan, como consecuencia, relaciones patrimoniales - económicas. Ejemplo el matrimonio, el reconocimiento de hijos, la tutela, la adopción que generan algún estado familiar de las personas.

¿Por que e estima que la Procreación Médicamente Asistida (IAH y Fecundación in vitro) son actos jurídicos?

Siendo el débito carnal, una forma de convivencia conyugal, tiene el carácter de "deber jurídico", que integra la relación jurídica. Al respecto F Chávez Asencio comenta:

*" La relación sexual hombre mujer no es un acto jurídico, por el simple hecho de ser parte de una relación jurídica; si no que ésta se produce del acto jurídico "MATRIMONIO", cuyo objeto es la "comunidad íntima de vida", que como un estado jurídico se establece."*³⁴

³³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Ob. Cit. pág.311

³⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel, F. "La Familia en el Derecho, Relaciones Paterno Filiales", Ed. Porrúa, México 1992. pág.43

No sucede lo mismo en la fecundación artificial humana y la fecundación in vitro. Al no poder darse el embarazo como consecuencia del coito, por esterilidad de algún defecto orgánico, recurre a medios externos, donde interviene el ingenio humano y la asistencia médica; por tan solo mencionar, en la Inseminación Artificial interviene un tercero ajeno a la pareja "donador", de semen, o bien paridora en su caso.

El débito carnal se sigue dando entre los consortes, pero, no se obtiene por este medio "natural" la procreación. Es aquí donde la conjunción carnal y procreación se separan, necesitando para lograr descendencia, acudir a medios mecánicos, como es el caso de las nuevas técnicas de reproducción humana (IAH, FIV y TE) es lo que da el carácter de acto humano con propia definición, que si bien es cierto tiene la misma finalidad, esta se logra de forma distinta a la natural.

LAS PARTES

De entrada hay que decir que se trata de un acto plurilateral en el que intervienen los consortes y el médico que realiza la operación y que verifica que se hayan reunidos los requisitos médicos necesarios por parte de la pareja paciente.

Congruente con lo anteriormente dicho, deben de excluirse como posibles sujetos para celebrar un acto jurídico de esta naturaleza las mujeres que no estuvieren casadas y la concubina. Pues algunos autores dicen, que siendo el objetivo primordial de estas prácticas reproductivas, ayudar a generar la filiación dentro del matrimonio, que es la forma legal y moral de constituir una familia, los únicos sujetos idóneos han de ser matrimonios, legalmente instituidos.

En la legislación Francesa está estrictamente prohibida la concepción artificial de mujeres no casadas, cualquier acto jurídico que pretendiera realizarse con ellas sería ilícito, y como hace referencia al objeto sería una nulidad absoluta.

La participación de los cónyuges tiene por objeto constituir una relación jurídica que genere deberes derechos y obligaciones paternas - filiales. Por lo tanto la firma del convenio debe de producir consecuencias irrevocables por tratarse de la filiación.

Como condición de legalidad, debe de acreditarse médicamente que los cónyuges no pueden tener hijos por medios naturales (es decir que se haya comprobado la esterilidad de alguno de los dos, o bien de ambos) no importando que los hubieran tenido con anterioridad, pues se trata de la voluntad de ambos de procrear un nuevo ser. Como es lógico para tal efecto se requiere un dictamen médico que acredite esa situación. Recordemos que la imposibilidad hace referencia tanto la esterilidad tal cual, como a la impotencia

El médico es parte importante en éste proceso, por ser quien realiza la operación y debe de dar las constancias necesarias que acrediten la imposibilidad de la pareja para procrear por medios naturales un hijo, y su compromiso de realizar la operación, cumpliendo las disposiciones legales existentes en la materia de salud, y de guardar el secreto profesional, así como asegurar la eticidad del proceso inseminatorio. Tiene además la responsabilidad de asegurarse que las condiciones del semen a utilizar sean de excelente calidad.

Por otro lado, el médico debe de informar amplia, y verídicamente a los sujetos pacientes en estas prácticas reproductivas, de todos los riesgos, dificultades, necesidades, ventajas, desventajas de llevar a cabo una procreación de esta forma, contra ésta obligación del médico está el derecho a la información de las parejas que ponen sus esperanzas, su salud y dinero en manos de la ciencia médica.

NATURALEZA JURIDICA

Como ya mencionamos anteriormente, la Procreación Médicamente Asistida (IA.H) es un acto jurídico formal. Pues se requiere siempre la forma escrita, para comprobar el consentimiento de las partes, es necesaria la firma y huella de las mismas.

Con éste último requisito se pretende evitar el desconocimiento de la firma, o bien una posible falsificación, toda vez que la huella digital ratifica, corrobora el consentimiento que se hace manifiesto con la firma. Todo lo anterior con el fin de evitar la intervención de terceras personas ajenas, en pro del derecho a la intimidad de que gozan los padres que se sujetan a estas técnicas de reproducción, y de igual forma encaminados a proteger el secreto profesional del médico.

Una vez que se ha firmado de mutuo acuerdo por los futuros y posibles padres, se empieza a realizar todo el proceso médico que se espera culmine con el nacimiento de un niño. Por sus características este acto es de tipo Irrevocable. Es decir, hasta antes de que se haga la inseminación tal cual o antes de la implantación del óvulo fecundado hay posibilidad de " arrepentirse " es decir de revocar su consentimiento, pero, después de efectuada la IA o la implantación del óvulo fecundado no hay posibilidad de revocación; pues el hecho ya se ha consumado y los efectos jurídicos de este ya se dan.

El nacimiento de un bebé por estos medios le asegura la paternidad y la maternidad, sin que tengan sus padres oportunidad alguna de desconocer su parentesco con él, entratándose de un bebé con defectos diversos, por otro lado, no existe la posibilidad de interrumpir un embarazo por petición de alguna de las partes, pues en caso de que sucediera, estaríamos claramente frente a un ilícito perfectamente tipificado en los ordenamientos jurídicos mexicanos, denominado aborto.

Por último, su objeto es crear una relación jurídica paterno - filial, con los correspondientes deberes jurídicos personales, las obligaciones, derechos patrimoniales económicos, la obligación y responsabilidad del médico que realiza la inseminación o en su caso la fecundación artificial y por supuesto la implantación del óvulo fecundado.

ELEMENTOS ESCENCIALES Y DE VALIDEZ

Con relación a los elementos esenciales, se sigue en todo los principios de la teoría de las obligaciones, para la existencia del consentimiento y objeto que deben ser materia del acto jurídico familiar, para que éste pueda existir tal cual.

Con relación a la mujer y al marido, la expresión del consentimiento, dado este como ya mencionábamos, en forma escrita, lo obliga según autores como Chávez Asencio, someterse a la práctica de la Inseminación Artificial, o la implantación del óvulo fecundado. Sin embargo, el anterior supuesto es relativo, dado que la mujer tiene el derecho, la opción de negarse en cualquier momento antes de la inseminación tal cual o de la implantación. Pero, como ya hemos mencionado una vez que ya se ha realizado la operación inseminatoria o bien la fecundación e implantación del óvulo, para quienes pretendieran ir en contra de sus actos, una vez prestado el consentimiento, es imposible revocar o impugnar, puesto que sería un notorio y abusivo ejercicio antisocial del derecho, como ya lo mencionábamos.

En cuanto al médico, su participación con relación a la operación que realiza, éste no garantiza los resultados de la misma. Es decir, realizándose la operación de acuerdo con la técnica médica aplicable al caso, y habiéndose asegurado de cumplir con el requisito de haber hecho todos los estudios necesarios tendientes a comprobar fehacientemente la imposibilidad de la pareja paciente su imposibilidad

para procrear por medios naturales, y de obtener el consentimiento por escrito de la pareja, cesa su responsabilidad clínica, pero perdura la referente a guardar el secreto profesional.

Con relación a los elementos de validez se siguen las reglas generales en cuanto a la capacidad, vicios del consentimiento, objeto y motivo lícitos y la forma del contrato.

Sin embargo, este especial contrato requiere adicionalmente otros elementos que son: sólo podrá ser celebrado por quienes estuvieren casados, aquellos que tengan comprobada la incapacidad para procrear, deberán adicionalmente exigirse exámenes de salud física y psíquica de ambos consortes, por último la seguridad jurídica respecto del semen, el cual debe de cumplir con las exigencias médicas pertinentes.

C) LOS NIÑOS DE LA CIENCIA

La Inseminación Artificial Humana, la Fecundación In Vitro y la Transferencia de Embriones obligan a revisar conceptos como los de hombre, naturaleza, persona, progenitor, padre, maternidad, propiedad, cosa, etc.; decisivo en Constituciones, Códigos y disciplinas éticas y jurídicas; tales conceptos hoy día resultan ambiguos y crean mucha confusión.

La vertiente jurídica se debate en la eficiencia de la lege lata para adecuar las categorías jurídicas y aplicarlas a los citados avances genéticos; y la necesidad inmediata de abordar en un marco jurídico la novedosa praxis que cuestiona medularmente el sistema familiar tradicional. Es decir, tenemos que preguntarnos, si las nuevas técnicas genéticas contribuyen al fortalecimiento de la familia o, por el contrario, se corre el riesgo de incurrir en un fenómeno de desnaturalización, al permitirse la reproducción al cualquier precio.

Al respecto Lledó Yagüe comenta:

" Tratar de hacer valer la verdad biológica es un extremo poco razonable y positivo, pues se perjudica la propia estabilidad de la relación familiar, tanto en la que se inserta al hijo, como la propia del donante, quien en ningún caso buscó exvoluntate una paternidad, por la mera circunstancia biológica de su progenitor, de suerte que entendemos que, ante la confrontación de ambos intereses, el de la identidad genética versus identidad familiar, debe primar este valor social frente a la propia veracidad de la realidad genética " ³⁵

En la Fecundación Artificial, así como en la Inseminación igualmente artificial, se da claramente una disociación de la figura de padre de la de mero progenitor.

³⁵ LLEDO YAGUE, Francisco. "Fecundación Artificial y Derecho", Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág.32

INSEMINATIO ARTIFICIALIS (inseminación artificial)

Distinguiendo entre la Inseminación Homóloga y la Heteróloga como vulgarmente se conoce en términos profanos, incorrecta denominación ya que, desde una perspectiva médica, homóloga es lo que acontece dentro de la misma especie, mientras que lo heterólogo es lo que tiene lugar entre dos especies distintas.

De acuerdo a lo anterior, resulta entonces que tanto la inseminación homóloga es decir con semen del marido, así como la heteróloga, con donante son homólogas, dado que se dan entre la misma especie (entre seres humanos), como ya anotamos ésta idea es médicamente correcta; pero para efectos de éste trabajo, se usará de igual forma inseminación homóloga o inseminación con semen del marido, e inseminación heteróloga o inseminación con donante. Cabe mencionar que esto mismo se aplica a la fecundación in vitro que distingue también dos tipos en los mismos términos que la inseminación.

Una vez aclarado lo anterior, la inseminación homóloga ocurre cuando el hombre, en la pareja recurre a éste método sin ser estéril, puede no obstante generar, de suerte la mujer es fecundada artificialmente con el esperma de aquel (marido o compañero). Hacemos esta salvedad porque en otro momento analizaremos el hecho, de sí estas técnicas deben de ser reservadas sólo a parejas casadas o no.

Continuando con la Inseminación Homóloga, aprimo presenta dificultades éticas, psicosociales o jurídicas insalvables. Es evidente que aquí lo único que se substituye es el elemento de la copulación, pero el hijo que naciera es cien por cien portador del patrimonio genético correspondiente de sus progenitores, y por ende de sus padres sociales, siendo de esta forma hijo matrimonial, si la pareja está casada, puesto que esta es la filiación que por naturaleza le corresponde.

Como es evidente aquí no hay disociación del rol progenitor formal, puesto que ambos roles están aglutinados en la misma persona. Si por el contrario no estuviere casada la pareja paciente, la determinación legal de la filiación del hijo asimismo consanguíneo de ambos sería la extramatrimonial, es decir, que el hijo tendrá que ser objeto de reconocimiento por cualquiera de los medios establecidos por los ordenamientos civiles correspondientes.

En este tipo de Inseminación Artificial, no se dan los problemas del anonimato, dado que los gametos son de ambos compañeros de la pareja, ya sea de facto o unida por el vínculo matrimonial.

Como ya hemos apuntado en cuanto a la paternidad, aquí se da absoluta congruencia entre verdad biológica o genética y la verdad formal, luego podemos seguir la regla de que *PATER IS QUEM NUPTIAE DEMOSTRAT* (padre es quien genéticamente demuestra serlo.)

Así mismo en lo concerniente a la maternidad se cumple el principio que dice: "MATER SEMPER CERTA EST", de tal suerte que no existe discrepancia alguna, así como en la Inseminación Heteróloga no existe coincidencia en la maternidad gestante, biológica, genética y formal.

Consideramos que en este tipo de inseminación el problema radica en que se separan de manera tajante el hecho de la cópula con la procreación. Siendo estos dos aspectos protegidos y puntualizados por el matrimonio como fines primordiales del mismo.

Respecto a la Inseminación Artificial Heteróloga con Donante, como también se conoce, no sólo se presenta un problema de copulación, sino también de generación, es decir, el esposo y, *mutatis mutandis*, el compañero o varón conviviente, padece una irreversible impotencia coendi y generandi. En tal sentido, el semen del varón de la pareja paciente será substituido por el semen de un tercero

"donador" o donante de gametos, de modo que este será introducido en el útero, vía vaginal de la esposa o compañera del paciente impotente.

Las reticencias que se dan en este tipo de inseminación son de tipo jurídico, psicosocial, tales como la sensación de rechazo al hijo por parte del esposo y/o compañero conviviente en algunos casos, otras aluden al síndrome de impotencia que en determinado momento pueda desestabilizar las relaciones jurídicas - familiares.

A diferencia de lo que ocurría en la Inseminación Homóloga, de entrada en la Heteróloga habrá una discrepancia en torno a la paternidad, si atribuimos un valor relevante genéticamente hablando, a los gametos - (semen donado) - se concluirá que aquél (donante de gametos) sería el padre y progenitor real, nótese; esto hablando biológicamente -, del hijo; lo que no obstaría que éste, a posteriori, reclamara la filiación paterna que, por la naturaleza genésica, le correspondería, impugnando la filiación contradictoria que figurara registralmente.

A este respecto concordamos con Lledó Yagüe cuando dice:

*"En estas técnicas reproductoras, tanto para la Inseminación Artificial Humana como para la Fecundación In Vitro, se impone deslindar nítidamente la figura del progenitor de la de padre, y que, la atribuible filiación genética es menos relevante que la determinación legal de aquella desencadenada ex voluntate, y que, fundamentalmente, hay que analizar los diferentes supuestos concurrentes concediendo prioridad absoluta a los intereses del hijo, por encima de cualesquiera otros intereses concurrentes en juego (los de los padres formales o los de los donantes de gametos o embriones)."*³⁶

³⁶ Ibidem. pág.42

Efectivamente el elemento "trato", (comportamiento como padre o madre) es determinante en el momento de enjuiciar las relaciones paterna - filiales y sus consecuencias, entorno a los conflictos de paternidad; consideramos al igual que cierta cantidad de estudiosos de la materia en cuestión, que se debe de otorgar preferencia a la paternidad asumida, frente a la abstracta y ambigua paternidad genética, en la Inseminación Artificial Heteróloga, como en los conflictos de maternidad gestante versus maternidad genética, en la Fecundación In Vitro, siendo importante para el momento de determinar la filiación.

Ahora bien, la Inseminación Heteróloga utilizada por el matrimonio está amparado en la presunción de paternidad matrimonial, aunque ciertamente ésta resulta apócrifa, ya que, de principio se sabe que el esposo no es el progenitor, del hijo que ha procreado su cónyuge. De igual forma es cierto que genéticamente al hijo le compete la filiación no matrimonial materna y una filiación paterna extra matrimonial, y no ex marito

Por otro lado si el esposo pretendiera impugnar la filiación matrimonial que ostenta el hijo, en las circunstancias referidas, es decir, mediando una Inseminación Heteróloga consentida por él, no podría hacerlo. , ni tampoco su esposa, que del mismo modo consintió la inseminación, ya que sería claramente una actuación contra sus propios actos, esto en cuanto a que sería un ejercicio abusivo y antisocial del derecho, ejercicio contrario a la ética, en que, como bien opina Delgado Echevarría:

" Si se estimara que tal tipo de inseminación es en sí contraria a la moral social, el marido no podría ser oído cuando invoca su propia torpeza; más, aunque se estime hoy una moral liberal autoriza la Inseminación Artificial Homóloga, parece que sería éticamente rechazable el comportamiento de quien, después de consentirla y provocado una nueva vida, revoca el

*consentimiento y quiere que intervengan los tribunales para éxito de su veleidad."*³⁷

Consecuentemente con estas premisas debería de negarse al marido que consintió la inseminación de su cónyuge, aun cuando esta no se haya dado de acuerdo con las condiciones de su consentimiento (por ejemplo que el hijo no se le parezca en absoluto, o que padezca alguna enfermedad), sin perjuicio de la eventual responsabilidad médica.

Nosotros consideramos que a pesar de todos los contras que se le pueden declarar a éstas formas de reproducirse, la mayoría de las veces, aún con sus complicaciones los resultados son positivos, y lo serían todavía más si existiera la legislación necesaria.

El derecho debe de aplicarse ahí donde corresponde, y éste no tiene por que ser un elemento negativo para desarrollo de la tecnología, sino por el contrario es un elemento indispensable para contener el desarrollo de la ciencia y marcarle límites, es decir, establecer hacia dónde puede y debe de dirigirse ésta. Pues hay que recordar que no todo lo que puede hacerse debe hacerse, hay que pugnar por la armonía del mundo de ser con el del deber ser.

De manera muy somera trataremos ahora lo concerniente a la impugnación por el hijo, resultado de estas técnicas inseminatorias, que se da en algunos regímenes jurídicos de países europeos. Empecemos por decir que esta posibilidad de impugnación se encuentra establecida en algunas legislaciones como la española y la sueca. Ahora bien quien tiene la posibilidad de ejercitar tal derecho de

³⁷ DELGADO ECHEVARRIA "Los Consentimientos relevantes en la fecundación Asistida". En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde. Congreso Mundial Vasco, Congreso de filiación, 28 de septiembre a 2 de octubre, Victoria, 1985, pág.243

impugnación, cuando el hijo sea menor o incapaz corresponde a la madre o al ministerio; en cuanto al tiempo para impugnar, este dependerá de sí el hijo tiene o no la posesión de estado, y la ley dice: si la tiene, el plazo es de un año, pero si falta la posesión de estado en la relación familiar patrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos. Como vemos lo más conveniente para el hijo es que carezca de dicha posesión de estado, de hijo matrimonial, debiendo entonces ejercitarse la acción en cualquier tiempo.

Si la madre o el ministerio fiscal dejan transcurrir el plazo de un año desde la inscripción de la filiación, la acción habrá caducado, por lo menos hasta que el hijo cumpla la mayoría de edad. En el otro supuesto que no tenga dicha posesión, aunque el hijo sea menor de edad, no tiene que esperar a cumplir la mayoría de edad para ejercitar la acción, pues esta puede ser planteada por su representante legal.

De lo anterior se desprende, que los legisladores, le dan primacía al factor genetista en lo referente a la filiación, es claro que lo que se valora es el acto cromosomático o sanguíneo, siendo que la conclusión no puede ser otra que la permisibilidad de la averiguación de la identidad del donante de gametos, con el fin de atribuirle la responsabilidad paterno - filial con relación al hijo que lleva su información genética derivada de la aportación seminal, constituyendo identidad genética, pero no así familiar.

En cuanto a nuestra opinión se resume, en la negativa de la acción, para el hijo, compartimos el criterio de aquellos que como De la Cruz Berdejo, entienden que:

" Si el ordenamiento admite la paternidad desvinculada del dato genético y autorizada por la ley, como un instituto jurídico que tiene base suficiente en la existencia del matrimonio de la madre, y la voluntad del marido de ésta de aceptar como suyo al hijo, tal hijo no podrá investigar esa paternidad que, ya

*desde el principio, no se funda en el dato genético, sino en el ejercicio de la voluntad y del afecto. Hay entonces una verdadera paternidad legal, aunque no genética; un vínculo de parentesco en primer grado, creado por la ley sobre bases distintas de la procreación. Correlativamente no habría lugar a una actuación de impugnación de la paternidad cuando la generación ha sido ya sustituida por otros motivos."*³⁸

Consideramos que la verdad genética debe de ceder ante la verdad formal, y que, el principio de estabilidad familiar no se debe de entender en función del progenitor (donante de gametos) sino por el contrario; de la familia en la que el hijo convive y desarrolla su personalidad, se trata de amparar la realidad socioafectiva institucional y registralmente consolidada y, por tanto, apoyar sin reservas a quienes actúan como padres, aunque fisiológicamente no fueran los efectivos progenitores.

Coincidimos con estudiosos de la materia, como Lledó Yagüe, en que:

*" El vínculo de filiación se haga depender, no tanto de la mera relación genésica, sino de la verdad efectiva y cultural, auténtica base subyacente en la relación de la filiación."*³⁹

En la Inseminación Artificial Homóloga, pueden ser pacientes parejas no casadas de hecho, sino de facto; en tanto que en la Fecundación In Vitro bien pueden ser sujetos pacientes, parejas legalmente instituidas, es decir casadas o bien parejas que no se han unido por este vínculo jurídico, y que, denominaremos parejas estables.

³⁸ LA CRUZ BERDEJO. "La paternidad, la reforma de 1981 del Código Civil y los Progresos de la Biología", Ed. Tapia, octubre de 1987, España, pág.43

³⁹ LLEDO YAGUE, Francisco. Ob.Cit. pág.44

En torno al supuesto de Fecundación Homóloga en pareja no casada, que el consentimiento equivale a un reconocimiento, y si el mismo se formalizara en documento público será, *per se*, un título suficiente para que se determine legalmente la filiación.

En este tipo de inseminación, el problema, se desprende del hecho de que la pareja no se encuentra unida por el lazo legal del matrimonio, en tal sentido al hijo le correspondería la determinación legal de la filiación extramatrimonial, a padre y a madre.

Anteriormente comentábamos con relación a la pareja casada, que proscribiendo la sobrevenida acción de impugnación a ambos miembros de la pareja donataria de la inseminación, los mismos razonamientos son dables en el caso de parejas no legalmente.

Cuando una pareja paciente, que acude a la Inseminación Artificial Heteróloga, y siendo el donador mujer (gameto femenino óvulo), jurídicamente no debe de ser relevante éste hecho de donación, de modo que madre es la que ha parido y no la que donó el óvulo, y de igual forma, padre es el que así lo decide, el que por su voluntad plena y llana decide ser el padre, aunque biológicamente no lo sea; de esto se desprende que en la Inseminación Heteróloga la paternidad que interesa es la asumida por la pareja paciente y que consta registralmente.

La posesión de estado en las técnicas de reproducción ectogenética, tiene como finalidad amparar a quien social y efectivamente se comporta y asume plenamente su rol de padre, otorgando toda su protección a dicha relación de estado familiar permanente y continuada en el tiempo, acreditando una decidida voluntad paterna o bien materna.

Para concluir este inciso, queremos transcribir una recomendación del Consejo de Europa, que a la letra dice:

" Si la mujer estuviese casada, el cónyuge será considerado padre legítimo, y si hubiese dado el consentimiento, ni el ni ningún otro podrá disputarle la paternidad del niño por el sólo hecho de la procreación artificial..."⁴⁰

Agrega esta disposición que:

" Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención será dirigido contra el donante o de éste contra el niño."⁴¹

Toda sociedad humana tiene que afrontar no un problema de población, sino dos; como engendrar y criar hijos suficientes, y como no engendrar y criar demasiados. Una es la tendencia a la reproducción, biológicamente natural; otra es la tendencia a la anticoncepción.

⁴⁰ *Ibidem.* pág.110

⁴¹ *Ibidem.* pág. 110

CUADRO 3.

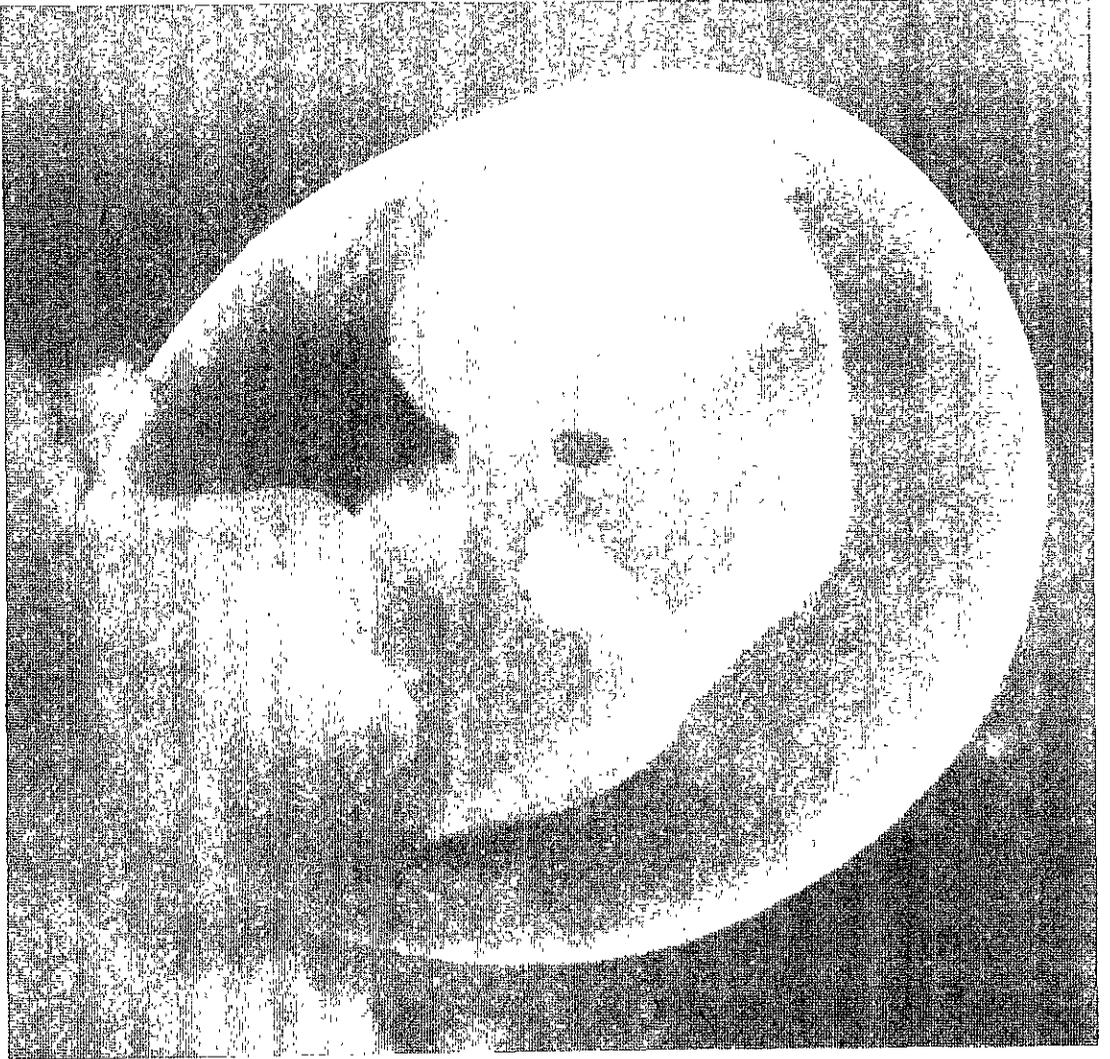
MATERNIDAD Y PATERNIDAD MÚLTIPLES

PROCEDECIA DEL *			PATERNIDAD		MATERNIDAD**			CASOS POSIBLES, ACONSEJABLES O NECESARIOS
ESPERMA-TOZOIDE	OVULO	UTERO	GENETICA	LEGAL	GENETICA	BIOLOGICA	LEGAL	
MARIDO	MUJER	MUJER	SI	SI	SI	SI	SI	1. Situación normal, IAC (Impotencia, Ausencia), FIV (Obstrucción de trompas).
DONANTE	MUJER	MUJER	NO	SI	SI	SI	SI	2. IAD, FIV, Esterilidad ♂, impotencia, riesgo genético, ♂ soltera.
MARIDO	MUJER	DONANTE	SI	SI	SI	NO	SI	3. FIV, subrogación útero, riesgo de embarazo (Cardiopatía, etc.), cáncer, útero, etc.
DONANTE	MUJER	DONANTE	NO	SI	SI	NO	SI	4. FIV, los mismos casos 2 + 3 soltera.
MARIDO	DONANTE	MUJER	SI	SI	NO	SI	SI	5. FIV, esterilidad ♀, riesgo genético ♀.
DONANTE	DONANTE	MUJER	NO	SI	NO	SI	SI	6. FIV, los mismos casos que 2 + 4 + 5.
MARIDO	DONANTE	DONANTE	SI	SI	NO	NO	NO	7. FIV, lo mismo que 3 + 5 Soltero que quiera tener <su> hijo en exclusividad.
DONANTE	DONANTE	DONANTE	NO	SI	NO	NO	SI	8. Adopción biológica o <de encargo>.

* Referido a marido-mujer o pareja estable (?).

** Referidos a la pareja.

*** No se acepta la transferencia de embriones por lavado.



CAPITULO II

LEGISLACION EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION EN MEXICO.

A) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

A.1. EL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL.

B) LA LEY GENERAL DE SALUD.

B.1. LA INSUFICIENCIA DE ESTA LEY EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A
LA PROCREACION.

B.2. LA IMPORTANCIA DE AGREGAR UN APARTADO ESPECIAL DE
ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION.

C) DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE LAS LAGUNAS
QUETIENE ESTE EN MATERIA DE PROCREACION ASISTIDA.

CAPITULO II

LEGISLACION EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION EN MEXICO

- LA SITUACION DE LAS NUEVAS TECNICAS EN LA REPRODUCCION -

En México, aproximadamente el 10% de las parejas no logran concebir en el primer año de matrimonio. Bajo tratamiento la mitad de ellas responde favorablemente en el curso de un año.

Es difícil situarse en el lugar de una pareja infértil, ya que el problema general que se presenta es por razones contrarias, es decir, el de las parejas que se ven en la necesidad de usar métodos anticonceptivos para espaciar o bien evitar embarazos. Sin embargo, siendo la capacidad reproductiva una característica inherente a todo ser vivo, cobra en el individuo humano especial importancia, pues, como ser inteligente, uno de sus más caros anhelos es tener descendientes.

En lo general, la pareja estéril intenta hasta donde le es posible moral, física y económicamente hablando, lograr la concepción. Cuando esto no se logra es normal que empiecen a tener una serie de problemas en su relación como pareja.

Casi siempre ambos cónyuges tienen las mismas posibilidades de ser la causa de infertilidad, y en no menos casos ambos tienen problemas; la Q.F.B. Victoria Navarrete dice que:

" Aproximadamente en una de cada cinco, no es posible determinar sus causas. Estos casos son conocidos como - esterilidad no aparente -. En México, es a partir de 1979, la incidencia de esterilidad de causa no aparente

es aproximadamente de 27% ⁴²

A saber, los motivos que pueden producir la esterilidad en la mujer pueden ser varios, tal es el caso, de trastornos en la ovulación, cicatrices o lesiones en las Trompas de Falopio y endometriosis. En tanto que las causas en los hombres son principalmente, disminución en el número de espermatozoides o en la motilidad, o bien anomalías en la forma de los mismos.

La Q.F.B. Victoria Navarrete nos proporciona el siguiente dato:

" En un estudio realizado en el Hospital de Gineco-obstetricia número 3 del " Centro Médico la Raza " del I.M.S.S. en 1985, el Dr. Rosas Arceo, usando laparoscopia, estudió un grupo de 23 pacientes de sexo femenino con esterilidad inexplicada y encontró que la principal patología fue de adherencias perianexiales (casi 40%); en segundo lugar, de una enfermedad inflamatoria pélvica en un 30%; endometriosis en un 13%, siendo la causa en uno de los casos de T.B. genital; en cuarto lugar, dos de ellos presentaron quistes de más de cinco centímetros. " ⁴³

En fin, las actuales técnicas de fertilización, implantación y los medios actuales de estimulación hormonal hacen posible, por lo menos, que las parejas estériles o infértiles mantengan aún la esperanza de tener descendientes de modo que su ferviente deseo se vea premiado realizando más o menos esfuerzos o pagando más o menos el costo.

⁴² Q.F.B. NAVARRETE, Victoria. "Las Nuevas Técnicas en la Reproducción Humana", Ed. Supremo Tribunal de Justicia de Durango, Primer Seminario de Bioética, Durango, México. oct. 1985 - mar. 1986. pág.46.

⁴³ Ibidem. pág.46

Partiendo del hecho de que las parejas infértiles sean capaces de hacer hasta lo imposible para acceder a la concepción, son precisamente por esta razón un grupo digamos "débil", es decir, factible de agredir, y dejar en un estado de indefensión muy sui generis, y esto se ve todavía más agravado por el hecho de que en países como el nuestro no hay nada en nuestros ordenamientos legales que pudieran en determinado momento protegerlos jurídicamente. Es por ello que se debe de reglamentar la materia de Asistencia Médica a la Procreación en México; con el fin de proteger a todos aquellos sujetos que pudieran en determinado momento intervenir en esto de la concepción artificial.

Para aquellos que aleguen que la Asistencia Médica a la Procreación todavía no es realidad en nuestro país, haremos de su conocimiento lo siguiente.

44

En México, estas técnicas se aplican digamos de manera pública desde 1986 en clínicas privadas, como lo es el Hospital Angeles, el cual cuenta con todo un piso dedicado a la Reproducción Humana, y dentro de éste se encuentra lo referente a la concepción por medios artificiales, y a un costo menor que en otros países y con las mismas posibilidades de éxito.

Estas prácticas médicas, hoy día se llevan a cabo en instituciones del Seguro Social, en ramo de las especialidades, tanto en ciudad capital como en algunos estados, como es el caso de Durango, Monterrey entre otros.

Es innegable que el procedimiento cada día se hace más popular no sólo en México, como ya lo comentábamos en nuestro capítulo primero; sino en otros países de Latinoamérica: Brasil, Colombia, Argentina, Perú. A manera de conocimiento general, nuestro país es uno de los pioneros en ofrecer estudios de infertilidad y esterilidad, en el ámbito latino.

" En México se efectuó por primera vez en octubre de 1986 la Técnica

combinada de GIFT: fertilización in vitro y transferencia de embrión. Para agosto de 1988 se habían realizado estos procedimientos en 31 parejas, obteniéndose 14 embarazos." ⁴⁵ comenta la Q.F.B. Victoria Navarrete.

Este comentario da la pauta para fincar de manera clara que nuestro país tiene entre quince y diez años de atraso en cuanto a legislar lo que a procreación se refiere.

En fin la situación es muy tirante y desprovista, pues hasta ahora, no hay una clara reglamentación en los métodos para seleccionar y detectar donadores, así como legislar el uso de mujeres solteras como receptoras, en el destino de los embriones sobrantes; no existe un consenso sobre los datos que deberán guardarse acerca del padre o madre genético; sin embargo, la Sociedad Americana de Fertilidad publicó en 1986 una Guía para el uso de semen en general e inseminación por donador. México, no ha tomado ese ejemplo y hoy día no tenemos nada digno de apuntar al respecto.

Mientras que países como el nuestro adolece de toda reglamentación, países como Francia, Estados Unidos de Norteamérica, Italia, España, Suecia, entre otros, poseen hoy una serie de ordenamientos legales, tendientes a cubrir todas esas cuestiones derivadas de la existencia y aplicación de métodos médicamente asistidos para lograr la procreación.

