

00761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

"LA TECNOLOGIA APLICADA A LA REPRODUCCION
HUMANA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO
CIVIL"

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A

HECTOR IRON ARIZA GARCIA

DIRECTOR DE TESIS
DR. JORGE MARIO MAGALLON IBARRA



MEXICO, D. F.

2004



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.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, con profundo amor por su invaluable apoyo para lograr todas las cosas buenas de mi vida, como la realización de mis estudios de posgrado.

A Romy, mi esposa, por ser parte fundamental de todos mis proyectos, por su solidaridad y sus estímulos para concluir con esta etapa de mi formación.

A Héctor Irón, Kesniel e Irina, con la esperanza de que este logro los motive algún día a continuar su preparación para superarlo.

Con especial reconocimiento y admiración para los distinguidos doctores Jorge Alfredo Domínguez Martínez y Jorge Mario Magallón Ibarra, quienes en distintas etapas me asesoraron para la realización de este trabajo con la buena disposición que sólo los amigos pueden ofrecer.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. LA CIENCIA Y LA REPRODUCCIÓN HUMANA

1.1 La reproducción humana como hecho biológico	2
1.2 Orígenes de la reproducción humana asistida	4
1.3 Evolución de la reproducción asistida	8
1.4 Posibilidades tecnológicas	9
1.4.1 Inseminación artificial	10
1.4.2 Fecundación <i>in vitro</i>	12
1.4.3 El GIFT	14
1.4.4 El ZIFT	16
1.4.5 La maternidad subrogada o sustituta	17
1.4.6 El congelamiento de embriones	19
1.4.7 La micromanipulación de gametos	19
1.5 Las investigaciones y tecnologías en desarrollo	21
1.5.1 La congelación de óvulos	21
1.5.2 La clonación	22
1.5.3 Uteros artificiales	24
1.5.4 Los análisis genéticos previos a la implantación	25

CAPÍTULO II. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO COMPARADO

2. La regulación de la reproducción asistida en el derecho comparado	28
2.1 El caso de la Gran Bretaña	28
2.2 El caso de los Estados Unidos de América	33
2.3 El caso de Suecia	34
2.4 El caso de Costa Rica	36
2.5 El caso de Alemania	38
2.6 El caso de España	39
2.7 El caso de Francia	45
2.8 El caso de Australia	48
2.9 Situación jurídica del uso de las tecnologías para la reproducción asistida en México	50

CAPÍTULO III. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA REPRODUCCIÓN HUMANA

3.1 Principios constitucionales en materia de Derechos Humanos	70
3.1.1 El derecho a la procreación	70
3.1.2 El derecho a la protección de la salud	75
3.1.3 El derecho a la intimidad personal y familiar	79
3.1.4 El derecho a la igualdad	83
3.1.5 El derecho a la identidad personal	84

3.2 Principios civiles y familiares	87
3.2.1 La protección de los bienes y derechos de la personalidad	87
3.2.1.1 El derecho a la protección de la vida de la persona	91
3.2.1.2 El derecho a la disposición de los componentes del cuerpo humano	93
3.2.1.3 La protección de la libertad civil y la autonomía de la voluntad privada	95
3.2.2 La seguridad de la filiación	98

CAPÍTULO IV. EL EMBRIÓN HUMANO Y LOS ELEMENTOS GENÉTICOS Y BIOLÓGICOS DEL CUERPO HUMANO. REGULACIÓN EN EL DERECHO MEXICANO.

4.1 Situación jurídica del embrión humano	104
4.1.1 Naturaleza jurídica	104
4.1.2 Alcances de su protección en la ley	117
4.1.3 El concepto de "preembrión"	132
4.1.4 Experimentación e investigación en embriones	133
4.1.5 La donación de órganos provenientes de embriones	136
4.2 Regulación legislativa de los componentes separados del cuerpo humano	136
4.2.1 El uso y recolección de órganos o componentes humanos	138
4.2.2 Aspectos relevantes sobre las gónadas y los gametos humanos	139

CAPÍTULO V. INTERVENCIÓN DE LA TECNOLOGÍA EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

5.1 Inseminación artificial	142
5.1.1 Concepto	142
5.1.2 Clases: homóloga, heteróloga y <i>post mortem</i>	143
5.1.3 Elementos personales	144
5.1.3.1 Inseminación artificial entre cónyuges	144
5.1.3.2 Inseminación artificial entre concubinos	148
5.1.3.3 Inseminación artificial en mujer sola	149
5.1.4 El elemento ¿real?	150
5.1.5 Elementos formales	155
5.1.6 Problemas de filiación	165
5.1.6.1 Filiación de los nacidos de inseminación artificial homóloga entre cónyuges	165
5.1.6.2 Filiación de los nacidos de inseminación artificial homóloga entre concubinos	169
5.1.6.3 Filiación de los nacidos de inseminación artificial heteróloga dentro de matrimonio	171
5.1.6.4 Filiación de los nacidos de inseminación artificial heteróloga durante concubinato	172

5.1.6.5 Filiación de los nacidos de inseminación artificial <i>post mortem</i> dentro de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio o de la terminación de la vida en común en el concubinato	173
5.1.6.6 Filiación de los nacidos de inseminación artificial <i>post mortem</i> después de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio o de la terminación de la vida en común en el concubinato o, en general, fuera de matrimonio o concubinato	173
5.1.7 Problemas de derecho sucesorio	174
5.1.8 Los “bancos” de semen	174
5.1.9 La inseminación <i>post mortem</i> y la disposición de semen de personas fallecidas	176
5.1.10 La disposición de semen sin consentimiento del varón	180
5.2 Fecundación <i>in vitro</i>	183
5.2.1 Concepto	184
5.2.2 Elementos personales	186
5.2.2.1 Fecundación <i>in vitro</i> dentro de matrimonio	187
5.2.2.2 Fecundación <i>in vitro</i> en el concubinato	188
5.2.2.3 Fecundación <i>in vitro</i> en mujer sola	189
5.2.3 El elemento ¿real?	190
5.2.4 Elementos formales	192
5.2.5 Problemas de filiación	196
5.2.5.1 Filiación de los nacidos mediante fecundación <i>in vitro</i> homóloga	196
5.2.5.2 Filiación de los nacidos mediante fecundación <i>in vitro</i> heteróloga dentro de matrimonio o durante concubinato	199
5.2.5.3 Filiación de los nacidos mediante fecundación <i>in vitro post mortem</i> dentro y después de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio o a la terminación de la vida común en el concubinato	202
5.2.6 Problemas de derecho sucesorio	203
5.2.7 La congelación de embriones y los embriones “sobrantes”	206
5.2.8 La disposición de embriones intervivos y <i>post mortem</i>	211
5.3 Maternidad subrogada o sustituta	213
5.3.1 Concepto	214
5.3.2 Posibilidades fácticas	218
5.3.3 Argumentos a favor	219
5.3.4 Argumentos en contra	221
5.3.5 Casos reales	224
5.3.6 Elementos personales	231
5.3.7 El elemento ¿real?	233
5.3.8 Elementos formales	234
5.3.9 Problemas de filiación	238
5.3.10 Problemas de derecho sucesorio	242

5.4 Análisis de la posible responsabilidad civil o penal derivada de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida	242
5.4.1 Responsabilidad penal	242
5.4.2 Responsabilidad civil	245
CONCLUSIONES	250
BIBLIOGRAFÍA	262

**CAPÍTULO I.
LA CIENCIA Y LA REPRODUCCIÓN HUMANA.**

1.1 La reproducción humana como hecho biológico.

El ser humano, en tanto ser vivo, tiene como una de sus funciones naturales básicas la reproducción. De acuerdo con el volumen de población existente en nuestro planeta hemos pasado de interesarnos por políticas de incremento poblacional a políticas de control de la natalidad y planificación familiar.