De hecho Francia, en 1986, dio a conocer un reglamento que expresa los principios con los que deben de funcionar los centros de fertilización o bancos de esperma, por otro lado, hoy día este país cuenta con los CECOS (Centros de Estudios de Conservación de Esperma humano), las siglas son en francés. "*Centre d' Étude et de Conservation de Sperme Humain*" (CECOS).

⁴⁵ *Ibidem.* pág. 48

Este es un organismo público y para público, afiliado al Ministerio de Salud y de la Acción Humanitaria.

En territorio francés cuentan hoy día con 22 CECOS.

Actividades: estudios e investigaciones sobre el esperma humano y su conservación, sobre la inseminación artificial, sobre la procreación médicamente asistida y sobre la esterilidad de origen masculino.

Observación: después de su creación en 1973, por Gerges David, los CECOS, cuentan con una ética basada en la donación de esperma anónima y benévola de una pareja fértil a una pareja infértil, donde es de origen masculino la esterilidad.

A) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución mexicana reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral, prohíbe la tortura, los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la salud, abole la esclavitud y la pena de muerte, salvo en los casos que ella misma señala. (véase el artículo 22 constitucional)

El derecho a la vida,

" La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación en el curso de la cual una realidad biológica va tomando cóporea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte"⁴⁶

Así define Yolanda Gómez Sánchez la vida humana.

En este concepto de vida humana, tiene especial relevancia el nacimiento, y

⁴⁶ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda Ob. Cit. pág.35

antes de él, el momento a partir del cual el Nasciturus es ya susceptible de vida independiente, estos dos puntos difícilmente se aplican a los supuestos relativos a las nuevas formas de reproducción humana asistida, pues todos ellos discurren antes del nacimiento, por otro lado, los conceptos como - vida independiente - o - plena individualidad - adquieren connotaciones distintas cuando se aplican, por ejemplo, a la crioconservación de embriones o a la experimentación de la gestación en úteros de animales.

Creemos que al nasciturus le corresponde también la titularidad del derecho a la vida constitucionalizado, debe de ser un bien protegido por la Constitución. En fin el nasciturus debe de ser titular del derecho a la vida, para ello en el término TODOS habrá de incluirse también al engendrado no nacido; de aquí que consideráramos que nuestra máxima jurídica precisa de una revisión concienzuda al respecto.

La defensa del derecho a la vida permite que el Estado establezca, en su caso, sanciones penales para su protección. Por otro lado, hacer un alto en este asunto de los nasciturus, puede entrar en colisión con otros valores constitucionales protegidos, como la vida y dignidad de la mujer. Todo esto es relevante a los efectos de este trabajo de tesis, en tanto las nuevas técnicas de reproducción asistida se refieren a la vida humana antes del nacimiento.

A este respecto algunos autores, consideran que los derechos no son absolutos, sino que todos tienen límites.

Al respecto expresa Yolanda Gómez Sánchez que:

*" Esto es difícilmente aplicable en el caso del derecho a la vida, ya que su limitación equivale a la desaparición de toda su posible coalición con otro derecho o con otro bien protegido constitucionalmente. "*⁴⁷

⁴⁷ Ibidem. pág.32

Al respecto nosotros consideramos que la vida no admite graduación, es decir, o se tiene o no; y por otro lado, como comenta el Supremo Tribunal de España en 1985, " la vida es el derecho fundamental, esencial y troncal en cuanto al supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible "; lo cual realmente resulta lógico, es como querer examinar a un grupo de alumnos, si estos no existen.

Corresponde pues al Estado, por medio de los poderes públicos tutelar la vida. El Estado tiene una obligación positiva respecto de la protección de la vida, que puede incluir sanciones penales y también, la posibilidad de omitirlas en determinados casos.

La calificación de los derechos afectados por las nuevas formas de reproducción asistida; en algunos se relacionan igualmente con la reproducción natural.

Recordando, derecho objetivo, es el conjunto de preceptos o normas que integran un ordenamiento jurídico. En tanto que el derecho subjetivo, como poder, facultad o autonomía reconocidos a un sujeto a cuya voluntad se entrega su ejercicio y defensa.

En tanto que el derecho subjetivo, significa un tener derecho a, en ese sentido, poder exigir a alguien; cuando ese alguien es los poderes públicos, el Estado, hablamos de derecho público subjetivo.

Por otro lado, es frecuente que los derechos y libertades se incorporen a los ordenamientos jurídicos en dos distintos niveles normativos: el nivel jurídico Constitucional y el nivel jurídico legal, según que tales derechos y libertades se encuentren acogidos en el texto Constitucional o bien sean regulados en leyes de rango inferior.

Para no ir más lejos, nuestra constitución da la definición y regulación básica de los derechos y libertades, (es decir, como decía nuestro maestro de Derecho Constitucional, - la constitución es de carácter enunciativo), y en las leyes de rango

inferior son desarrollados. Tal es el caso del artículo 40. Constitucional, que enuncia una serie de derechos y libertades, como es el caso del derecho a la salud, y son desarrollados en una ley inferior, que en este caso debería ser la Ley General de Salud.

A este respecto Yolanda Gómez Sánchez, enuncia que:

" Los derechos regulados únicamente por normas con un rango de ley son derechos de configuración legal. Las nuevas formas de reproducción humana asistida han sido desarrolladas en este nivel jurídico y su incorporación a los textos constitucionales no se ha producido todavía"⁴⁸

Hay que recordar, que llamamos derechos constitucionales a aquellos reconocidos en la Constitución, y al denominarlos así sólo decimos de ellos que se encuentran en el Texto Constitucional, sin pronunciarnos sobre su alcance ni sus garantías.

Nuevamente Yolanda Gómez Sánchez nos ilustra con sus comentarios, y esta vez dice:

"En forma creciente cada día, se aprecia en los regímenes democráticos la necesidad de redefinir o crear ex novo un estatuto jurídico de la vida humana que comprenda todos los estadios de ésta de forma coherente y en el que se tutelen eficazmente los correspondientes derechos y libertades constitucionales."⁴⁹

Esta necesidad de redefinir aspectos del inicio de la vida humana ha sido señalada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁴⁸ Ibidem. pág.39

⁴⁹ Ibidem. pág.32

El derecho constitucional a la vida es, afirma G. Rodríguez Mourullo;

*"Antes que nada el derecho a la propia existencia físico-biológica."*⁵⁰

Así el concepto constitucional de la vida es puramente naturalístico.

En igual sentido, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, hace la recomendación número 1046/86, en la cual se afirma que:

"Las conquistas recientes de las ciencias de la vida y de la medicina, y más particularmente de la embriología animal y humana, han abierto perspectivas científicas, diagnósticas y terapéuticas dignas de atención y que por la fecundación in vitro el hombre se ha dado los medios de intervenir en la vida humana y de disponer de ella en todos sus primeros estadios."

Es precisamente la última parte de dicha recomendación la que pone a todos en un estado de preocupación constante, y siempre de alarma, pues ahora resulta que el hombre tiene al propio hombre en sus manos.

En fin la Ciencia sin límite puede volverse contra la humanidad por su utilización abusiva. No creo que el lector haya olvidado ese ejemplo de la ciencia sin límite que se llama BOMBA ATÓMICA. De aquí la importancia de que la Ciencia del Derecho hagan lo propio legislando y por supuesto poniendo límites.

Nadie puede dudar que la Ciencia y la Técnica son para el hombre y no el hombre para la Ciencia y la Técnica. El progreso de la Ciencia no justifica que la vida humana sea tratada como un medio de investigación.

⁵⁰ RODRIGUEZ MORULLO. G. Cit.Pos. GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA, pág.34

A.1. EL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL.

El presente inciso lo iniciaremos recordando lo que se entiende por Constitución.

Al respecto Eduardo García Maynez, citando a Bryce, dice que:

*" Por Constitución de un Estado o Nación entendemos las normas o leyes que determinan la forma de gobierno, los derechos y deberes del gobierno ante los ciudadanos y viceversa; en algunas partes o normas que forman la Constitución pueden ser establecidas o modificadas por el legislativo de la misma manera que las demás leyes, mientras otras, esas normas están colocadas por encima o fuera del alcance de su Poder Legislativo; dictadas por una autoridad superior, no pueden cambiarse por ella."*⁵¹

De esta forma el maestro García Maynez, continúa diciendo que:

*" Por Constitución se entiende entonces la estructura fundamental del Estado, es decir, la forma de organización política, la competencia de los diversos poderes y los principios relativos al estatus de las personas."*⁵²

Al respecto de lo anterior, recordamos que las constituciones comprenden dos partes principal o esencialmente, que a menudo suele dárseles, los nombres de Parte Dogmática (que en esencia corresponde al Bill of Rights) y la parte Orgánica (para el Plan of Government).

⁵¹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa , México, 1991, pág.111

⁵² *Ibidem.* p.110

Estas dos partes que hemos mencionado, cumplen en esencia lo que - dice Jellinek -, cuando se refiere, precisamente a la Constitución del Estado:

" Las reglas jurídicas determinan los órganos supremos de éste; su modo de creación, sus relaciones recíprocas; su competencia, y la posición de cada uno en relación con el poder estatal."⁵³

Hoy día la ciencia le ofrece al hombre, entendido éste como especie, su propia creación, por medio de los novedosos métodos de Procreación Asistida, y sobre el advenimiento de la especie humana por las manipulaciones genéticas.

El impacto de la Biotecnología en el Derecho de Familia, se hace notar en una serie de aspectos, y conceptos, que parecían hasta algunos años incuestionables e inamovibles; tal es el caso de conceptos como el de padre, madre, hijo, etc.

En tanto que las manipulaciones genéticas implican, necesariamente replantear los principios Jurídicos; reconocidos hasta ahora, esencialmente para la paternidad y la maternidad.

En todos los países la legislación contempla la fecundación natural como única posibilidad de concepción de un nuevo ser, así que cuando se refieren a la reglamentación de lo relacionado con la reproducción humana, la IAH, es una situación de nueva aparición relativamente.

En este desacuerdo de la realidad social y médica con la realidad o nivel jurídico en que se encuentran muchas legislaciones, como la nuestra, nos lleva a una ley lagunar en dicha materia. De aquí que más de una tercera parte de los niños nacidos por estos nuevos métodos reproductivos, están al margen de toda protección, de los lazos matrimoniales o son producto de hetero-inseminación, pues,

⁵³ JELLINEK. "L'Etat Moderne et son Droit". Trad. Fardis, Tomo II, pág.174

no es nada nuevo que hoy, por hoy, aumenta el número de mujeres solteras que la utilizan, como es de notar, el problema legal puede y ha tomado causas insospechados.

El panorama mundial, respecto al tema en cuestión, no es claro ni uniforme; es decir, mientras cierta cantidad de países ya cuentan con una reglamentación bien desarrollada, en materia de Asistencia Médica la Procreación; otros tantos, se encuentran en vías de desarrollarla y otros muchos, como México y los países centroamericanos, se encuentran en la más profunda indiferencia; lo cual, muy a nuestro pesar se traduce en rezago, lo que nos hace ver un derecho integrado, por una serie de leyes desacordes con la realidad de la que emergen, siendo que por el contrario, debieran de armonizar, para cumplir, de la mejor manera con sus fines, ineludibles y vitales.

Lo anterior lo confirma el maestro Chávez Asencio, cuando comenta:

" Es necesario que la vida se haga Derecho, para que el Derecho pueda vivirse. " ⁵⁴

Ante este panorama de ausencia de reglamentación en materia de Asistencia Médica a la Procreación, surge una cantidad considerable de dudas, opiniones, consideraciones impensables, pues se trata de un tema absolutamente polémico, escabroso y que no pocas veces se torna acalorado.

El caso de nuestro país, no es menos preocupante, que en los demás países, no digamos del mundo, sino, de Latinoamérica, tal vez el lector aprecie que nosotros como Nación no experimenta polémica alguna, y mucho menos acalorada y escabrosa, y puede que tenga razón, dado que en nuestro país simple y

⁵⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Ob. Cit., pág.23

sencillamente no nos ocupamos del tema, es decir, nuestros legisladores ni se preocupan ni se ocupan del tema, lo que a nuestro ver es más criticable.

Al tenor de este epígrafe, veremos que es lo que hay en materia de Asistencia Médica a la Procreación en nuestros ordenamientos legales, como sería el caso de la propia Constitución, el Código Civil y la Ley de Salud a nivel Federal.

Si bien es cierto que nuestra máxima Carta Magna es de las más completas en el mundo, también, es cierto, que hoy por hoy nuestra Constitución adolece de contemplar algunas cuestiones que la modernidad y el desarrollo tecnológico imponen, tal es el caso de lo referente a las nuevas Tecnologías Reproductivas.

Con el fin de que se llevara a cabo, las reformas pertinentes a ordenamientos legales, como el Código Civil, la Ley General de Salud, y el Código Penal, es indispensable estudiar nuestro máximo sustento legal, la Constitución en lo tocante a las nuevas tecnologías de reproducción humana en México, como es la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV) y la Transferencia de Embriones (TE), o cualquier otra técnica de efectos equivalentes.

EL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL

"..... El varón y la mujer son iguales ante la ley. Está protegerá la organización y desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

*Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución."*⁵⁵

⁵⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. IFE, México, 1996. Pág.4

Del estudio del Artículo 4o., se desprende en primer instancia, que la procreación es un derecho tutelado por el estado, consideramos que este derecho se encuentra en el grupo de los denominados, fundamentales, y no un derecho derivado o dependiente del derecho de familia, sino que es un derecho de la persona, y que su justificación como dice Soto Lamadrid, -

" Se encuentra en el derecho a la libre regulación de la vida privada, por lo que el interés de tener hijos forma parte de la tutela asegurada por el ordenamiento jurídico a la personalidad. " ⁵⁶

De lo anterior se desprende, que si el Estado no puede prohibir a la pareja tener o no hijos, de igual forma es imposible, que le pueda prohibir a la pareja, que desea satisfacer su anhelo parental, utilizar el recurso de la IA., siendo que cualquier medida en este sentido, sería absolutamente inútil.

El Derecho a la Procreación, que tutela, el ya citado artículo 4o. Constitucional, se enfoca de manera única al control de la natalidad y al derecho de organizar la familia de cada individuo como mejor pueda y le parezca, sin abordar en ningún momento lo referente al planteamiento, y por supuesto solución de problemas referentes a la procreación.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4o. establece que:

" toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos." ⁵⁷

⁵⁶ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. "Biogenética, Filiación y Delito". Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, pág.140

⁵⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ob. Cit. pág.4

Este precepto puede entenderse en un doble sentido: por un lado, el derecho de la persona a no procrear necesariamente, como consecuencia de la relación carnal, propiamente dicho; pues permite hacer uso de las medidas de anticoncepción que cada cual determina libremente, según sus convicciones y necesidades. Pero, por otro lado, sienta un principio permisivo, para quien decide tener hijos (aunque sea indiscriminadamente, pues, creemos que hay hombres y mujeres, que abusan de este derecho de tipo permisivo, cuando sin tener las posibilidades económicas fundamentalmente, traen al mundo una cantidad exagerada e irresponsable de hijos, un ejemplo claro de ello, son esa gran cantidad de mujeres cuasi indigentes que " trabajan " en los cruceros de nuestra ciudad, con un reguero de chiquillos, manteniéndolos en condiciones insalvables de miseria, y que aún sabiendo su situación económica, que por cierto afecta a todos los demás aspectos de su vida, siguen embarazándose sin ton ni son, no es acaso este un ejercicio abusivo del derecho a la procreación?, bueno la pregunta está hechada al aire, y la respuesta también.

A este respecto consideramos que debiera de estudiarse el asunto seriamente, y establecer normatividad jurídica al respecto, en pro del derecho del niño, el cual merece nacer en las mejores condiciones de vida posibles; pero en fin esto, es tema de otro trabajo de investigación.

Regresando al tema que nos ocupa, diremos, que coincidimos con Carmen García Mendieta, cuando atinadamente apunta que:

*" De la norma constitucional no se deduce ningún impedimento para que la persona - titular del derecho - acuda a los modernos medios científicos para lograr la paternidad o maternidad."*⁵⁸

⁵⁸ GARCIA MENDIETA, Carmen. "Fertilización Extracorpórea: Aspectos Legales", Ed. Supremo Tribunal de Justicia de Durango, Drg., México, oct. 1985 - marz. 1986, pág.49

Lo anterior se corrobora en la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial el 17 de febrero de 1984, que entró en vigor, el 1 de julio del mismo año. Esta Ley tiene un título dedicado a la planeación familiar, que se remite expresamente al artículo 4o. Constitucional. Según el artículo 67 de dicha ley, la planeación familiar comprende: el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, fertilidad humana, planeación familiar y biología de la reproducción humana. El resto del artículo hace referencia a los métodos anticonceptivos.

No obstante, en un nivel más concreto, los medios de reproducción actualmente discutidos se encuentran, podemos decir, en una etapa Prelegal, o Paralegal, puesto que, como veremos en el transcurso de este capítulo, ninguna ley los regula específicamente y de modo directo para permitirlos, prohibirlos o limitarlos.

Debemos reconocer que es frecuente, que un orden jurídico positivo se rezague respecto de conductas y acontecimientos que no se daban en los momentos en que se hicieron las leyes, aunque también suele ser oportuno y aún adelantarse a ciertos fenómenos sociales a los cuales encausa, modela y corrige.

Al respecto dice la Lic., Eugenio Trueba O., que:

*" La legislación sobre nuevas materias es cautelosa y se procura emitir de acuerdo a una determinada finalidad axiológica. El legislador no se haya al servicio incondicional de los hechos ni de las novedades. Constar en preceptos los acontecimientos para simplemente aprobarlos, indiscriminadamente, sería renunciar a aquella finalidad. "*⁵⁹

En acorde a lo anterior, hay que recordar, que el derecho positivo es normativo y no sólo certificativo. Ya que, autoriza, reprime y orienta para que en la

⁵⁹ TRUEBA O. Eugenio. "Primer Seminario de Bioética. Universidad de Guanajuato, México, 1992, pág.129

sociedad se eviten las conductas nocivas a su buen desarrollo, en cumplimiento de una teología que nunca lo abandona.

Después de la anterior exposición, en su conjunto, consideramos la base constitucional de las nuevas Técnicas de Reproducción Humana (IA, FIV y TE), es el ya multicitado artículo 4o. Constitucional, en su tercer párrafo.

Cabe preguntarnos, ¿ Hasta dónde han de llegar las investigaciones, sobre estas técnicas, y sobre todo, como se aplicarán sus resultados?.

Pues los nuevos conocimientos deben de ponerse al servicio de la humanidad. Pero en el caso de la genética humana, el empleo inadecuado de esos conocimientos puede acarrear extravíos desastrosos; le corresponde a la Ciencia del Derecho controlar estos avances, es precisamente aquí, donde éste debe de actuar, reglamentando, legislando, armonizando de esta forma, realidad y derecho.

B) LA LEY GENERAL DE SALUD

El avance científico de las nuevas Técnicas Reproductivas del Hombre no se detiene, y empiezan a surgir cuestionamientos éticos y legales nunca antes pensados. Ninguna ley u ordenamiento del siglo pasado contempló la posibilidad científica (médica), de que, el acto sexual entre el padre y la madre, no fuere indispensable para la concepción de un nuevo ser humano, y muchos preceptos en ellos contenidos son insuficientes y obsoletos en la actualidad.

Los cambios que se han dado en esta nueva área del progreso científico - médico, afecta de manera notable el Derecho de Familia, y por supuesto a la filiación. Como ya se mencionó actualmente, es un hecho, la separación entre el acto sexual y la procreación.

Esto bien puede asumir dos formas: puede haber acto sexual sin procreación, dadas las técnicas anticonceptivas, y puede haber procreación sin conjunción carnal, esto en virtud de las tecnologías reproductivas. Así mismo, un niño puede nacer de una mujer que no sea su madre, desde el punto de vista genético, cuando el óvulo ajeno fecundado, es implantado en el útero de aquella que dará a luz, y quien será su madre legalmente.

Lo anterior ha subvertido las mencionadas verdades incontrastables, sobre las que reposaban y aún reposa el orden jurídico familiar.

Dice Carmen García Mendieta, que:

" Los abogados, los legisladores y los jueces se encuentran perplejos ante realidades para las cuales el derecho todavía no tiene respuestas. Existe una corriente de pensamiento que postula como la mejor solución el silencio de

*ley, es decir, dejar que sea la conciencia de cada individuo la que regule sus situaciones personales en terreno de la procreación."*⁶⁰

Nosotros consideramos, que la corriente anteriormente expuesta, no es viable y ni mucho menos una solución; creemos en el principio de la Hermeneútica Jurídica que dice:

" Ningún juez puede dejar de fallar por obscuridad o falta de la ley ",

Pero también consideramos que todos aquellos estudiosos de las nuevas técnicas de reproducción humana en cuanto a derecho se refiere, que se apoyan en el principio anteriormente mencionado, para decir que este principio es suficiente para resolver los cuestionamientos y problemas que surgen de la práctica de dichas técnicas, están en un error.

Este principio, se encuentra establecido en el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

*" El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales a dejar de resolver una controversia."*⁶¹

Sabemos que si, por alguna circunstancia no hay una ley aplicable al caso concreto, el juez debe de recurrir a los principios generales del derecho, con el fin de dar solución a un conflicto, cumpliendo de esta forma con lo establecido por el ya mencionado artículo 18, que se complementa con el artículo 19 que a la letra dice:

⁶⁰ GARCIA MENDIETA, Carmen. Ob. Cit. pág.48

⁶¹ Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, México, 1997. pág.45

" A falta de ley se resolverá conforme a los principios generales del derecho."⁶²

Con respecto a este principio también estamos de acuerdo en su importancia, pero la cuestión es, que pasará cuando aún usando estos principios generales no sea posible resolver los casos concretos que se puedan dar de la práctica de las Técnicas de Reproducción; es decir, cuando estos principios sean insuficientes e inadecuados para dar solución a las problemáticas suscitadas, entonces, hacia dónde nos dirigiremos, de qué echaremos mano, que acaso lo mejor nos que se regule clara y precisamente ésta materia; nosotros creemos que sí, y entre más pronto mejor.

LEY GENERAL DE SALUD

Este ordenamiento jurídico tiene como base constitucional el artículo 4o., pues ésta ley tiene razón de ser en cuanto al Derecho a la Salud que todo individuo tiene, o por lo menos debe tener.

" ART.4o. EL VARON Y LA MUJER SON IGUALES ANTE LA LEY. ESTA PROTEGERA LA ORGANIZACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA FAMILIA. TODA PERSONA TIENE DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA SOBRE EL NUMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS.TODA PERSONA TIENE DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD. LA LEY DEFINIRA LAS BASES Y MODALIDADES PARA EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD Y ESTABLECERA LA CONCURRENCIA DE LA FEDERACION Y DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL,

⁶² Ibidem. pág. 44

*CONFORME A LO QUE DISPONE LA FRACCION XVI DEL ARTICULO 73 DE ESTA CONSTITUCION."*⁶³

Este tercer párrafo, en relación con el segundo, consideramos, que da la pauta para que tanto el hombre como la mujer, puedan ejercer, de manera individual por los medios posibles la paternidad o bien la maternidad, sin necesidad de reunir o establecer un lazo legal, como es el matrimonio. En virtud de que el párrafo segundo es claro cuando establece la igualdad entre ambos sexos ante la ley, y por otro lado el párrafo tercero, establece a la procreación como un derecho fundamental, por su puesto que esta cuestión es hoy por hoy, tema de gran polémica, donde los diversos estudiosos del derecho, sociólogos, etc., no han llegado a un acuerdo. Se cuestiona el hecho de la prioridad entre el derecho a la procreación y el derecho a nacer en una familia, tema que abordaremos posteriormente.

Ahora bien el párrafo cuarto, es el que en realidad le da vida a la Ley General de Salud en comento, como lo establece el artículo 1o. de esta ley, que a la letra dice:

*" LA PRESENTE LEY REGLAMENTA EL DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD QUE TIENE TODA PERSONA EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 4o. DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ESTABLECE LAS BASES Y MODALIDADES PARA EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD Y LA CONCURRENCIA DE LA FEDERACION Y LAS ENTIDADES EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL. ES DE APLICACION EN TODA LA REPUBLICA Y SUS DISPOSICIONES SON DE ORDEN PUBLICO E INTERES SOCIAL."*⁶⁴

⁶³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ob. Cit. pág. 26

⁶⁴ Ley General de Salud, Ed.Sista, México, 1997. pág.5

Por otro lado el tema de concepción y de anticoncepción que establece el párrafo tercero del artículo cuarto constitucional, se encuentra reflejado en el contenido de la Ley General de Salud.

Después de lo anteriormente expuesto, habrá que decir que la ley en cuestión es muy amplia y compleja en materia de salud en general, y encontramos a lo largo de ella sólo unos cuantos preceptos referentes o relacionados, de una u otra forma con el tema que nos ocupa; las nuevas Técnicas de Reproducción Humana en nuestra legislación, y por si fuese poco, el hecho de que sean escasos los preceptos, estos son vagos e insuficientes para la complejidad y la actualidad del tema, de la realidad en cuestión.

En la Ley General de Salud, en su artículo 3o., establece que:

*" En los términos de esta ley, es materia de salubridad general:F.V. La planificación familiar... "*⁶⁵

Después encontramos la fracción IV, del artículo 6o, que a la letra dice:

*" Dar impulsa al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez."*⁶⁶

Este artículo hace referencia a los objetivos del Sistema Nacional de Salud.

Asimismo el artículo 27 establece que:

⁶⁵ Ibidem. pág.5

⁶⁶ Ibidem. pág.7

" Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

..... F.V. La Planificación Familiar." ⁶⁷

De este artículo pasamos al número 68, que se encuentra en el capítulo VI, llamado de los Servicios de Planificación Familiar, y que en particular en éste artículo dice:

" Los servicios de Planificación Familiar comprenden:

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana." ⁶⁸

Como se puede observar de la transcripción de los anteriores preceptos, ninguno es realmente específico o claro en tratar lo referente a las ya multicitadas, Tecnologías Reproductivas.

Si nos hemos ocupado en exponer al lector lo anterior, es para los siguientes efectos, primero, el artículo tercero en la fracción V, establece a la Planificación Familiar como materia de Salubridad General, en tanto que el artículo 27, en su fracción V, se refiere de igual manera a la Planificación Familiar, considerándola como un servicio básico de salud; es decir, es por un lado Salubridad General, y dentro de esta es un Servicio Básico, dado que, como lo establece el artículo 6o. en su fracción IV, dar impulso al desarrollo de la familia es uno de los objetivos primordiales del Sistema Nacional de Salud en México. , y el lector después de lo expuesto en este párrafo, se cuestionará, y bien que tiene que ver todo esto de la

⁶⁷ Ibidem. pág. 13

⁶⁸ Ibidem. pág. 210

Planificación Familiar con el tema de esta tesis, y la relación es que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 68 de la ley en cuestión, la Planificación Familiar comprende entre otros aspectos la Infertilidad humana y la biología de la reproducción humana, y precisamente las nuevas tecnologías reproductivas tienen como finalidad subsanar esa infertilidad, es decir, surgen a raíz de la infertilidad que ha aquejado y aqueja a las parejas.

Consideramos que si la planificación es parte de la salud general, y que es un servicio básico, por tanto vital, y esto aunado a ese objetivo, y por que no, a la obligación del Sistema Nacional de Salud de realizar todo aquello que sea pertinente para lograr el desarrollo de la familia; resulta entonces igualmente vital, aliviar la infertilidad humana, de la que habla el artículo 6., en su fracción V, dando de esta forma la pauta a las nuevas Tecnologías Reproductivas, cumplimentándose así lo dispuesto por el artículo 6o., fracción IV de la Ley General de Salud.

De todo lo anterior concluimos, que si bien se considera a la infertilidad humana parte de la planificación, y este es un derecho constitucional, tener acceso a las nuevas técnicas de reproducción humana para aliviar dicha deficiencia, en pro de impulsar, coadyuvar al desarrollo de la familia también debe ser un derecho de todo ciudadano mexicano.

Las nuevas técnicas de reproducción médicamente asistida en México, sólo encuentran de forma material voz en la Ley General de Salud en el Título Decimoctavo denominado " Medidas de Seguridad Sanitaria ", en el Capítulo VI llamado "Delitos", en el Artículo 466, que a la letra establece lo siguiente:

" AL QUE SIN CONSENTIMIENTO DE UNA MUJER O AUN CON SU CONSENTIMIENTO, SI ESTA FUERE MENOR O INCAPAZ, REALICE EN ELLA INSEMINACION ARTIFICIAL, SE LE APLICARA PRISION DE UNO A TRES AÑOS, SI NO SE PRODUCE EL EMBARAZO COMO RESULTADO

DE LA INSEMINACION; SI RESULTA EMBARAZO, SÉ IMPODRA PRISION DE DOS A OCHO AÑOS.

*LA MUJER CASADA NO PODRA OTORGAR SU CONSENTIMIENTO PARA SER INSEMINADA SIN LA CONFORMIDAD DE SU CONYUGE.*⁶⁹

Primero como ya mencionamos, Ley General de Salud es un ordenamiento bastante amplio, pues abarca y reglamenta una cantidad numerosísima de aspectos, pero de su lectura resulta que en lo referente a asistencia médica a la procreación, encontramos un sólo precepto, que es el ya transcrito artículo 466.

De éste habremos de decir, que sólo hace referencia en lo que a Inseminación Artificial se refiere, omitiendo a la Fecundación In Vitro, y a la Transferencia de Embriones, siendo estos tres métodos de concepción lo que denominamos como Procreación Médicamente Asistida.

De tal suerte, que una vez más nos encontramos frente a un artículo insuficiente para abarcar todas aquellas cuestiones, que pudieran darse en virtud de la aplicación de las ya multicitadas técnicas.

Por otro lado, en éste artículo 466 el sujeto activo es el profesional médico que realice la inseminación, es decir, la mujer no será sancionada, no así el profesional médico, siendo que la sanción para éste variara en virtud de que se dé o no el embarazo.

El párrafo segundo del artículo en estudio, establece que, "*La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.*"

⁶⁹ Ibidem. pág.104

En primer instancia, éste párrafo establece como sujeto activo del ilícito a una mujer, pero casada, lo que da la pauta a pensar que también las mujeres solteras pudieran acceder a la Inseminación Artificial, lo cual al tenor de éste artículo no implicaría delito alguno, no al menos por parte de la mujer.

En segundo término, está lo del consentimiento que debe de tener la mujer casada para ser inseminada, a este respecto habrá que decir, que éste párrafo no establece de que forma se ha de obtener el consentimiento del cónyuge, es decir, tiene que ser por escrito, o tiene que ser verbalmente, o basta tan sólo con que la mujer haga saber al médico "que cuenta con el consentimiento", en realidad este párrafo es imperfecto.

Como que al legislador se le olvidó establecer de que forma debía de ser dado el consentimiento del cónyuge, mientras no se subsane ésta laguna de nada sirve que se haya establecido como requisito para proceder a la inseminación la anuencia del esposo.

Ahora bien, éste párrafo segundo establece que es un delito que una mujer casada acceda a la Inseminación Artificial sin la anuencia de su marido, si le vemos fríamente diríamos que está bien, pero la pregunta obligada es la siguiente, que pasa si yo mujer casada soy inseminada y no tengo el mencionado permiso, pues al tenor de éste precepto, no sucede nada, porque simple y sencillamente no establece sanción alguna.

Por lo que esta disposición constituye una de las llamadas normas imperfectas, puesto que su incumplimiento carece de sanción.

Solo nos resta comentar, que en virtud de lo puntualizado por el artículo 466 de la ley que nos ocupa, da la pauta para que las mujeres puedan acceder libremente a la Inseminación Artificial, porque en éste artículo sólo se limita a

prohibir, la inseminación en mujeres menores o bien incapacitadas. De tal suerte que aquí se hace valer aquello que dice: lo que no está prohibido está permitido.

Una vez más, nos encontramos frente a una ley lagunar, en lo que a Procreación Médicamente Asistida se refiere; pues no basta con mencionar el tema, sino que, hay que hacerlo bien, para subsanar de manera eficaz las lagunas existentes en la materia que abordamos.

B.1. LA INSUFICIENCIA DE ESTA LEY EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION

En el apartado anterior ya hemos comentado, algunos aspectos de los preceptos jurídicos que se refieren de alguna forma a las nuevas tecnologías de procreación humana.

De igual forma ya se mencionó que en realidad la Ley General de Salud, es el único ordenamiento jurídico que hace referencia a la Asistencia Médica a la Procreación en México, de lo cual podemos decir, despreocupadamente, que la legislación en materia, es prácticamente nula, pues a pesar de que existe, el artículo 466 no es suficiente, por el contrario es bagó e ineficaz.

Resulta desastroso que siendo este novedoso tema tan extenso y complicado, sólo encontremos un precepto al respecto. Consideramos, como ya hemos expresado, que aquí no se cumple o no se da esa armonía, entre derecho y realidad.

En fin el artículo 466 no es suficiente, pretender lo contrario, resultaría aventurado y falso, como pensar que éste precepto aislado sea suficiente para reglamentar todo lo referente a estas formas no naturales de concebir, siendo que

las mismas, originan una gran cantidad de problemas, y todos ellos sin respuesta; ahora, sino es así, y estamos en un error en este sencillo trabajo de tesis, nos preguntamos, dónde están las respuestas y los preceptos, que requerimos para resolver adecuadamente todos aquellos cuestionamientos que surgen a partir de la aplicación de estas formas médicamente asistidas de acceder a la procreación, y cumplir con ese multicitado deseo parental.

En la Ley General de Salud, en su Título Primero, denominado de la Disposiciones Generales, en su artículo 7o. que dice:

" La coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud, correspondiéndole a ésta":

*F. XIV. Impulsar la permanente actualización de las disposiciones legales en materia de salud."*⁷⁰

Este artículo en conjunción con lo dispuesto por el artículo 17 de la misma ley, que a letra dice:

" Compete al Consejo de Salubridad General:

*F. VIII. Analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuestas de reformas o adiciones a las mismas."*⁷¹

La propia Ley General de Salud, da la pauta y los mecanismos para que ésta se encuentre siempre en congruencia con la realidad, dado que establece en los dos artículos anteriores, que corresponde a la Secretaría de Salud, impulsar la permanente actualización de todas y cada una de las disposiciones legales que

⁷⁰ *Ibidem.* pág. 7

⁷¹ *Ibidem.* pág. 10

integran o tienen que ver con la salud, creemos que lo anterior es por demás clarísimo, lo que no entendemos, por qué los legisladores y la propia Secretaría de Salud pasen por alto este precepto, tal vez ya debiéramos estar acostumbrados, pero no es así, en fin, al tenor de los mencionados preceptos no debiera de haber rezago alguno en nuestra Ley de Salud.

Por el estilo a lo anterior, el Consejo de Salubridad General, no realiza cabalmente, esa su obligación de analizar las disposiciones que componen la Ley General de Salud, y a partir de ello desarrollar una serie de propuestas legislativas o bien adicione a las mismas.

Si el Consejo de Salubridad General, si realizará sus obligaciones como debiera, consideramos que hoy ya tendríamos una legislación en el área en cuestión, menos raquítica, o cuando menos, ya se estaría trabajando para obtener las reformas necesarias, y tener de esta forma legislado este novedoso y apasionado tema, de las nuevas Tecnologías reproductivas en México.

No nos cansamos en resalta lo poco que hay en esto de las nuevas formas de reproducción humana, si es que podemos decir que hay algo, es ampliamente insuficiente.

En fin es un país con problemas de hoy y legislación de ayer. Nuestra legislación se encuentra en una etapa prelegal en esto de los métodos de concepción no natural.

Después de todo lo antes expuesto, como ya lo hemos mencionado en el inciso anterior, en la Ley General de Salud, sólo encontramos un artículo referente a la Procreación Médicamente Asistida en México, refiriéndose éste, sólo al ilícito en que incurre una persona (un profesional de la medicina) que sin consentimiento de la mujer inseminada, o con el consentimiento, si ésta es menor o incapaz, dependiendo la sanción de si, se produce o no el embarazo.