Prácticamente, los últimos treinta años han sido dominados por visiones reduccionistas de la población. Esto hace que el tema de la reproducción humana desde el punto de vista positivo, es decir de la procreación, no haya despertado interés suficiente en la sociedad. Sin embargo, según Mark Hornstein y Daniel Schust¹, entre el 10 y el 15 por ciento de las parejas estadounidenses en edad de reproducirse padecen problemas de infertilidad. La suma sube al 30 por ciento si en la pareja la mujer tiene de 35 a 44 años de edad.

Charles Hammond y Robert Stillman² explican que en ocasiones el término infecundidad se ha usado en tantas maneras que existe confusión en la comunicación entre médicos y pacientes sobre las diferentes alternativas diagnósticas y terapéuticas. En consecuencia, proponen las siguientes definiciones, en el entendido de que utilizan el vocablo persona como sinónimo de ser humano, de esta forma: Persona fértil es la que es capaz de concebir y procrear un hijo (en la que la concepción se presenta de manera espontánea en menos de un año); persona estéril es la que es incapaz de procrear descendencia porque tiene incapacidad para concebir, y persona infecunda [o infértil] es aquella que tiene fecundidad [fertilidad] disminuida o ausente (quienes

¹ Hornstein, Mark D., y Schust, Daniel, "Infertilidad", en Berek, S. Jonathan (comp.), *Ginecología de Novak*, décima Segunda edición, traducción de Santiago Sapiña Renard, México, editorial McGraw-Hill Interamericana, 2000, pp. 915 -919.

² Hammond, Charles B., y Stillman, Robert J., en Scott, James R., Di Saia, Philip J., Hammond, Charles B., y Spellacy, William N. (eds.), *Danforth, tratado de ginecología y obstetricia*, octava edición, traducción de Martha Elena Araiza M, José Pérez Gómez y Jorge Orizaga Samperio, México, editorial McGraw-Hill Interamericana, 2000, pp. 683-684.

no han concebido en un año o más de intentarlo), pero no implica un estado irreversible como la esterilidad.

El problema con la reproducción humana es que derivada de su condición de fenómeno normal y natural en la vida de las personas, se asume como algo seguro. En la actualidad, la población es educada para prevenir y evitar la procreación, lo que recalca la percepción sobre la infalibilidad de la concepción. No obstante, cuando el ser humano se encuentra frente a problemas de infertilidad, vive situaciones de sufrimiento grave, pues un deseo elemental de toda pareja es tener descendencia. Es por este deseo que se acuden a los apoyos terapéuticos que la ciencia médica ofrece hoy en día. Posibilidades tecnológicas que hace 25 años sólo existían en los libros de ciencia ficción, hoy permiten resolver problemas de infertilidad en la gran mayoría de los casos.

Las técnicas de reproducción asistida son moralmente condenables para algunos sectores o grupos sociales, pero en tanto que alivian uno de los problemas de salud que más impacto genera en la vida familiar y social de las parejas, que trasciende incluso a la realización como seres humanos de hombres y mujeres, seguirán siendo utilizadas por personas con esta clase de padecimientos. Sólo hace falta tener la dicha de ser padre o madre para comprender que por, ese logro, se hubiera aceptado recurrir a los más diversos y variados recursos que la medicina ofrece.

Queda pues, a nuestro criterio, descartada la posibilidad de prohibir tales técnicas de reproducción asistida. Corresponde al Derecho regular con sentido humano, solidario y responsable aquellas que sean compatibles con los Derechos Humanos así como la dignidad del hombre, en un marco de seguridad jurídica, salubridad y eficacia técnica.

1.2 Orígenes de la reproducción humana asistida.

El interés por alternativas de solución a los problemas relacionados con la reproducción humana ha existido desde siempre. La Biblia cita el caso de Sara (Génesis:16:1-2) quien al no poder dar hijos a su esposo Abraham le entrega a su esclava egipcia Agar diciéndole "Llegate, pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella". También menciona el caso de Raquel (Génesis:30:1-6) quien al no poder dar hijos a Jacob, primero le entregó a su criada Bilhá y le dijo "Ahí tienes a mi esclava Bilhá; únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas: así también yo ahijaré de ella". Lo mismo hizo Lía (Génesis:30:9-13) que entregó a Jacob a su esclava Zilpá para que tuviera hijos por medio de ella.

Estos casos son representativos de la ancestral preocupación del ser humano por resolver los problemas relacionados con la reproducción. Es cierto que no constituyen el uso de técnicas que solucionen el problema de la infertilidad, pero guardando las distancias del caso, no existe diferencia de fondo entre disponer que una esclava "propiedad" de la esposa se embarace con el semen del marido mediante la cópula, a contratar una madre sustituta en la actualidad. Acaso la única diferencia estribe en la posibilidad tecnológica –meramente formal- de evitar el coito.

Todo indica que los primeros descubrimientos respecto de procedimientos artificiales para incidir en la reproducción de las especies se dieron primero en animales. Algunos autores afirman que desde el año 700 d.c., los árabes utilizaban la inseminación artificial en animales.³

Posteriormente hay noticias del caso de Malpighi y Bibiana quienes a comienzos del siglo XVII y específicamente en 1628 lograron la fecundación de huevos de gusano de seda mediante la *materia séminis* obtenida por presión del abdomen

³ Bustos Pueche, José Enrique, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid. Editorial Dykinson, 1996, p. 14.

del macho. Más adelante, en 1720, Welthein consiguió fecundar huevos de trucha.⁴

En 1765, el alemán Ludwig Jacobi realizó inseminaciones artificiales exitosas en peces, al obtener alevines de salmón después de haber bañado con la lechaza de un macho los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra. Poco tiempo después [1779] el abate Spallanzani logró la inseminación artificial sobre una rana y posteriormente sobre el primer mamífero que fue una hembra de perro.⁵

Suele citarse como el posible primer antecedente en humanos el caso del rey Enrique IV y su segunda esposa Juana de Portugal ocurrido a mediados del siglo XV. Según un relato recogido por Gregorio Marañón en su obra biográfica sobre Enrique IV de Castilla, y citado por José Bustos⁶, la reina fue inseminada artificialmente con semen de su esposo, aunque no se obtuvo el embarazo deseado por la esterilidad de él.

Sin embargo, según María Cárcaba Fernández⁷ se considera más exacta la información de que en 1799, Hunter logró en la Gran Bretaña la primera inseminación artificial humana exitosa respecto de una pareja que tenía problemas de fertilidad por una anomalía congénita en el pene del marido.

Martínez-Pereda y Massigoge⁸ coinciden en que Hunter practicó desde 1799 la inseminación artificial corpórea conyugal pero que no fue sino hasta 1834 que nació el primer niño producto de esta técnica. También sostienen que hasta 1866 Pancoat utilizó la inseminación artificial corpórea con donante en seres

⁴ Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegiu, J.M., *La maternidad portadora, sustituta o de encargo en el derecho español*, Madrid, editorial Dykinson, 1994, p. 15.

⁵ Cárcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Madrid, J.m. Bosch Editor, 1995, p.13.

⁶ Citado por Bustos Pueche, José Enrique, *op. cit.* Nota 3, p. 14.

⁷ *Idem.*

⁸ *Op. Cit.*, nota 4, p. 16.

humanos. Estos autores citan además como referencia de la antigüedad de más de cien años en la práctica de la inseminación artificial en seres humanos, la sentencia condenatoria dictada en 1880 por el Tribunal de Burdeos contra un médico francés que pretendía cobrar sus honorarios por haber practicado una inseminación artificial a una mujer.

Sin embargo, según María Cárcaba⁹, el impulso vital en los avances en este campo fue entre 1949 y 1950 cuando se logró congelar el semen bovino y posteriormente practicar exitosamente una inseminación artificial. Apenas tres años después, en 1953, Sherman logró en los Estados Unidos los primeros embarazos humanos con semen congelado. A partir de ahí el desarrollo de la ciencia en materia de reproducción ha sido muy dinámico. El 25 de julio de 1978 nació en la Gran Bretaña Louise Brown, primera niña producto de la fertilización *in vitro*. En 1980 nació en Australia la niña Candice Reid primera en ese país concebida mediante la fertilización *in vitro*. En 1982 nació en Francia, gracias a la misma técnica, la niña Amandina. De la misma forma en 1984 nació la niña Victoria Ana en España y en ese mismo año se logró el nacimiento de Zoe en Australia, que fue el primer ser humano nacido a partir de un embrión congelado.

Otras versiones sitúan los primeros éxitos de transplante de embriones hacia 1890 cuando Walter Heape logró hacerlo con conejos; posteriormente en 1951 Warwich y Berry lo hicieron con ovejas y cabras, mientras que en 1951 Kvensnickii y Willet lo realizaron exitosamente con cerdos y bovinos respectivamente.¹⁰

El doctor Richard Marrs señala que en 1982 nació en los Estados Unidos el primer bebé a partir de la fertilización *in vitro*, y que hasta ese momento sólo se habían reportado a nivel mundial 23 nacimientos mediante el uso de esta

⁹ *Op. Cit.*, nota 5, p. 13.

¹⁰ Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegui, J.M., *Op. Cit.*, nota 4, p. 21.

técnica. Sin embargo, para el momento de escribir su libro –1997- había más de 100,000 casos reportados. Asimismo, que en 1984 se logró en Australia el primer embarazo utilizando embriones fecundados *in vitro*, luego congelados, posteriormente descongelados y transferidos a la madre, y que en Estados Unidos el primer bebé proveniente de embriones congelados nació en 1986.¹¹

En el caso particular de México, en 1987 se logró la primera concepción *in vitro* y el 23 de marzo de 1988 nació la niña Andrea, primera persona concebida mediante Fertilización *In Vitro* en el país. Para el año 2000, tan sólo en las once clínicas existentes en México afiliadas a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida se iniciaron un mil quinientos cincuenta y dos procedimientos de esta naturaleza, con un índice de efectividad del cincuenta y cinco por ciento y costos fluctuantes entre los cuarenta y los setenta mil pesos¹².

En cuanto a la maternidad sustituta, Martha Field¹³ pretende encontrar en los casos bíblicos de Sara, Raquel y Lea los primeros antecedentes de la maternidad sustituta. Señala que a lo largo de la historia personas que no podían tener hijos convencían a hermanas, amigas o extrañas para tener bebés por ellos. Sin embargo, no fue sino hasta la década que inició en 1970 cuando este fenómeno se convirtió en una industria de rápido crecimiento, con la aparición de centros lucrativos en los que se reclutaban mujeres dispuestas a servir como madres sustitutas a cambio del pago de diez mil dólares para ellas y otro tanto para la institución. Esta autora sostiene que el contrato de maternidad sustituta apareció por primera vez en los Estados Unidos en el año 1976; que para 1981 habían nacido en ese país 100 niños producto de esos arreglos, cifra que para 1986 se había incrementado a 500.

¹¹ Marrs, Richard. *Fertility book*, New York, Dell Publishing, 1998, p.p. 307-311

¹² García-Escamilla, David, "fecundación *in vitro*: Cumple 15 años y sigue sin ley", *Diario Reforma*, México, sección Cultura, sábado 24 de mayo de 2003, p. 6c.

¹³ Field, Martha A. *Surrogate motherhood, the legal and human issues*, Massachusetts, Harvard University Press, 1990, p. 5.

Por su parte, Miguel Soto¹⁴ manifiesta que los orígenes de la maternidad sustituta se encuentran en los Estados Unidos en donde, en el año de 1975, apareció publicado en un periódico de California un anuncio que solicitaba a una mujer para ser inseminada artificialmente y, mediante remuneración, a favor de una pareja estéril. Aunque hace la aclaración que como en ese entonces aún no se lograba la fertilización *in vitro*, el término fue usado cronológicamente en primer lugar para la gestación con óvulo propio en beneficio de terceros.

1.3 Evolución de la reproducción asistida.

El desarrollo de las técnicas de reproducción asistida ha estado condicionado por el avance de las ciencias biológicas. Por ello, el salto cualitativo y cuantitativo en el éxito de estos procedimientos se ha dado en el último siglo, principalmente en los veinticinco años recientes en que se ha logrado la comprensión y el conocimiento cabal de los procesos biológicos relacionados con la procreación humana.

Basta considerar que no fue sino hasta el siglo XVIII que se reconoció la existencia de los espermatozoides, y apenas en el siglo XIX se reconoció científicamente su importancia.¹⁵

La tendencia constante en la evolución de las técnicas empleadas para ayudar a la procreación ha sido lograr que la pareja con problemas de infertilidad produzca un hijo genéticamente suyo, y limitar al máximo la necesidad de recurrir a terceros en el proceso tanto de la concepción –con la donación de material genético, como de la gestación.

¹⁴ Soto Lamadrid, Miguel Angel, *Biogenética, filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Buenos Aires, editorial Astrea, 1990, p. 317.

¹⁵ Heelein, Susanne, *Contribución al estudio de la inseminación artificial con espermatozoides del cónyuge*, México, UNAM, 1991, p. 9.

Las nuevas posibilidades que hoy ofrece la ciencia a los seres humanos con problemas para procrear han llegado a trastocar las reglas jurídicas para la determinación del estado civil, por lo que es necesario que el derecho intervenga para regular este fenómeno.