Estamos convencidos de que la ley en cuestión, aún con su artículo 466, el cual ya se ha estudiado, es un ordenamiento insuficiente y oscuro para abordar el tema, en nuestro país; siendo este tema tan amplio y delicado, no puede ser que sea cubierto con un simple precepto, y nos referimos al ya citado artículo 466, es inútil dicha pretensión, sobre todo conociendo los alcances y límites que tiene la aplicación de estas nuevas formas de acceder a la procreación.

Resulta entonces, que es de vital importancia que nuestros legisladores tomen la actitud progresista de ocuparse y no de preocuparse, en el mejor de los casos, por que esta última no produce ni conduce a nada viable.

A esta nuestra Ley de Salud, le hacen falta ni uno, ni dos artículos, sino un capítulo especial que hagan referencia estas formas de conducirse en cuanto a procreación se refiere, con el fin de dar seguridad a todos aquellos individuos que se ven involucrados en estas prácticas; ese capítulo debiera denominarse: - ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION -, este título creemos sería el adecuado puesto que engloba a la Inseminación Artificial y dentro de esta los dos tipos es decir, la Homóloga y la Heteróloga, la Fecundación In Vitro y por ende la Transferencia de Embriones.

Debe de ser un capítulo que de las pautas, los parámetros, dentro de los cuales han de llevarse a cabo estas prácticas clínicas y biológicas que permitirán la concepción In Vitro, la Transferencia de Embriones y la Inseminación Artificial, así como de toda aquella técnica, de efectos equivalentes, que permitan la procreación fuera del proceso natural - Coito - concepción -.

Requerimos de una ley que incluya de manera precisa, y específica, todos los matices que se puedan presentar cuando una pareja se decide a remediar su infertilidad o bien su esterilidad por estos medios, cumplimentándose de esta forma el deseo parental que identifica a todas aquellas parejas que ven en estas tan polémicas formas de procrear una esperanza, como dice un autor. EL SUEÑO DE

LOS GENES DE LA ESPERANZA. , y como satisfacer estos sueños, deseos traen una serie de consecuencias jurídicas, es decir, hechos y actos jurídicos, como ya lo mencionamos en nuestro capítulo primero, por otro lado habrá que determinar la esfera jurídica, en la que se han de dar las múltiples consecuencias de derecho.

En fin, es clara la necesidad de legislar esta materia, por supuesto es pertinente que se adicione un capítulo a la ley en cuestión. Junto con la creación de una serie de ordenamientos tendientes a dar el marco legal a las nuevas Tecnologías de Reproducción Humana, se tendrán que modificar preceptos como el artículo 4o. constitucional, incluyendo en este una leyenda que permita que el mismo sea más claro, en lo que se refiere al tema que nos ocupa; pero este aspecto ya lo manejaremos de manera particular en otro apartado de nuestro trabajo de tesis.

En lo atinente a los ordenamientos civiles (Código Civil), dicho sea de paso, también debe estudiarse con el fin de que se le hagan las modificaciones o adiciones pertinentes en su caso, en lo tocante también al tema de las formas de concepción de manera artificial; pues este ordenamiento al igual que la Ley General de Salud, adolece de preceptos que hagan referencia a las ya multicitadas técnicas de concepción, por tan sólo mencionar alguna situación de las múltiples que se dan en la práctica de éstas formas de reproducción, como es el caso, de saber que sucede cuando una pareja casada o no, es decir ya sea de hecho o de facto su enlace, conciben un hijo por estos medios con ayuda de un donador, en fin una serie de aspectos que se tienen que considerar, pero que en su momento trataremos.

Por otro lado, sería pertinente que, se estableciera una sección particular de la donación y utilización de gametos (células germinales).

Pues a este respecto la Ley General de Salud, se queda corta, y siendo además poco precisa, lo cual hace necesario el estudio concienzudo de este tema, con el fin de que se subsanen las lagunas existentes, en lo que a procreación médicamente asistida se refiere.

En éste tema la ley se limita a definir en su título Décimo, capítulo I (Disposiciones Generales):

" Artículo 314, F. III, Células Germinales: las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión." ⁷²

En el mismo artículo, pero en la fracción X, donde se establece lo referente al Destino final:

"La conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos incluyendo los preembriones, los embriones y fetos."

Es el artículo 329, de la misma ley, es el que da la pauta para el establecimiento de bancos de órganos, tejidos y sus componentes, el cual a la letra dice:

*" Los establecimientos de salud, previa autorización de la Secretaria de Salud, podrán instalar y mantener para fines terapéuticos:
- Bancos de órganos, tejidos y sus componentes, los que serán utilizados bajo la responsabilidad técnica de la dirección del establecimiento de que se trate y de conformidad con las disposiciones aplicables." ⁷³*

⁷² Ibidem. pág. 77

⁷³ Ibidem. pág. 80

Por último mencionaremos el artículo 349, que a la letra establece:

" Para el control sanitario de la disposición del preembrión, del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones reglamentarias que al efectuarse expidan." ⁷⁴

Como es de notar, de la lectura de los artículos arriba transcritos, se desprende que son insuficientes para regular lo referente a este tema, que es de vital importancia para los efectos de la procreación, ya sea esta natural o mecánica.

Por otro lado las circunstancias que nos presentan la realidad hacen necesario que se tenga un estricto control médico legal, de éstas células germinales, por los efectos que produce su manejo, (la concepción de un nuevo ser), de tal suerte que se debe de establecer una serie de ordenamientos para dar seguridad a la obtención, uso, destino, destinatarios, donantes, de éstos gametos, preembriones, embriones y fetos.

⁷⁴ Ibidem. pág.82

C) DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE LAS LAGUNAS QUE TIENE EN MATERIA DE PROCREACION ASISTIDA.

En el presente capítulo, ya hemos hecho una revisión de distintos ordenamientos legales, con el fin de establecer si se encuentran o no contempladas éstas nuevas Prácticas Reproductivas en los cuerpos legales anteriormente estudiados; toca ahora el turno, al Código Civil para el Distrito Federal y territorios federales.

Tanto la Inseminación, como la Fecundación Artificial en seres humanos, son uno de los avances de más éxito en el campo de la ingeniería genética; pues los esfuerzos para conseguirlos se han hecho desde hace ya algunos años.

En nuestro país no resulta tan novedosa la práctica cotidiana de estas técnicas de procreación humana, como la terapia para curar la esterilidad, lo cual no se encuentra regulado, en ninguno de nuestros ordenamientos legales pues si bien es cierto que no está permitido, tampoco lo está prohibido, más bien se trata de una cuestión no reglamentada todavía.

En lo tocante a nuestro Código Civil para el Distrito Federal título V, Capítulo II, trata de los requisitos para contraer matrimonio, el artículo 147 menciona que:

*"Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no-puesta."*⁷⁵

Al respecto de este artículo, el Dr. René Soto se expresa de la siguiente manera:

⁷⁵ Código Civil para el Distrito Federal. Ob. Cit. pág. 72

" Este rubro tiene aspectos a favor de la Inseminación y de la Fecundación Artificial (in vitro) si se considera que favorecen la - perpetuación de la especie -, continúa diciendo, como aspectos en contra si es que afecta la ayuda mutua que se deben los cónyuges en caso de no-consentimiento de la esposa del donador, o cuando la " paridora" no tiene autorización de su esposo. " ⁷⁶

Con la primera parte del comentario del Dr. René Soto concordamos, pues estamos convencidos de que la existencia de éstas novedosas formas de reproducción humana, no sólo favorecen sino que permiten la perpetuación de la especie, dando de esta forma la opción parental a aquellas parejas que no puedan por medios naturales acceder a este fin del matrimonio tan mencionado que es la procreación.

En cuanto a que si afecta o no a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, sujetos como el donador o la madre substituta en su caso, consideramos que es algo extremadamente relativo, dado que no siempre el donador o donadora, es casado, al igual que la paridora, en caso de ser así, en el caso del supuesto donador no tiene cabida, dado que la disposición de los gérmenes de la procreación se dan en absoluto anonimato, por lo cual los bancos no establecen como requisito para llevar a cabo la donación que sea con el consentimiento expreso de la cónyuge o del esposo; y por otro lado, dado que se trata de sustancias que secretan el cuerpo humano, el único que tiene el derecho de disponer como mejor quiera es el propio donador, y nadie más, de tal suerte que la avenencia o no de un tercero (cónyuge) no tiene la más mínima importancia en lo referente a la donación, entendiéndose este acto como un ejemplo claro del ejercicio pleno de la libertad como derecho fundamental.

⁷⁶ SOTO REYNA, René. Ob. Cit. pág.41

Así mismo, en el Código que nos ocupa, encontramos en el artículo 156, fracción VIII, que se refiere a los impedimentos para celebrar el matrimonio, menciona como impedimento la impotencia incurable para la cópula y las enfermedades hereditarias o contagiosas, a este respecto varios autores se expresan en favor o bien en contra de la Inseminación Artificial, pues los que están a favor como el Dr. René Soto R. consideran que:

*"La Inseminación Artificial Humana bien puede subsanar el impedimento."*⁷⁷

El doctor René Soto R., en ésta cita cuando se refiere al impedimento se refiere al que hace referencia el artículo 156 del Código Civil.

En tanto que para los otros puede ser causa de los mismos cuando se refiera a enfermedades hereditarias o contagiosas; argumentando que, el semen del donador pueda estar contaminado por agentes infecciosos, o bien adquirido durante la manipulación del laboratorio. Al respecto hay que decir que el manejo y la obtención tanto del semen como de óvulos se realiza en condiciones de salud y seguridad muy exigentes; a saber, el semen donado es sujetado a una serie de estudios médicos para determinar con claridad la calidad y condiciones de éste, precisamente con el fin de evitar cualquier contagio.

Es cierto que por deficiencias técnicas pudiese darse el caso en que el semen utilizado para la concepción, esté no del todo en buen estado, pero es la mayoría de las veces una excepción, realmente se trata de casos aislados, pues en general las cosas no suceden de ésta forma, como lo demuestran los informes médicos; lo que sí es bien cierto es que los equipos médicos tienen todo un sistema de control, selección y estudio de los elementos donados, siendo precisamente este aspecto

⁷⁷ *Ibidem.* pág.41

parte del derecho a la seguridad con que debe contar toda aquella pareja que acuda a estas formas de reproducción.

Por otro lado el artículo 162, que a la letra dice:

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

*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."*⁷⁸

De la lectura del anterior precepto citado, se deduce, que éste artículo favorece no sólo a la Inseminación Artificial Humana, sino, también a la Fecundación igualmente Artificial, pues el mismo artículo en su primer parte establece la obligación que tienen ambos consortes de ayudar a que se den los fines del matrimonio, siendo la procreación uno de éstos, pues así lo dispone el Código Civil; y cuando se trata de parejas que no puedan tener hijos por los medios naturales (coito), sin poder con el ya mencionado fin del matrimonio (la preservación de la especie), resulta válido, que éstas parejas pacientes acudan a las nuevas tecnologías reproductivas, pues el uso de éstas se encuentra perfectamente justificado en el artículo 162 del Código Civil en cuestión.

El anterior precepto establece como una obligación de los consortes, el hecho de ayudar a que se cumplan los fines del matrimonio, y siendo que la procreación es uno de éstos, tratándose de parejas que no puedan tener hijos por medios naturales, es válido que dichas parejas pacientes, puedan acudir a las ya mencionadas técnicas reproductivas, siendo éste el camino, la forma para coadyuvar a que se cumplan los fines de este lazo legal (el matrimonio); por lo anteriormente expuesto

⁷⁸ Código Civil para el Distrito Federal, Ob. Cit. pág.75

creemos realmente que el artículo en cuestión favorece tanto a la Fecundación artificial como a la Inseminación igualmente artificial.

Es el artículo 267 el que trata del Divorcio, y las causas, La fracción I, establece que:

" El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges." ⁷⁹

Para el Dr. René Soto R. ésta fracción se refiere a:

" Los actos comprobados o no que constituyan una flagrante violación a la fidelidad que se deben los esposos, una transgresión de la fe conyugal." ⁸⁰

Si se ve a las nuevas tecnologías reproductivas desde éste muy personal punto de vista del Dr. René Soto. R., necesariamente tendríamos que aceptar, que bien puede ser ésta fracción un fundamento utilizado en contra de los Métodos de Reproducción Médicamente Asistidos (Inseminación Artificial, Fecundación Artificial, Transferencia de Embriones), sobre todo en el caso de que el "donador", sea casado, y que la esposa esté en franco desacuerdo en que el semen de su esposo sea utilizado para dar vida a un nuevo ser para otra familia.

Es claro, que aquí están en juego una serie derechos, por un lado el del donador que actúa en pro al ejercicio absoluto a la intimidad y a la disposición de su propio cuerpo, estos derechos frente a los que la esposa posee (cuando fuere el donador casado) de exigir se cumpla la obligación que tiene el cónyuge de ser fiel, de procrear sólo hijos de los dos, y no participar para la concepción de cualquier

⁷⁹ Ibidem. pág. 42

⁸⁰ SOTO REYNA, René, Ob. Cit. pág.42

otro, esta cuestión sigue siendo polémica, pero creemos que lo es aún más interesante e intrincada todo lo referente a la paternidad y a la filiación, cuando se trata de hijos de matrimonio.



CAPITULO III

PROCREACION MEDICAMENTE ASISTIDA EN LA LEGISLACION FRANCESA

A) CONSTITUCION FRANCESA (FUNDAMENTACION).

B) EL CODIGO CIVIL FRANCES.

C) EL CODIGO DE SALUD PUBLICA FRANCES.

**D) DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA Y LA ASISTENCIA MEDICA A
LA PROCREACION.**

D.1. COMITE INTERNACIONAL DE BIOETICA (BREVE SEMBLANZA).

CAPITULO III

PROCREACION MEDICAMENTE ASISTIDA EN LA LEGISLACION FRANCESA

A) CONSTITUCION FRANCESA (FUNDAMENTACION)

En el presente capítulo, trataremos de exponer al lector de manera breve, pero sustanciosa algunos ordenamientos de Francia, que hacen referencia a la materia que nos ocupa; con el fin de presentar el panorama jurídico en que se haya inmerso todo este asunto de las nuevas tecnologías reproductivas del hombre en un país desarrollado como lo es Francia. Que como ya hemos comentado en éste trabajo de tesis, ha sido punta de lanza en el desarrollo científico y jurídico en torno a lo que se refiere al Genoma Humano, a los estudios del ADN, a estudios embrionarios, fetales y también en lo que a reproducción humana se refiere. (las nouveaux techniques reproductives)

El lector, seguramente se preguntara, por qué hacer un alto tan notable en este país, y no en otro cualquiera, siendo tan ya grande la lista de países que se destacan en lo que a reproducción médicamente asistida se refiere, y la respuesta a ello, es sencilla, primero, porque, como hemos comentado anteriormente, Francia siempre ha demostrado una especial preocupación y no sólo ello sino ocupación de todas aquellas cuestiones resultantes de la práctica cotidiana de estas nuevas formas de entender, conocer y lograr la vida humana (es decir la práctica "normal" de la nueva tecnología pocreativa por los ciudadanos franceses), y como resultado de la preocupación surge la ocupación, lo cual se traduce en una serie de ordenamientos jurídicos. (como es el caso de su ley de Bioética de 1994)

Pues para Francia, es claro que si bien hay que darle al progreso científico todo lo necesario para que se dé de manera prolíja, también le es claro que hay que vigilarlo, pues muchas veces el desarrollo médico- científico, pierde de vista que su paso no debe de ser aplastante, sino creciente de manera positiva, y no un elemento

que pueda contaminar el buen desarrollo de la sociedad a la que corresponde, es aquí precisamente, donde a la Ciencia del Derecho, le corresponde actuar y establecer los lineamientos idóneos y necesarios para que el impacto sea amortiguado y vigilado, por un contenedor integrado de leyes, preceptos y conceptos jurídicos.

Nuestro sistema jurídico, en relación con el del país en cuestión tiene ciertas semejanzas, situación que se da, a razón de que compartimos un pasado común en cierta forma, pues hay que recordar que los dos sistemas jurídicos se encuentran plagados, influenciados por los conceptos de Derecho Romano.

Haciendo recuento de los sucesos, llegamos necesariamente al evento que se refiere al origen de nuestro sistema jurídico, y el del país franco; cuando los neo-romanistas, se dividen en dos, por un lado los Romalatinos y por el otro los Romagermánicos; y de los primeros surgen dos filiaciones; la Ibérica (Portugal, y varios países Iberoamericanos, siendo estos países que mezclan la influencia Francesa, Española y Alemana con elementos de inspiración propia, surgiendo derechos de países como: México, Argentina y Perú); siendo la otra filiación la Napoleónica (Francia, Holanda, Haití, República Dominicana, etc.), como es de notar nuestros pasados jurídicos no son tan dispares, sino por el contrario, comparten una serie de características, siendo las codificaciones francesas una importante influencia en México, para la creación de nuestras propias codificaciones, y los dos países mantienen hoy día instituciones jurídicas básicas del Antiguo Derecho Romano.

Después de la exposición del anterior preámbulo, damos paso al desarrollo de nuestro apartado llamado de "La Constitución Francesa", por supuesto el estudio de éste documento Franco, se limita a lo tocante a la sustentación de la Asistencia Médica a la Procreación (Inseminación Artificial, Fecundación Artificial - Fecundación in vitro- y Transferencia de Embriones).

En primer instancia la Constitución Francesa, adoptada en el referéndum del 28 de septiembre de 1958 y promulgada el 4 de octubre del mismo año, con las enmiendas del 18 de mayo de 1960, de octubre de 1962, 30 de diciembre de 1963, 29 de octubre de 1974 y las del 23 de junio de 1952.

El preámbulo de este documento dice a la letra:

" El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946." ⁸¹

De la lectura del anterior Preámbulo transcrito se confirma la importancia del preámbulo de la Constitución de 1946; en el cuerpo de dicho documento, se proclama como de máxima importancia para su época algunos principios políticos, económicos y sociales. De los cuales para efectos de éste trabajo de tesis se destaca el que a la letra dice:

" La Nación garantizará al individuo y a la familia las condiciones necesarias para el desarrollo." ⁸²

Aunado a este precepto se encuentra otro que establece que:

" La Nación garantizará a todos, y particularmente al niño, a la madre, y al trabajador anciano, la protección sanitaria, la seguridad material, el descanso y el esparcimiento." ⁸³

⁸¹ La Constitución de Francia, Ed. Embajada de Francia. pág.4

⁸² Ibidem. pág.44

⁸³ Ibidem. pág.44

Después de la lectura de estos dos preceptos jurídicos franceses, podemos decir que es aquí donde se encuentra el sustento constitucional que da pauta a la existencia legal de las nuevas tecnologías reproductivas del hombre, en el país que nos ocupa en este apartado.

De esta forma los franceses tienen el derecho a acceder a aquellos métodos que pueden hacer posible sus deseos parentales, esto es como parte de su desarrollo individual y familiar, siendo que corresponde a la Nación garantizar las condiciones necesarias para dicho desarrollo.

Partiendo de la idea, de que es patente, que el derecho debe de anticiparse a la evolución de la sociedad, y sobre todo debe ser en favor de la persona.

Estamos conscientes de que los fenómenos biológicos son muy complejos, y que no en pocas veces la población y los parlamentarios no los conocen bien. Además, estos problemas solamente afectan a una pequeña parte de la población, pues cada año en Francia dice Guy Mazet:

" Se dan alrededor de cinco mil nacimientos por fecundación in vitro, es decir, una relación de seis por mil respecto al total de nacimientos, en cuanto a la utilización de embriones congelados se dan trescientos embarazos." ⁸⁴

De la cita anterior se desprende claramente que la sociedad francesa ha encontrado un medio propicio para realizar sus deseos parentales de manera artificial, cuando por medios naturales no se ha logrado.

De igual forma de estas estadísticas uno se puede preguntar, si no sería más sencillo atender caso por caso por medio de tribunales, sin la necesidad de apoyarse en aquellos textos que fijan reglas intangibles e inmutables.

Guy Mazet, continúa diciendo que:

⁸⁴ MAZET, Guy., Ob. Cit. pág.98

" Sin embargo, frente a todas éstas incógnitas el legislador francés no se quedó en el pasado y formuló un corpus de textos de reglas éticas relativas a una serie de temas entre ellos a la asistencia médica a la procreación. Estos textos, proyectos de gobierno, fueron adoptados por el senado francés el 21 de enero de 1994."⁸⁵

De lo anterior no queda más, que reconocer la adecuada y muy a tiempo actuación de los legisladores de ese país franco. Lo que le da a Francia ese carácter de vanguardista, respondiendo de esta manera a las necesidades de la sociedad de la que emerge.

Es de esta forma como derecho y realidad compaginan (es precisamente esto lo que le hace falta a nuestra legislación respecto de la materia en cuestión).

Estos proyectos de ley que ya mencionaba Guy Mazet, se ven concretizados en disposiciones particulares en una serie de ordenamientos legales, tal como es el caso del Código Civil, del Código de Salud Pública y el Código de la Familia de Francia.

⁸⁵ *Ibíd.* pág.98

B) EL CODIGO CIVIL FRANCES

Este ordenamiento jurídico a diferencia de su homólogo en nuestro sistema jurídico, contiene una serie de preceptos referentes a las nuevas tecnologías reproductivas del hombre.

Ejemplo claro de que Francia, ha sido un país de una preocupación verdadera sobre el tema que nos ocupa, es el Capítulo II De la Filiación Legítima, Sección Primera de la Presunción de Maternidad.

En dicha sección encontramos el artículo 302 que a la letra dice:

" El infante concebido durante el matrimonio tiene por padre el marido. Sin embargo, este podrá desconocer el niño en justicia; de que de que si él justifica los hechos propios a demostrar que él no puede ser el padre."⁸⁵

En este artículo, en primer instancia resulta claro que para los franceses al igual que para nosotros, se rige la filiación por aquel principio que tiene su origen en el Derecho Romano, que dice "pater is quem nuptiae demonstrant, por el pater is quen sanguis demonstrat" (padre es aquél que biológicamente, se compruebe que es el auténtico progenitor)."

Ahora bien, es el auténtico progenitor el esposo de la mujer que da a luz, es decir, si la mujer tiene un hijo durante su matrimonio legalmente constituido, se presume que el padre no puede ser otro que el marido de esta, por otro lado el propio artículo da la posibilidad al esposo de tratar de probar que el no es el padre; para ello existen varias pruebas, como el hecho de demostrar que el marido no ha tenido contacto carnal con su mujer, y por otro lado las pruebas de tipo genético para verificar la filiación del hijo con el del supuesto padre.

⁸⁵ Código de Familia Francés. Ed. Dalloz, París, Francia 1995. pág.33

Dentro de esta sección, se encuentra el subtítulo llamado *DESCONOCIMIENTO Y PROCREACION ASISTIDA*.

La actualidad en la que nos encontramos inmersos, el clásico derecho a la vida ha tomado otros matices, en las sociedades antiguas este ámbito se limitó a la reivindicación en favor de la abolición de la pena de muerte, así como en la prohibición de torturas, pero hoy día los problemas que se presentan en ésta área son diversos, es así como las sociedades modernas que se han tenido y tienen que enfrentarse a cuestionamientos, como el de que el Derecho a la vida resulta claramente insuficiente para resolver una serie de novedosos cuestionamientos, que surgen a partir del desarrollo de la Ciencia en lo que a reproducción humana se refiere.

El constitucionalismo no ha dado una respuesta hasta el momento a este respecto. Es así como las constituciones de diversos países han dejado escapar la oportunidad histórica de abordar en su cuerpo legal una serie de problemas de actualidad, y que cada día ganan más adeptos, en especial los planteados por la reproducción humana médicamente asistida.

Las nuevas técnicas de reproducción humana han originado un mayor conocimiento y nuevas posibilidades de intervención en el proceso continuo que es la vida humana desde la fecundación hasta la muerte.

En esto del problema de los nuevos métodos de la reproducción el primer problema que se presenta, es el hecho de definición y tratamiento jurídico del comienzo de la vida (ingeniería genética, inseminación artificial, fecundación in vitro, transferencia de embriones, investigación, experimentación y la utilización de gametos, preembriones y embriones, etc.), y del final de la vida.

Al respecto Yolanda Gómez Sánchez comenta:

" A partir de la posibilidad que posee la Medicina y la Biología de manipular el

inicio y fin de la vida humana se aprecia en los regímenes democráticos la necesidad de redefinir o crear ex novo un estatuto jurídico de la vida humana que comprenda todas las estadias de esta forma coherente y en el que se tutelen eficazmente los correspondientes derechos y libertades constitucionales.⁸⁷

Entre los problemas más enconados está el de la definición del estatuto biológico y jurídico del embrión y del feto. El derecho constitucional a la vida es antes que nada es el derecho a la propia existencia psicobiológica.

En las diversas constituciones o en las leyes de inferior rango, en lo referente a la protección del derecho a la vida debe de considerarse entre otros aspectos, fundamentalmente lo siguiente:

- Configuración del derecho a la reproducción humana.
- Determinación jurídica del inicio de la vida humana.
 - a) Status de preembrión, embrión y feto.
 - b) Ingeniería Genética.
 - c) Fecundación in vitro. <<fecundación en vivo>>
 - d) Investigación experimentación y utilización de permisiones y embriones humanos.
 - e) Crioconservación, preembriones y embriones humanos.
- Delimitación de la investigación sobre el Genoma Humano y sus aplicaciones prácticas.

Así en nuestro ordenamiento Constitucional, el estatuto jurídico sobre la vida

⁸⁷ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. Ob. Cit. pág.32

que hemos descrito se relaciona de manera muy especial con:

- A) Los valores constitucionales, se relacionan en especial, con la libertad, la igualdad y la justicia.
- B) Los fundamentos del orden político y de la paz social: dignidad de la persona, derechos inherentes y la libertad de desarrollo de la personalidad.
- C) Principio de igualdad.
- D) Derecho a la libertad y seguridad personales.
- E) Derecho a la intimidad personal, familiar y al honor.
- F) Derecho al matrimonio.
- G) Protección de la madre.
- H) Igualdad y protección de los hijos.
- I) Investigación de la paternidad.
- J) Protección de la infancia.

Recordando, lo que el Tribunal Constitucional afirma que la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina con la muerte.

En las nuevas técnicas de reproducción asistida se hace referencia a la vida humana antes del nacimiento, porqué precisamente se trata de lograr un nacimiento.

La vida es el derecho fundamental, esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

El derecho a la vida constitucionalizado impone una obligación positiva a los poderes públicos de tutela de la vida, de manera que éstos no pueden ni si quiera mostrarse neutrales o pasivos ante la destrucción de la vida humana.

Los derechos afectados por las nuevas formas de reproducción médicamente

asistida; algunos de ellos como ya lo comentábamos se relacionan igualmente con la reproducción natural.

Es frecuente que los derechos y libertades se incorporen a los ordenamientos jurídicos en dos distintos niveles normativos, el nivel jurídico constitucional y el legal, según tales derechos se encuentren en la constitución o bien en leyes ordinarias.

Por otro lado la connotación de derechos fundamentales bien puede referirse a los derechos básicos o principales del ser humano, como un grupo de derechos que reciben en los textos constitucionales un tratamiento diferenciado; dónde los poderes públicos sólo los reconocen, no los otorgan, pues estos son inherentes a la propia y especial naturaleza del hombre, por ser precisamente hombre.

- LA REPRODUCCION HUMANA Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.

Ante la ausencia de una regulación constitucional expresa sobre la materia, debemos analizar otros valores, principios y derechos constitucionales que nos permitan delimitar el marco constitucional de las nuevas técnicas de reproducción asistida.

< Recordamos una frase que establece, el derecho que tiene toda persona para resolver libremente sobre tener o no hijos >

Los logros obtenidos en el campo de la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones y demás técnicas de reproducción asistida nos permite, acaso nos obliga, a planteamos la existencia o no de un derecho a la procreación y en su caso, la de su carácter absoluto o limitado.

Hay quienes han intentado respecto del primer punto, buscar la fundamentación constitucional en el derecho a la libertad, en la dignidad de la persona, en sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, en el derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito jurídico internacional y en el derecho a fundar una familia.

Dado que el derecho a la reproducción no encuentra eco en el máximo marco legal, la Constitución, resulta que tal facultad tiene su fundamento, en el reconocimiento pleno de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico de la Constitución y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad, fundamentos del orden político y la paz social, y piezas esenciales del sistema constitucional democrático. Todo ello por que en un sistema democrático no cabe una interpretación restrictiva de la libertad, sino que su extensión será tan amplia como sea posible sin afectar como ya mencionamos en el capítulo segundo de este trabajo, otros valores y principios del propio Sistema Democrático.

Consideramos que esta libertad genérica avala de una u otra forma la facultad de toda persona a su propia autodeterminación.

- LA LIBERTAD COMO UN DERECHO DE AUTODETERMINACION -

La existencia de la libertad como un derecho constitucional es recogido por el máximo ordenamiento de una sociedad, que es interpretado en la mayoría de los casos, en el ámbito de la detención, de la privación de la libertad.

Creemos que la libertad y la seguridad poseen cada uno de ellas un ámbito propio, aunque comparten el mismo sujeto y las mismas garantías; es claro que no

se regula en los supuestos en que el sujeto pueda hacer uso de su libertad (Derechos), sino en qué casos esta libertad puede ser limitada.

La privación de la libertad supone, la limitación de las acciones derivadas de la autodeterminación personal, especialmente las que se refieren a la autonomía física, impide pues, lo que es el contenido básico de la libertad: la posibilidad de organizar y llevar a cabo autónomamente la propia vida.

Así el problema del derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es propiamente un problema de libertad.

En materia de reproducción asistida, además, el acto procreativo no deriva de la relación sexual; es en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto.

Los derechos no son absolutos sino limitados en función de la ley.

El derecho a la reproducción tiene su fundamento constitucional en el valor libertad, en la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de su personalidad, pero es, sobre todo una manifestación de la libertad y goza de la consideración que la constitución otorga a ésta como derecho fundamental.

C) EL CODIGO DE SALUD PUBLICA.

Queremos iniciar este apartado de nuestro trabajo, comentando, que en materia de reproducción asistida, el acto procreativo no deriva de la relación sexual tal cual; pues de ser así perdería ese carácter que tiene de ser directamente un acto de plena autodeterminación y autonomía del sujeto.

Pues creemos que aun tratándose de una pareja que posee todas las posibilidades para engendrar los hijos que desee, puede ser que a pesar de realizar un acto sexual no conciba hijo alguno, dado su decisión autónoma de controlar su natalidad.

En las novedosas técnicas de reproducción médicamente asistida se dan dos hechos, que como ya hemos mencionado en anteriores apartados, se dan de manera independiente, por un lado en acto sexual " *La relación meramente carnal* " y por otro lado la concepción por medios artificiales; esto como resultado en, primera instancia de la posibilidad de organizar y llevar a cabo autónomamente la propia vida; en segundo lugar la decisión de acceder a estas nuevas formas de reproducción humana.

Los ordenamientos jurídicos en los que se puede y debe de reglamentar la materia que nos ocupa, son diversos, desde la Constitución, como máximo cuerpo legal de una sociedad, y de ésta las leyes de inferior rango, tal como lo serían los diversos códigos.

Corresponde ahora, tocar el tema del Código de Salud Pública, de Francia, en lo referente a la reglamentación, de la Procreación Médicamente Asistida en este cuerpo legal.

Francia, como ya hemos comentado, se ha dado a la tarea de resolver los

diversos problemas y situaciones que se desprenden de la práctica de dichas técnicas en el sector salud.

El CAPITULO II BIS. , denominado, " ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION", en el Código de Salud Pública, inicia su exposición con dos artículos de vital importancia, dado que estos, establecen por un lado que se entiende por asistencia médica a la procreación en este cuerpo legal, y por otro lado cual es el objetivo de la aplicación, de las ya multicitadas técnicas de reproducción.

Así pues, debe entenderse por Asistencia Médica a la Procreación como:

" Las prácticas clínicas y biológicas que permitan la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial; así como de toda técnica de efecto equivalente, que permita la procreación afuera del proceso natural." ⁸⁸

Como es claro, de la lectura del anterior artículo, se desprende la definición de Asistencia Médica a la Procreación para efectos del código en estudio, de igual forma se entienden como técnicas de procreación:

- Fecundación In Vitro <FIV>,
- Transferencia de Embriones <TE>, y
- Inseminación Artificial <IA>,

Por otro lado este precepto legal no deja lugar a dudas, en que es considerada de igual forma técnicas de procreación, toda aquella técnica

⁸⁸ Código de Salud Pública. Ed. Dalloz, París, Francia 1995, pág.79

equivalente, que permita la procreación que no sea de forma natural; de esta forma este artículo, es lo suficientemente claro y precavido.

En lo que se refiere al artículo L-152-2, es realmente muy interesante su contenido. En el primer párrafo, encontramos, el objeto de la aplicación de estas técnicas de reproducción humana, estableciendo en primer instancia que:

" La Asistencia Médica a la Procreación está destinada a responder a la demanda parental de una pareja. " ⁸⁹

De aquí, se deriva que sólo pueden ser sujetos en estas técnicas, las parejas, entiéndase hombre y mujer, sin entrar en cuestión sobre el hecho de ser parejas de facto o de derecho.

El precepto continúa estableciendo que la Asistencia Médica a la Procreación, tiene por objeto:

" Ella tiene por objeto remediar la infertilidad de carácter patológico, que ha sido médicamente diagnosticada. " ⁹⁰

De lo anterior se desprenden, dos cuestiones a nuestro ver; primero, que confirma, o bien establece que estas técnicas son una medida meramente terapéutica, es decir, es una cura para una enfermedad perfectamente diagnosticada, la Infertilidad Patológica, deja claro pues, que la aplicación de estos métodos de reproducción, no son una opción más para acceder a la maternidad o a la paternidad, es decir excluye la posibilidad de que estas técnicas sean usadas de manera solitaria por mujeres o bien por hombres (con la ayuda de una paridora), o bien por aquellos que no padecen de imposibilidad patológica alguna, pero que no

⁸⁹ Ibidem. pág.79

⁹⁰ Ibidem. pág.79

desean tener contacto sexual con nadie del sexo opuesto.

Segundo, que la esterilidad debe de estar ampliamente comprobada, médicamente hablando, para poder acceder a estos métodos, de no ser así, será negado el uso.

Por otro lado en el mismo párrafo se establece que:

*" Ella también puede tener por objeto evitar la transmisión al infante de una enfermedad particularmente grave."*⁹¹

Esta segunda opción de aplicabilidad de estas formas de reproducción médicamente asistida, es especialmente importante, pues hace referencia a aquellos padres que no son estériles pero, que el hecho de concebir un hijo por medios naturales implicaría un riesgo para el concebido, cuando de enfermedades hereditarias e infecciosas se trata teniendo un alto índice de transmisión. Tal es el caso de enfermedades como gigantismo, enanismo, leucemia, etc. y por su puesto, dentro de las gravísimas el SIDA; de tal suerte que aquí se les da a esos padres la posibilidad de realizar sus deseos parentales aún siendo padres de alto riesgo, sólo por así llamarlos.

El Código de la Familia, en su capítulo II llamado <<De la Filiación Legítima>>, en su Sección primera denominada <<De la presunción de Paternidad>>, cuenta con el artículo 302 que a la letra dice:

*" El infante concebido durante el matrimonio tiene por padre el marido. Sin embargo, este podrá desconocer al niño en justicia; si él justifica los hechos propios tendientes a demostrar que él no puede ser el padre."*⁹²

⁹¹ Ibidem. pág.80

⁹² Código de la Familia Francés. Ed. Dalloz, París, Francia, 1995. pág.67

Este artículo encuentra su antecedente en un principio de derecho romano, que establece que << padre es el esposo de la mujer >>, habría que comentar que en nuestro Código Civil encontramos un artículo homólogo al de Francia, pero que dejaremos su comentario para un posterior epígrafe.

De la misma forma encontramos un subtítulo que se llama << Desconocimiento y Procreación Asistida >>, en el artículo I-152-2, se establece que:

*" Cuando el niño es el producto de la inseminación artificial de la madre por otro hombre distinto que el marido, él es sin interés de investigar, si el primero le dio su consentimiento para la operación, cuando se les ha probado la incapacidad absoluta de procrear, ésta se hizo, y la acción en desconocerlo, el derecho es declarado fundado. "*⁹³

En este artículo ya se reglamenta la procreación médicamente asistida, y se empiezan a contemplar una serie de aspectos, tal es el supuesto que una mujer casada acceda a estas técnicas sin el consentimiento del marido cuando el semen de la fecundación sea de un donador, dándole al marido la posibilidad jurídica de desconocer al concebido, este precepto, expresa la necesidad de obtener dos requisitos esenciales en la práctica de estos métodos artificiales de reproducción, por un lado el hecho de que se haya probado plenamente la imposibilidad del marido para procrear, y segundo, la obtención por escrito del consentimiento del marido, como ya veremos más adelante aquí los problemas se dan en virtud de que se trata de una Inseminación Artificial con Donante <IAD>.

La legislación francesa en la materia que nos ocupa no sólo se limita a establecer las reglas con las que deben de practicarse estos métodos de

⁹³ Código de Salud Pública Francés. Ob. Cit. pág.90

reproducción humana, si no que también establece las obligaciones a las cuales deben de estar sometidos todos aquellos establecimientos, y laboratorios donde se ve lo relativo a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, y por supuesto a lo referente a la Asistencia Médica a la Procreación, siendo un decreto del Consejo de Estado el que señala las pautas legales para ello, de fecha 20 de julio del 94.

Es pues en virtud de este decreto que se da en Francia la depuración de las líneas que deben de ser seguidas por todos aquellos sujetos involucrados en la asistencia médica a la procreación, con el fin de proporcionar seguridad jurídica a los propios sujetos, así se dan una serie de modificaciones en ordenamientos como el que nos ocupa, el Código de Salud Pública, y artículos específicos como el L-152-3, que a la letra expone que:

" Un decreto del Consejo de Estado establece las obligaciones a las cuales son sometidos los establecimientos y los laboratorios donde se ve respecto de su conservación mientras dure la aplicación de la ley No. 94-654, del 20 de julio de 1994, relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, particularmente hasta que cese su actividad." ⁹⁴

Como ve el anterior artículo establece claramente que en virtud de un decreto del Consejo de Estado, se establecerán las obligaciones a las cuales deben de someterse todos aquellos establecimientos y laboratorios, donde se ve lo relativo a esas materias que el propio precepto enuncia.

Por otro lado, este capítulo continúa su exposición de preceptos, encontrando entre otros uno que trata lo referente a los embriones sobrantes y la ley establece en su artículo L-152-4, lo siguiente:

⁹⁴ Ibidem. pág.80

" A título excepcional, los dos miembros de la pareja pueden consentir por escrito que los embriones conservados sean usados por una pareja, en las condiciones previstas en el artículo L-152-5." ⁹⁵

En caso de fallecimiento de alguno de los miembros de la pareja, el miembro sobreviviente es consultado por escrito sobre el asunto de saber si él consiente en que los embriones conservados sean usados por otra pareja, dentro de las condiciones previstas en el artículo L-152-5.

Este artículo establece que los miembros (dueños de los embriones) de la pareja pueden consentir que los embriones puedan ser usados por otra pareja, aquí el artículo se limita a dejar bien claro que dicha decisión ha de ser necesariamente por escrito, enfatizando también que este trámite de cesión ha de ser de acuerdo a lo establecido por el artículo L-152-5.

Es claro, que aquí, se requiere necesariamente tanto del consentimiento, como del acuerdo de los miembros de la pareja, para decidir el destino de embriones, se entiende que esto es posible en cuanto ambos vivan, pero que pasa si algún miembro de la pareja fallece, el párrafo II del artículo L-152-4, da la respuesta cuando, resuelve que en este caso el cónyuge sobreviviente tendrá el poder o bien llámese el derecho absoluto para decidir sobre el destino de sus embriones, además, el propio precepto establece que la petición que se haga al miembro de la pareja ha de ser por escrito y la respuesta deberá ser igualmente por escrito.

Toca ahora el momento de estudiar el artículo L-152-5, que desde nuestro muy personal punto de vista, creemos es un precepto completísimo en lo que a destino de embriones se refiere.

⁹⁵ Ibidem. pág.80

" Artículo L-152-5, Párrafo I << A título excepcional, una pareja garante de las condiciones previstas en el artículo L-152-2, y por lo cual una asistencia médica a la procreación sin recurrir a un tercero donador no puede llegar a recibir un embrión>>." ⁹⁶

De la lectura del párrafo anterior, se desprende que el sujeto de la asistencia médica a la procreación es una pareja establecida, ya sea esta de hecho (concubinato) o bien de derecho (lazo legal del matrimonio), que haya cumplido con lo establecido por el artículo L-152-4, que se refiere a la solicitud por escrito que hace una pareja a otra, y la respuesta igualmente por escrito de ésta.

Aquí tenemos una pareja que recurre a una pareja donadora, y acceder así a la procreación; aquí no se donan gametos masculinos ni femeninos, sino el resultado de la conjunción in vitro de las dos células germinales, y que dan como resultado un embrión que ahora será implantado en el útero de una mujer, (es aquí donde se aplica la técnica de Transferencia de Embriones), integrante de una pareja bien definida.

Proporcionando de esta manera la Ley la posibilidad de acceder a la realización de un deseo parental, tenemos aquí una maternidad gestativa y por supuesto una legal.

<< *Maternidad Gestativa* >> Es la que se da en el supuesto de que la mujer gestó el hijo a partir de un óvulo y esperma, fecundado in vitro.

<< *Maternidad Legal* >> Es aquella en que la mujer asume los derechos y obligaciones respecto del nacido sin que existan entre ellos lazos biológicos.

⁹⁶ Ibidem. pág.80

<< *Paternidad Legal* >> Esta se da en el caso de que el hombre sólo asuma el nacimiento jurídico sin haber contribuido biológicamente al mismo.

El párrafo II del artículo L-152-5, establece en que términos se da la acogida del embrión por la pareja receptora, éste precepto señala la interferencia de la autoridad judicial, que es quien recibe el consentimiento escrito de la pareja donadora, con el fin de asegurarse que la pareja que demanda el embrión reúne todos y cada uno de los requisitos que la ley exige para que se dé dicha recepción y así se responda a una demanda parental de X pareja.

El párrafo II del artículo L-152-5 a la letra establece que:

*" La acogida del embrión está subordinada a una decisión de la autoridad judicial, que reciben previamente el consentimiento escrito de la pareja al origen de su concepción. El juez se asegurará que la pareja demandante satisfaga las condiciones previstas en el artículo L-152-2 y haga proceder todas las investigaciones que permitan apreciar todas las condiciones de recibimiento que ésta pareja sea susceptible de ofrecer al infante a nacer en un adecuado ambiente familiar, educativo y psicológico."*⁹⁷

Consideramos que el contenido del artículo que estudiamos, es muestra de que tan avanzados y ocupados están los ordenamientos legales de Francia, y en especial del Código de Salud, pues todos sus preceptos van encaminados a brindar seguridad a todos y cada uno de los sujetos que intervienen en estos procesos médicos, estableciendo las obligaciones y derechos de cada uno de los sujetos que intervienen, implicándose de esta forma al equipo médico, los padres legales, los gestantes, los donadores y en cierta forma hasta la autoridad judicial. Este artículo permite a una pareja infértil tratar de ejercer su derecho a la reproducción en aras del derecho a la libertad.

⁹⁷ Ibidem. pág.80

El párrafo III del artículo L-152-5, establece únicamente lo tocante al polémico derecho a la intimidad cuando se trata de conservar la identidad de la pareja donadora en secreto y en cierta forma también la pareja receptora ejerce este derecho a mantenerse en el anonimato en cuanto a los donadores, este párrafo dice a la letra que:

*" La pareja que reciba el embrión y la que renuncia no podrán conocer sus identidades respectivas."*⁹⁸

*" Art. L-152-5, Párrafo IV <<Sólo en caso de necesidad terapéutica, un médico podrá acceder a los informes médicos, para obtener datos no identificantes concernientes a la pareja que hayan renunciado al embrión>>"*⁹⁹

En el contenido del párrafo anterior encontramos la excepción a la regla del párrafo tercero del mismo artículo, referente a mantener en secreto información del donante, pero esta excepción tiene su límite, pues a pesar de que dice que, en caso de necesidad terapéutica se puede acceder a los informes médicos, establece que no se debe de tocar la información que puede ser identificante de la pareja donante, y establece que sólo un médico puede tener acceso a dicha información.

El lector se preguntará a que se refiere con *"necesidad terapéutica"*, se debe entender por esta, al hecho de que una vez dado el nacimiento, el bebé concebido por estos métodos tenga problemas de salud graves, donde conocer información de los padres genéticos sería un factor determinante para lograr la salud del concebido.

Por último tenemos el párrafo V del artículo que nos ocupa, este establece a la letra:

⁹⁸ Ibidem. pág.80

⁹⁹ Ibidem. pág.80

" Ningún pago, cualquiera que sea la forma, puede ser asignado a la pareja que habrá de renunciar al embrión."¹⁰⁰

Este párrafo establece, que en este acto de que una pareja renuncie libremente a un embrión o embriones, para ser utilizados por otra pareja, que como, establece el párrafo II del artículo en estudio, deben de ser desconocidos entre sí, no debe de mediar ninguna cantidad de dinero, pues de no ser así, este acto de liberalidad dejaría de ser esencialmente una donación, de tal suerte que tendríamos una pareja oferente (vendedora) y una demandante (compradora), conformándose no una donación sino un contrato de compraventa.

Para reafirmar lo anteriormente expresado, hay que recordar que se entiende por donación:

" El acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que acepta."¹⁰¹

Es pues este párrafo V el que le da a este acto de renuncia y acogimiento de un embrión el carácter de donación.

El párrafo VI del artículo L-152-5 del Código de Salud Pública Francia, establece que el acogimiento de un embrión, cualesquiera que este sean, debe de estar ceñido a las medidas de seguridad sanitaria, los estudios de diagnóstico prenatal, es una de esas medidas.

" Art. L-152-5, Párrafo VI, El recibimiento del embrión está subordinado a las

¹⁰⁰ *Ibidem.* pág.81

¹⁰¹ Código Civil Francés. Ob. Cit. pág.75

reglas de seguridad sanitaria. Las reglas comprenden notablemente los estudios de diagnóstico de enfermedades infecciosas." ¹⁰²

El artículo L-152-5, termina estableciendo que será el Consejo de Estado, el que determine las modalidades de aplicación de éste artículo.

El Código de Salud Pública del país que nos ocupa, establece en uno de sus preceptos, la prohibición para concebir embriones para fines industriales o bien comerciales,

" Art. L-152-7, << un embrión humano no puede ser concebido ni utilizado para fines comerciales o industriales>>." ¹⁰³

En el mismo cuerpo legal que estudiamos en este epígrafe, encontramos que también se prohíbe la concepción in vitro de embriones para fines meramente de estudio, investigación o bien experimentación, habrá quienes en esos sus afanes de alcanzar el máximo desarrollo de la ciencia y de la tecnología, pierden de vista, el hecho de que la ciencia debe de servir al hombre, y no éste, a la ciencia. Al respecto el artículo L-152-8 se expresa en contra de crear embriones y preembriones para su manipulación en laboratorios y centros de estudio.

La excepción a esta prohibición la encontramos en el contenido del artículo L-152-8, que establece que una pareja de propia voluntad puede renunciar a sus embriones, para que sean estudiados, por supuesto que este consentimiento requiere de ciertas formalidades, como es el caso de que la cesión debe de ser por escrito, y con la anuencia de ambos miembros de la pareja.

¹⁰² Código de Salud Pública Francés, Ob. Cit. pág.81

¹⁰³ Código de la Salud Francés, Ob. Cit. pág.81

La propia ley establece que los estudios que se realicen a los embriones cedidos, deben de ser meramente médicos, y no deben de poner en peligro al embrión.

Los establecimientos que realizan estos estudios, se encuentran regulados por el Consejo de Estado Francés, para así cada año se rinda un informe público de quienes, y como llevan estos estudios.

Este Código establece que la realización de estas técnicas de reproducción humana, por decreto del Consejo de Estado, deben de ser llevadas a cabo por profesionistas especializados de la medicina, ver artículo L-152-9.

El propio artículo L-152-10, establece algunas de las obligaciones que tienen los profesionistas médicos que practiquen, estos métodos de reproducción; entre estas obligaciones encontramos, una que se refiere al hecho, de verificar la motivación de la pareja, y su reconocimiento preciso de las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción.

En segunda instancia, la obligación para el equipo médico y el derecho a la información para la pareja, en lo tocante a las posibilidades de éxito y de las de fracaso de las técnicas de asistencia médica la procreación, así como de hacer del conocimiento de la pareja de la existencia de penalidad en caso de incurrir cualquiera de las partes en un ilícito, ya sea por omisión o por actuación. Creemos que en esta parte del artículo en estudio, encontramos el derecho a la información, (consentimiento válidamente informado), el cual es ejercido por la pareja paciente.

El artículo L-152-10 enuncia tres números que deben de ser cubiertos por el equipo médico, al realizar la asistencia médica, y estos son:

- A)** La notificación de disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a la asistencia médica a la procreación.
- B)** En este inciso, se obliga a que se les dé a las parejas pacientes, una descripción de dichas técnicas, y es el tercer inciso, donde se les entrega un paquete de

disposiciones legislativas y reglamentarias relacionadas con la adopción, así como un directorio de asociaciones y organismos en los cuales puedan complementar la información al respecto, con el fin de despejar cualquier duda que surja, en las parejas pacientes (esto con el fin de requerir el consentimiento válidamente informado, considerándose éste como un derecho de vital importancia, y que surge en virtud de los avances biotecnológicos).

Así pues, estas técnicas de reproducción, establecen una serie de derechos para la pareja, como el de ser debidamente informado en todo lo tocante a estas técnicas, tanto, en el aspecto médico, así como en el legal, y una serie de obligaciones para el equipo médico.

Hasta que la pareja solicitante de estas técnicas de procreación no cumpla con todas y cada una de las disposiciones previstas en el capítulo II Bis, no podrán ser sujetos de estas técnicas.

Pues bien, después de la exposición anterior de los artículos que integran el capítulo II BIS. , del Código que nos ocupa, el lector se dará cuenta de que éste ha sido lo suficientemente amplio y claro para proteger los derechos de todos aquellos sujetos que puedan intervenir en la práctica de técnicas de Asistencia Médica a la Procreación, dejando muy claras todas y cada un a de las obligaciones a las que deben de ceñirse los sujetos intervinientes.

En otro orden de ideas, la otra parte de éste mismo capítulo II BIS. Del mismo código, está dedicado a establecer, las sanciones, a las que se hacen merecedores todos aquellos que se ubiquen en los tipos de conducta señalados, en lo referente a la aplicación de las técnicas de reproducción médicamente asistida.

De manera general, podemos decir, que se señalan sanciones que van desde 2 años hasta 7 años de prisión, y de multas que van desde 200 000 a 700 000 francos, esto sin perjuicio de lo que establezca el Código Penal, en la materia en estudio.

Estos artículos, que establecen las sanciones, por ciertas situaciones van desde el número L-152-11 hasta el L- 152-19.

D) DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA Y LA ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION.

La Constitución de Francia, en su título VII, denominado " EL CONSEJO CONSTITUCIONAL ", establece las características de este en el contenido de ocho artículos, que van del artículo número 56 al número 63, de la misma.

De esta forma se establece su integración (art.56), las funciones de los miembros de dicho Consejo (art. 57), los objetivos del Consejo (art. 58,59 y 60), se establece de igual manera su función de control de constitucionalidad (art. 62) y por último se menciona la existencia de una ley de carácter orgánico, para determinar las reglas de organización y funcionamiento del Consejo que nos ocupa (art. 63).

LA NATURALEZA DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

El recurso del Consejo Constitucional se ubica dentro de las costumbres del Estado Francés. La oposición no se privó de usar como arma, última contra un texto que ella desaprobó y, si las declaraciones son de no-conformidad total, ella obtendrá con frecuencia la satisfacción.

El Consejo es un actor esencial de un juego político, es aquí dónde hay que preguntarse sobre su naturaleza.

La clasificación tradicional de sistemas de control de la constitucionalidad distingue el control por un organismo jurisdiccional, del control por un órgano político. ¿Dentro de cual clase de categoría se encuentra el Consejo Constitucional Francés?

La gran mayoría de los autores ordena el Consejo dentro de las jurisdicciones: la investigación de la independencia de los nuevos acuerdos, la autoridad de sus decisiones, se gestionan los empréstitos hechos, - todos estos elementos se

traducen en la voluntad del constituyente, y esta de la institución de ella misma, de considerar el Consejo como un juego.-

De otros especialistas, minoritarios, dentro del debate apasionante suscitado por éste problema, sostiene la tesis, de que, el Consejo es un órgano político. Ellos realzan las condiciones de designación de sus miembros y sobre todo, en materia de control constitucional, la ausencia de debate contradictorio, el hecho de que el Consejo no se estatuya sobre un litigio, y el carácter no público del proceso.

LA JERARQUIA DE LAS NORMAS JURIDICAS

Los procesos anteriores tienen postura en presencia de reglas jurídicas, de normas, edictos o instrumentos de control por las diferentes instituciones estudiadas. Estas normas dirigen las situaciones, establecen los procesos, acuerdan los derechos e imponen deberes.

Uno no puede concebir que ellas se apliquen dentro del desorden: él es necesario para las relaciones que se establecen entre ellos (los ciudadanos). También ciertamente están ellos dotados de una autoridad más grande que la de otras, que sean subordinadas. En su conjunto forman el sistema jurídico. Este sistema está organizado alrededor de una clase de normas según su grado de autoridad: en él existe una jerarquía de normas, que él hace ensayar a la hora de precisar, en exponer de manera paralela los controles que aseguran la cohesión del sistema y garantizan el respecto al Estado de Derecho. A falta de órganos de control, la jerarquía se quedaría en teoría.

Después de tantos estudios que se han hecho, no resta más que resumir que será entonces muy esquemático, se reserva de hacer más pesado sobre los aspectos todavía no encontrados. Se partirá de normas más elevadas - estas son las

menos numerosas y las menos abstractas - por describir enseguida los peldaños intermedios y la base de la jerarquía. Para definir, se tratará el delicado problema de la inserción dentro de la estructura piramidal también tratada, en las normas internacionales y europeas en particular.

LAS NORMAS SUPRA-LEGISLATIVAS

*** LA PRIMACIA DE LA CONSTITUCION FRANCESA**

El sistema jurídico francés está subordinado en la totalidad a la Constitución: ella es el acto del que emana la fuerza jurídica y es la más grande, es la norma suprema. El principio no es reciente: , le data de la Revolución Francesa y de sus primeras Constituciones. Pero a la época dejó prueba de un ilogismo, por una parte en volverse particularmente rígida - manera de protegerse contra de las revisiones abusivas - y, por otra parte, se renueva con la fuerza de toda forma de control de la constitucionalidad - lo cual es manera de rechazar un proyecto presentado por el legislador. Manera de rechazar una protección contra el legislador.

En particular, el no ha admitido jamás que el juego poderoso de separar la aplicación dentro de un litigio de una ley, que él consideraba como contraria a la Constitución, (control por vía de excepción). En consecuencia, la supremacía de la Constitución habría sido completamente teórica.

Después de 1958, con la creación del Consejo Constitucional, el principio es deber realidad, y la acción del consejo un agrandamiento.

En lo alto de la jerarquía se encuentra, y a sus lados, sobre el mismo plano o nivel, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, los derechos del hombre

contenidos en el Preámbulo de la Constitución de 1946, al igual que los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república.

A este ensanchamiento, que demuestra que es testigo de la preocupación de proteger lo mejor posible los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, donde se pueden ver dos inconvenientes:

- los derechos no están todos los días enunciados dentro de los mismos términos en 1789 y en 1946. Así el derecho de propiedad: absoluto en 1789, en 1946 él puede ser objeto de limitaciones. De donde las ocasiones de conflictos en 1982, por ejemplo, a propósito de la nacionalización de empresas privadas. Echo por las reglas, establecer una jerarquía entre estos textos, establecer una supra constitucionalidad.

Existe una incertidumbre que molesta: el hecho de que no exista ninguna lista de principios fundamentales. Este principio fundamental es el que la Constitución declara. No está reconocido poder instituido parecido frente a un poder constituyente. El Consejo.

*** SOBRE LA NATURALEZA DEL SISTEMA POLITICO FRANCES**

El sistema constitucional de la V república, rompe con la tradición republicana francesa de los regímenes dominados por las asambleas. Y la práctica reforzó, o cambió, esto que la constitución de 1958 contenía en general, un ejecutivo fuerte dentro de un Estado fuerte; un ejecutivo dominador, un lugar sin que el Estado tenga todos los días, un poder igualmente fuerte como lo había anhelado.

Se hace referencia a la clasificación tradicional de los regímenes políticos, resulta la evidencia de que la Quinta República no entra en las categorías de los

régimenes de la asamblea; en cambio, se puede vacilar en reconocer un carácter parlamentario o un carácter presidencial. En realidad, ella manifiesta a uno y a otro: al primero, el bicefalismo del ejecutivo, la colaboración del Gobierno y del Parlamento, la responsabilidad política del ejecutivo frente al legislativo, la disolución – el esquema inicial es sin duda alguna de tipo parlamentario - ; el segundo se adhiere a la preeminencia concreta del Presidente, su elección al sufragio universal, sus poderes propios, su dominación sobre el gabinete, la cuasi ausencia de responsabilidad de él frente a la Asamblea Nacional; él llega por si mismo - pero no sale entonces del régimen presidencial? – que en ciertos periodos, el Presidente atropella con todo su peso el sistema, para convertirse de <<golpe de Estado Permanente>>, o, una facción menos polémica, de <<poder personal>>.

D.1. COMITE INTERNACIONAL DE BIOETICA (BREVE SEMBLANZA)

Para iniciar el desarrollo de este apartado, es necesario recordar que es la bioética, como ya hemos comentado, esta inicia su desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica en los años 70's, como resultado de una gran preocupación de filósofos, psicólogos, sociólogos, médicos, y gente dedicada al estudio de lo ético, para resolver los problemas éticos, que se presentaban cada vez con mayor frecuencia a resulta de los avances médicos y tecnológicos, es decir de la biotecnología.

Todos estos hombres pronto se dieron cuenta, de que era necesaria una ética de los desarrollos biotecnológicos, con el fin de que esta bioética, fuera el contenedor moral de los avances médicos, con el objetivo de proteger al ser humano, como una entidad única e integral.

En otras palabras la bioética, establece lo que es éticamente bueno y lo que no es. De tal suerte, que todos estos hombres que empiezan a preocuparse por los efectos multivocos del desarrollo tecnológico dentro de la ciencia médica, en los albores de la modernidad, deciden reunirse en comités denominados de bioética, algunos o por lo menos la mayoría de los países tienen un comité de este tipo, sobretodo los europeos, por tan sólo mencionar, en nuestro país tenemos una Comisión de Bioética, que es fundada y precedida, por el notable Dr. Manuel Velázco Suárez.

Ahora bien, que relación existe entre estos Comités de Bioética y la denominadas Técnicas de Reproducción Humana, llámense estas IA., FIV, TE., o cualquier otra de efectos equivalentes; la razón es que, precisamente estas técnicas representan uno de los avances más espectaculares y polémicos de los últimos tiempos, en el área de la ciencia médica, de tal suerte, que es menester establecer a través de estos comités, y ejerciendo la bioética, los límites de estas técnicas reproductivas.

Estos Comités de Bioética, organizan una serie de eventos, tendientes a abordar, estudiar los aspectos éticos de la práctica de las multicitadas técnicas. Por tan sólo mencionar, el Comité Internacional de Bioética, determinó que no es ética la práctica de clonación en seres humanos, hay que mencionar que estos comités son independientes.

De todos es sabido que la Bioética, en el sentido propio del término, surgió en los Estados Unidos; siendo Potter el primero en acuñar el nombre y lanzar el mensaje.

Potter detectó el peligro que corría la supervivencia de todo el ecosistema por la ruptura entre el saber científico y el saber humanístico. En la clara diferencia entre los dos valores éticos, que forman parte de la cultura humanística, y los hechos

biológicos, para Potter ese proceso científico-tecnológico indiscriminado pone en peligro a la humanidad y a la supervivencia misma de la vida sobre la tierra.

Dice Potter que el único camino de solución posible ante la catástrofe inminente es establecer un puente entre las dos culturas; la científica y la humanístico moral.

De lo anterior se desprende que la ética no se debe de referir únicamente al hombre, sino que debe extender su consideración a la biosfera o, mejor dicho, a cualquier intervención científica del hombre sobre la vida en general.

Atinadamente Potter considera que la Bioética ha de ocuparse de:

" Unir la << ética >> y la << biología >>, los valores éticos y los hechos biológicos para que todo el ecosistema pueda sobrevivir: la bioética tiene la tarea de enseñar cómo usar el conocimiento en el campo científico-biológico"¹⁰⁴

La concepción de Potter, parte de una situación de alarma y de una preocupación crítica ante el progreso de la ciencia y de la sociedad, expresándose así teóricamente la duda sobre la capacidad de supervivencia de la humanidad, paradójica y precisamente por efecto del progreso científico.

¹⁰⁴ POTTER "Organización Panamericana de la Salud. Bioética. Temas y perspectivas (Orígenes, difusión y definición de la Bioética)." Publicación científica No. 527, Washington D.C. 1990, pág.16

- LOS PRINCIPALES CENTROS DE BIOETICA EN EL PANORAMA -
-INTERNACIONAL -

Al filósofo Daniel Callahan y al psiquiatra Willard Gaylin se les ocurrió reunir a algunos científicos, investigadores y filósofos para discutir sobre los problemas en el campo biomédico.

Tales reflexiones desembocan en la creación del "*Institute of Society, Ethics and the Life Sciences*", con sede en Hastings on Hudson (N.Y.), conocido prontamente como el "*Hastings Center*", el cual se propuso como objetivo específico considerar los aspectos éticos, sociales y legales de las ciencias médico-sanitaria.

Siendo las finalidades específicas de este centro las de: detectar y tratar de resolver los problemas éticos suscitados por los avances de las ciencias biomédicas y por la profesión médica, la reproducción artificial, el diagnóstico prenatal o la distribución de recursos de salud entre otros.

Posteriormente surge el "*Center for Bioethics*" y el "*Kennedy Institute*", que establece su sede en la Universidad Georgetown.

Un fuerte impulso a la reflexión bioética procede de la creación de los comités de bioética, denominados frecuentemente *-Comités Éticos-*.

La constitución de los primeros comités de bioética, sobre todo los de carácter nacional o internacional, ha tenido una notable importancia para el desarrollo de esta disciplina.

Debemos recordar aquí, ante todo, la *President's Commission* de Estados Unidos. Constituida por el entonces presidente J. Cárter, fue ampliada por el presidente R. Reagan en 1982 para analizar, con la participación de expertos y representantes de diversas especialidades, religiones y filosofías, los problemas bioéticos de mayor actualidad como los de la genética, las biotecnologías, la procreación, la asistencia al moribundo y la asignación de recursos para la salud.

Debemos recordar,

" Inglaterra, los trabajo de la Comisión Warnock, que publicó en 1984 el muy conocido informe referente a los problemas planteados por la procreación, y la Comisión Bende en Alemania Federal, constituida para estudiar la misma problemática ".¹⁰⁵

Amplia resonancia ha tenido así mismo el "Comité National Consultatif d'Ethique" que el entonces presidente de la República francesa F. Mitterran ordenó constituir a partir de 1984, y cuyos Avis (o <<pareceres>>) no están destinados sólo a los poderes públicos, sino también a la opinión pública en general.

En Italia el "Comitato Nazionale per la Bioetica", se constituyó en 1990 por iniciativa de la presidencia del Consejo de Ministros como órgano de consulta suyo.

Otro factor que ha contribuido a promover la Bioética lo representa el que se haya ido constituyendo cada vez más comités de bioética en las instituciones de investigación y en los hospitales, a ejemplo de los Estados Unidos - donde la experiencia se remonta a los años setenta- con la finalidad de examinar y aprobar los protocolos de investigación clínica y ofrecer pareceres tanto en el ámbito asistencial dentro de los hospitales, como a las instituciones de la investigación y a las administraciones públicas locales. En Estados Unidos, ya en 1984 más de 3,000 comités vigilaban sobre la moralidad de la investigación.

Mientras tanto, en Europa se constituía en el seno del "Consejo de Europa", el "Comité ad hoc d'experts sur le progres des sciences biomédicales", CAHBI (anteriormente "Comité ad hoc d'experts sur le progres sur les problemes étiques et juridiques de la génétique humaine" (CAHGE), comité constituido a propósito ya en

¹⁰⁵ Sgreccia Elio., "Manuale di Bioetica. Aspetti Medico-Sociali", II, Milán 1991, pág.473.

1982 para estudiar y elaborar pareceres sobre los problemas de la bioética con destino a la preparación de Recomendaciones y Resoluciones que tiene validez como directriz jurídica para los Estados miembros a la luz de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, llamada también Convención Europea (1950).

Los trabajos todavía en curso, del CAHBI han proporcionado un amplio material para la reflexión bioética desde la perspectiva concreta de los <<derechos humanos>>, punto de vista de importancia fundamental también para el encuentro intercultural en Europa. Son numerosas ya las recomendaciones y resoluciones - estas últimas por iniciativa del parlamento Europeo o Europa de los doce - que aborda casi todos los problemas de la Bioética. También desde la perspectiva de la confrontación de los derechos humanos, hay que recordar la investigación llevada a cabo por iniciativa de la de la "*Direction Recherche et de l'Enseignement Supérieur del Consejo de Europa*", que se refiere a la práctica médica ante los derechos humanos.

El Consejo de Europa también ha promovido dos Conferencias internacionales: una en Estrasburgo, sobre la enseñanza de la Bioética en Europa, en diciembre de 1989; y otra, de los Presidentes de los Comités Nacionales de Bioética, en mayo de 1992, en Madrid.

La UNESCO preparó para 1998 –cincuenta años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948- una declaración internacional sobre la aplicación de las nuevas ciencias biológicas al ser humano. El título provisional del documento reza "Declaración sobre la Bioética". Con este fin se fundó en 1993 un Comité Internacional de Bioética en la UNESCO.

Después de esto tiene lugar la Convención sobre Bioética del Consejo de Europa en 1994, donde se da a conocer por primera vez el proyecto "Sobre la

protección de los derechos y de la dignidad humanos con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina ”.

Todos estos afanes internacionales y nacionales devienen de la idea de que “ la necesidad de respeto al ser humano tanto como individuo cuanto como miembro de la especie humana ”.

Hoy día, todavía falta mucho por hacer respecto a la integración, funciones, el valor de sus resoluciones y recomendaciones de los comités bioéticos, en diversos países, pero es innegable que los primeros pasos ya están dados, y los resultados de estos primeros estadios ya son tangibles, creemos que aquellos países que aún no forman comités de bioética, no han de tardar en sumarse a la lista de aquellos que ya los tienen; pues las necesidades son enormes y no son pacientes, y las respuestas deben de ser igualmente eficientes y prontas, pues la modernidad con todos sus matices se impone.



CAPITULO IV

PROPUESTA DE UNA LEGISLACION MEXICANA EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION.

A) DE LOS AVANCES QUE HAN PRESENTADO OS ORDENAMIENTOS FRANCESES, EN MATERIA DE DONACION Y UTILIZACION DE LOS ELEMENTOS Y PRODUCTOS DEL CUERPO HUMANO, ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION Y DIAGNOSTICO PRENATAL.

B) AUSENCIA DE LEGISLACION EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION EN MEXICO.

B.1. LA CONCEPCION IN VITRO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

B.2. PROPUESTA DE REGLAS A LAS QUE SE DEBE DE SOMETER LA IMPLANTACION DE EMBRIONES EN MEXICO.

B.3. COMO DEBERIA DE SER REGLAMENTADA LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y TODA TECNICA DE EFECTOS EQUIVALENTES EN MEXICO.

C) EL PROBLEMA DEL DIAGNOSTICO PRENATAL Y SU REGLAMENTACION.

CAPITULO IV

PROPUESTA DE UNA LEGISLACION MEXICANA EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION.

A) DE LOS AVANCES QUE HAN PRESENTADO LOS ORDENAMIENTOS FRANCESES EN MATERIA DE DONACION Y UTILIZACION DE LOS ELEMENTOS Y PRODUCTOS DEL CUERPO HUMANO, ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION Y DIAGNOSTICO PRENATAL.

Durante los últimos años, el mundo ha presenciado grandes avances en la tecnología del trasplante de órganos y de las tecnologías de reproducción humana.

El trasplante de órganos, es definido por Norrie como:

" El procedimiento médico mediante el cual se extraen tejidos de un cuerpo humano, con el propósito de que el tejido trasplantado realice en su nueva localización la misma función que realizaba previamente. " ¹⁰⁶

En tanto que la fecundación significa o implica <<activar>> un nuevo ser, un nuevo individuo; cuando se trata del hombre, la fecundación es sinónima de procreación.

La fecundación o procreación humana es un acto personal de la pareja y como resultado, un individuo humano.

A medida que se han "derribado" las barreras para el trasplante de órganos, así como para las tecnologías de fecundación humana, han surgido una serie de obstáculos legales y éticos que limitan en gran medida tanto la disponibilidad de

¹⁰⁶ FUENZALIDA - Puelma Hernán L. Bioética. Temas y perspectivas. - Trasplante de órganos. La respuesta legislativa de América Latina.- Ed. Organización Panoamericana de la Salud Washington D.C. Publicación Científica No. 527, 1990.

órganos como la posibilidad y disponibilidad de gametos tanto femeninos como masculinos y, por su puesto de embriones y donadores.

Dada la importancia de establecer una normatividad legal sobre técnicas de reproducción humana y todas sus implicaciones, es perentorio que las legislaturas traten a fondo esos procedimientos, para garantizar que se respeten tanto los derechos de las parejas receptoras o pacientes, como de los donadores y por supuesto del no nacido (embriones), y que se cumplan con los aspectos éticos más importantes de la fecundación artificial.

A la luz de los incontables problemas éticos y legales que han surgido en torno a las tecnologías de la reproducción humana, es especialmente importante determinar los asuntos que han sido motivo de la legislación y, del mismo modo, los que han sido considerados.

En este inciso se examina lo referente a los avances legales en lo tocante a la materia que nos ocupa.

Así pues a continuación, presentamos un cuadro de los países que se han destacado por incluir en sus cuerpos legales ordenamientos tendientes a regular lo referente a procreación médicamente asistida.

		Si	No	Indefinido	Indefinido	Indefinido
Austria	Ley sobre medicina reproductiva 1992	No	No	1 en casos excepcionales	Sólo no destructiva	No
Eslovenia	Ley sobre el aborto 1997	No	No	1	No	No
Suecia	Ley sobre interrupción en embarazos 1991	No	No	1	Hasta 14 días	No
Dinamarca	Ley de 1989	No	No	5	sólo con aprobación del comité ético individual	No
Francia	Ley de 1994	Si	No	5	No destructiva en casos excepcionales	Sin información
Países Bajos	Ley de 1992, Ley de 1997 y Ley de 1997	Si	No	5-10 con consentimiento específico	Hasta 14 días	No
Alemania	Ley de Fecundación Humana y Embriología 1990	Si	Si	5-10 con consentimiento específico	Hasta 14 días	No
Irlanda	Ley de 1985 y Ley de 1988	Si	No	Indefinido	No regulado	Sin información
Italia	Ley de 1978	Si	Si	Indefinido	No regulado	Sin información

¹⁰⁷ CLAIRE O'Brien. Un Regulador Eficaz, Revista de organos sobre la mujer y la salud. " ORGYN ", No.3, México 1997. pág.12.