1.4 Posibilidades tecnológicas.

La genética es un área de la ciencia en la que los descubrimientos se hacen a tal velocidad que es muy difícil establecer con precisión cuáles son todas las posibilidades fácticas de intervención humana en la reproducción. Muchas de ellas son ampliamente conocidas tal como la inseminación artificial o la fertilización *in vitro*. No obstante, algunas otras son poco difundidas precisamente por ser indeseables y aberrantes e, inclusive, hasta prohibidas en algunos países como en España, donde el artículo 20 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida considera en su inciso 2 como infracciones muy graves, las siguientes:

“a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.”

...

“c) Mantener *in vitro* a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de este tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.”

“d) Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables.”

...

“f) Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos o científicos ...”

“k) Crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza.”

...

“m) La partogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.”

“n) La selección del sexo a la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.”

“o) La creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductivos u otros.”

“p) La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.”

“q) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para la producción de híbridos.”

“r) La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no estén autorizadas.”

“s) La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.”

...

“v) La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.”

A continuación veremos las principales técnicas aplicadas a la reproducción humana que están en uso en diferentes naciones, incluyendo México.

1.4.1 Inseminación artificial.

La inseminación artificial, como ya se ha visto, es la técnica más antigua descubierta por el ser humano para auxiliar al proceso reproductivo. Consiste en hacer llegar, por medios mecánicos, los espermatozoides lo más cerca posible del óvulo para lograr la fecundación. Susanne Heleen¹⁶ señala que la inseminación artificial está indicada:

- I. Cuando existen problemas cuantitativos y cualitativos relacionados con el espermatozoide, que significan prácticamente el cincuenta por ciento de los casos, tales como oligospermia, astenospermia, oligoastenospermia, hipospermia, hiperespermia e hiperviscosidad.

- II. Cuando existen problemas no espermáticos como:
- a) La presencia de anomalías anatómicas, como malformaciones pélvicas, vaginales y obesidad;
 - b) Existen problemas cervicales como amputación o conización del cuello del útero, destrucción de glandulas cervicales, insensibilidad a los estrógenos o moco de mala calidad;
 - c) Existe problema de rechazo por parte de los anticuerpos hacia los espermatozoides, y
 - d) Es necesario conservar el esperma como precaución ante enfermedades nefrológicas como la insuficiencia, la glomerulonefritis, el síndrome nefrótico y el corticorresistente, enfermedades hematológicas como la leucosis o la enfermedad de Hodgking; o ante la práctica de la vasectomía.
- III. Cuando existen causas mixtas de tipo anatómico como las hispopadias y las epispadias, así como de naturaleza neurológica como el caso de la eyaculación retrógrada o de los parapléjicos y tetrapléjicos.

Como se puede apreciar, la inseminación artificial es una alternativa que busca resolver los problemas de infertilidad en muy variados casos. Fundamentalmente la utilidad de este procedimiento radica, por una parte, en acercar los espermatozoides al óvulo para evitar el paso de éstos por la vagina y evitar los problemas relacionados con las condiciones anatómicas y fisiológicas de la misma o del propio pene, y por otra parte "mejorar" el esperma a través de procesos de selección de aquellos que reúnen las condiciones óptimas para lograr la fecundación. Dentro de esos procesos de selección se encuentran el

¹⁶ *Ibidem*, p. 27.

fraccionamiento del eyaculado, la centrifugación, la filtración, la adición de sustancias farmacológicas o la capacitación *in vitro*.

El procedimiento consiste en obtener la muestra de semen, generalmente por masturbación pero también por otros medios como la electroeyaculación, la recolección poscoital o el uso de un preservativo perforado. Posteriormente, se aplican los procesos de mejoramiento del espermatozoide que sean indicados y se procede a realizar inmediatamente la inseminación con el semen "fresco" o éste se congela para ser utilizado posteriormente. Las tasas de éxito son mayores con semen fresco, aunque en países como los Estados Unidos sólo en casos especiales se puede hacer porque para prevenir contagios de sida u otras enfermedades graves, se emplea semen congelado a fin de tener oportunidad de mantenerlo en cuarentena y descartar el riesgo de infección.

El proceso de inseminación propiamente dicho es relativamente fácil y provoca mínimas molestias a la paciente. Se realiza insertando una cánula a través del cuello uterino que ha sido colocada en una pistola diseñada ex profeso para inyectar los espermatozoides en la matriz. Esta técnica, sin embargo, requiere que la mujer no tenga problemas de ovulación ni de sus trompas de Falopio, pues los espermatozoides colocados dentro del útero deberán viajar por las trompas hasta encontrarse con el óvulo, el cual debe ser expulsado del ovario y recogido por la trompa.

1.4.2 Fecundación *in vitro*.

El término latino *in vitro* significa en español "en vidrio". Así, esta técnica tiene como finalidad lograr que la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide se dé en un recipiente de vidrio dentro del laboratorio. Con ella se busca solucionar los mismos problemas que con la inseminación artificial, pero especialmente casos de mujeres con problemas de endometriosis, trompas de

Falopio o de cuello uterino, y de hombres con problemas de pobre o mínimo conteo espermático, así como aquellos casos que entran dentro de lo que la ciencia aún no ha logrado descifrar y que suele encuadrar como infertilidad inexplicable o de origen desconocido.

José Bustos¹⁷ explica que el procedimiento de esta técnica supone varias etapas:

1. Conseguir en la mujer una ovulación múltiple (a través de una hiperestimulación ovárica inducida con medicamentos) para que los ovocitos sean extraídos. La utilidad de la ovulación múltiple radica en evitar que la mujer se deba someter nuevamente a una molesta intervención para su recolección en caso de fracaso. Cárcaba¹⁸ explica que inicialmente la extracción de óvulos se efectuaba con cirugía transabdominal bajo cirugía general; después se hizo con cirugía laparoscópica y bloqueo epidural, y que en la actualidad se hace mediante punción folicular transvaginal dirigida por ecografía (utilizando un aparato de ultrasonido);
2. La fecundación de los óvulos extraídos;
3. La selección, examen o diagnóstico pre-implantatorio de los embriones a fin de no transferir los anormales;
4. La transferencia al útero de un número reducido (que por ser de 2, 3 o 4 máximo es normalmente inferior al total) de óvulos fecundados a fin de evitar los riesgos de partos múltiples. Marrs¹⁹ explica que la transferencia se realiza insertando un catéter a través de la vagina y del cuello del útero, en el que dentro se encuentran los embriones en

¹⁷ *Op. Cit.*, nota 3, p. 153.

¹⁸ *Op. Cit.*, nota 5, p. 22.

¹⁹ *Op. Cit.*, nota 11, p. 321.

un medio artificial de cultivo. Con una jeringa se depositan los embriones dentro del útero. El procedimiento no requiere anestesia y es indoloro.

5. La crioconservación (congelación) de los embriones sobrantes, a fin de que en caso de que en la primera transferencia no se logre el embarazo, se repita en ciclos posteriores.

La ventaja de esta técnica es que permite superar problemas que de otra manera no es posible hacerlo –como los asociados a la endometriosis o las trompas de falopio- y conservar la identidad genética entre los padres y el hijo. Su desventaja, por un lado es el alto costo que tiene y, más importante aún, los problemas potenciales que generan los embriones congelados y que se analizarán en capítulo posterior de este trabajo.