Como se puede notar en el cuadro anterior, en el renglón que corresponde a Francia se encuentra la existencia de una ley del año de 1994.

En la actualidad, gracias a los progresos de la medicina y de la biología, se pueden explotar separadamente las diferentes partes del cuerpo humano -sangre, esperma, médula, tejidos, órganos-, también se pueden conservar los embriones en refrigerador y se puede intervenir en la herencia, modificando el parentesco a través de la procreación de niños con dos padres o con dos madres, etcétera.

Frente a estos problemas con la vida y con la muerte debemos preguntarnos: ¿hasta dónde se puede reglamentar la vida privada?

Es patente que el derecho debe de anticipar la evolución de la sociedad, y sobre todo debe ser en favor de la persona humana. El derecho no ha esperado a la bioética para tratar los problemas de la vida privada, ya que desde hace muchos años que conocemos reglas relativas a la familia, el parentesco, las sucesiones, etcétera. El problema actual reside en la legitimidad de la intervención del derecho en los acontecimientos del mundo moderno.

¿El poder legislativo tiene la obligación de remover ciertas dificultades? En una democracia, cualquier ley que intervenga en nuestra vida privada, aun la más íntima (enfermedad, infertilidad, deseo de un niño), no puede tener como única fundamentación argumentos de autoridad, sino que debe de explicar los motivos que justificaron las prohibiciones establecidas. Es en este punto donde se encuentran dificultades.

En efecto son fenómenos biológicos muy complejos que la población y los parlamentarios muchas de las veces no conocen bien. Esto, aunado además a que estos solo afectan a un grupo de la población:

" Cada año, en Francia, se dan alrededor de cinco mil nacimientos por fecundación IN VITRO, es decir, una relación de seis por mil respecto a total

*de nacimientos, en cuanto a la utilización de embriones congelados es de trescientos embarazos.*¹⁰⁸

Frente a estas estadísticas, podemos preguntarnos si no sería más sencillo atender caso por caso por medio de tribunales sin la necesidad de apoyarse en aquellos textos que fijan reglas intangibles e inmutables.

Sin embargo, frente a todas estas incógnitas el legislador francés no se quedó en el pasado y formuló un corpus de textos de reglas éticas relativas al respecto del cuerpo humano, a la donación, a la utilización de ciertos elementos y productos del cuerpo, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, que tanto revuelo ha ocasionado. Estos textos, proyectos de gobierno, fueron adoptados por el Senado Francés el 21 de enero de 1994.

Es aquí donde se encuentran las más importantes modificaciones al texto adoptado por la Asamblea Nacional en diciembre de 1992. Estas disposiciones han sido insertas en el libro VI del Código de la Salud Pública y en el libro II, con relación a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, este último que será estudiado en nuestro inciso "C", de este capítulo.

¹⁰⁸ Ibidem. pág. 14

1. PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A LA DONACION Y UTILIZACION DE LOS ELEMENTOS O PRODUCTOS DEL CUERPO HUMANO.

En este punto encontramos la aplicación de los principios del Código Civil relativos a la garantía del respecto del cuerpo humano. Están excluidos los principios de consentimiento, gratuidad, anonimato, seguridad sanitaria de la donación y la prohibición de la publicidad en beneficio de una institución o persona determinada.

Estos principios se aplican a la donación y utilización de los órganos, tejidos y células, así como a la recolección de los productos del cuerpo humano. Sin embargo, están excluidos los problemas de los llamados "*desechos operatorios*". Estos quedan regulados por las reglas de seguridad sanitaria (art. 665- 10 del Código de la Salud Pública Francés).

Con relación a la utilización de órganos (hay una asimilación entre la médula ósea y los órganos), el texto hace distinción entre una persona viva o muerta.

Está prohibida la toma de órganos de una persona menor o incapaz. Pero por derogación, un menor puede bien donar médula a su hermano.

Respecto a la obtención de órganos de una persona muerta, la regla en general está encaminada al previo consentimiento. Se reafirma la regla según la cual los médicos que levanta el acta de deceso y que los que realizan la toma de órganos deben de pertenecer a distintos servicios o entidades. Además, un mismo médico no puede hacer la toma y el trasplante.

Está autorizada la toma de tejidos, células y productos del cuerpo humano de una persona viva, siempre y cuando sea con fines terapéuticos o científicos. Los establecimientos que efectúan las tomas de tejidos o células requieren de autorización en vista de su donación, transformación, conservación, distribución y

cesión. Se amplió la necesidad de una autorización al sector privado con fines lucrativos en el campo de transformación, conservación, distribución y cesión de tejidos y células del cuerpo humano.

2. LA ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION

La situación de las palabras "*asistencia médica la procreación*" en lugar de "*procreación médicamente asistida*" traduce la idea de que no se está autorizando el legislador a regir la procreación.

El legislador ha querido precisar el contenido de esta noción apuntando la concepción in vitro, la implantación de embriones y la inseminación artificial; pero el texto no es restrictivo porque también prevé "toda otra técnica con efectos equivalentes", lo cual preserva el porvenir.

Como ya habíamos comentado en alguna ocasión en el presente estudio, la esterilidad comprobada, es la primera indicación, excepcionalmente se puede acceder a estas técnicas, cuando se trata de evitar la transmisión de una enfermedad particularmente grave e incurable al niño.

Son muy restrictivos los requisitos exigidos a los beneficiarios. En los ordenamientos franceses encontramos que la asistencia médica a la procreación está destinada a una pareja, es decir, a una mujer y un varón, quienes hacen tal solicitud y presentan un mínimo de estabilidad. La pareja debe de tener un mínimo de dos años de casados o comprobar una vida en común con la misma duración (un concubinato), según lo dispuesto por el artículo I-152-1 del Código de Salud Pública Francés.

Además, los dos miembros de la pareja beneficiaria deben de estar vivos, en edad de procrear y dar su consentimiento, el cual ha de ser por escrito. Todas estas

condiciones deben de estar satisfechas previamente a la implantación de los embriones fecundados o al proceso inseminatorio.

Lo que implica que queda prohibida toda inseminación a mujeres solteras y la llamada *POST MORTEM*. Las parejas de homosexuales según lo establecido por los ordenamientos franceses en estudio no son sujetas de dichas técnicas.

Además de todas estas condiciones, la pareja ha de asistir a una serie de entrevistas con el equipo médico encargado de realizar dichas técnicas, teniendo el mismo una especie de facultad discrecional en cuanto a detener o bien rechazar la asistencia médica a la procreación (artículo I-152-10).

De una manera muy clara se afirma el carácter subsidiario de la asistencia médica a la procreación con un tercer donador; el recurso de un tercer donador puede ser considerado únicamente en el caso de un comprobado fracaso de la asistencia médica a la procreación (art. I 152-6 del Código de Salud Pública).

En el caso del embrión, la ley precisa que éste sólo puede ser concebido in vitro, médicamente asistido. Así concebido, el embrión debe de ser implantado dentro de los ocho días siguientes a la concepción (art. 152-3 del Código de Salud Pública). A este respecto el maestro Guy Mazet considera que:

*" Parece atinada tal disposición, porque tiene la intención de limitar el número de ovocitos a fecundar in vitro y el riesgo y probabilidad de muerte de uno de los miembros de la pareja en un plazo tan corto. Se pretende de esta forma evitar como consecuencia el recurso a la congelación de los embriones que no deben ser supernumerarios."*¹⁰⁹

¹⁰⁹ MAZET, Guy. Ob. Cit. pág.103

Entre los avances de los ordenamientos jurídicos franceses, se encuentra considerada una excepción a lo establecido por la cita anterior, ésta se refiere al hecho de que una pareja, en determinado momento puede intentar fecundar un número más grande de ovocitos y hacer conservar los embriones supernumerarios, esto con el fin de realizar su solicitud en un plazo de cinco años. Ahora la pregunta es, que ha de hacerse con los embriones supernumerarios. A este respecto, la ley instituye de manera excepcional un procedimiento de acogida de embriones, por una pareja solicitante a aquella "dueña" de los embriones, siendo requisito para esta acogida que la pareja solicitante no tenga ya otra opción de reproducción. En este caso la obtención del embrión está supeditada a una decisión judicial y por supuesto a las medidas de salubridad pertinentes.

Toda experimentación sobre el embrión está prohibida, al igual que la concepción de éstos con fines de experimentación e investigación; o bien con fines comerciales.

Por otro lado la Ley prevé que al término de tres años, el legislador decidirá sobre el destino de los embriones congelados cuando aún estos no han sido implantados.

En lo que a donación y utilización de los gametos se refiere, el proyecto hace algunas precisiones; prohíbe toda mezcla de semen, limita a cinco el número de niños concebidos por un mismo donador, restringe la pertenencia del donador a una pareja que ya ha procreado y a la obtención del consentimiento de ésta pareja y de la pareja receptora.

Las actividades de asistencia médica a la procreación quedan sometidas a la autorización, pero con una distinción entre las actividades clínicas (recoger ovocitos, transferencia de embriones) y las actividades biológicas (tratamiento de los gametos, conservación de los embriones, etcétera). Las primeras no pueden ser más que practicadas por centros de salud autorizados, excepto la inseminación artificial, que

muchas veces es practicada en el seno de un consultorio. Las segundas pueden ser realizadas dentro de los establecimientos de salud o los laboratorios de análisis de biología médica.

Como el lector, puede notar, los avances científicos en materia de biogenética, se han visto acompañados de los avances en los ordenamientos jurídicos, siendo los segundos consecuencia inmediata de los primeros. Una vez más, vemos como el derecho avanza al ritmo de la sociedad a la que corresponde.

Anualmente, todo organismo o establecimiento autorizado por la Comisión Nacional de Medicina y Biología francés, está obligado a presentar al Ministro encargado de la salud, un reporte minucioso de sus actividades (de asistencia médica a la procreación o diagnóstico prenatal, registro de gametos y embriones que estos centros conservan y utilizan).

B) AUSENCIA DE LEGISLACION EN MATERIA DE ASISTENCIA MEDICA A LA PROCREACION EN MEXICO.

En el capítulo segundo, del tema que examinamos, se vieron algunos de nuestros cuerpos legales, en los que deberían de haber dispositivos respecto a la Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida, pero que no los hay.

Así, de esta forma, vimos la Constitución; y en especial el artículo 4o., del cual hicimos una serie de reflexiones; de igual forma estudiamos el Código Civil y la Ley General de Salud, esto con el propósito de exponer lo que, en tratándose de estas formas de procreación, hay en nuestros ordenamientos legales.

Hemos de recordar, que en cuanto a nuestra Ley Suprema, esta no regula de manera específica estas prácticas, es decir, la regulación de la asistencia médica a la procreación no se ha elevado al nivel de constitucional, por lo menos no todavía.

De igual manera, hemos comentado que en las legislaciones de otros países, si bien no se encuentran, la mayoría de las veces, en las constituciones, si se encuentran dispositivos jurídicos, en la ley adjetiva, es decir en leyes o normas de carácter secundario. Tal es el caso de países como Francia, España, Alemania e Inglaterra entre otros.

Por otro lado establecimos que nuestra máxima legal, si regula el derecho a la procreación y el derecho a la libertad, teniendo estos dos derechos un doble carácter, pues al tiempo que son derechos constitucionales, son garantías individuales y por si fuese poco son derechos fundamentales, esto por ser inherentes a su condición de ser humano. Pero además, advertimos el ejercicio valiosísimo de la autodeterminación del hombre.

De tal suerte que en aras de la autodeterminación de ejercer ese su derecho natural de la libertad en conjunción al de la reproducción, el hombre en pareja (ser humano), tiene la opción de hacer uso del desarrollo científico, en lo que a

reproducción se refiere, en este siglo de cambios tecnológicos tan notables e importantes en el área biomédica. Así la pareja que padece de esterilidad (ya sea causa de uno o de los dos miembros de la pareja), encuentra en la tecnología médica una opción para alcanzar su deseo parental.

Siendo este un hecho médico, trasciende en el ámbito de la Bioética, de lo social, y por su puesto en el del jurídico, pues los cuestionamientos que se presentan, en virtud del ejercicio práctico de estos novedosos métodos de concepción humana trascienden más allá de lo meramente científico, para llegar al campo de nuestra profesión -el derecho-.

Desgraciadamente, en países como el nuestro, los órganos legislativos no se han dado a la tarea de regular el cómo, cuando, el dónde, el para quien de estas técnicas reproductivas; transformándose, por ende, esta falta de regulación en una serie insoslayable de lagunas.

Mientras los avances en lo que a reproducción humana se refiere, toman el carril de alta velocidad, nuestro derecho no toma ni el lateral, simplemente se sale de la carrera; y se coloca como espectador inmutable, apático y etéreo. Pero esta no es una actitud que la sociedad mexicana, requiera, pues por el contrario solicita a gritos, un legislativo imperativo e inteligente que se ocupa de situaciones actuales y tangibles, porque no hay duda que las prácticas de estas innovadoras técnicas de concebir seres humanos, son un asunto de actualidad y que además estamos convencidos de que cada vez se toman más coloquiales.

Ante esta, situación de avances biotécnicos, en el área médica, encontramos una doble estructura legal mexicana rezagada en el pasado, olvidando por completo nuestros legisladores y todos aquellos individuos que pueden y deben ocuparse del asunto, su función en nuestra sociedad, incumpliendo de esta forma con sus fines primordiales.

De tal suerte, que el derecho, como conjunto de normas tendientes a regular la conducta humana en sociedad, incumple con este fin.

No es óbice, la ignorancia de nuestros legisladores, para escudar su falta de ocupación en lo que a asistencia médica a la procreación se refiere faltando de esta manera a su propia ética profesional, a la que les corresponde como servidores de la sociedad, la cual pone su confianza, y de manera incondicional en sus manos.

Como compaginar el innegable cúmulo de cuestionamientos jurídicos que se desprenden de esta técnicas reproductivas, con la ausencia de regulación, lo que implica que no se cumple ese fin (el bien común) principalísimo del derecho que es la justicia.

Como compaginar el espasmo creador de la incertidumbre jurídica con la certidumbre médico- científica.

De manera particular, en lo que al Código Civil se refiere, después de haber sido estudiado, su contenido en nuestro capítulo II, es concluyente que no tiene ningún precepto que se refiera a los hijos nacidos de una procreación médicamente asistida, siendo claras las implicaciones que a filiación se refiere.

Las implicaciones en el derecho de familia, y, en especial en la filiación son muchas y notables. En esta área del derecho surgen cuestionamientos, como el de qué carácter se le ha de dar al hijo nacido, cuando es resultado de una inseminación artificial heteróloga, a quien se le debe de considerar como el padre, al esposo de la mujer, o bien al donador del semen, y cuando lo que se dona es el óvulo, quien ha de ser la madre, y aún más cuando se trata de la fecundación in vitro (FIV), y después que es colocado el embrión en el útero de una mujer distinta a la de la pareja paciente, así que resulta que aquellos principios que parecían inmutables como el de la paternidad y la maternidad se ven afectados, pues ahora un sólo ser humano puede tener hasta dos padres y tres madres a la vez (la social, la gestativa y la genética), y la pregunta es ¿Quién es la madre?, es decir a cual de ellas ha de asistirle el derecho de la maternidad en su caso, o bien , la paternidad.

Por otro lado, cuando se trata de la fecundación in vitro, que posición ha de tomarse en cuanto a la disposición de los embriones sobrantes por tan sólo, mencionar algunos de los muchos problemas que se presentan como resultado de la práctica de estos métodos de concepción; como podemos ver los cuestionamientos son numerosos y complicados, todos ellos sin respuesta alguna.

Hay que recordar que lo único que proporciona la ley civil al respecto, es la extraída del artículo que se refiere a los fines del matrimonio del cual ya hemos mencionado que se puede tomar como un artículo favorable a estas prácticas, cuando establece la obligación de los cónyuges para obtener o lograr los fines del matrimonio, siendo la perpetuación de la especie uno de estos mencionados fines, y esto es lo más que tenemos en este cuerpo legal.

Lo que si podemos decir, es que, este asunto de las nuevas tecnologías reproductivas, si bien es cierto, que no están reguladas, también es cierto que no están prohibidas, lo que las ubica en un estado paralegal o prelegal.

En lo que se refiere a la Ley General de Salud, este ordenamiento, como ya comentábamos, a pesar de ser tan amplio y espeso en cuanto a disposiciones, no cuenta con artículos que regulen las técnicas que nos ocupan.

En nuestro segundo apartado de este estudio, ya mencionábamos la existencia de un sólo artículo que habla de una de las técnicas de asistencia médica a la procreación, y se trata de la inseminación artificial (IA), el cual, como ya decíamos es vago, impreciso e insuficiente para resolver y establecer todos los cuestionamientos que se dan a partir de una inseminación artificial.

Este precepto jurídico, pone en evidencia, la ignorancia de aquellos que se dieron a la tarea de hacer esta legislación, y sobre todo de aquellos que tienen la encomienda de mantenerla en vigencia, pues no distinguen, ni siquiera, la existencia de dos tipos de IA, ni las obligaciones y derechos de los sujetos intervinientes, esto aunado a que se trata de un artículo imperfecto, pues dado que se encuentra en el

capítulo de delitos de la ley, este establece el tipo (que como ya dije no es claro) no establece sanción alguna para el acceso que establece.

Como vera el lector no hay nada de que congratularse, sino por el contrario. En fin, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil, la Ley General de Salud y ninguna otra ley contiene preceptos referentes a la Asistencia Médica a la Procreación, en consecuencia podemos decir con toda certeza que, hay ausencia de regulación en esta materia en México.

Pues estamos convencidos que el artículo 664 de la Ley General de Salud no es, realmente un elemento suficiente como para afirmar lo contrario.

B.1. COMO DEBERIA DE SER REGLAMENTADA LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN MEXICO

En este inciso, hemos de compartir con usted lector, nuestra opinión respecto, a la manera en que debiera de ser regulada la aplicación de una de las técnicas de reproducción humana más practicada en la modernidad, y se trata pues, esta vez de la Inseminación Artificial, de la cual como lo ha de recordar el lector ya nos hemos ocupado de definirla y hacer de su conocimiento los tipos y variantes que esta nueva forma de concepción presenta.

Hay muchas cosas que decir respecto a este tema de la Inseminación Artificial, hasta el momento hemos expuesto de sus generalidades, los pros y los contras de llevar a cabo esta práctica de reproducción, las polémicas que se han dado a lo largo y ancho del mundo científico, social, ético y económico de las sociedades, que de pronto se ven asaltadas por el espasmo experimentador de la Inseminación Artificial, esta en sus dos modalidades, por un lado la homóloga y por el otro la heteróloga, que al contrario de la primera resulta ser escandalizante por

todos lados. El panorama que brinda la práctica de esta nueva forma de reproducirse del hombre, nos presenta a partir de una situación común dos visiones absolutamente divergentes.

Partiendo de la idea de que la inseminación artificial, es una realidad de la sociedad mexicana de nuestros tiempos, y que como ya hemos establecido anteriormente en el desarrollo de esta sencillo estudio, es un hecho social y también de carácter jurídico, dado que afecta o interviene en la esfera del derecho, no podemos negar la necesidad de regular dicha actividad de la ciencia médica.

Una vez aclarado lo anterior, nos preguntamos, debe de crearse una ley secundaria específica aparte, es decir, una ley que podría llamarse << *Ley sobre la asistencia médica a la procreación* >>, o debemos pugnar para que a nuestra Ley General de Salud se le agregue un apartado, un capítulo especial que lleve el mismo nombre que el de la posible ley; y nosotros estamos convencidos que con la adición a la Ley General de Salud de un capítulo especial referente a esta asistencia médica a la procreación sería por el momento más que suficiente. Al mismo tiempo creemos que esta medida de adicionarle a la Ley General de Salud lo referente a la asistencia médica a la procreación debe de ser complementada, necesariamente por algunos cambios y adiciones al propio Código Civil, en lo que a parentesco y filiación se refiere.

Pues bien ya que establecimos que debe de crearse ordenamiento alguno referente a la materia que nos ocupa, y que después de que hemos dicho que con una adición concienzuda a la Ley General de Salud, se obtendrían excelentes resultados, se hace necesario establecer en primer instancia que debe de entenderse por Inseminación Artificial:

" Es un proceso médico consistente en depositar semen fresco o congelado

en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando). Puede ser homóloga o bien heteróloga."¹¹⁰

Después de establecer lo que debe de entenderse por IA, resulta necesario, especificar los dos tipos de que pueden darse, y a saber son la Inseminación Artificial Homóloga (IAH), esta, se da cuando se emplea el semen del marido o el del compañero de la mujer, siendo la segunda forma la Inseminación Artificial Heteróloga o con Donante (IAD), es decir, cuando el semen es de un tercero "donador". La constante de este modo de reproducción asistida, se encuentra, en que en todos los supuestos, la fecundación se produce dentro del seno materno, es intracorpórea.

Una vez que se han dado las definiciones anteriores, el siguiente paso es definir, una serie de aspectos, como establecer cuales son los requisitos generales para acceder a este tipo de reproducción humana, determinar de manera precisa quienes pueden ser sujetos en estas prácticas inseminatorias, en caso de que se trate de una IAD, en que términos ha de darse dicha donación; quienes pueden practicar esta forma de reproducirse, quien ha de vigilar y controlar a aquellos centros y/o equipos médicos que realicen la inseminación artificial; y todo lo anterior aunado a lo referente a aquellos cuestionamientos que se dan en el ámbito de la Filiación y del estado de los hijos concebidos por este método de inseminación artificial.

Por otro lado está lo referente a la obtención del semen, ya sea este del cónyuge o compañero de la pareja paciente, o bien de un tercero ajeno a ésta, denominado donador; esto implica como es obvio, determinar que se debe de entender por donación; o bien establecer cuales han de ser las características de este acto de ceder gametos masculinos.

¹¹⁰ TABOADA, Leonor., Ob. Cit. pág.33

REQUISITOS GENERALES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL (HOMOLOGA - HETEROLOGA)

Cuando se debe de acceder a este método de asistencia médica a la procreación denominado IA: . es decir, que requisitos hay que cumplimentar?:

- 1.- Que se haya intentado todo lo médicamente posible para tratar de lograr una concepción natural (es decir se hayan sometidos a todos los tratamientos médicamente posibles), sin haberlo conseguido.
- 2.- Que esté médicamente comprobada la esterilidad del hombre.
- 3.- Que el equipo médico, les haya informado clara y verídicamente el procedimiento, haciéndoles ver claramente las ventajas y desventajas de la inseminación artificial, el costo de ésta, y las posibilidades de resultados positivos, así como los de fracaso. (Esto es el ejercicio pleno del derecho a la información.)
- 4.- Que sea validamente obtenido por escrito el consentimiento de ambos miembros de la pareja paciente, para poder practicar la inseminación.
- 5.- Cuando se trata de inseminación artificial con donante, ha de obtenerse de igual manera el consentimiento de ambos cónyuges; estableciendo que el donante no adquiere ningún derecho ni obligación por haber donado semen.

- QUIENES DEBEN DE SER SUJETOS EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL-

A este respecto, como ya lo comentábamos en algún momento de desarrollo de este trabajo de tesis, la polémica no poco acalorada e intrincada; pues las

decisiones, se enderezan sobre si debe de ser una pareja unida por el lazo legal del matrimonio, o bien por aquella pareja concubina, y por otro lado se cuestiona si las mujeres en soledad pueden en determinado momento ser sujetos de este método procreativo.

Hay quienes pensando en el derecho de todo niño de nacer en el seno de una familia establecida, consideran que sólo han de ser sujetos de estas prácticas las parejas de derecho y de hecho (matrimonio legalmente constituidos y los concubinatos), excluyendo a mujeres solas.

Existen otros, que consideran, que si se parte del derecho innegable que todo ser humano, posee a reproducirse entonces, resulta que cualquier hombre o mujer en solitario o bien casado, puede acceder a la reproducción por medio de la IA, por supuesto que aquí prevalece lo que ya comentábamos en los requisitos, que esté comprobada la esterilidad de aquellos sujetos que acuden a estos métodos.

Para subsanar esta falta de regulación en materia de asistencia médica a la procreación en el sistema jurídico mexicano, es necesario, primero, que se reconozca ampliamente, la existencia y práctica de las técnicas que nos ocupan, en nuestro país, una vez que esto suceda, se debe reconocer la importancia y necesidad que existen de regular la práctica de las multicitadas técnicas de reproducción artificial. Una vez logrado lo anterior, se hará necesario, que se designe una comisión especial, integrada por un número importante de especialistas en la materia, por supuesto, que debe de haber genetistas, médicos especializados y juristas especializados de amplio criterio, tratando de dar cierto equilibrio para estudiar los problemas legales, apoyados en una base médica-ética de la reproducción artificial.

Para subsanar, la ausencia de regulación en materia de asistencia médica a la procreación, se puede optar por crear una ley en especial, o bien se puede optar por agregar un apartado especial a la ya existente Ley General de Salud, lo que

tendría en uno y otro caso, como consecuencia, la revisión y en su caso la modificación y adecuación del Código Civil, en el apartado de filiación.

Consideramos que, entre los primeros preceptos que se deben de redactar, debe, de estar uno que más o menos establezca lo siguiente:

* Se entiende por asistencia médica ala procreación, a aquellas prácticas clínicas y biológicas que permitan la Inseminación artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), la Transferencia de Embriones (TE); así como toda técnica de efectos equivalentes, que permitan la reproducción de manera distinta a la natural.

Se debe de determinar la finalidad de las técnicas de reproducción asistida. La asistencia médica a la procreación está destinada a responder a la demanda parental de una pareja. Ella debe de tener por objeto remediar la infertilidad de carácter patológico, que ha sido médicamente diagnosticada, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

Ella tiene también por objeto, evitar la transmisión al infante de una enfermedad particularmente grave, de origen genético o hereditario.

* Se debe establecer, en que términos han de realizarse dichas técnicas de reproducción:

* Cuando existen posibilidades de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

* El hombre y la mujer de la pareja deben de estar vivos, deben de ser mayores de edad, estar en buen estado de salud psicofísica (ser capaces).

* Debe de comprobarse médicamente la imposibilidad de la pareja para procrear de manera natural.

- * Estar casados o bien comprobar su estado de pareja estable, por lo menos de dos años.
- * Proporcionar el consentimiento por escrito de los dos cónyuges.
- * Se debe tratar de personas capaces.
- * Se debe de informar ampliamente y adecuadamente de las técnicas a la pareja.

* El convenio que se realiza entre la pareja paciente y el centro autorizado que realizará las intervenciones médicas, debe de ser formal, consensual, bilateral y revocable (hasta antes de que se lleve a cabo la inseminación, la fecundación, o la transferencia, la cual también debe ser por escrito).

Lo anteriormente propuesto sirve, para todas las técnicas de reproducción asistida, especificados anteriormente. Ahora bien, en lo que toca, a IA, habrá que decir que ésta puede ser de dos tipos, IAH y IAD; la primera debe definirse, como aquella en que los gametos utilizados, provienen de ambos miembros de la pareja; sin que esto tenga mayor trascendencia en la filiación, pues ésta no se modifica, el hijo así nacido es biológica, genética y legalmente de la pareja paciente.

La IAD o heteróloga, implica que el semen del marido a sido sustituido por el semen del donador.

* El contrato de donación debe de ser formal, gratuito, unilateral, secreto, e irrevocable, una vez que se han utilizado los gametos; y éste se realiza entre el donante y el centro de conservación de gametos autorizado o bien la institución médica que realizará el proceso inseminatorio o fecundatorio.

Entre los problemas de filiación, que se desprenden de la práctica de una inseminación artificial heteróloga, se encuentra, el hecho de que se pregunta quien debe de ser el padre?, el genético (donador) o bien el social, y a este respecto, creemos que debe de prevalecer lo establecido por el código Civil vigente, que en su

artículo 324, se presuman hijos de los cónyuges: partiendo de la presunción de que el hijo de una mujer casada es hijo del esposo de esta, pues recuérdese que se debe tener el consentimiento de ambos miembros de la pareja para concebir por estos medios.

Una vez que se ha dado la inseminación y se produce el embarazo, el padre no puede revocar su consentimiento, con el fin de desconocer al niño concebido de esta forma, esta acción no debe de proceder en ningún término, a menos que pruebe, que no dio su consentimiento; de comprobarse este extremo, el hijo tendrá la calidad de hijo nacido fuera de matrimonio, y la madre, en este caso no podrá ejercer acción alguna sobre el padre genético (donador), pues este no tiene obligación alguna con el nacido, pues su voluntad ha sido sólo donar un gameto, que ni siquiera sabe si va a ser utilizado o no.

En cuanto a la maternidad no hay mayores inconvenientes, pues ésta es plena; y la misma se determina por el sólo hecho del alumbramiento, como lo establece el Código Civil en comento.

El hijo nacido por estas técnicas, en su registro civil no se debe hacer alusión alguna, a este hecho.

Creemos que estas consideraciones deben de ser las mínimas necesarias para la regulación de la materia que nos ocupa.

B.2. LA CONCEPCION IN VITRO EN LA LEGISLACION MEXICANA

Ahora toca el turno de exponer el tema de la Fecundación In Vitro (in vivo), las siglas de este método de concepción son FIV, antes de entrar de lleno a la legislación de este método en nuestros cuerpos legales, es necesario, tratar otros aspectos, que en esta ocasión denominaremos "Consideraciones Generales".

En los periódicos en general, así como en la prensa especializada, el tema está de moda y de permanente actualidad: ante cada bebé que nace por la transferencia de embriones (*embryo-transfer*), fecundados in vitro (probeta), se verifica una especie de sobresalto agudizado de la opinión pública, reacción que la mayoría de las veces es la mezcla de exaltación y de susto.

Las consecuencias de esta práctica conceptiva, se dan en todos los niveles, el científico o el ético, el social, el genético, el económico, y se da el paso social y jurídico desde la existencia de una sola maternidad-paternidad a una "*cooperativa de progenitores*" y constructores de la concepción.

Antes del nacimiento del primer bebé fecundado In Vitro y posteriormente transferido al útero de la mujer, para así concebir a un nuevo ser de manera natural, el Dr. Edwards, en 1963, citado por E. Sgreccia, concluía de sus experimentos lo siguiente:

" El deasafío mayor de este trabajo radica en la perspectiva de fertilizar huevos humanos. La fertilización in vitro es fácil. Sin embargo, pronto seremos capaces de tener embriones humanos en las primeras fases de su desarrollo. La notable cantidad de óvulos que se pueden obtener de un ovario podrá en definitiva permitir hacer crecer embriones humanos in vitro e incluso controlar algunos trastornos genéticos del hombre. " ¹¹¹

En primer instancia los embarazos logrados por éste método de fecundación extracorpórea, se podía contar, y eran pocos, pero, con el tiempo los métodos y procesos se han mejorado, y agudizado, dando como resultado, un porcentaje más elevado de logros, que es primero la fecundación en probeta, y después de esta, ya que el resultado de dicha fecundación, - es decir mórula - se ha desdoblado por lo

¹¹¹ DR.EDWARDS Cit. Pos. SGRECCIA, Elio, pág.418

menos ocho veces, se hace la transferencia del embrión para que anide en la matriz de la madre, para que al término de la gestación se dé el nacimiento de un nuevo ser; como decía, en los primeros tiempos se podían contar el número de nacimientos por este método, pero en la actualidad resulta difícil hacer el cálculo exacto de cuantos niños han nacido desde 1978 con la fecundación in vitro hasta la fecha.

El maestro Sgreccia E., comenta al respecto lo siguiente:

*" Entre 1986 y 1988 llegaron a término en Francia unos 4,000 embarazos después de la concepción in vitro. "*¹¹²

En el documento Instrucción Donum Vitae, se considera como procreación artificial a:

*" Todas aquellas técnicas que, en el intento por superar una causa de infertilidad, llevan a cabo una sustitución del acto conyugal estéril, comportando la disjunción de su dimensión unitiva de la procreativa. "*¹¹³

Fecundación In Vitro, Fecundación Artificial, Fecundación Extracorpórea, cualesquiera que sea el nombre que se le dé a este novedoso y polémico método para lograr el nacimiento natural de un nuevo ser, la definición el objetivo y el proceso es el mismo.

En fin para obtener la concepción, hay que extraer el óvulo y fecundarlo fuera del ambiente corporal y luego volverlo a introducir en el útero.

¹¹² SGRECCIA, Elio., Ob. Cit. pág.419

¹¹³ SGRECCIA, E., Ob.Cit. pág.245

La Fecundación In Vitro se produce:

" Mediante la extracción del óvulo maduro (humano) para que se fecunde In Vitro con el semen, bien de su esposo y/o consorte, de manera que una vez que hubiera ocurrido la fecundación se transfiera el embrión al útero de la mujer." ¹¹⁴

¿Que significa In Vitro?

" Que se realiza en un cristal; se hace referencia a una técnica de laboratorio, a diferencia de <in vivo>, que define lo que sucede en el organismo vivo." ¹¹⁵

De tal suerte que la anidación del embrión ha de darse en el útero, bien de la mujer de la pareja comitente, bien en el útero de una tercera persona (madre substituta-surrugada <<renta de úteros>> que lleva a cabo con aquella pareja un contrato de gestación.

Ahora bien en la fecundación in vitro al igual que en la inseminación artificial, los gametos (óvulos/espermas) pueden provenir de la propia pareja paciente, de tal suerte que en este caso, el hijo nacido, tendrá absolutamente el status de hijo de matrimonio.

En el caso de la FIVET existe en general el objetivo intencional de remediar la infertilidad de la pareja, se acostumbra hablar de indicaciones de la FIVET.

Además de los casos de patología tubárica y ovárica, la FIVET, tiene indicaciones clínicas para la curación de la esterilidad idiopática, de la esterilidad

¹¹⁴ LLEDO YAGUE, Francisco., Ob. Cit. pág.58

¹¹⁵ TABOADA, Leonor., "Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial en la Fertilización In Vitro", Ed. Icaria., Barcelona, Esp. 1986. pág.76

que tiene una base inmunológica y de la asociada a endometriosis; en el ámbito masculino, se consideran indicaciones válidas la oligospermia y la oligoastenospermia. De tal suerte que ésta técnica plantea los complejos problemas ético-jurídicos que veremos en su momento.

Ahora mencionaremos de manera breve algunos de los problemas éticos relacionados con la FIVET.

La gran mayoría de estudiosos que han abordado en determinado momento el capítulo de la FIVET, coinciden, en que esta técnica representa uno de los puntos límite de la ética médica, en el que la ciencia y la tecnología por una parte, y la ética por la otra, se encuentran en una difícil confrontación.

Sólo basta recordar, que en Estados Unidos el presidente constituyó una Comisión Ética y Científica, con el propósito de profundizar también en este problema; conjuntamente con aquellos otros concernientes a las intervenciones sobre el hombre en el campo médico y biológico. Un ejemplo de ello es sin duda, los esfuerzos de la Comisión Gubernamental de Inglaterra (Comisión Warnock); mientras que en Europa cobra fuerza el Consejo de Europa un "Comité *ad hoc*" específico de carácter internacional, el cual, está encargado de preparar un texto en vista de una posible recomendación para los Estados miembros, y al igual que estos un sin número de comités se han integrado en el mundo en torno a estos novedosos avances de la ciencia médica, y de la biotecnología.

Cuando la pareja estuviere casada, o bien extramatrimonial (si la pareja no estuviere legalmente vinculada), pero el hijo nacido, tanto en un supuesto como en el otro, es consanguíneo de ambos; pues los padres genéticos son los mismos que los sociales o registrales.

Ahora bien, pueden darse distintas variantes de utilización de estas técnicas, según de quien provengan los gametos o los embriones.

Pues se da el caso de que sea donado el óvulo, o bien el semen, y no en pocos casos, donados ambos gametos o hasta los propios embriones, como es de verse, los cuestionamientos que estas posibilidades implican son múltiples y complicadas.

Resumiendo la FIVET (Fecundación Artificial y la Transferencia de Embriones), tiene las siguientes variantes:

- I. Los gametos (femeninos y masculinos) provienen de la pareja paciente y al mismo tiempo los padres biológicos, serán genéticos y registrales (FIVET Homóloga).
- II. Los gametos masculinos, provienen de un tercero <donador>, la madre biológica y genética será la misma que la social, en tanto que el padre biológico no coincidirá con el social o legal.
- III. Cuando los gametos femeninos son donados no coincide la maternidad legal con la biológica.
- IV. Si los gametos femeninos como los masculinos son donados, y sólo es ocupado el útero de la madre social para tomarse también en biológica, pero no así en genética.
- V. Puede ser que tanto los gametos femeninos como masculinos sean de la pareja paciente, pero que el embrión resultante de la fecundación artificial sea anidado en un útero rentado (maternidad subrogada o substituta) siendo de esta forma que no coinciden la maternidad y paternidad biológica con la legal, pero sí ésta con la genética.

De tal suerte, que según sean las opciones serán las implicaciones jurídicas, éticas, sociales y religiosas.

A este propósito el Instructivo "*Donum Vitae*", se ha expresado de la siguiente forma:

" Entre los actos expresivos o lenguajes corporales el acto conyugal tiene la

característica de la plenitud y de la totalidad: reducir la procreación a un hecho puramente técnico significa establecer una relación dominante <<sujeito productor-objeto producido>>; significa empobrecer y degradar el acto de la procreación en sentido tanto teológico como antropológico." ¹¹⁶

Dice el autor E. Sgreccia., que a su juicio,

" Hay que ahondar todavía más en nuestra reflexión en el caso de la fecundación in vitro, se introduce una causalidad parental múltiple y ajena a la pareja" ¹¹⁷

y continua diciendo que:

" Mientras en la Inseminación Artificial Humana impropriadamente dicha el ginecólogo lleva a cabo una acción subsidiaria, y complementaria, previa a la fecundación, manteniéndose esta al interior de la voluntad y la unión de la pareja, en el caso de la FIV el momento fecundante (el momento en que culmina un proceso de varios momentos vinculados entre sí y constitutivo del nuevo ser humano) lo efectuó un operador ajeno." ¹¹⁸

Nosotros coincidimos con aquellos estudiosos de la materia que examinamos, en que, la unidad entre dimensión unitiva y procreativa de la FIV homóloga estaría asegurada de la misma manera que la IAH impropriadamente dicha: la unidad estaría dada por el llamado <<contexto de amor conyugal>> que da lugar a la solicitud y en el que sitúa al ser naciente, finalmente decidir a acudir a este método para lograr el

¹¹⁶ SGRECCIA, Elio, Ob. Cit. pág.428

¹¹⁷ Ibidem. pág.467

¹¹⁸ Ibidem. pág.428

deseo y necesidad parental de una pareja, es un acto de amor, de conciencia, dónde lo importante es tener a ese ser tan deseado, un hijo.

El Donum Vitae, considera que esta globalidad de la vida conyugal no es suficiente para asegurar la dignidad mínima y conveniente a la procreación humana, por lo cual la técnica de la FIV, sigue siendo moralmente inaceptable, porque dicen, priva a la procreación humana de la dignidad que le es propia y connatural.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, se permite la FIVET homóloga incluso en las legislaciones más riguristas. Pero también es sabido de todos que el punto de vista jurídico puede no coincidir con el punto de vista moral, y que no en pocas veces la ley positiva humana colisiona con la ley moral.

A manera de comentario algunos Estados han promulgado leyes para reglamentar las técnicas de reproducción artificial (Suecia, España, Alemania, Gran Bretaña, Austria, Estados Unidos, etcétera); otros han presentado Recomendaciones y Propuestas (Italia, Israel, Bulgaria, etcétera).

Estando aún en el campo jurídico; hay que agregar que no se puede apelar a ese <derecho de engendrar> que tendría la pareja. En realidad entre los cónyuges existe sólo un derecho a tener relaciones conyugales abiertas a la procreación; si así no fuere, sería ilegal o inválido cualquier matrimonio infértil.

Lo que sí resulta claro a los albores de la modernidad a la que pertenecemos es que: se advierten una serie de contradicciones, siendo la que nos ocupa aquella, que por una parte, se propaga, mediante el aborto (en algunas sociedades) y la anticoncepción (campañas de carácter nacional), la "*mentalidad antivida*"; pero por otro lado, se reivindica a toda costa y por todos los medios el tener un hijo a través de la FIVET o bien de la IA.

Hay quienes consideran que de estas dos contradicciones surge la duda de si, tanto en un caso como en el otro, no se está reduciendo al "hijo" como un <<complemento>>, como un "objeto" respecto de los cónyuges, en vez de un "sujeto" con valores propios y a los que hay que desear y acoger por si mismo y a través de las vías marcadas por el designio de vida y amor que se da al interior de la familia.

Sin lugar a dudas la pregunta es compleja, pero lo es aún más compleja la respuesta, y sobre esta todavía no se llega a acuerdo alguno, pues los puntos de vista son diversos y encontrados.

Así pues, las opiniones de la bondad o la maldad de la aplicación de esta técnica son numerosísimas, hoy por hoy, abordar estos temas de los nuevos métodos de procreación asistida, implican una enconada y discordante polémica.

En nuestra opinión, consideramos que este avance en la esfera de la reproducción humana es positivo, a pesar de todas las opiniones que hay en contra de estos métodos de procreación humana.

El hecho de que una pareja que desea convertirse en una familia con el nacimiento de un bebé auxiliándose en estos métodos de reproducción, no es una actitud que pueda calificarse de perjudicial para la sociedad a la que pertenecen, ni a la familia, no por lo menos cuando no se violentan los derechos individuales de aquellos que integran a esa sociedad.

Partiendo de la angustia que ocasiona a las parejas su infertilidad o bien su esterilidad o bien su infertilidad y no en pocos casos ambas, es plausible que el hombre con el desarrollo tecnológico, le brinde a estas parejas la posibilidad de reproducirse por otros medios, estas posibilidades son la esperanza de tener un hijo, que para ellos es especialmente valioso e importante, que acaso es un ilícito hacer hasta lo imposible para cumplir el anhelo de ser padres?, nosotros estamos convencidos de que no, no al menos cuando se logra sin violentar los derechos de cualquier tercero.

En fin para nosotros, que parejas estériles o infértiles acudan a estos métodos es ética y jurídicamente válido.

En el artículo 466 de la Ley General de Salud, se menciona exclusivamente a la inseminación artificial, desconociendo la existencia de la fecundación in vitro, la cual ya ha sido ampliamente explicada en los anteriores apartados de este estudio.

De entrada se debe, de establecer legalmente, la existencia de dos tipos de fecundación in vitro, y estas son: la fecundación in vitro homóloga, es decir que los gametos que se fecundan extracorpóreamente, provienen de ambos miembros de la pareja paciente. De tal suerte que lo único que se sustituye es la unión de las dos células germinales.

En este procedimiento, al igual que en la inseminación artificial, se debe obtener el consentimiento de ambos cónyuges, por escrito, una vez que se les ha informado plenamente de las ventajas y desventajas que implica el sometimiento de este tipo de técnica de reproducción, quedando a salvo, la posibilidad de que uno o ambos miembros de la pareja solicitante revoken su consentimiento, antes de que se lleve a cabo la técnica.

La maternidad y la paternidad que se dan en virtud de esta forma homóloga de fecundación in vitro, son plenas, dado que los padres genéticos coinciden con los legales o sociales, aquí, como se puede ver, no hay disociación de paternidad ni de maternidad; de tal suerte que la filiación, el parentesco en este caso se debe de regir por las normas generales establecidas por el Código Civil vigente.

La fecundación in vitro heteróloga o con donante, a diferencia de la homóloga, ocasiona una serie de cuestionamientos más complicados y numerosos.

Aquí puede ser que el semen o los ovocitos, y en no pocos casos ambos sean donados, y que después de que se ha llevado a cabo la fecundación artificial de los

dos gametos, se realiza el trasplante del embrión en la mujer que ha de ser la madre legal, y que puede o no ser la misma que la genética.

En este tipo de concepción, debe al igual que en los demás casos de procreación artificial, el consentimiento por escrito de ambos miembros de la pareja paciente.

Cuando el gameto donado es el masculino, el padre genético (donador) no coinciden con el legal, lo que impide una paternidad plena.

Aquí la paternidad se debe de determinar en razón del vínculo legal del matrimonio, para que los hijos sean presuntivamente del esposo de la mujer casada, como lo establece nuestro Código Civil.

Es decir la voluntad de aparecer y de ejercer todos los derechos y obligaciones que se derivan de la paternidad.

La voluntad es el vínculo o el argumento para que la paternidad social, prevalezca sobre la genética, cuando el hombre que es estéril, se empeñe en ejercer todos y cada uno de los derechos y obligaciones que se pudieran derivar de una paternidad cualquiera.

En cuanto a la madre social, legal y gestativa, que no coinciden con la genética, porque para la procreación a intervenido una donadora de ovocitos, no hay mayor problema, pues basándose en el principio romanista de que madre es la que da a luz, de que la maternidad sigue al vientre, será entonces madre aquella a la que se la implante el embrión, que es la esposa del padre social y genético.

En este apartado de la fecundación in vitro heteróloga, lo que causa más revuelo y escándalo, es la fragmentación de la paternidad y de la maternidad, según el caso. Es decir la existencia hasta de dos padres y hasta tres madres de un mismo niño, pues aquí se distingue la maternidad genética, la gestativa y la legal, y según concurren estas o no la maternidad plena; en tanto que puede haber paternidad genética y legal, y según concurren las dos podemos hablar o no de paternidad

plena; cuando la mayoría de los códigos civiles, o por lo menos el nuestro, contempla y reconocen sólo una maternidad que es determinada por el alumbramiento, y una paternidad, basada en la presunción, de que los hijos de su esposa no pueden ser más que suyos, como única opción válida y reconocida.

Esta maternidad determinada por el alumbramiento, implica la coincidencia genética como se establece en el Código Civil para el Distrito Federal.

En nuestro sistema jurídico tratándose de FIV Heteróloga, la maternidad gestativa siempre coincide con la legal, y debe de sobreponerse a la genética.

Ni el marido ni la mujer de este, una vez que hayan dado su consentimiento, previo y por escrito, para la realización de una fecundación in vitro con donantes, no podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo así nacido.

B.3. PROPUESTA DE REGLAS A LAS QUE DEBE SOMETERSE LA IMPLANTACION DE EMBRIONES EN MEXICO.

Toca el momento de hablar del procedimiento o paso que sucede a la FIV, es decir, a la transferencia de embriones, pues como ya hemos mencionado a lo largo de este estudio tesis, una vez, que se ha realizado eficazmente la fecundación extracorpórea, después de que la mórula resultante se ha dividido en ocho partes, más o menos esto en tres días, se procede a implantar la mórula, o bien llamése embrión en el útero de aquella mujer que ha de ser la madre gestativa o biológica, que como también ya se ha dicho, no siempre coincide ésta con la madre social y la genética.

De lo que se trata aquí, es que, dado que se practica la fecundación in vitro,

consecuentemente se debe de dar la implantación del producto de dicha fecundación.

Una vez que la pareja paciente, ha recurrido a todos los métodos de procreación asistida con el fin obvio de concebir, y esto no se ha logrado, entonces se acude a la fecundación artificial, bien sea esta homóloga o heteróloga, según sea la causa de la infertilidad. La pareja paciente ha de someterse a un proceso implantatorio, pero, resulta necesario regular las condiciones en las que deben de realizarse dicha transferencia o bien llámese implante de embriones; con el fin de dar seguridad a las partes concurrentes en este proceso.

Hasta el momento hemos hablado de embriones que han sido resultado de la fecundación de un óvulo y de un espermatozoide, pero que dentro de ésta constante, existen tres vertientes; primera: el espermatozoide es del cónyuge de la pareja paciente y el óvulo es donado; segunda, el óvulo es de la cónyuge y el espermatozoide donado, y tercera, cuando los dos gametos son donados, es decir, se trata de implantar un embrión totalmente ajeno a la pareja.

En estos tres casos, estamos considerando que el proceso de implante se realiza en el útero de la mujer de la pareja paciente. Es cierto que los cuestionamientos son diversos y complicados, pero lo son aún más complicados y numerosos cuando el embrión resultante es implantado en otra mujer que no es la madre social, es decir hablamos de la maternidad subrogada "*mothers surrogates*", tema que trataremos en otro momento.

La transferencia de embriones, es el estadio siguiente a la fecundación in vitro, de tal suerte que, una vez verificada la fecundación in vitro de los gametos femeninos y masculinos, se transfiere precisamente el resultado de dicha fecundación (cigoto) al útero de una mujer, que en este caso ha de ser la madre legal del no nacido.

De esta práctica implantatoria, surgen diversas preguntas, como el número de embriones que se han de implantar, que se hará con los embriones sobrantes, si se van de conservar o no, y conservarse por cuanto tiempo, cual ha de ser el destino final, si se puede o no experimentar con los embriones sobrantes, y en que términos.

Se debe de determinar claramente, lo referente a la producción o transferencia ilimitada de cigotos, se debe de establecer un número preciso, o bien, sólo deben de ser fecundados los exclusivamente necesarios, que en general deben de ser tres, y los dos restantes, debieran de reservarse para que la pareja determine su fin.

De manera excepcional, la pareja que ha acudido a una fecundación in vitro con éxito, y tienen embriones sobrantes, deben de tener en determinado momento la posibilidad, de cederlos a una pareja, para que esta los utilice.

El consentimiento de ceder y el de recibir debe de ser por escrito, ambas parejas no deben de conocerse y han de mantenerse los datos de unos y otros en secreto, el embrión cedido ha de ser para fines procreativos y no experimentales.

En caso de que uno de los miembros de la pareja dueña de X embriones fallezca, el cónyuge viviente, debe de tener el pleno derecho de decidir, sobre si dona sus embriones o no, los embriones deben de ser conservados en los bancos, y creemos que por un término no mayor de tres años.

Se debe de establecer un mecanismo con el cual se asegure, que la pareja que demanda el embrión satisfaga las condiciones generales de idoneidad.

Ningún pago, cualquiera que sea la forma, puede ser asignado a la pareja que ha de renunciar al embrión.

Se debe de prohibir la fecundación de gametos humanos, con cualquier fin distinto al de la reproducción humana.

La ley no debe tolerar que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objeto de experimentación, mutilados o destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o incapaces para su desarrollo normal, porque habría que preguntarse cómo se va a hacer esta selección, si por motivos racionales, por proximidad geográfica del embarazo del investigador o simplemente por azar.

Se debe prohibir y sancionar la concepción de embriones con fines comerciales o industriales; pues ya hemos dicho que la procreación del hombre en pareja heterosexual.

La concepción de embriones humanos para fines de estudio, de investigación o de experimentación, debe de prohibirse y sancionar, en la propia Ley de Salud en su apartado de delitos, y en el Código Penal.

De manera excepcional, la pareja que tenga algún embrión, puede aceptar que éste sea sometido a estudios, siempre y cuando sea con fines médicos y que no pongan en peligro la integridad del embrión. En caso de que la pareja aceptase, la anterior situación, ha de obtenerse por escrito el consentimiento de la pareja, después de que se les haya informado plenamente, los fines e implicaciones de las investigaciones y estudios que han de realizar al embrión.

Solo deben de implantarse embriones viables y vivos.

Debe de prohibirse el intercambio genético humano, o recombinación con otras especies, para producción de híbridos, y la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no estén autorizadas.

C) PROBLEMA DEL DIAGNOSTICO PRENATAL Y SU REGLAMENTACION.

EL DIAGNOSTICO PRENATAL ES:

El estudio realizado por los genetistas médicos y obstetras y personas cuyo objetivo es detectar una enfermedad hereditaria in útero.

La práctica del diagnóstico genético prenatal (DGP), se inició hacia los años 1968 - 1969.

" El diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) puede utilizarse para detectar genes en óvulos fertilizados antes de la implantación mediante fertilización in vitro, transferencia intratubárica de gametos u otras técnicas reproductivas avanzadas. " ¹¹⁹

Así escogemos hacer realidad algunas esperanzas utilizando los servicios de asistencia prenatal.

A este respecto, se expresa el bioético Glenn McGee, de la siguiente manera:

" La esperanza define el viaje de la paternidad. Pero aún más importante que la esperanza es que el ser padres responsables implica además elegir. " ¹²⁰

Después del nacimiento, elegimos opciones con el fin de ayudar al hijo a tener una vida feliz y llena de oportunidades. En lo que a esto se refiere Glenn McGee,

¹¹⁹ GLENN MCGEE, "Reportaje Especial: La Etica de la Reproducción Asistida." Revista de Organon sobre la Mujer y la Salud <<ORGYN>>, No.3, México 1997, pág.16

¹²⁰ Ibidem. pág.16

comenta:

*" No obstante, estas esperanzas y elecciones tienen un lado oscuro. Con demasiada frecuencia, las esperanzas de los padres son irreales, equivocadas o carentes de previsión. Un niño puede verse obligado a estar a la altura de estas demandas irreales de perfección. Las esperanzas han de templarse mediante una buena disposición a diferenciar entre el desarrollo y las capacidades de un niño y las ambiciones y esperanzas de sus padres."*¹²¹

El diagnóstico prenatal, implica a técnicas utilizadas antes de la etapa embrionaria permitiendo a los padres utilizar el diagnóstico genético preimplantatorio.

" PASION DE LA PERSECUSION " DE UN BEBE

- Cuando la búsqueda de un bebé se convierte en la búsqueda de un bebé perfecto.

DAIGNOSTICO PRENATAL: CRONICA DE UNA VIDA O MUERTE ANUNCIADA.

En esencia que es lo que aporta la realización de este estudio Prenatal?, pues bien, resulta que la mayoría de los riesgos genéticos podrán detectarse gracias al análisis de las aberraciones cromosómicas.

Pero a este respecto hay quienes, no cesan de advertir el peligro de dichas prácticas preventivas; de aquí que exista el temor de que el progreso científico se vea frenado por los tabúes sociales y religiosos, esto por las diversas implicaciones éticas que se dan, como resultado de ésta práctica médica.

En primer instancia habría que decir, según Hans Galjaard que:

¹²¹ Ibidem. pág.16

" La tecnología del ADN ha revolucionado el diagnóstico de laboratorio de las enfermedades genéticas; abriendo además perspectivas para detectar las diminutas aberraciones cromosómicas que resultan invisibles con el microscopio. " ¹²²

Ahora bien, estas técnicas de detención y de diagnóstico permiten aconsejar adecuadamente a las parejas cuyos antecedentes familiares o personales les hacen correr el riesgo de engendrar niños con impedimentos físicos o mentales. Las decisiones son a menudo difíciles de tomar y suponen evitar el embarazo o aceptar sus riesgos, con una posible interrupción si el examen prenatal revela una anomalía, o recurrir a fecundación artificial de carácter heteróloga.

De lo anterior se podría decir, que este estudio prenatal desemboca en el aborto, hecho que, sin lugar a dudas es implicador de una gran diversidad de cuestionamientos de difícil solución.

A este respecto Hans Galjaard, comenta que:

" El diagnóstico prenatal no es solamente una técnica que desemboca en el aborto sino un método capaz de tranquilizar e incitar a reproducirse a muchas parejas. " ¹²³

Bueno, creemos que hasta aquí no hay mucho problema, pues este se presenta cuando, surge la cuestión controvertida de sí, se debe o no interrumpir un embarazo en caso de malformación del feto; y se trata de una controversia inaceptable para una minoría, dado que tiene efectos jurídicos graves.

¹²² GALJAARD, Hans., "Diagnóstico Prenatal: Crónica de una Vida Anunciada". Correo de la UNESCO, Año. XLVII, México, Sep.1994, pág.17

¹²³ *Ibidem.* pág.18

Ahora bien, en casi todos los países que admiten esa posibilidad han legalizado el Aborto hasta las primeras 24 semanas de embarazo y unos cuantos, como el Reino Unido, ni siquiera establecen un límite de tiempo en los casos de malformaciones del feto.

Hans Galjaard, nos informa que:

" Actualmente, en los países escandinavos y en Europa del Norte entre el 50 y el 60 por ciento de mujeres de más de cierta edad se someten al Diagnóstico Prenatal, mientras las demás prefieren ignorarlo." ¹²⁴

En lo que al diagnóstico prenatal, se refiere, la religión es también un elemento esencial en Américalatina, donde como es sabido, es muy fuerte la influencia de la Iglesia Católica, y no se ha liberalizado las leyes sobre el aborto. La desigual distribución de la riqueza, el analfabetismo, la escasa utilización de los medios anticonceptivos en las zonas rurales y la alta proporción de adolescentes embarazadas plantean graves problemas.

En México, como en otros países en desarrollo, aquí también hay clínicas privadas que ofrecen los servicios de consulta genética, pero su uso se limitan a las pocas personas que pueden permitirse ese lujo.

A este respecto Hans Galjaard, comenta:

" La riqueza y la tecnología no bastan por si solas para que se introduzcan nuevas prácticas en el sistema nacional de salud." ¹²⁵

¹²⁴ Ibidem. pág.18

¹²⁵ Ibidem. pág.19

- NACER O NO NACER - Hoy se sabe que unos 6,000 defectos que conciernen a los genes humanos, que ni siquiera son visibles con el microscopio, de los cuales más de 2,500 son responsables de

Hans Galjaard, plantea que la implantación de servicios genéticos a escala mundial implica esfuerzos considerables con el fin de mejorar las condiciones de vida, como sería el agua potable, instalaciones sanitarias, viviendas, alimentación, empleo, reducir la mortalidad infantil, etc.

Este mismo autor, considera que sobretodo hay que redoblar esfuerzos, en lo siguiente:

" En el desarrollo de la educación, especialmente entre las mujeres, a fin de que la población cobre conciencia de los beneficios de la utilización de medios anticonceptivos y del diagnóstico prenatal. " ¹²⁶

En fin, el diagnóstico prenatal implica dos cuestiones u opciones una vez que se ha detectado el defecto o la malformación del embrión in útero; aceptar al que va a nacer con su deficiencia, o recurrir a la interrupción del embarazo.

El examen genético prenatal se lleva a cabo en un periodo determinado de desarrollo fetal, en el feto mismo, para detectar si éste adolece de defectos o malformaciones que pueden influir en su vida futura, y que los mismos no pueden ser solucionados médicamente hablando. El caso más frecuente dice Sgreccia, es la <<trisomía 21>>, responsable del mongolismo.

Ahora bien, es de mencionar que las prácticas de la FIVET, y en general de la procreación asistida, ha permitido hacer un diagnóstico en el embrión antes de la implantación (Diagnóstico Preimplantatorio).

Toca el turno, de hablar sobre las indicaciones éticas del diagnóstico prenatal.

enfermedades genéticas graves y a menudo incurables, cuando no fatales, en la actualidad es posible diagnosticar unas 400 de esas enfermedades genéticas al análisis bioquímico.

¹²⁶ Ibidem. pág.19

Al término de la Reunión Internacional de Val David, celebrado en Quebec en 1979 sobre el Diagnóstico Prenatal, se elaboró un cuasi código deontológico para garantizar la libertad de la mujer de acceder o no al diagnóstico prenatal y para definir las indicaciones aludidas.

Mencionaremos éstas indicaciones:

- 1.- Cuando la edad de la madre supera los 36 años de edad.
- 2.- Por la presencia en uno de los padres de una aberración cromosómica estructural equilibrada e identificada.
- 3.- La existencia de un hijo ya nacido en la familia con síndrome de Dawn (mongolismo).
- 4.- Por la presencia de un hijo, ya nacido, afectado por un trastorno metabólico, o bien, si se da el caso de que uno de los progenitores sea portador (heterocigoto) del gen responsable de ese trastorno.
- 5.- Por la existencia de un hijo ya afectado por hemoglobinopatía grave.
- 6.- La presencia de un hijo ya afectado por una enfermedad asociada al cromosoma X.
- 7.- Por la presencia de un hijo con grave defecto de oclusión tubo neural.

Estas entre otras indicaciones son plenamente reconocidas, para pensar en una posibilidad de malformaciones o problemas graves en un determinado momento, lo que da la pauta y razón de ser al diagnóstico prenatal.

En el Diagnóstico Prenatal, estamos hablando de que el embarazo ya se ha dado, teniendo el estudio como objeto determinar, si el feto padece de algún defecto, o enfermedad grave, o en todo caso confirmar a la pareja que el producto se encuentra en perfecto estado de salud.

Este diagnóstico se puede realizar a las mujeres embarazadas por medios naturales, como aquellas que logran mediante alguna técnica de reproducción asistida

CUADRO 5.

RESULTADO DE LOS EMBARAZOS EN MADRES EN LAS QUE SE LLEVO A CABO EL DGP ¹²⁷

RESULTADOS	NUMERO	PORCENTAJE
Diagnósticos realizados	304	100.00
Abortos inducidos por DGP desfavorable	6	1.97
Abortos espontáneos de la 21ª. semana	6	1.97
Nacidos entre la 21ª. y la 25ª. semana*	9	2.96
Nacidos prematuramente	3	0.99
Nacidos a término normal	280	92.11
Varones	135	44.41
Mujeres	145	47.70

De los nacidos entre la 21ª y 25ª semanas: 8 fallecidos (7 normales y 1 deforme); un vivo normal.

Se llevaron a efecto 304 diagnósticos: Los nacidos a término normales fueron 280 (92.11%), de los que 145 fueron mujeres (47.70%) y 135 varones (44.41%). Los nacidos prematuros fueron 3 (2 mujeres normales vivas y 1 normal fallecida); los abortos inducidos por DGP desfavorable fueron 6 (1.97%); los abortos espontáneos dentro de la 21ª semana fueron 6 (1.97%); los nacidos entre la 21ª y la 25ª semana desde la amniocentesis fueron 9 (2.96%), de los cuales 8 normales (7 fallecidos y 1 vivo) y 1 con malformaciones.

¹²⁷ SGRECCIA, E., Ob. Cit. pág.267

Una vez que hemos hablado de las indicaciones para la aplicación o realización de éste diagnóstico, y que además hemos expuesto una serie de consideraciones generales, nos encontramos ahora frente con dos aspectos de enconada polémica y discordancia, en una área de desacuerdos, donde las diversas posiciones se confrontan, tratando unas de desplazar a las otras; y nos referimos al hecho de que, una vez que una pareja o una mujer en estado de gravidez, ha decidido, hacerse el diagnóstico prenatal, sólo tendrá dos opciones.

Estas dos opciones como ya lo habíamos comentado en algún momento de esta inciso, es que se detecta malformaciones en el embrión, abriendo de ésta forma dos puertas, una que lleva a la pareja a decidir tener al bebé aún con sus defectos, y aquí entra en juego el "derecho a la calidad de vida", que podría llevar a la eventualidad jurídica de que alguien se reconociera en una condición de <<vida limitada>>, denunciara a los padres ante los tribunales que no hubieran intervenido para suprimirla; pero si la pareja decidiera abortar al embrión mal formado, o con enfermedades graves y que a menudo son fatales, estaríamos hablando de esa responsabilidad tan grave objetivamente, como grave es suprimir la vida de una persona inocente, pues el problema aquí se encarna en la gravedad integral de la relación, a este respecto comenta Sgreccia", que en el caso de que una mujer se decida por una conducta abortista, deberá el equipo médico:

*"Hacer presente a la mujer misma no sólo la verdad del diagnóstico realizado, sino también la verdad integral en relación con la vida del feto; esto es, que se trata de un ser humano que puede ser ayudado, indicando igualmente los medios de apoyo, las ayudas sociales y las estructuras disponibles para acoger favorablemente la vida que va a nacer."*¹²⁸

¹²⁸ Ibidem. Pág. 274.

En la Instrucción <<Domun Vitae>> de la Congregación para la Doctrina de la FE se dan indicaciones precisas sobre la licitud del Diagnóstico Prenatal:

" Ese diagnóstico es lícito si los métodos utilizados, con el consentimiento de los padres debidamente informados, salvaguardan la vida y la integridad del embrión y de su madre, sin exponerles a riesgos desproporcionados. Pero se opondrá gravemente a la ley moral cuando contempla la posibilidad, en dependencia de sus resultados, de provocar un aborto; un diagnóstico que atestigua la existencia de una malformación o de una enfermedad hereditaria no debe de equivaler a una sentencia de muerte." ¹²⁹

En fin este diagnóstico es un encuentro entre la verdad y la vida. Así nos encontramos ante la difícil decisión que recae en la mujer o en la pareja de manera colegiada de abortar o no a aquel ser que se encuentra afectado de X defectos o enfermedades graves.

Así pues, por un lado tenemos un elemento médico científico al servicio del hombre para mejorar su calidad de vida, con el fin en este caso de prever las condiciones de salud en que se encuentra un nuevo ser, pero contrario a ello, se encuentra la posibilidad de que ese ser no nazca nunca, dada la decisión de sus padres de abortar, por una razón terapéutica.

Como hemos visto las posiciones son muy tajantes y absolutamente contrarias. Nosotros en lo personal consideramos, que este estudio prenatal, es viable y debe de ser con cierto carácter obligatorio en aquellos casos en que existen antecedentes familiares de casos de enfermedades hereditarias graves,

¹²⁹ ibidem. P.271

médicamente reconocidas; y para las cuales no hay remedio médicamente hablando, y que al cabo de algún tiempo estos seres llegarán al término de su breve vida.

Así mismo, creemos que cuando se trata de una pareja que no tiene antecedente familiar alguno de enfermedades hereditarias o malformaciones, este diagnóstico no debe de ser aplicado bajo ninguna circunstancia; pues no tendría razón de ser.

A nuestra consideración, el diagnóstico prenatal cuando los resultados obtenidos, muestran que el feto tiene malformaciones graves, o bien enfermedades hereditarias agudas, y se abre en ese momento la puerta para el aborto, este diagnóstico en nuestro país sería ilícito, y la interrupción del embarazo (integraría el tipo del aborto) este con todas sus letras, siendo responsable el equipo médico, la mujer o bien la pareja en su conjunto de este acto negativo. De tal suerte, que para que este estudio prenatal pudiera existir legalmente en nuestro país, habría que modificarse o bien agregarse un artículo especial al Código Penal.

Tal vez, estableciendo como una causal especial la malformación o enfermedad grave médicamente comprobada como motivo de aborto terapéutico.



CAPITULO V

LA MATERNIDAD SUBROGADA. ¿PARA QUIEN?

A) ASPECTOS MEDICOS GENERALES.

A.1. DEFINICION MEDICA DE MATERNIDAD SUBROGADA.

A.2. PROCEDIMIENTO MEDICO.

B) ASPECTOS JURIDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

B.1. CONCEPTO JURIDICO.

B.2. DERECHO A LA PROCREACION.

B.2.1. LIMITE JURIDICO DE LA UTILIZACION DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

C) LA MATERNIDAD SUBROGADA, UNA LUZ PARA LAS PAREJAS CON VIH-SIDA, QUE DESEAN SER PADRES.

C.1. EL PAPEL DEL DIAGNOSTICO PREIMPLANTATORIO.

CAPITULO V

LA MATERNIDAD SUBROGADA. ¿PARA QUIÉN?

A) ASPECTOS MEDICOS GENERALES.

Para iniciar, diremos que el préstamo de útero o maternidad subrogada, supone dos actos separables entre sí; por un lado:

1. - Un contrato con la mujer que proporcionará el vientre hasta el momento del nacimiento.
2. - El otro aspecto está constituido, por el acto de entrega del niño a la pareja estéril y que no pueden concebir en su propio vientre ser alguno.

Lledó Yagüe, citando a Dickens Bernard, comenta que:

*" El recurso del mentado procedimiento ocurre porque la mujer, miembro de la pareja comitente, arrendataria de los servicios de incubación en útero ajeno, no puede llevar a cabo el embarazo, de suerte que la propia comitente conviene con una tercera persona un contrato de gestación, en útero ajeno, con la finalidad de que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que a posteriori, en virtud de lo estipulado, lo entregue a la pareja comitente."*¹³⁰

Como es evidente, este proceso de gestación, implica primero una fecundación artificial (fecundación in vitro), y posteriormente la transferencia del embrión (TE), es decir la implantación del embrión obtenido en el útero alquilado.

¹³⁰ LLEDO YAGUE. Francisco. Ob. Cit. pág.145

Bien puede darse el caso de que tanto el semen como el óvulo que han de fecundarse sean respectivamente del esposo y de la mujer, integrante de la pareja que contrata el servicio de incubación.

Se puede dar el caso de que sólo el semen o el óvulo pertenezca a uno de los miembros de la pareja solicitante del servicio de alquiler, y el otro elemento germinal sea donado; y no en pocas veces, se da el caso de que la pareja comitente haya obtenido un embrión por donación, y como la mujer de la pareja es incapaz de gestar hijo alguno, contrata a una tercera mujer, o mejor dicho conviene en el arrendamiento de un útero capaz de llevar a término el embarazo.

En estos tres casos, hay una constante que la mujer integrante de una pareja, no puede llevar a cabo la gestación de un ser en su vientre, de ahí que se abra la puerta para el alquiler de úteros, el afán de satisfacer un deseo parental, sigue siendo el móvil principal para llegar a estos métodos de concepción. La maternidad subrogada se da en virtud de la demanda de ésta, es decir, hace acto de aparición la ley de la oferta y la demanda. La paternidad y la maternidad siguen siendo valiosas y deseadas.

Para el médico, no hay una definición meramente médica de lo que se debe de entender por maternidad subrogada, pues para ellos, sólo existe en este tipo de maternidad, primero la obtención de las células germinales, ya sean estas donadas o bien sean de la pareja contratante del servicio de alquiler de útero. Después el equipo médico se da a la tarea de realizar una fecundación in vitro, o artificial de los gametos (el femenino y el masculino), después de haber logrado dicha fecundación en el laboratorio, es decir de manera artificial, se pasa al proceso no menos complicado que el anterior de implantar o transferir el embrión, pero en el vientre de una mujer que ha sido contratada para este efecto, es decir una mujer que

precisamente lleve a cabo la gestación del embrión fecundado; todo este proceso se da claro, cuando la pareja que contrata el servicio de útero ha aportado los gametos de manera unitaria.

Ahora bien, a diferencia del proceso anteriormente mencionado, se da otro que consiste en que la madre sustituta no sólo presta su útero, sino que además aporta sus propios óvulos, y entonces es claro que aquí nos encontramos no con una fecundación artificial, sino, con una inseminación artificial heteróloga, pues el semen es el del marido de la mujer que no puede gestar, y que está en acuerdo de que el proceso sea de esta forma.

En resumen, para los médicos según sean los gametos, será el proceso que se lleve a cabo, ya sea la Fecundación In Vitro continuada por la implantación del embrión resultante de dicha fecundación, o bien, se puede tratar de una inseminación Artificial como cualquier otra.

De tal suerte, que los aspectos médicos generales de la Maternidad Subrogada se reducen a los ya mencionados en el epígrafe primero de éste nuestro trabajo de tesis.

A.1. DEFINICION MEDICA DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Entiéndase por Maternidad subrogada, aquella que consiste en la realización en primer término de una fecundación in vitro homóloga, donde una mujer tercera ajena, se presta para que le sea implantado el embrión, de tal suerte, que la madre contratada lleve a cabo el embarazo, para que al término de éste, el producto sea entregado a los padres genéticos, que ahora han de ser los sociales, jurídicos y registrales.