Francis Greenspan²⁰ anota que del 70 al 80% de los óvulos maduros obtenidos pueden fertilizarse, que el aborto temprano es frecuente, que el índice de éxito total es del 30% pero que va en aumento, que es muy costoso y requiere mucho tiempo. Que el precio se sitúa entre cuarenta mil y doscientos mil dólares por cada embarazo logrado con esta técnica.

1.4.3 EI GIFT.

El doctor Richard Marrs²¹ explica que GIFT es la abreviatura del concepto, en inglés, *Gamete Intrafallopian Transfer*, que en español significa transferencia intratubárica de gametos. Esta es una técnica que fue desarrollada en 1984 por los doctores Ricardo Asch y José Balmacedo en la Universidad de Texas en San Antonio. Al igual que en la fertilización *in vitro*, el GIFT requiere obtener

²⁰ Greenspan, Francis S. y Strewler, Gordon J., *Endocrinología básica y clínica*, cuarta edición, traducción de Javier Eduardo Gómez Saborio, México, El Manual Moderno, 2000, p. 552.

²¹ *Op. cit.*, nota 11, p. 308.

óvulos de la mujer a través de una cirugía laparoscópica para mezclarlos, fuera de su cuerpo, con el espermatozoides de su pareja. Sin embargo, la diferencia estriba en que el óvulo y los espermatozoides no son conservados fuera del cuerpo de la mujer para vigilar su fertilización en el laboratorio, sino que la mezcla es colocada en un catéter e inmediatamente insertada en las trompas de falopio de la paciente. La desventaja de esta técnica consiste en que los médicos sólo pueden estar seguros de que el óvulo y los espermatozoides estarán en contacto, pero no pueden comprobar que la fertilización se haya producido.

Por otra parte, las ventajas se hacen consistir en que la fertilización y el desarrollo del óvulo fecundado se efectuará en el medio ambiente líquido ideal por su densidad, composición de químicos y nutrientes, de las trompas de falopio, lo que puede hacer esta técnica más efectiva que la fertilización *in vitro*, ya que en esta última la fertilización y del desarrollo inicial del óvulo fecundado se da en cajas petri con medios químicos artificiales que pretenden copiar al de las trompas de Falopio pero que no han podido igualarlo. En virtud de que el GIFT requiere que las trompas de Falopio de la mujer funcionen correctamente, su uso es más limitado que la fertilización *in vitro*, pero su porcentaje de éxito es del 30% por ciclo.

Las desventajas de este procedimiento, según Mark Hornstein y Daniel Schust²², radican en la necesidad de efectuar el procedimiento quirúrgico denominado laparoscopia, con las molestias físicas que implica, y la imposibilidad de comprobar la fecundación antes de la transferencia de los gametos.

²² *Op. Cit.*, nota 1, p. 950

1.4.4 El ZIFT.

Muy cercano a los fundamentos técnicos del GIFT se encuentra el ZIFT, que es la abreviatura del concepto en inglés *Zygote Intrafallopian Transfer*, que en español significa transferencia intratubárica de cigotos. Este procedimiento fue desarrollado por el doctor Peter Yovich de la ciudad de Perth en Australia, quien originalmente lo llamó PROST que por sus siglas en inglés significa *Pronuclear Oocyte Sperm Transfer*, término que es sinónimo del primero. Consiste en la extracción de un óvulo del ovario de la mujer para unirlo en un medio ambiente artificial con el esperma del hombre pero, a diferencia de lo que sucede en la fertilización *in vitro*, no se espera a que comience la división celular del embrión, sino que los huevos fecundados son puestos en las trompas de Falopio de la mujer dentro de las 24 horas siguientes a su remoción. Esto se debe a que las investigaciones realizadas hasta ese momento demostraban que mientras más largo era el período de permanencia de los embriones en el medio ambiente artificial de la caja de petri, más alta era la tasa de fracasos. Una variación de este procedimiento lo constituye el llamado TET o *Tubal Embryo Transfer*, en el cual se espera a que los embriones comiencen a dividirse celularmente y sólo hasta entonces son transferidos a las trompas de Falopio. Ambas técnicas fueron desarrolladas para resolver problemas de baja calidad de esperma, lo que se supera al observar que la fecundación efectivamente se realice. Sin embargo, su práctica ha disminuido hasta ser muy poco frecuente, debido a que a diferencia de lo que sucede en la fertilización *in vitro*, en la cual la transferencia de embriones se hace de manera no invasiva y relativamente cómoda, la aplicación del ZIFT y del TET requiere la práctica de dos cirugías diferentes y separadas por un lapso de sólo 24 horas.²³

Sobre estos procedimientos, en cambio, Charles Hammond y Robert Stillman²⁴ mencionan que tienen sus propios problemas porque requieren la captura del

²³ Marrs, Richard. *Op. Cit.*, nota 11, p. 309.

²⁴ *Op Cit.*, nota 2, p. 697.

óvulo, su cultivo *in vitro* y, posteriormente, la transferencia mediante cirugía laparoscópica del embrión. También afirman que el éxito con el ZIFT y el TET han sido, en términos generales, desalentadores, pues los estudios aleatorios realizados no demuestran una mejor tasa de embarazo, incluso en el caso del GIFT en comparación con la fertilización *in vitro*.

1.4.5 La maternidad “subrogada” o “sustituta”.

La llamada maternidad subrogada o sustituta es posiblemente la más polémica de las técnicas empleadas para la reproducción asistida. Es controversial incluso desde su denominación, que en forma desafortunada utiliza una institución del derecho civil patrimonial, como es la subrogación, para designar o calificar un fenómeno esencialmente extrapatrimonial relacionado con la familia, como es la filiación. En el capítulo correspondiente de este trabajo se estudiará la conveniencia o procedencia de esta denominación. Sin embargo, es de reconocer que esta técnica es ampliamente conocida con este nombre especialmente en la literatura y medio jurídico anglosajón. En países de habla hispana también se le conoce como “alquiler de útero”, “maternidad portadora”, “maternidad por encargo”, etc. Su complejidad deviene de la multiplicidad de personas que potencialmente pueden intervenir en ella y tener un interés personal de carácter familiar con el producto. Dentro de las explicaciones del fenómeno, Pedro Silva Ruiz²⁵ lo describe así:

La maternidad sustituta implica el alquiler de las funciones reproductivas de una mujer. Una madre sustituta es una mujer fértil que acuerda, mediante ¿contrato?, ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.

²⁵ Silva Ruiz, Pedro F., *El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, tomo xxxvii, números 151-153, enero-junio de 1987.