De igual forma se puede dar la maternidad por encargo en los siguientes términos, es decir, que esta sea resultado de una inseminación artificial, en la cual el semen corresponde al hombre que pretende ser el padre legal, y el óvulo al igual que el vientre es de una mujer que ha convenido en que así sea, y que además se compromete a entregar a la esposa del padre genético el niño concebido. Aquí nos encontramos con la identidad entre padre genético y legal, lo que nos da una paternidad plena, y de igual forma nos encontramos frente a la fragmentación de la maternidad, dado que la madre genética es la misma que la gestativa o biológica, pero, que no ha de ser la misma que la madre legal o social. Lo que implica la falta de una maternidad plena.

A.2. PROCEDIMIENTO MEDICO

Ahora bien, si tratamos lo referente al procedimiento médico, basta con recordar lo expuesto en el ya mencionado capítulo I de esta estudio, para que nos quede explicado este aspecto, pero, a manera de recordatorio breve, volveremos a mencionar el proceso médico de la Inseminación Artificial y de la Fecundación In vitro, siendo que ésta última implica, como ya lo mencionamos la implantación del embrión en el útero alquilado.

Los contratos establecen la abstención de relaciones sexuales desde dos semanas antes de la primera inseminación hasta la confirmación del embarazo, lo que puede llevar varios ciclos. También prohíben actividades como fumar y beber; regulan la asistencia a todas las citas administrativas, médicas, psicológicas, según la conveniencia clínica. Las mujeres están obligadas a utilizar todos los servicios que incluya el programa y a todos los tratamientos y procedimientos que decida el

médico que la trata. Es decir la prestadora de úteros está en constante vigilancia médica, hasta el momento del parto.

La Inseminación Artificial, es un proceso consistente en la obtención y posteriormente el depósito de semen (fresco o congelado) en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando).

Las indicaciones médicas de este proceso no son muy complicadas, entre las cosas que se deben de cuidar para que tenga éxito este proceso, es que se debe de conocer el momento de la ovulación, hay que controlar la temperatura basal, siendo que se aconseja practicar tres inseminaciones; una inmediatamente antes de la ovulación, otra durante y tercera inmediatamente después, con el objeto de maximizar el éxito. Los médicos dicen que realmente es un proceso muy sencillo, y no muy costoso.

El semen es introducido con una jeringuilla una cantidad considerable de semen en el fondo de la vagina, lo más cerca posible del cuello del útero, mientras ella está recostada con los glúteos levemente levantadas.

Leonor Taboada, en su libro denominado "*La maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a la Fecundación In Vitro*" comenta que:

" La I.A. es un procedimiento por el cual han nacido muchos miles de seres humanos. No es una técnica invasiva, no permite la manipulación de embriones y es cada vez más utilizada por mujeres solas y lesbianas, pero es también la técnica básica del " alquiler de úteros", en la que se insemina a una mujer con el semen del hombre cuya pareja es estéril, la mujer lleva a cabo el embarazo a término y una vez que pare entrega el niño o niña." ¹³¹

¹³¹ TABOADA, Leonor. Ob. Cit. pág.35

Toca el turno de recordar el procedimiento médico de la Fecundación In Vitro, ésta es la unión del óvulo y el espermatozoide para formar un embrión humano, lo cual se realiza fuera del cuerpo de la mujer, en un recipiente donde después de ser obtenidas las células germinales, se les une. Una vez que se ha dado la fusión, los embriones se mantienen unas horas y a veces días en un caldo de cultivo hasta que inicia la división celular, y uno o varios de ellos se transfieren al cuerpo de la mujer.

Para la fecundación cuando se tienen las muestras de semen se "capacita", sometiéndola a diversos procedimientos, al tiempo que los óvulos acaban de madurar en la incubadora. La inseminación o bien la fecundación se produce horas después. Los ovocitos y los espermatozoides permanecen incubándose juntos hasta el día siguiente en una probeta en una solución nutritiva. La temperatura y la humedad imitan a las del útero. Al día siguiente, y por medio de un microscopio, es posible verificar si se ha producido la fecundación. En caso positivo, una vez que el embrión se ha dividido (aproximadamente a las 48 horas tiene cuatro células y 8 a las 72 horas) es transferido al útero de la madre.

Transferencia de Embriones. La transferencia al útero se hace en un catéter (tubito) que contiene los embriones vía la vagina y el cuello del útero. La mujer permanece en reposo de 12 a 14 horas.

El número óptimo de embriones transferidos para tener mayores posibilidades de éxito en la implantación es de tres embriones, el resto se congelan, para usarlos en caso de que la anidación no se dé.

Sólo resta comentar en este inciso que, existen otros tres supuestos de alquiler de útero, y estos son distintos:

1. - El embarazo mediante la inseminación artificial a partir del esperma del varón que aparece finalmente como padre del nacido y el ovocito de la mujer gestante.
2. - Es formalmente posible que un hombre sin pareja aporte sus gametos para la fecundación de una madre de alquiler con el fin de asumir en solitario los derechos y obligaciones del hijo que nazca.
3. - Puede darse el caso de que una mujer no pueda llevar a cabo el embarazo, pacte con otra la gestación de un hijo aportando sus óvulos que serían fecundados con gametos masculinos donados, para después asumir también en solitario los derechos y obligaciones inherentes a la procreación.

B) ASPECTOS JURIDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

En este apartado, cabe mencionar, que la maternidad de sustitución admite las siguientes modalidades:

1) Que la gestación por sustitución sea solicitada por una pareja, ya se encuentren unidos por matrimonio o no (pareja estable). Esta modalidad admite, a su vez, los siguientes supuestos:

a) Que la mujer alquilada sea inseminada con gametos del hombre que asumirá la paternidad legal. En este supuesto, el varón es el padre genético y la mujer alquilada es la madre genética y gestativa, por lo que el hijo es biológico y genéticamente de ambos. En este caso, la posible esposa o compañera del padre no tendría ningún vínculo biológico con el nacido en que basarse para reivindicar la maternidad (madre legal-social).

b) Que la fecundación se realice in vitro heterológamente, es decir, participa un donante, (ya sea femenino o masculino), por lo que sólo el donador tiene lazos genéticos con el nacido.

c) Que la fecundación se produzca in vitro de manera homóloga, por lo cual la pareja que ha de asumir los derechos y obligaciones del nacido, son sus padres genéticos, y la mujer alquilada solo madre gestante.

d) Que la fecundación se produce in vitro pero a partir de gametos femeninos y masculinos donados. El Hijo así nacido no tiene ninguna relación biológica ni genética con sus padres legales.

2. - Que la gestación de sustitución sea solicitada por una mujer o un hombre en solitario.

Yolanda Gómez Sánchez, comenta que:

" La maternidad subrogada suele formalizarse en pactos, compromisos o alguna modalidad de contrato entre la mujer que llevará a cabo la gestación y, por lo general, la pareja que finalmente figurará como padres del recién nacido." ¹³²

En este inciso, hemos de exponer algunos conceptos de lo que se entiende por maternidad subrogada, aunque estos son múltiples, todos tienen aspectos coincidentes, que hemos de mencionar en su momento.

B.1. CONCEPTO JURIDICO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Para Gafo, esta es la que consiste en:

" Es la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra quien se le entregará el recién nacido como madre propia." ¹³³

¹³² GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. BO. Cita. pág.136

¹³³ GAFO, Javier. "Nuevas Técnicas de Reproducción Humana". Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986. pág.91

En tanto que, Yolanda Gómez Sánchez, dice que se entiende por maternidad subrogada a:

" A la gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste." ¹³⁴

Para Elio Sgreccia, es la que se da de la siguiente manera:

" Son las mujeres que, mediante una retribución y por la mediación de una agencia, han llevado a término por cuenta de terceros la gestación de embriones fecundados in vitro con óvulo y esperma de otras personas comitentes." ¹³⁵

La Química Fármaco Bióloga, Victoria Navarrete E., considera que este contrato consiste en:

" Se trata de mujeres que se prestan, ya sea por pago o por altruismo, a desarrollar un embrión en su matriz hasta el nacimiento del bebé. Ya sea que la misma mujer proporcione los óvulos -en cuyo caso el embarazo se logra por inseminación artificial- o bien que el óvulo proceda de la mujer que posteriormente será la madre social de ese niño o que tal óvulo haya sido

¹³⁴ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. Ob. Cit. pág.136

¹³⁵ SGRECCIA EZ, Yolanda. Ob. Cit. pág.136

¹³⁵, Elio. Ob. Cit. pág.435

donado por una tercera mujer y fertilizado in vitro, después de lo cual la madre alquilada recibe el embrión por transferencia." ¹³⁶

Para nosotros, éste tipo de maternidad es la que se da cuando una mujer se compromete, conviene o pacta gestar (llevar a cabo el embarazo) un embrión de la pareja que solicita el alquiler del útero, o que en dado caso esta madre subrogada acepte ser inseminada de manera artificial con el espermatozoides de la mujer infértil, para después del parto sea entregado el producto por encargo, a la pareja contratante; ya sea que la madre sustituta obtenga o no-cantidad alguna de dinero por el servicio prestado.

Una vez que, hemos expuesto algunos conceptos de lo que se entiende por Maternidad Subrogada, en palabras de diferentes autores, podemos mencionar al lector lo que se debe de entender por madre subrogada, lo cual no implica complicación alguna, pues éste concepto o idea se desprende de manera clara de las definiciones aquí escritas, así que, *Madre Subrogada* es:

" La que ha cedido su útero para la gestación de un embrión que le ha sido transferido (transferencia de embriones). La madre subrogada, que es la madre biológica, no coincide con la madre legal; no obstante, puede ser también en ocasiones la madre genética, en cuyo caso no es necesaria la transferencia del embrión sino, simplemente la inseminación artificial." ¹³⁷

Las llamadas madres de alquiler o sustitutas son, mujeres fértiles que

¹³⁶ NAVARRETE, Victoria. Ob. Cit. pág.51

¹³⁷ GAFO, Javier. Ob. Cit. pág.209

aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente, se ha dado mediante la fecundación artificial del esperma del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, pero, producido el parto el bebé ha de ser entregado a los padres genéticos que han de serlo social y legalmente.

En el procedimiento conocido como alquiler de úteros o locación de vientres, se pueden destacar tres aspectos, que pueden ayudarnos a comprender y valorar dicho procedimiento. Por una parte, la calificación jurídica de dicho contrato, en cuanto a su objeto. En segundo lugar, las diversas variantes en la posibilidad de la utilización del método gestativo, cuyo casuismo puede desdoblarse en atención a las distintas variantes y combinaciones. Por último, en tercer término, el polémico tema concerniente a la atribución jurídica de la maternidad y/o paternidad.

En este sentido Lledó Yagüe, se expresa en los siguientes términos:

" En este concreto aspecto nos enfrentaremos al conflicto existente entre la maternidad gestante versus la maternidad genética, pudiendo coincidir en esta misma persona (la titular del gameto) con la que contrata los servicios de gestación de útero ajeno; aunque también cabe la posibilidad de que no coincidiesen, cuando hubiera mediado una donación de óvulos, con lo que la arrendataria de los servicios de incubación no resultaría ser consanguínea o genéticamente la madre. Por otra parte, completando el razonamiento que manifiesto, ocurre que con relación a la mujer que pare, es decir, quien es madre obstétricamente hablando, puede unir a su componente biológico de maternidad el elemento genético sí, además de prestar su vientre para desarrollar el embarazo, aporta sus propios óvulos (gameto femenino),

incluso, admaiore, si resulta casada quizá su cónyuge aportase el gameto masculino." ¹³⁸

En lo que toca al sujeto varón, miembro de la pareja comitente, es decir, el esposo o compañero de la mujer que, consiente con su mujer o compañera en contratar los servicios de incubación en útero ajeno, este podrá ser el padre-progenitor si aporta el semen (célula germinal), o bien sin ser progenitor (al recurrir a la donación de gametos de un tercero), atribuírsele la calidad de padre, sí jurídica y formalmente se le da dicha función.

En cuanto a la calificación legal del presunto contrato, pero antes de reflexionar sobre la naturaleza contractual conviene apuntar, de manera breve, que la conflictividad de los derechos individuales en juego no puede perder de vista que el enfoque certero de la naturaleza real del problema debe focalizarse, no desde una perspectiva individual, es decir, el interés de las partes en juego, sino, por el contrario, desde una perspectiva más amplia, incidiéndose en el interés y/o aceptación por parte de la sociedad en su conjunto.

A este respecto Lledó Yagüe Francisco, se expresa de la siguiente manera:

" La problemática de la fecundación asistida, es que como juristas no debemos olvidar aquella vieja máxima, según la cual el derecho no nace del hecho -ex facto non ortur ius-, con lo que, obviamente, no puede perderse de vista que, en la norma jurídica, subyace un trasfondo de consideraciones ético-morales decisivas en el supuesto hecho normativo cuyo contenido social es enjuiciado y reglamentado por aquélla. " ¹³⁹

¹³⁸ LLEDO YAGUE, Francisco. Ob Cit. pág.146

¹³⁹ Ibidem. pág.147

En base a lo expresado anteriormente por Lledó Yagüe, colige que la utilización del supuesto de maternidad subrogada, el derecho objetivo no puede aceptar su licitud y legitimidad, pues según algunos autores, repugnan a los principios del orden público familiares aplicables a las relaciones interpersonales, siendo que el objeto de este contrato de préstamo de útero es la persona misma, y se considera por ciertos estudiosos de la materia como es el caso de Lledó Yagüe, que es una vejatoria afrenta a su dignidad ser tratado cual si fuera un objeto, o mercadería, algo de interés patrimonial, y no como alguien que constituye una finalidad per se, y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales (derecho a la procreación, derecho a la autodeterminación, derecho a la disposición del propio cuerpo), tales como el derecho a ser madre y/o derecho al hijo a voluntad de uno.

Es de todos conocido que, el concepto de orden público viene integrado por aquellos principios de la más variada significación (jurídicos/económicos, políticos, éticomorales, públicos/privados, etc.) cuya finalidad teleológica es el respeto a los valores establecidos, en aras a la conservación del orden social de cada época.

Con relación a lo anterior Lledó Yagüe, comenta que:

" Jurisprudencialmente viene a reconocerse que el orden público está encarnado en un conjunto de principios impulsores, por lo que incluso, aunque no haya ley, puede hacerse valer, por lo que como criterio doctrinal mayoritario el quid radica en buscar los criterios, módulos o parámetros que sirven al Juez para delimitar el concepto sometido a una evolutiva dinamicidad a tenor de las reglas sociales imperantes en cada etapa histórica. "140

¹⁴⁰ Ibidem. pág.147

Algunos autores que se han expresado, en favor o bien en contra de las madres sustitutas, dicen que el derecho objetivo no puede ponerse al servicio de un pretendido derecho individual, como lo sería la maternidad o bien la paternidad en su caso; y agregan, que el derecho objetivo se rehusa a consagrar el derecho de una mujer estéril de pedir a otra que geste un hijo y después lo ceda, como quien cede sus zapatos.

Es aquí donde se enclava la cuestión de si se vale concebir a un nuevo ser con el fin premeditado de cederlo a cambio de una cantidad X de dinero, o aunque no medie cantidad alguna (de manera altruista).

A manera de reflexión ética, encontramos que el hijo no es un bien útil que está al servicio de los deseos o intereses del progenitor; por el contrario, es un valor por sí mismo, y la maternidad y paternidad está en función suya, es decir, si no hay hijo no podemos hablar ni de madre ni de padre alguno.

El contrato de sustitución de útero, implica un objeto, la persona, el hombre como género en sí mismo.

La capacidad de procrear, o generar, es material disponible e intrasmisible para las partes, pues son actos intuitis personae, indelegables (personales). La persona no puede erigir en sí misma como objeto de contrato alguno. (Las propias circunstancias han venido admitiendo un determinado tráfico).

Si tuviésemos que encasillar el contrato de incubación en útero dentro de los negocios, aplicables, podríamos concluir que la figura contractual más parecida resultaría ser el arrendamiento de servicios y obras.

La diferencia entre estos dos contratos es que el primero, se promete la prestación de unos servicios y en el segundo, se promete un resultado. Es decir, en

el primero se compromete el trabajo, y en el segundo un resultado, el del trabajo sin considerar a este.

En resumen, la elasticidad que presenta el concepto de maternidad subrogada, da pauta para que su significación comprensiva dependa de la mentalidad que rijan la vida social en cada momento de la historia.

B.2. DERECHO A LA PROCREACION.

Este inciso ya lo hemos más o menos abordado en el capítulo II de nuestro trabajo de tesis; en este apartado se aborda el tema del derecho a la procreación o reproducción, según se le quiera denominar, en virtud, de las distintas posibilidades o modalidades que se dan en la práctica del alquiler de úteros, modalidades que en el inciso "B", ya se han expuesto. Es decir, qué implica este derecho a la reproducción, quienes pueden y deben de ser sujetos de dicho derecho, en que condiciones se ha de ejercer tan preciado derecho, todas estas interrogantes y otras más se dan, cuando hablamos del derecho a la procreación, y aún más, cuando lo ejercemos.

Los avances obtenidos en el campo de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones y demás técnicas de reproducción humana asistida, nos inducen, a plantearnos la existencia o no de un derecho a la procreación, y en su caso de definir su carácter absoluto o limitado.

En nuestra Constitución, no encontramos ningún artículo que expresamente se refiera al mencionado derecho a la procreación; en esta máxima legal podemos

visualizar preceptos en pro de la familia, de los hijos, del derecho a planificar el número de hijos, la igualdad ante la ley del varón y la mujer, el derecho a la libertad, etc.

Ya comentábamos en el capítulo II de este trabajo que la interpretación más favorable a la reproducción humana, la encontramos en el derecho a la libertad. Decíamos que tal facultad de reproducirse, se puede encontrar en el reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico máximo, la Constitución. Esto en virtud, de que no puede haber una interpretación restrictiva de la libertad, sino, por el contrario su extensión puede ser amplísima, e ilimitada, claro esto sin vulnerar de ninguna manera el resto de los valores y principios de nuestro propio sistema democrático.

A este respecto Yolanda Gómez Sánchez, agrega:

" Esta libertad genérica y el reconocimiento de la especificidad de la naturaleza humana avalan la facultad de toda persona a su propia reproducción." ¹⁴¹

En la Constitución Mexicana, esta libertad genérica que fundamenta y justifica el régimen democrático se ha concretado, en un amplio catálogo de derechos y libertades, entre los que se encuentra el derecho fundamental y constitucional de toda persona a la libertad y a la seguridad (arts 13 y 14 Constitucionales).

¹⁴¹ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. Ob. Cit. pág.42 .

Art. 14 Constitucional." A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicios seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para González Trevijano, esta libertad implica:

" Esta libertad genérica y el reconocimiento de la especificidad de la naturaleza humana avalan la facultad de toda persona a su propia reproducción." ¹⁴²

Así el derecho a la reproducción, como derecho de autodeterminación física personal es propiamente dicho un problema de libertad.

Recordando a Yolanda Gómez Sánchez, cuando comenta que.

" El derecho a la reproducción tiene su fundamento constitucional en el valor libertad, en la dignidad de la persona, en el reconocimiento de sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de su personalidad, pero sobre todo, una manifestación de la libertad y goza de la consideración que la constitución otorga a ésta como derecho fundamental " ¹⁴³

Así pues, coincidimos con autores como Lledó Yagüe, E. Zannoni, Soto Lamadrid y Yolanda Gómez Sánchez, en que el derecho a la procreación le corresponde al ser humano por su condición de tal y cualesquiera que sea su estado civil, así en el derecho a la reproducción no deriva ni se incardina en el derecho constitucional al matrimonio.

¹⁴² GONZALEZ TREVIJANO, Cit. Pos. LLEDO YAGUE, Francisco. pág.60

¹⁴³ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. Ob. Cit. pág.52

- SUJETOS DEL DERECHO A LA REPRODUCCION -

Aquí se trata de discutir, si ese derecho del que hemos venido diciendo que corresponde a la persona individualmente, puede ser ejercido de esta manera o en concurrencia con otro, o bien, si sólo debe de ser reconocido exclusivamente a las parejas, y de ser así, sólo a parejas heterosexuales o también homosexuales.

Es claro que el derecho a la reproducción, como la libertad tienen como sujetos a la persona física, de aquí que se excluya a cualquier entidad pública o privada para generar autónomamente seres humanos para cualquier fin.

Si partimos de la idea de que hemos, basado el derecho a la reproducción, en la idea del derecho a la libertad, a la intimidad en la dignidad de la persona, en sus derechos inviolables e inherentes, en el desarrollo de la personalidad, pues entonces, en ningún caso, pueden generarse seres humanos mediante técnicas de reproducción asistida si no es a instancia de una mujer, o en su caso, una pareja.

Yolanda Gómez Sánchez, se expresa de la siguiente manera:

" No cualquier persona física o jurídica, con fines distintos de su propia reproducción, puede hacer nacerse seres humanos. " ¹⁴⁴

Creemos que el sujeto es, la persona física individual; aceptando lo anterior habría que preguntarse si el ejercicio del derecho a la procreación puede llevarse a cabo únicamente por la persona individual (hombre o mujer), o si, en todo caso, sería exigible la concurrencia de otro sujeto

Partiendo de la idea de que, para procrear, se requiere necesariamente de gametos femeninos como masculinos para la generación de un nuevo ser, podemos

¹⁴⁴ Ibidem. pág.61

defender la idea, de la concurrencia de dos sujetos (hombre -mujer) para el ejercicio del derecho que estudiamos. Se trata pues de un derecho de ejercicio mancomunado y heterosexual.

Sin embargo, partiendo de la posibilidad de donación de gametos, tanto masculinos como femeninos, se puede dar la posibilidad de que los hombres y las mujeres, en determinado momento accedan en solitario a la reproducción.

En este supuesto sucede, lo que menciona Yolanda Gómez.S.:

" No existen en este caso, dos voluntades que deban concordarse para producir la generación de un nuevo ser, sino una sola voluntad: la del sujeto que ejercita su derecho a la reproducción, el cual puede concurrir con la voluntad de otro sujeto para llevar a cabo la reproducción, pero que también puede alcanzarla mediante la donación de gametos. " ¹⁴⁵

Los hombres tienen mayor dificultad para ejercer este derecho, dado su muy particular naturaleza biológica, es decir su imposibilidad para gestar hijo alguno, de aquí que ellos acudan al "*alquiler de úteros*", situación que consideramos debiera de prohibírsele, al hombre cuando quiere reproducirse en solitario. De aquí que compartamos con algunos estudiosos de la materia que nos ocupa, en la idoneidad de la mujer para ser objeto del derecho a la reproducción mediante estas nuevas técnicas.

En materia de acceso a la reproducción asistida aparecen dos vertientes conflictivas respecto al principio de igualdad:

¹⁴⁵ *Ibidem.* pág.63

A) La primera se refiere a si las nuevas técnicas de reproducción asistida deben de aplicarse, en lícito ejercicio del derecho a la reproducción, a hombres y mujeres.

B) Esta segunda vertiente consiste en si deben aplicarse a parejas casadas y si éstas deben de cumplir con determinadas condiciones (uno estar unidos por el vínculo matrimonial o ser parejas heterosexuales), o si no deben de establecerse limitaciones de este tipo.

Nuestra constitución establece que está prohibida la discriminación por razón del sexo (art.4o. Constitucional), en este sentido, determinadas las circunstancias o condiciones en que pudieran aplicarse las técnicas de reproducción asistida, podrían ser solicitadas de manera individual tanto por los hombres como por las mujeres, en el caso de que un hombre quisiera ejercitar su derecho a la procreación en solitario, ya sea porque así lo ha decidido o bien porque es homosexual, tiene que acudir necesariamente al alquiler de útero, con aportación de óvulo; siendo que este tipo de alquiler tiene un objeto ilícito y por lo tanto se trata de un contrato afectado de nulidad absoluta; pero creemos que en esto de las técnicas de reproducción asistida, la correcta interpretación es aquella en la que se reconoce el derecho que poseen ambos sexos en comunidad (pareja) para beneficiarse de los avances de estas técnicas.

Pues claro, que para que tanto el hombre como la mujer logren la concepción por estos métodos, es requeriente un donador, con la diferencia de que, para los hombres son necesario no sólo óvulos, sino una mujer gestante, en tanto que para ellas no es necesario más que un donador de gametos. Razón por la cual la mayoría de las leyes que reglamentan la reproducción asistida, se contempla a la mujer como sujeto pasivo de estas técnicas.

Por otro lado, estas técnicas son igualmente aplicables a las parejas casadas y a las no casadas; pues creemos, que de ser lo contrario, estaríamos frente a una discriminación por condición o circunstancia social o personal (en este caso el estado civil).

Ahora bien, si partimos de la idea, de que es la mujer la receptora originaria de estas prácticas, entonces tendríamos que decir, que la aplicabilidad de dichas técnicas de reproducción no es para las parejas homosexuales.

Es importante, hacer notar el hecho de que hoy día las mujeres solas no estériles demandan estas técnicas para acceder a la maternidad en solitario, situación, que en nuestra opinión debe de prohibirse; pues como hemos expresado desde el inicio de este trabajo de tesis, estas prácticas de reproducción humana deben de ser medicadas, es decir, una vez que ya se ha comprobado médicamente que existe esterilidad o bien infertilidad incurable, entonces ha de pensarse como en un último recurso en estas técnicas, antes no, esto excluye de manera automática la posibilidad de que mujeres solas que no sean estériles puedan ser sujetas de dichas técnicas.

En este asunto de la maternidad de mujeres solas, por medio de estos métodos, las opiniones están marcadamente divididas, hay quienes argumentan que, "la gestación de la mujer sola no genera conflictos entre las partes, como se podían producir en los supuestos de gestación de alquiler."

En tanto que otro grupo de estudiosos, partiendo del principio del bienestar del hijo, consideran que, "se concluye su derecho a nacer en condiciones apropiadas al desarrollo de su personalidad, y que en estas condiciones se dan exclusivamente dentro de la familia tradicional."

En fin el matrimonio no es el requisito jurídico necesario para la procreación.

Recordando que la infertilidad femenina, es la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal.

En tanto que se debe de entender por Esterilidad, cualquier fallo total o parcial que presente un individuo en la producción de gametos funcionales, (esterilidad gamética) o cigotos viables (esterilidad cigótica).

Cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacobiológicos surge, como una solución llena de implicaciones ético-morales, las técnicas de reproducción asistida. (Ésta como una cura para el mal de infertilidad o bien de la esterilidad).

B.2.1. LIMITE JURIDICO DE LA UTILIZACION DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Para iniciar este inciso, es importante mencionar que la mayoría de las legislaciones en que regulan las técnicas de reproducción humana, se prohíbe la práctica de la Maternidad Subrogada o Alquiler de Uteros; tal es el caso de la Ley de Procreación Asistida de Francia y la de España. (Art. 10, ap.1., declara *"nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero"*, Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida).

En tanto que en países como los Estados Unidos, dónde nació la subrogación materna, esta práctica ha alcanzado en la actualidad niveles insospechados, es permitida en su legislación, tanto la maternidad sustituta a título

oneroso, y la altruista. A este respecto de la maternidad subrogada en los estados Unidos nos encontramos con datos escalofriantes, como los siguientes:

*" En los Estados Unidos existen más de veinte agencias, intermediarias que ponen en contacto a parejas estériles con mujeres que se prestan a ser alquiladas. Hay también agencias de madres de alquiler, donde acuden tanto las madres que se ofrecen, como las parejas que las buscan, donde disponen de un catálogo de fotos y fichas técnicas de las posibles madres alquilables. Los honorarios sobrepasan los seis millones de pesetas (cincuenta mil dólares aproximadamente) que incluyen los gastos médicos y abogados."*¹⁴⁶

En Inglaterra en 1984, el tribunal accedió a que una mujer gestará el hijo que se había comprometido a gestar a título oneroso, pero después de esto, en el año de 1985 una ley trata de evitar que en el futuro, intermediarios remunerados promuevan este tipo de prácticas en el Reino Unido. En tanto que en Holanda y Bulgaria, sigue hoy, considerándose que *" Madre es la mujer que pare al niño, agregando que otras propuestas de diferenciación entre madre genética, fisiológica y legal serán rechazadas rotundamente."*

De todo lo anteriormente expuesto, se desprende que en el panorama mundial en general, la sustitución de úteros, o la maternidad por encargo, ya sea esta a título oneroso o gratuito, es una práctica todavía rechazada y prohibitiva

Los límites de la utilización o práctica de la maternidad sustituta, se dan en virtud de todas las implicaciones ético-jurídicas que se desprenden de dicha práctica. Tal es el caso, de la asignación de la maternidad y paternidad que se da

¹⁴⁶ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Ob. Cit. pág.380

de manera conflictiva e indefinida al tenor de la incubación por encargo o la maternidad sustituta; la pregunta obligada es Quien es la madre?, o mejor dicho a quien le corresponde la calidad plena y absoluta de maternidad y en su caso la coincidencia de paternidad legal y genética.

De pronto, con esto del alquiler de úteros, ya sea a razón de una inseminación artificial, o bien, de una fecundación in vitro, y no, en pocos casos de una donación de embrión, nos encontramos una vez más, con el hecho de que la maternidad se encuentra fragmentada, rompiendo de esta manera con los esquemas establecidos en las leyes y códigos, en lo que a filiación se refiere.

Las preguntas muchas, y las respuestas pocas y visceralmente diversas. De entrada, es conveniente, recordar el principio general sobre maternidad, y que la mayoría de las legislaciones civiles del mundo comparten, pues cuando, estos cuerpos legales nacieron, no se conocía, o por lo menos no se practicaba la inseminación artificial y mucho menos la fecundación in vitro; de tal suerte, que este principio "*partus sequitur ventrem*" (el parto sigue al vientre), es decir, madre es la que da a luz; de aquí que se desprenda la convicción jurídica de que debe darse preeminencia a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética.

En el caso de nuestra legislación civil se hace referencia a la concordancia entre el supuesto biológico y el vínculo jurídico emergente de la filiación, pues nuestros ordenamientos civiles comparten, o reflejan la idea de que se presume madre a la que da a luz, pues se parte del concepto de que la madre cierta siempre es.

Al respecto comenta Soto Lamadrid:

"La maternidad se determina y registra oficiosamente por razón del parto."¹⁴⁷

Otro de los aspectos, que pone límite a esta práctica de subrogación maternal, es sin lugar a dudas lo referente, a la validez o no de los contratos de la comentada subrogación; como es de pensar éste tema es realmente complicado, por nuestra parte lo abordaremos ahora, de manera breve.

Autores como Moreno Luque, hace referencia a dos casos distintos de subrogación materna, de tal suerte, que denomina como contrato de maternidad subrogada a la prestación del útero y del óvulo, y como contrato de incubación cuando la aportación consiste exclusivamente en el vientre, en este caso la pareja que solicita el alquiler, es la misma que ha producido el embrión que ha sido implantado en la madre sustituta, es claro que estamos ante una fecundación in vitro homóloga, aquí la maternidad genética que coincide con la legal, social o registral, y una madre gestativa, contratada.

En este caso, debe de preguntarse, cual debe de ser considerada como la verdadera madre; si partimos del principio que ya comentábamos, que hace referencia al parto como punto para determinar la maternidad, resulta entonces que tenemos que la madre es la gestativa, es decir la que dio a luz, y siendo de esta forma, también tenemos a un hijo nacido fuera de matrimonio, con un padre genético conocido, y con una madre genética diversa a la que se le ha de considerar legal y por supuesto biológica.

Ahora cuando se trata de la maternidad, diferenciando como ya mencionamos por Moreno Luque, nos encontramos, que la madre de alquiler lo es

¹⁴⁷ Ibidem. pág.359

de su vientre, y del óvulo, produciéndose una inseminación artificial heteróloga, (el varón de la pareja que solicita el servicio es quien aporta el semen), en este caso tenemos una paternidad genética y legal (paternidad plena), en tanto que tenemos una maternidad genética coincidente con la gestativa y que si partieramos del multicitado principio de maternidad, coincidiría también la maternidad legal, ahora bien, en caso de que el hijo encargado sea entregado a la pareja solicitante, tendríamos que ésta pareja (esposa-compañera) del padre pleno sería la madre legal, del niño concebido.

Estará de acuerdo con nosotros el lector, que los problemas que se dan son realmente numerosos y complicados.

Ahora la pregunta obligada es, el contrato de maternidad subrogada debe de ser válido; y a este respecto Moreno Luque distingue:

" Si se trata de un contacto de alquiler de útero, cuando no hay precio y existe además un fundamento altruista, el convenio donde se fijan las condiciones del servicio debería ser válido y, por ello, de necesario cumplimiento." ¹⁴⁸

A este mismo respecto el Comité de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas, auspiciado por el Consejo de Europa, en 1987, cuando se reunió en Estrasburgo sostuvo que:

" Si bien no debería utilizarse este método, corroborando la falta de validez de los acuerdos respectivos, no obstante, en forma excepcional, la fecundación en una madre de sustitución podría autorizarse: a) si la madre

¹⁴⁸ MORENO LUQUE., Cit. Pos. SOTO LAMADRID, Miguel, A. pág.319

subrogada no obtiene ninguna ventaja material de la operación, y b) si la madre de sustitución puede optar por quedarse con la guarda del niño al nacer.”¹⁴⁹

Esta opinión, no todos la comparten, tal es el caso de Lledó Yagüe, quien critica incluso el contrato de gestación de útero ajeno, independientemente de que los gametos sean aportados por la pareja solicitante del servicio de alquiler; en tanto, que Zarraluqui, según comenta Soto Lamadrid, sostiene que:

“Se trata de un alquiler de útero, o de un arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre, deben de ser prohibidos absolutamente para evitar que la persona o sus componentes sean objeto de estas relaciones jurídicas.”¹⁵⁰

La mayoría de los países han considerado, que este tipo de contrato (la maternidad subrogada) es nulo, de nulidad absoluta; lo cual concuerda con lo dispuesto en el Informe Warnock del Reino Unido, recomendando lo siguiente:

“ Que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación serán contratos ilegales y, por lo tanto, estarán desprovistos de acción para hacer efectivo su cumplimiento.”¹⁵¹

Es el momento de ubicarnos en el ámbito y espacio del derecho mexicano,

¹⁴⁹ SOTO LAMADRID, Miguel. Ob. Cit. pág.319

¹⁵⁰ ZARRALUQUI Cit. Pos. SOTO LAMADRID, Miguel. pág.319

¹⁵¹ Ibidem. pág.321

en cuanto a la validez o no de un contrato de maternidad subrogada.

Soto Lamadrid, comenta que Carmen García Mendieta.

" No sólo confunde la inexistencia del objeto con la ilicitud del mismo, sino que, aplicando disposiciones relativas a las cosas, cuando el tema consiste en la prestación de servicios, llega a la extrema conclusión de que <<el contrato celebrado entre la pareja estéril y la madre subrogada, es inexistente para el derecho mexicano>>." ¹⁵²

Ella argumenta que el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, establece como condición de existencia un objeto que pueda ser materia del contrato, lo que es cierto, pero después salta al artículo 1825 del código en comento, el cual establece que:

" La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza; 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comercio." ¹⁵³

Para concluir que la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres.

Por lo que un contrato de este tipo sería inexistente, pues estos son los requisitos mínimos de validez de un contrato.

¹⁵² SOTO LAMADRID, Miguel A. Ob. Cit. pág.330

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:
I Consentimiento, II Objeto que pueda ser materia del contrato.

¹⁵³ Código Civil Ob. Cit. pág.330

El tema de la exigibilidad de los contratos de maternidad subrogada, nos lleva a despejar el grado de invalidez de los mismos, lo que a la vez implica determinar el grado de validez de éstos.

Para entender este asunto de la inexistencia y la nulidad que nos ocupa, nos apoyaremos en la teoría de la nulidad de los actos, expresada por Galindo Garfias.

Cuando decimos que un acto es válido, estamos afirmando su idoneidad para producir todos y cada uno de los efectos jurídicos que, de acuerdo con su naturaleza, es capaz de producir; no ocurre lo mismo cuando un acto es inválido.

El concepto de invalidez presenta varios grados de gravedad, atendiendo a su origen, a los que la ley aplica un distinto tratamiento; de tal suerte, que hay casos en los que la causa de invalidez daña al acto de manera tan profunda, que no permite siquiera que éste nazca (inexistencia), en tanto que en otros el daño no es tan grave, ya que permite su nacimiento, pero no su correcta conformación.

Aquí podríamos decir que ha nacido defectuoso (nulidad), porque el motivo o fin del acto es ilícito, porque la voluntad del autor no se ha expresado de manera libre y consciente, ya sea por incapacidad de los sujetos o por vicios de la voluntad, o ya sea por que ésta no se ha expresado con las formalidades que la propia ley determina y exige.

Galindo Garfias entre otras cosas comenta que, no todos estos requisitos vician o perjudican al acto de igual manera. Si se trata de un fin reprobable para la colectividad o la moral, o si el objeto de la obligación es en sí mismo inmoral o ataca a las normas del orden público, la violación fuese más grave, que la falta de formalidad o que los vicios del consentimiento (error, dolo y violencia), que sólo atañen los intereses privados de las partes.

De lo anterior concluye este autor que:

" Si bien en ambos casos el acto sería inválido, por regla general la nulidad que proviene de la ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, da lugar, por su gravedad, a una invalidez más severa que se denomina nulidad absoluta, en tanto que la ausencia de los otros requisitos producen la nulidad relativa del acto." ¹⁵⁴

Hay que comentar, que por esta clasificación, se sigue la orientación del Derecho Mexicano, pues nuestra teoría de la nulidad, coincide con la tesis clásica francesa, la cual al igual que nosotros distinguimos entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

En tanto que la doctrina Italiana, considera que los negocios inválidos, se clasifican en nulos y anulables, así pues, en los códigos Latinoamericanos, como lo es el de Perú y Paraguay, distinguen la nulidad y la anulabilidad.

Hemos de partir, de la idea de que, la nulidad, supone la imperfección del acto porque carece de alguno de los requisitos no esenciales que la ley exige. Estamos conscientes, que a pesar de las cuestionamientos de la maternidad subrogada deben de buscarse dentro de cada legislación particular, estamos convencidos de que para la mayoría de las legislaciones los contratos de maternidad subrogada están afectados de nulidad absoluta, a causa de la ilicitud de su objeto.

La maternidad subrogada suele formalizarse en pactos, compromisos o

¹⁵⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio., Ob. Cit. pág.232-233

alguna modalidad de contrato entre la mujer que llevará a cabo la gestación; y por lo general, la pareja que finalmente figurará como padres del nacido.

Una vez que hemos visto en que consiste este contrato que todavía, no se ha definido si lo es de arrendamiento o de obra terminada, tiene por objeto a un ser humano, a un niño, nacido bajo estas circunstancias de reproducción.

De lo anterior, se desprende la pregunta obligada, el objeto, del ya mencionado contrato es lícito, se encuentra en el comercio, es determinado o bien determinable en cuanto a su especie, y existe en la naturaleza.

Es sabido por todos nosotros, que el objeto es uno de los elementos esenciales de todo contrato, y que su ausencia produce la inexistencia, pero esto no implica que toda anomalía del objeto deba llevarnos, por fuerza, a la misma conclusión, pues si el objeto existe, pero es contrario a la moral o a las buenas costumbres, estaremos en presencia de un acto ilícito y por lo tanto, absolutamente nulo.

El objeto mediato (directo) de todo contrato, es decir, la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que debe hacer o no hacer, (en este caso el útero y el niño).

Así de esta forma, para el Derecho Mexicano, los contratos reales, es decir, los que recaen sobre una cosa, pueden adoptar diversas variantes (enajenación, donación, usufructo, etc.); pero siempre será necesario que la cosa exista en la naturaleza, que haya sido determinada o bien que sea determinable y que esté en el comercio. La prestación de un hecho puede consistir en un hacer o no hacer. El hecho, objeto del contrato, puede ser positivo (hacer), o bien negativo (no hacer), pero que ha de ser siempre posible y lícito.

*" Art. 1827. - El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:
I. Posible; II. Lícito." ¹⁵⁵*

La acción u omisión son consideradas ilícitas por el Derecho Mexicano, cuando son contrarias a las leyes del orden público o a las buenas costumbres (art. 1830), caso en el cual la sanción será la nulidad absoluta del contrato (Ver, art. 1795, frac. III y 2225, del C.C.)

Hay autores como Soto Lamadrid que califican a la subrogación materna como un servicio, esto, cuando se trate del arrendamiento de útero, situándola de esta manera entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa.

A este mismo respeto Soto Lamadrid afirma:

" El servicio <<no es posible>> o <<no es ilícito" ¹⁵⁶.

Clavería Gosálbez, considera que el denominado alquiler de útero no es un arrendamiento de cosa, pues argumenta que:

" Porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano, o parte de él, no es jurídicamente <<cosa>>, razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato. Más bien se da prestación gratuita de

¹⁵⁵ Código Civil., Ob. Cit. pág.330

" Art. 1830 - Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

" Art 1795 - El contrato puede ser invalidado

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.

¹⁵⁶ SOTO LAMADRID, Miguel A. Ob. Cit.,pág.328

*una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, comunicación de incidencias, etc., y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicios. En este caso, como en la donación y el depósito de semen o de embriones, nos hallamos ante actos jurídicos hoy atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia."*¹⁵⁷

Si analizamos el otro tipo de maternidad subrogada, en el que se aporta óvulo y vientre, estaríamos no frente a un contrato mixto de -prestación de servicio y de cosa- sino de un acuerdo sobre el producto de la actividad contratada (el arrendamiento del útero con aportación del óvulo), a este respecto Soto Lamadrid se expresa en los siguientes términos:

*"El hijo de la madre sustituta, o más bien la porción que le corresponde, para no olvidar a quien aportó el material genético para la inseminación, ya que este podría alegar su copropiedad sobre el producto."*¹⁵⁸

De esta forma Soto Lamadrid, considera que sí podríamos hablar de venta del hijo futuro y utilizar los argumentos en contra de concebir a un ser humano como objeto directo de cualquier convenio o acuerdo de ese tipo. De tal suerte que, la prohibición, desacuerdo moral y jurídico de que los niños sean transmitidos como si fueran cosas (como un objeto material cualquiera que puede ser negociado en cualquier momento y contrato), hace precisamente que el contrato tenga un objeto ilícito y que, por lo tanto, sea absolutamente nulo, pero no inexistente

¹⁵⁷ SOTO LAMADRID Cit.Pos. CLAVERIA GOSALBEZ, Luis H., pág.328-329

¹⁵⁸ Ibidem.,pág.329

Ahora bien, ya hemos dicho, que los contratos que nos ocupan en este apartado, son nulos absolutamente; el sistema mexicano, por ejemplo, establece que <<la nulidad absoluta, por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción>>. (Ver art.2226, C.C.)

En este apartado de nuestro trabajo de tesis, mucho se ha dicho, creemos que todas estas cuestiones expuestas pueden bien ser resumidas de la siguiente manera, apoyados en el maestro Soto Lamadrid Miguel A.:

" El arrendamiento de útero, pues, y más todavía, la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre, constituye contratos manifiestamente ilícitos y, por lo tanto, afectados de nulidad absoluta, por lo que si se pidiera judicialmente su cumplimiento a través de la ejecución forzada, la autoridad judicial, sea por vía oficiosa o como excepción de parte, según de la legislación de que se trate, rechazará dicha solicitud argumentando la ineficacia absoluta de estos acuerdos. Esto, si en el país donde la cuestión se plantea, no existe ninguna disposición legal que autorice este tipo de negocios." ¹⁵⁹

Nosotros consideramos, que la inminente posibilidad de explotación y comercialización de la mujer, de la vida humana en general y del embarazo en concreto; el derecho del natus a tener una madre plena, genética-biológica y legal; implica graves problemas jurídico-sociales de doble maternidad;

¹⁵⁹ Ibidem., pág.330

subsecuentes graves daños a la institución familiar, experiencia comparada de la doctrina y legislaciones positivas de distintos países, pueden ser en determinado momento los límites jurídico-sociales para la práctica de este tipo de maternidad, tan complicada y sui generis.

C) LA MATERNIDAD SUBROGADA, UNA LUZ PARA LAS PAREJAS CON VIH-SIDA, QUE DESEAN SER PADRES.

El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), primera enfermedad epidémica que azota las naciones industrializadas avanzadas desde hace más de una generación, ha creado una extraordinaria gama de problemas éticos y legales.

Como enfermedad mortal, que se propaga en el ámbito de las relaciones más íntimas, ha hecho surgir difíciles interrogantes sobre la función apropiada del Estado en materia de salud pública.

Como enfermedad de las personas vulnerables por razones del temor a la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), el SIDA ha llevado a las sociedades liberales a afrontar asuntos relacionados con la necesidad de emplear el poder del Estado para proteger a los débiles en momentos de tensión social.

Las épocas de epidemia son también períodos de tensión social. Los temores exacerban las divisiones ya existentes y revelan líneas sociales de ruptura que se profundizan. La discriminación de las personas con la infección por VIH se ha convertido en un fenómeno mundial. El virus causante del SIDA ha escindido naciones, grupos étnicos, culturales y sexuales e incluso individuos. Siempre existen posibilidades de una ulterior división.

Este es un panorama breve de como se sucede esto del SIDA en la actualidad a la que pertenecemos usted y nosotros.

El lector se preguntará que tiene que ver esto del SIDA con nuestro tema, y la cuestión, es la siguiente, nosotros estamos convencidos de que la práctica de la

maternidad subrogada en algunos casos de SIDA, en parejas de derecho o de hecho en su caso, puede ser la última y única forma de acceder a la maternidad y paternidad; esto en ejercicio del ya reconocido derecho a la procreación, sin excluir a los enfermos de SIDA, por este hecho, pues de lo contrario estaríamos ante una actitud claramente racista en razón de una condición física de salud, el SIDA, cuando existe alguna posibilidad de salvar este obstáculo, con apoyo de los avances en materia de asistencia médica a la procreación y de la maternidad subrogada.

En el transcurso del desarrollo de este nuestro trabajo de tesis se han tratado una gran cantidad de cuestionamientos, conceptos, argumentos, problemas, etc., sobre el tema que nos ocupa.

Hemos dicho que, la inseminación artificial en general y en particular la heteróloga deben de constituir la última hipótesis. Esta debe ser resultado de una indicación médica, es decir debe de ser una medida terapéutica, y que entre las razones de indicación está la prevención de enfermedades sexualmente transmisibles (como el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, SIDA), o de enfermedades genéticas; las contraindicaciones también se dan y una de estas, es que la mujer presente enfermedades transmisibles.

Ahora bien, en lo que toca a la Fecundación In Vitro, es de mencionar, que es de vital importancia hablar en particular de la fecundación artificial heteróloga, es decir con donador, esta técnica al igual que la inseminación artificial debe de ser considerada como una solución terapéutica para problemas de esterilidad y por supuesto de infertilidad, y como el último recurso a agotar, con el fin de lograr la concepción de un nuevo ser.

En estas dos técnicas, como ya hemos dicho tenemos que la maternidad

gestativa se da en la mujer miembro de la pareja que acude a tales técnicas de procreación humana; es decir que lo único artificial es la inseminación (intracorpórea) y fecundación artificial (in vitro-extracorpórea), y después la implantación del embrión en el útero de la madre, lo que implica la coincidencia de la maternidad gestativa con la social o legal cuando menos.

En tanto que, la maternidad subrogada permite dos casos, primero coincidencia de la maternidad genética con la legal, y segunda la divergencia entre la maternidad genética con la gestativa, pero estas dos no con la legal, de lo que se concluye que en esto del alquiler de útero no se da por ninguna circunstancia la identidad entre la maternidad legal y la gestativa, porque de lo contrario no se daría subrogación alguna, sino sólo la inseminación artificial o bien la fecundación in vitro homóloga.

Hemos denominado a este inciso "C", "LA MATERNIDAD SUBROGADA, UNA LUZ PARA LAS PAREJAS CON VIH-SIDA, QUE DESEAN SER PADRES", porque estamos convencidos de que, efectivamente la maternidad subrogada puede y debe ser en determinado momento y casos una luz, una posibilidad para lograr ser padres.

De entrada parecería esta aseveración contradictoria con lo que hemos establecido en el anterior inciso de nuestro estudio de tesis, ya que hemos dicho que en la mayoría de las legislaciones del mundo, se han expresado en contra de la maternidad subrogada, prohibiéndola, y expresando su repugnancia y desacuerdo a esta práctica de sustitución uterina, pero, creemos que esta técnica bien pudiese aplicarse en casos muy particulares e indicados de manera precisa, que acaso la excepción no confirma la regla, si partimos de este principio general del derecho, no sería tan descabellada esta idea que aquí le expresamos al lector.

Debemos de ver, en esta opción la última y única oportunidad que poseen aquellas parejas en que alguno de los dos es un enfermo de inmunodeficiencia adquirida, que como es sabido por todos es una enfermedad de corte sexualmente transmisible grave.

Cuando una pareja joven se entera, de que alguno de los dos miembros de ésta, está enfermo de SIDA, sus expectativas de vida y de realización parental plena, se ven reducidas al mínimo, y entonces ya no pueden ejercitar su derecho a la procreación, siendo en cierta forma víctimas de una discriminación a razón de ésta enfermedad (el SIDA), es decir, todas las parejas que comprueban médicamente que no pueden concebir hijo alguno ya sea por esterilidad o infertilidad, pueden en determinado momento servirse de las nuevas técnicas de reproducción asistida, para lograrlo.

Se da el caso pues, de parejas que no son estériles ni infértiles, que el problema radica en el padecimiento de una enfermedad altamente contagiosa y grave como lo es el SIDA; pero también se da el caso, de que el hombre de la pareja sea el enfermo y su mujer por el contrario se encuentre en perfectas condiciones de salud, y entonces acudan a una inseminación artificial heteróloga, de entrada, pero dado, que el SIDA es altamente contagioso, siempre existe el riesgo de que en el embarazo, dada la transmisión sexual se infecte el producto de SIDA, lo cual resulta demasiado riesgoso, por lo cual debe de ser más factible acudir a la maternidad subrogada, para así de esta forma se conciba un hijo con todas las posibilidades de estar sano. , por supuesto que aquí tendremos una maternidad genética coincidente con la legal y diferente de la gestativa, y una paternidad legal o social.

Creemos que cuando una pareja se encuentra en estas condiciones no tienen porque renunciar a la parentalidad, teniendo esta posibilidad a su favor.

No en pocos casos se da la siguiente situación, que una pareja que no ha tenido hijos, de pronto se ve afectada por el hecho de que ella tiene SIDA; lo que implica de entrada, que de manera natural no deben de concebir hijo alguno, ya que de lo contrario estaríamos frente a un acto claramente irresponsable y porque no decirlo criminal; pero frente a este hecho, se encuentra la posibilidad de concebir por medios artificiales y con la ayuda de la maternidad subrogada. La forma es la siguiente, siendo ella la enferma, es imposible por ende que se lleve a cabo la inseminación artificial de esta, o bien la fecundación in vitro heteróloga, siendo las únicas posibilidades las siguientes, que se dé una maternidad subrogada, con útero y aportación de óvulo, es decir, se insemine de manera artificial a la mujer sustituta y ésta al final del embarazo entregue el bebé a la pareja. Lo que es claro en este caso, es que, la esposa no puede anidar hijo alguno en su vientre porque el producto sería contagiado de SIDA, y entonces estaríamos actuando en contra de la propia vida del posible ser concebido.

De todo lo anterior, resumimos que la maternidad subrogada debe de ser el medio para que una pareja afectada de SIDA pueda procrear sin peligro de contagiar al futuro hijo; hecho que debiera de considerarse en las legislaciones del mundo, como una excepción de la prohibición de la práctica de la maternidad sustituta.

Creemos que debe de ser permitida la maternidad subrogada a parejas con este problema médico, que no necesariamente tiene que ser estériles o infértiles; contrate el alquiler a título gratuito, y por otro lado exista la posibilidad legal de que la madre sustituta al término del embarazo pueda quedarse con el bebé si así lo decidiera.

Estamos convencidos que la maternidad subrogada es una verdadera luz en las parejas afectadas de SIDA; y que ésta luz debe de hacer eco en las legislaciones como una verdadera excepción, para dar seguridad a cada una de las partes, que en determinado momento pudiesen participar en una situación de esta índole.

En general las técnicas de asistencia médica ala procreación, deben de representar una oportunidad de ser padres cuando se es estéril, infertil o bien que se padezca alguna enfermedad grave hereditaria, transmisible o contagiosa, o que ponga en franco peligro la vida de la mujer y del producto de la concepción, como es el caso de la epilepsia, el SIDA, etc.

C.1. EL PAPEL DEL DIAGNOSTICO PREIMPLANTATORIO.

Quizá por primera vez la humanidad dispone de los medios necesarios para acompañar con una reflexión ética los desafíos que le propone la ciencia, en vez de comprobar, a posteriori, que el mal está echo.

La investigación científica sobre el genoma humano, en particular sobre el diagnóstico y los tratamientos génicos, tienen consecuencias importantes para mujeres, hombres y niños.

A razón de estos avances médicos de efectos tan impactantes, las reflexiones éticas se han dejado sentir en numerosos países que, deseosos de garantizar el respecto de la recurrida dignidad humana, empiezan a dotarse de una legislación para fijar los límites a la revolucionada práctica médica e incluso a ciertas investigaciones.

No podemos perder de vista que esas legislaciones presentan marcadas diferencias y que no disponemos de referencias universalmente válidas y, que no en todos los países esta preocupación ha hecho eco, aunque no se puede negar que la lista de los países que ya tiene este tipo de ordenamientos jurídicos cada día es más basta.

Todas estas cuestiones, dice Georges B. Kutukdjian, indujeron al Director General de la UNESCO a crear un Comité Internacional de Bioética presidido por la Sra. Noëlle Lenoir, integrante del Consejo Constitucional de la República Francesa.

Cuando éste Comité realizó su primer reunión en 1993, se trataron de manera prioritaria temas como: el diagnóstico precoz, las pruebas genéticas, las aplicaciones terapéuticas de los estudios genéticos y la genética de las poblaciones.

Con el diagnóstico preimplantatorio, se puede descubrir un gen que, casi con toda seguridad provocará una enfermedad hereditaria. Ahora bien cual es el momento adecuado para practicar éste diagnóstico, antes de la donación de gametos o de la implantación de embriones fecundados in vitro.

Aquí, el primer problema que surge es el del diagnóstico preimplantatorio en los embriones fecundados in vitro que, por su mayor facilidad y menor costo, tienen más posibilidades de prosperar que la terapia génica en el caso de las enfermedades genéticas raras. Esta es una opción que se plantea ya en términos éticos.

El diagnóstico preimplantatorio responde a la idea de que más vale prevenir que curar, es decir se da con el nacimiento de la medicina predictiva. , <<mas vale prevenir que curar>>, y para prevenir es necesario predecir. Este concepto tan novedoso de la medicina moderna da la pauta a una medicina personalizada menos onerosa y más eficaz, cuando menos en ciertos campos, como el de las

enfermedades hereditarias. Pero todo esto tiene sus aspectos negativos, y el principal consiste en que todavía no se tiene la cura para la mayoría de las enfermedades que se pueden detectar, lo que acarrea dice Sra. Noëlle Lenoir:

*"Angustias inútiles y toda una sucesión de consecuencias psicológicas."*¹⁶⁰

En razón de lo anteriormente mencionado consideramos que este diagnóstico debe de realizarse sólo en caso de que algún miembro de la pareja tenga antecedentes de enfermedades hereditarias, lo cual implicaría cierta propensión a tener progenie afectada por X o Y enfermedad.

Ahora bien si el estudio que se le realiza al embrión resultado de la fecundación in vitro no presenta ninguna anomalía es claro que no hay problema alguno, pero, si el resultado fuere lo contrario, es decir, que se detectara un embrión anómalo o afectado de una enfermedad como la que padecen sólo niños varones y que origina una forma terrible de retraso mental en que el enfermo tiende a devorar su propio cuerpo y hay que atarlo a la cama para que no se coma los dedos. Pero, aun así, es capaz de comerse los labios e incluso la lengua. Todas estas enfermedades hereditarias generan cierto grado de discapacidad, sin que exista terapia eficaz contra la mayoría de ellas. , la cuestión se habrá en términos de implantar o no el embrión enfermo.

En caso de que no se implante, entonces la siguiente pregunta está orientada hacia que ha de hacerse con el embrión, se deja para la investigación, ésta en los términos que las leyes de salud aplican a la experimentación de embriones, o bien, simplemente se deja morir al embrión.

¹⁶⁰ NOELLE LENOIR, Ob. Cit. pág.10

Lo que sí resulta claro es que, parece mucho más criticable implantar un embrión procedente de padres con antecedentes de enfermedades hereditarias, sin antes haberle realizado el diagnóstico preimplantatorio, porque una vez que se haga la transferencia en el útero de la mujer sólo queda la opción de realizar, el diagnóstico prenatal; y si el resultado fuese un feto anómalo se habrá entonces la puerta para el aborto, hecho que a nuestro ver, es mucho más reprobable que decidir no implantar un embrión.

En resumidas cuentas el diagnóstico preimplantatorio puede ser la forma de evitar un aborto, lo que ahorrará problemas de todo tipo a la pareja, sobre todo cuando, se trata de países en que el aborto no está legalizado, como es, el caso de nuestro país.

Es cierto que este tipo de exámenes hoy día, son caros, lo que implica que sólo un grupo de gentes con un nivel económico basto puede acceder a ellos, pero, también es cierto que día con día esta práctica se irá generalizando, y por ende abaratando, pero el caso sería que se instrumentalizara como un servicio que proporcionara el sector salud de manera pública.

Por supuesto que esto es algo que ha de llevar algo más que un poco de tiempo, pero está visto que la ciencia médica avanza a pasos agigantados, y que la demanda es cada día mayor, lo que ha de hacer que estos procesos génicos se tornen de exclusivos y elitistas en cotidianos y de mayor alcance poblacional.

Hay quienes insisten en equiparar la muerte de un embrión con el aborto, cosa que nos parece inadecuada, pues tan sólo hay que recordar lo que se entiende por aborto:

" Es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez." ¹⁶¹

En este concepto se ve claramente, que la muerte de un embrión antes de ser transferido no puede ser igual a un aborto, porque si bien es cierto que, es el resultado de la concepción, independientemente que sea artificial o no, también es cierto que, no se da preñez alguna, es decir, el embrión no ha estado en el útero, y si el aborto es la interrupción provocada o no del embarazo, resulta que aquí no hay embarazo alguno, y por ende no hay aborto.

Queremos terminar este inciso, recalcando que, consideramos adecuada la práctica de este diagnóstico cuando se tenga conocimiento de antecedente alguno de enfermedades o anomalías en la familia de alguno de los miembros de la pareja progenitora del embrión.

Solo nos resta mencionar, que en particular nuestra legislación de salud pública no prohíbe ni permite este diagnóstico, que se encuentra una vez más en un estado lagunar al respecto, pues simplemente no lo contempla.

¹⁶¹ Código Penal Ob. Cit., pág.137

- CONCLUSIONES -

- La ciencia médica en el área de Biotecnología, ha avanzado a pasos agigantados, y en lo que a reproducción asistida se refiere, nos ha tocado vivir en un periodo de desarrollo impresionante, que le ha permitido al hombre acceder a su propia creación, pues ha encontrado de manera artificial como reproducirse.

- El acto sexual entre el padre y la madre, y la concepción de un nuevo ser, se ve disociado con la práctica de las nuevas tecnologías reproductivas, lo que implica la sustitución de una reproducción natural por una artificial, dado el padecimiento de esterilidad o/y infertilidad, en uno de los dos miembros de la pareja.

- Hoy por hoy, existe la necesidad imperiosa de regular lo referente a estas tecnologías reproductivas, para que el derecho siga siendo reflejo de la realidad a la que corresponde.

- El hecho social de las nuevas tecnologías de reproducción humana, han originado *actos y hechos jurídicos*, que deben de ser resueltos, para que esto que es positivo, no se tome en algo negativo para las sociedades en que se practican.

- Nuestra Constitución Política, contempla como única forma de procreación la natural, por lo que las formas artificiales de concebir no encuentran sustento en ella, sino que su base legal, se da en aras al derecho a la libertad y la propia autodeterminación de reproducirse, lo que da la pauta para uso de dichas formas de procrear, cuando por medios naturales no se ha logrado.

- El sistema jurídico mexicano, en lo que asistencia médica a la procreación se refiere, se encuentra en un estado paralegal o prelegal, pues estas prácticas no están contempladas en los ordenamientos secundarios, lo que implica leyes lagunares discordantes con la realidad social mexicana.
- La Ley General de Salud y al Código Civil, deben de someterse a revisión para que se determine la adición o modificación de estos en su caso, para subsanar las lagunas que presentan en materia de asistencia médica a la procreación.
- La procreación es uno de los fines del matrimonio de más importancia, y que, cuando no se puede acceder a éste por medios naturales, se abre la posibilidad y el derecho justificado de acudir a métodos artificiales de reproducción, y así alcanzar dicho fin.
- El sistema jurídico francés, no contempla en su constitución a las tecnologías reproductivas, pero si, se regulan en la legislación secundaria (Código de Salud Pública y el Código Civil), adicionado capítulos y secciones especiales a estos ordenamientos, reconociendo de esta manera dos formas de procreación: la natural y la artificial.
- Para acceder a la asistencia médica a la procreación debe de cumplirse con los siguientes requisitos: haberse comprobado médicamente la esterilidad o la infertilidad, que la pareja paciente lo sea de hecho o derecho, que los cónyuges sean capaces y mayores de edad, que el equipo médico obtenga por escrito el consentimiento válidamente informado de los dos integrantes de la pareja.

- Debe de legislarse el derecho de los cónyuges o del donador en su caso, de revocar su consentimiento antes de que se lleve a cabo, la inseminación o bien la fecundación artificial.

- La Ley General de Salud y el Código Civil mexicanos, deben de someterse a un estudio concienzudo de los legisladores tendiente a regular estas formas de reproducción artificial y los cuestionamientos jurídicos que de ellas se derivan y que forman parte de nuestra realidad nacional, y que hasta hoy se han ignorado.

- El artículo 466 de la Ley General de Salud, además de ser una norma imperfecta, es insuficiente, para regular la inseminación artificial, fecundación in vitro y cualquier otra técnica de efectos equivalentes.

- En nuestro país se tiene conocimiento de la inseminación artificial desde hace ya varios años, prueba de ello es la existencia imperfecta del art. 466 de la Ley General de Salud, en el apartado de delitos, donde se establece el tipo pero no así sanción alguna.

- El diagnóstico prenatal abre la posibilidad a la interrupción del embarazo, por las anomalías identificadas en el feto, cuestión que en nuestro país sería ilícita, dado que no está regulado el aborto, de tal suerte que para que este no lleve a una pareja a cometer un ilícito se tiene que modificar el Código Penal, para que se considere como un tipo de aborto terapéutico.

- Un contrato de maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico, estaría afectado de nulidad absoluta, dada la ilícitud de su objeto.

- Cuando en una pareja la mujer es estéril y además infertil, le queda únicamente la opción de la Maternidad Subrogada.

- En casos de enfermedades hereditarias, transmisibles y graves, para cuales no hay cura alguna, como es el caso del SIDA, deformaciones físicas graves, deficiencias mentales severas, de las cuales se tiene antecedentes parentales plenamente identificados, la maternidad subrogada es la única luz para procreación.

- En el caso de la maternidad subrogada, no se cumple el principio romanístico de que el parto determina la maternidad, pues aquí se potencia la voluntad de concebir o en su caso el origen genético.

- La falta de interés sobre el tema maternidad subrogada en México, deriva de su retraso tecnológico en cuestiones genéticas, y del hecho de que no se conozcan casos en que se haya subrogado la función gestacional, también creemos que no pasará mucho tiempo sin que el problema exija respuestas legislativas.

TABLA DE ABREVIATURAS

ADN –	Ácido Desoxirribonucleico.
CECOS –	Centro de Estudio de Conservación de espermatozoides.
DGP –	Diagnóstico Genético Prenatal.
FA –	Fecundación Artificial.
FIV-	Fecundación In Vitro.
FAH –	Fecundación Artificial Homóloga.
FAD –	Fecundación Artificial con Donante.
GIFT –	Transferencia Intratubárica de los Gametos.
IA –	Inseminación Artificial.
IAC –	Inseminación Artificial con Semen del Marido.
IAH –	Inseminación Artificial Homóloga.
IMSS –	Instituto Mexicano del Seguro Social.
NTR –	Nuevas Técnicas de Reproducción.
QFB –	Química Farmaco Biológica.
SIDA –	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.
TE –	Transferencia de Embriones.
VIH –	Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

BIBLIOGRAFIA

1. Estudios

ARDANT, Philippe.
Les Institutions de la Ve. République,
3e. ed., Ed. Hachette, París, Francia, 1991.

BAHGAT E. y RIFAAT A.
Entrevista a Noëlle Lenoir. Correo de la UNESCO.
Año. XLVII, Francia, 1994.

BONNECASE, Julien.
Introducción al Estudio del Derecho.
Ed. Temis, Bogotá, 1982.

BORJA SORIANO, Manuel.
Teoría General de las Obligaciones.
Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1970.

BURGOA, ignacio.
Derecho Constitucional Mexicano
10ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1996.

CASTAN TOBEÑAS, José.
Derecho Civil Español. Común y Foral,
Tomo I, 11a.,ed., Ed. Reus, Madrid, 1975.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel.
La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales.
Ed. Porrúa, México, 1985

La Familia en El Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares.
3a., ed., Ed. Porrúa, México, 1997.
La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Paterno Filiales.
Ed. Porrúa. México 1992.

COLOMBET, Claude.

La Famille.

4ª. Ed., Presses. Universitaires de France (PUF), Francia, 1985.

CHEMIN GUIMARAES, Luis.

Inseminacao Artificial Criminosa.

Ed. Rio, Río de Janeiro, 1978.

FUENZALIDA PUELMA, Hernán.

Bioética Temas y Perspectivas. -Trasplante de Organos. La Respuesta Legislativa de América Latina.

Ed. Organización Panoamericana de Salud, Publicación Científica, No.527, Washintong D.C., 1990.

GAFO, Javier.

Nuevas Técnicas de Reproducción Humana.

Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.

GALINDO GARFIAS, Ignacio.

Derecho Civil.

10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1990.

GALJAARD, Hans.

Diagnóstico Prenatal: Crónica de una Vida Anunciada.

El Correo de la UNESCO, año. XLVII, México, Sep.1994.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo.

Filosofía del Derecho.

Ed. Porrúa, México, 1975.

GLENN MCGEE.

Una Etica Saludable o la Etica de la Salud. <<Reportaje Especial: La Etica de la Reproducción Asistida>>. Revista de Organon sobre la Mujer y la Salud.

No.3, México, 1997.

GOMEZ SANCHEZ, Yolanda.

El Derecho a la Reproducción Humana (monografías jurídicas) Marcial Pons.

Ed. Jurídicas, S.A., Madrid, 1994.

GONZALEZ OSEGUERA, Felipe.: La Inseminación Artificial de la Mujer ante el Derecho Mexicano. Revista del Foro de México.
No.97, México, 1961.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.
El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho a la Paternidad y Derechos Sucesorios. Ed. Cajica, Puebla, México, 1986.

JELLINECK, Jorge.
L'Etat Moderne et son Droit.
Trad. Fardis, tomo I, Francia, 1970.

KANT, Immanuel.
Crítica de Razon Pura e Outros Textos Filisóficos <<Fundamentaca de Metafísica Costumes, Os Pensadores>>.
Vol. XXV, Ed. Abril Cultural, 1939.

LA CRUZ BERDEJO.
La Paternidad. La Reforma de 1981 del Código Civil y los Progresos de la Biología.
Ed. Tapia, España, 1987.

LASTRA LASTRA, José M.
Fundamentos de Derecho.
1a. ed., Ed. Graw-Hill, Serie Jurídica, México, 1996.

LUDOVICI, Maurizio.
Aspetti Penalistici della Fecundazione Artificiale.
Roma, 1967.

LLEDO YAGUE, Francisco.
Fecundación Artificial y Derecho.
Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

MAGALLON IBARRA, Jorge.
Instituciones de Derecho Civil.
Ed. Porrúa, México, 1987.

MEJAN, Luis M.
El Derecho a la Intimidad y la Informática.
Ed. Porrúa, México, 1994.

MAZET, Guy

Derechos Humanos y Genética.

Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud.

Ed. UNAM, México, 1995.

NAVARRETE E. Victoria.

Las Nuevas Técnicas en la Reproducción Humana, Primer Seminario de Bioética.

Ed. Universidad de Guanajuato, México, 1992.

O' BRIEN, Claire.

Un Regulador Eficaz. Reportaje Especial: La Etica de la Reproducción Asistida.

Revista de Organon sobre la Mujer y la Salud, No.3, México, 1997.

OCHOA OLASCOAGA, Begoña.

La Biología frente a la Etica y el Derecho.

19e. ed., Ed. Icaria, S.A., Barcelona, 1986.

PEÑA DE QUIROS, Bernaldo M.

Derecho de Familia.

Universidad de Madrid, España, 1989.

PIÑA, Rafael.

Diccionario de Derecho.

22ª. ed. Ed. Porrúa, México, 1995.

PONCE DE LEON ARMENTA, Luis.

Metodología del Derecho.

11ª. ed. Ed. Porrúa, México, 1995.

QUINTERO MONASTERIOS.

Inseminación Artificial Humana.

Venezuela, 1974.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.

Derecho Civil.

2a. ed., Ed. Porrúa; México, 1987.

SGRECCIA, Elio.

Manual de Bioética.

Ed. Diana, México, 1994.

SOTO LAMADRID, Miguel.
Biogenética, Filiación y Delito.
Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.

SOTO REYNA, René.
Aspectos Médicos Legales de la Inseminación Artificial en Seres Humanos.
Ed. Supremo Tribunal de Justicia de Durango.
Durango, México, Oct. 1985-Mar.1986.

TABOADA, Leonor.
Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial, en la Fecundación In Vitro.
Ed. Icaria, España, 1986.

TERRE, Francois.
L'Enfant de l'Esclave. Génétique et Droit.
Ed. Flammarion, Francia, 1987.

TRUEBA O. Eugenio.
Algunos Temas de Biología Médica Avanzada ante el Derecho Positivo.
Primer Seminario de Bioética.
Ed. Universidad de Guanajuato, México, 1995.

VASCO BAMASCENO, Weine.
Inseminatio A. Previsión Código Penal de 1969
Vol. 75, Ed. Justitia, Brasil, 1972.

VELAZQUEZ, Antonio., MARTINEZ BULLE, G.
Genética Humana y Derecho a la Intimidad.
Ed. UNAM., México, 1995.

VILLORO TORANZO, Miguel.
Introducción Procesal Civil.
Trad. José Casáis y Santaló, tomo. 1, Madrid, 1972.

ZANNONI A. Eduardo.
Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Proyecciones Jurídicas.
Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.

ZARRALUQUI, Luis.
Procreación Asistida y Derechos Fundamentales.
Ed. Tecnos, Madrid, España, 1990.

2. Legislación y Documentación

MEXICO

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1997.
- Código Civil para el Distrito Federal, 1997.
- Ley General de Salud, 1997.
- Código Penal para el Distrito Federal, 1997.

FRANCIA

- Constitución Política de la República, 1996.
- Código Civil, 1995.
- Código de la Familia, 1995.
- Código de Salud y de la Asistencia Pública, 1995.
- Código Penal, 1995.
- Proyecto de Ley de Reproducción Asistida, 1992

ESPAÑA

- Ley sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, 22 Nov. 1988.