Posteriormente, en otro artículo, el mismo autor²⁶ abunda en el análisis del funcionamiento de la maternidad sustituta diciendo:

Maternidad de alquiler o maternidad sustituta es aquel caso en que realizadas las primeras fases de la fecundación como apuntábamos para la fertilización *in vitro*, los embriones formados no son implantados en la madre biológica, sino en otra mujer que cede o alquila su útero para continuar el embarazo. Ello es debido, bien a que la primera mujer no puede realizar una gestación normal, o bien porque, sin motivo aparente, no quiere hacerlo. Este tipo de maternidad presenta dos modalidades fundamentales: la madre de alquiler cede no sólo su útero, sino también sus óvulos, con lo cual sería también la madre biológica del neonato al que cedería en adopción a la pareja que ha alquilado sus servicios y, una segunda posibilidad consistente en sólo la cesión del útero al cual se transfiere un embrión, que al igual que en el caso anterior, una vez nacido es entregado a la pareja contratante.

Los problemas jurídicos potenciales se pueden apreciar si se considera que, en casos extremos, pueden intervenir hasta cinco personas en la procreación de un menor. Este caso se da cuando existe un donador de semen, una donadora de óvulo, una madre que gesta al niño en su vientre, y una pareja que es la que contrata los servicios de los tres anteriores y finalmente recibirá al menor para criarlo como hijo propio. A lo anterior se agregan disputas que se pueden presentar –y de hecho se dan– por el menor, ya sea para reclamar o rechazar su custodia, dependiendo de factores como su estado de salud.

Sobra decir que el desarrollo de este fenómeno sólo fue posible a partir del perfeccionamiento de las técnicas de inseminación artificial y fertilización *in vitro* que posibilitaron la transferencia de material genético o de embriones provenientes de un tercero o de una pareja hacia la "madre sustituta".

²⁶ Silva Ruiz, Pedro F. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o sustituta", *revista judicial de la Suprema Corte de Justicia*, Costa Rica, año xii, número 42, marzo de 1988.

1.4.6 El congelamiento de embriones.

Una vez desarrollado el procedimiento de la fertilización *in vitro*, los médicos pronto se dieron cuenta de que si podían lograr que la mujer produjera más de un óvulo por ciclo, las posibilidades de fecundación y eventual embarazo por mes se multiplicarían. Una vez logrado esto –la sobreproducción de óvulos por hiperestimulación ovárica- se presentó el problema de qué hacer con los óvulos que, habiendo sido fecundados, no se podían transferir a la paciente en el mismo ciclo para prevenir embarazos múltiples potencialmente peligrosos para la salud de la madre y de los propios productos. La solución consistió en la congelación de los embriones sobrantes para su transferencia al útero en ciclos posteriores.

Otra razón sobre la conveniencia de la congelación de embriones radica en que al hacerlo así, la paciente se ahorra el costo y las molestias que representan el tratamiento para la hiperestimulación ovárica así como el procedimiento de extracción de óvulos.

1.4.7 La micromanipulación de gametos.

Richard Marrs²⁷ dice que hacia 1988, tan sólo una década después del nacimiento de la primera niña producto de la fertilización *in vitro*, los científicos comenzaron a ensayar diferentes procedimientos que ayudaran a incrementar los porcentajes de fertilizaciones. No bastaba asegurarse de que el espermatozoides y el óvulo se encontraran físicamente, como sucede en la caja de petri, sino que les interesó trabajar directamente con los gametos para mejorar las posibilidades de fecundación. Casos como el de las personas con problemas en su espermatozoides

²⁷ *Op. Cit.*, nota 11, p. 311.

como el bajo conteo, la poca o nula movilidad así como la incapacidad de penetrar un óvulo fueron los que se intentó resolver a través de la llamada micromanipulación de embriones, denominada así porque implica operar directamente en el óvulo, que es una célula doscientas veces más pequeña que un milímetro.

El primer procedimiento desarrollado fue la *partial zona dissection (PZD)*, que podríamos traducir como disección parcial de zona. Consiste en cortar la capa exterior del óvulo llamada "zona pellucida" –de ahí el nombre- para que a través del hoyo causado el espermatozoide pueda penetrar y fecundar al óvulo. El problema de esta técnica consiste en que al romper artificialmente la zona pellucida, el óvulo pierde su característica natural de sólo aceptar un espermatozoide y se presentan fecundaciones con múltiples espermatozoides que dan como resultado embriones con número de cromosomas anormales que hay que descartar.

La segunda técnica en producirse fue la *subzonal sperm insemination (SUSI)*, que significa inseminación con espermatozoide debajo de la zona [pellucida], consiste en insertar el espermatozoide directamente al óvulo entre la zona pellucida y el citoplasma. Sin embargo también generó una cantidad muy alta de fertilizaciones con múltiples espermatozoides.

A principios de los noventa, las técnicas y las herramientas se perfeccionaron a tal grado que los científicos se enfocaron en extraer un solo espermatozoide del hombre e inyectarlo directamente en el citoplasma del óvulo. La técnica resultante fue denominada *intracytoplasmic sperm insemination (ICSI)* o inseminación con espermatozoide intracitoplásmico. La ventaja radica en que hombres con casi nulo conteo espermático pueden ser padres, ya que hasta para el caso de la fertilización *in vitro* se requieren alrededor de cincuenta mil espermatozoides móviles.

1.5 Las investigaciones y tecnologías en desarrollo.

El progreso de las tecnologías reproductivas y los éxitos alcanzados han estimulado a los investigadores de todo el mundo a trabajar en nuevas opciones que permitan superar los límites hoy conocidos y que permitan, en el futuro, que prácticamente todo ser humano pueda procrear con material genético propio. Dentro de las principales áreas en las que se trabaja se encuentran la congelación de ovocitos; la clonación; los úteros artificiales y los exámenes genéticos preimplantatorios. Los avances en el dominio de estas técnicas hacen suponer que en un futuro más o menos próximo tendrán aplicación.

1.5.1 La congelación de óvulos.

Richard Marrs²⁸ explica que a diferencia de lo que sucede con el esperma, aún no se ha podido desarrollar una técnica confiable que permita la congelación de óvulos. Los resultados han sido muy pobres por las enormes dificultades que representa la extrema sensibilidad del citoplasma del óvulo maduro a cambios de temperatura. Hasta 1997 apenas 5 o 6 casos de nacimientos a nivel mundial habían sido reportados a partir de fertilización de óvulos previamente congelados y descongelados.

Este es un campo en el que los científicos trabajan con mayor ahínco. Desde el punto de vista médico, solucionaría el problema de aquellas mujeres que por enfermedad tuvieran que ser operadas para remover sus ovarios, pues podrían asegurar la posibilidad de tener descendencia genética congelando por anticipado sus gametos. Desde el punto de vista jurídico, social y hasta religioso, prácticamente eliminaría la necesidad de congelar embriones, pues sólo se tendrían que fecundar en cada ciclo aquellos que efectivamente se transferirán a la paciente. Este último beneficio quizá sea el más atrayente,

²⁸ *Op. Cit.*, nota 11, p. 468

pues en buena medida los problemas relacionados con la reproducción asistida tienen su origen en la situación de indefinición o disputa por la suerte de los embriones congelados.

Una alternativa para la congelación de óvulos que está en desarrollo consiste en recolectar óvulos inmaduros de los ovarios, posteriormente congelarlos, cuando se habrán de utilizar descongelarlos y madurarlos *in vitro*, para que por último en este mismo medio artificial sean fertilizados. Sin embargo existen 2 grandes inconvenientes: por una parte. Existe una gran pérdida –cerca al 50%- de óvulos durante el proceso de maduración, y de los que lo hacen, tan sólo la mitad logran fertilizarse, lo que demuestra que esta técnica se encuentra en etapas muy primarias; por otra parte, la tecnología actual no permite la recolección de óvulos inmaduros a menos que una parte o todo el ovario sea quirúrgicamente removido. Obviamente ésta sólo parece una opción a considerar para las mujeres que por enfermedad tendrán que afrontar necesariamente la extirpación de sus ovarios. Lo más grave es que se ha buscado como alternativa la obtención de óvulos inmaduros a partir de fetos abortados. Esto es conceptualmente posible si se toma en cuenta que entre el cuarto y quinto mes de embarazo se forman los ovarios y, con ellos, todos los óvulos de los que la mujer dispondrá durante su vida. Aunque es una práctica prohibida en Inglaterra y Estados Unidos, aun para el caso de la investigación, en Asia no lo es y existen reportes de que en China y Corea se trabaja en ella.

1.5.2 La clonación.

El vigoroso desarrollo de la tecnología genética ha permitido la comprensión de los procesos de herencia biológica del ser humano, a la par de los avances en materia de conocimiento de la estructura del ADN o ácido desoxirribonucleico, que es el material que dentro del núcleo de las células contiene el código genético individual de cada organismo. Tal información ha hecho posible que,

técnicamente, hoy en día sea posible clonar a un ser humano. Sin embargo han sido mínimos los experimentos reportados con seres humanos ya que, como ninguna, esta práctica ha suscitado la oposición y el rechazo de numerosos grupos sociales.

En sentido estricto clonar, dice Richard Marrs²⁹, es la creación de una nueva estructura basada en la duplicación del ADN. En consecuencia, clonar a un ser humano requeriría duplicar de manera idéntica un espermatozoide o un óvulo. Como esto no es posible en la actualidad, se han realizado otras prácticas alternativas que producen efectos similares. Una de ellas consiste en unir un espermatozoide con un óvulo *in vitro*, para posteriormente separar las células del embrión a fin de crear dos o más embriones idénticos. Este experimento se ha realizado con éxito en la industria ganadera y en 1993, investigadores de la *Universidad George Washington*, en los Estados Unidos, tomaron un embrión humano que se encontraba en la etapa de desarrollo de 4 células, lo separaron en cuatro para ver si cada célula se convertía en igual número de embriones, y descubrieron que las células de cada embrión continuaron creciendo y desarrollándose individualmente.

Se piensa que los beneficios de esta técnica pueden traducirse en la oportunidad para las parejas infértiles de producir múltiples embriones artificialmente a partir de uno solo, con lo que las oportunidades para intentar la implantación en el útero y consecuente embarazo pueden incrementarse, a la vez que se harían más accesibles los costos de estos tratamientos porque se eliminaría la necesidad de realizar más de un ciclo de preparación para captura de óvulos de la paciente.

Otra variante es la utilizada por los científicos escoceses que clonaron a la oveja "Dolly", quienes tomaron un óvulo sin fertilizar de la madre de la oveja y removieron el paquete genético que contenía. Posteriormente, pusieron una

²⁹ *Op. Cit.*, nota 11, p. 472

célula del tejido mamario de la madre en el óvulo vacío. Esa célula de tejido mamario como todas las células del cuerpo contenía 46 cromosomas, mismo número que hubiera resultado de unir los 23 cromosomas contenidos originalmente en el óvulo de la hembra con los 23 que se encuentran en el espermatozoide del macho. El éxito del experimento radicó en lograr que los 46 cromosomas del tejido mamario comenzaran a duplicarse tal y como sucede cuando un óvulo es fecundado por el espermatozoide. El resultado fue una réplica genética idéntica a la madre. Aunque esta técnica no ha sido reportada como utilizada en seres humanos, plantea la posibilidad de que en el futuro cualquier persona que tenga acceso a óvulos “vacíos” –que pueden incluso provenir de fetos- pueda clonarse con sólo una célula de su cuerpo.

Otra vía en experimentación es la transferencia nuclear. Consiste como su nombre indica en remover el núcleo de un óvulo y sustituirlo con el de otro. La idea detrás de este procedimiento es que cada vez es más frecuente que las mujeres deseen embarazarse a edades tardías y uno de los fenómenos del envejecimiento es la modificación de la estructura de los óvulos, lo que afecta su fecundidad.

En consecuencia, se ha realizado con éxito en animales remover el núcleo del óvulo de un animal viejo y de un animal joven y transferir después el núcleo del óvulo viejo a la estructura del óvulo joven. Los estudios han demostrado una mejor tasa de embarazos y nacimientos en comparación con los obtenidos a partir de la utilización de óvulos viejos solamente.

1.5.3 Úteros artificiales.

Hablar de úteros artificiales nos remite inmediatamente al *mundo feliz* imaginado por Aldous Huxley, en el que la reproducción humana estaba completamente

disociada de la actividad sexual y se realizaba en medios ambientes artificiales y controlados.

Aunque hasta hoy no existen, los científicos han logrado ir ampliando los períodos de sobrevivencia de los fetos fuera del claustro materno. Bebés nacidos prematuramente a las 22 o 24 semanas de embarazo y pesando tan sólo una o dos libras, sobreviven y se desarrollan fuera del útero en la actualidad.

Por otra parte, se ha logrado mantener, *in vitro*, con vida y en desarrollo embriones no-humanos por períodos de hasta dos o tres semanas. En el caso de los embriones humanos únicamente se ha llegado a mantenerlos 5 o 6 días. También ha sido posible remover fetos de animales grandes del útero de las hembras después del primer trimestre de gestación y mantenerlos con vida.

Todo parece indicar que en el futuro será posible que la concepción y la gestación se desarrolle íntegramente en medios ambientes artificiales. Evidentemente, un desarrollo tecnológico que implique la posibilidad de que todo el proceso reproductivo se realice fuera del seno materno terminaría por erradicar la práctica de la maternidad sustituta y, con ella, la gran cantidad de problemas asociados a los factores emocionales involucrados en ella.

1.5.4 Los análisis genéticos previos a la implantación.

Actualmente, los investigadores han logrado identificar algunas anomalías genéticas en embriones producidos a partir de la fertilización *in vitro*, removiendo una muestra celular, antes de transferirlos al útero. No obstante el número de anomalías que hoy en día se pueden detectar son muy limitadas todavía, cuestiones como el sexo del producto son relativamente sencillas. Mas aún, en el futuro se espera auxiliar de manera eficiente a las familias que tengan

antecedentes de enfermedades genéticas para detectarlas desde el estado embrionario y evitar el nacimiento de niños afectados por graves enfermedades hereditarias.

El problema radica en determinar qué es lo que se podrá hacer con los embriones en los casos en los que se diagnostique alguna enfermedad o si se permitirá la selección de sexo. Para algunos la eliminación de estos embriones, por enfermedad o preferencia, constituye una discriminación y un atentado contra la dignidad del ser humano.

CAPÍTULO II.
LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO COMPARADO.

2. La regulación de la reproducción asistida en el derecho comparado.

No es raro que las naciones en donde se han creado normas jurídicas que regulen a las técnicas de reproducción humana asistida sean, principalmente, las industrializadas. Es en ellas donde las posibilidades tecnológicas y económicas han permitido que tales procedimientos lleguen a la sociedad en mayor número. Consecuentemente, es ahí donde se ha procurado legislar para resolver o atenuar los efectos que las nuevas formas de maternidad y paternidad han producido en el derecho común.

Sin embargo, no todos los países pioneros en el uso de estas técnicas han llegado al establecimiento de una normatividad al respecto, toda vez que las aristas morales, religiosas y sociales del tema han ocasionado que se posponga la promulgación de leyes sobre la materia en busca de lograr el consenso social necesario.

2.1 El caso de la Gran Bretaña.

Uno de los primeros países que se preocupó por el fenómeno de la reproducción asistida fue la Gran Bretaña. Cabe recordar que fue ahí precisamente donde nació el primer ser humano concebido mediante la fertilización *in vitro*.

María Cárcaba³⁰ da cuenta de dos esfuerzos diferentes impulsados por el Arzobispo de Canterbury en 1948 y 1960 que a través de comités estudiaron el problema de la inseminación artificial. El primero fue totalmente opuesto a la práctica y el segundo la toleró. Posteriormente, en 1973, una comisión de la asociación médica británica opinó de manera más favorable; en 1979 el Real Colegio de obstetricia y ginecología se pronunció a favor de estas técnicas. Sin

³⁰ *Op. Cit.*, nota 5, pp. 48-49.

embargo fue hasta 1982 que se formó un comité a instancias del gobierno británico que fue presidido por la señora Mary Warnock. El informe emitido por este comité, conocido como "reporte Warnock" recomendó la admisión de algunas clases de tratamientos de la infertilidad y de la investigación sobre embriones, así como la creación de un organismo legal que controlara esos servicios, pero a la vez estimó que la maternidad sustituta debía prohibirse. En consecuencia, en 1985 se promulgó en Gran Bretaña la *Surrogacy Arrangements Act*, ley que prohibía específicamente la práctica de la maternidad sustituta.

Más tarde, en 1990, el gobierno inglés promulgó la ley denominada *Human Fertilisation and Embriology Act*, que regula lo concerniente a los embriones, a las intervenciones en embriones y gametos, al establecimiento de una autoridad competente en la materia y a la determinación de la filiación. Además, reformó la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985. Entre las características principales de este ordenamiento se encuentra:

- Se prohíbe crear, conservar o usar un embrión fuera del cuerpo humano a menos que se cuente con licencia para ello;
- Se prohíbe transferir a una mujer embriones o gametos que no sean humanos;
- Se prohíbe conservar un embrión más allá del día catorce siguiente a su fecundación, colocar un embrión humano en un animal, conservar o usar un embrión cuando la ley lo prohíbe y reemplazar el núcleo de una célula de embrión con otro tomado de la célula de otra persona;
- Se prohíbe almacenar gametos, utilizar el esperma de un hombre o los óvulos de una mujer a menos que se dé tratamiento a la pareja juntos, así como mezclar gametos humanos y de cualquier animal a menos que se

cuenta con licencia. También se sujeta la posibilidad de colocar espermatozoides u óvulos en una mujer a menos que se cuente con licencia para ello y se esté en los casos previstos en la propia acta;

- Se crea un organismo público denominado *Human Fertilisation and Embriology Authority* que se encarga de vigilar y registrar el cumplimiento de la ley de la materia; de otorgar las licencias para brindar tratamiento que involucre fertilización artificial y manejo de embriones, así como para almacenar gametos, embriones y efectuar investigación sobre ellos;
- Se establecen los requisitos y trámites a cubrir para obtener licencias mencionadas en el punto anterior, además de las hipótesis y procedimientos para la suspensión y revocación de las mismas;
- Se estipula un plazo de diez años máximo para conservar gametos y cinco años para conservar embriones;
- Se define a la madre como aquella mujer que gesta o ha gestado un niño como consecuencia de colocar en ella un embrión, o espermatozoides y óvulos, y se estipula que ninguna otra mujer será tratada como tal;
- Se considera como padre al esposo de la mujer, en los casos en que haya sido inseminada artificialmente o haya recibido la transferencia de un embrión, si la inseminación o transferencia ocurre durante el matrimonio o el embrión gestado por ella ha sido concebido con espermatozoides de un tercero, siempre y cuando el marido haya dado su consentimiento para la realización de tales procedimientos;
- También se considera como padre al hombre que acuda al tratamiento de inseminación con la mujer como pareja;

- Específicamente se niega el carácter de padre al donador de semen que ha dado su consentimiento a tal fin, y a los difuntos cuando su esperma es utilizado para fecundar un óvulo después de su muerte, con la excepción de estos casos: 1) Que al momento de la muerte, el hombre y la mujer estuvieran casados; 2) Que al momento de la muerte el hombre y la mujer vivieran como marido y mujer, o que 3) Hubieran estado recibiendo tratamiento juntos por una persona con licencia para ello;
- Se contempla la posibilidad de que la corte emita una orden proveyendo que un niño sea jurídicamente tratado como hijo de matrimonio, si ha sido gestado por una mujer diferente a la esposa como resultado de una transferencia de embriones o de inseminación artificial, o que los gametos del esposo, de la esposa o de ambos, hayan sido utilizados para crear el embrión. En este caso, se deben cumplir con todos los requisitos siguientes: 1) Que los esposos lo soliciten dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento del niño; 2) Que al momento de la solicitud el niño esté en custodia de los esposos y que éstos se encuentren domiciliados en alguna parte del Reino Unido; 3) Que al momento de la resolución judicial los esposos tengan 18 años; 4) Que se demuestre a la corte satisfactoriamente que la madre sustituta y, en su caso, el padre subrogado están de acuerdo libre e informadamente en la resolución para tratamiento del hijo como hijo de matrimonio; 5) Este consentimiento no es necesario si la persona no puede ser encontrada o es incapaz, sin embargo el consentimiento de la madre sustituta no es válido si lo otorga menos de 6 semanas después del nacimiento del menor, y 6) La corte debe ser convencida de que la madre sustituta no ha recibido dinero ni alguna otra clase de beneficio económico, diferente a los gastos en los que razonablemente haya incurrido, en ningún momento desde el acuerdo para la gestación sustituta hasta el trámite ante la corte.

- No obstante lo anterior, también se reformó la *Surrogacy Arrangements Act* en el sentido de considerar que los acuerdos de maternidad sustituta no son objeto de cumplimiento forzoso contra ninguno de los que intervienen en ellos;
- Se ordena la creación de un sistema de información sobre la prestación de servicios de tratamiento de infertilidad o la conservación y uso de gametos o embriones. Se otorga el derecho a los nacidos como consecuencia del uso de estas técnicas a obtener la información al respecto de manera limitada;
- El manejo de la información es confidencial, pero puede ser divulgada cuando se impugne la paternidad;
- Se contemplan sanciones para quienes violen las disposiciones de esa ley, que van desde multas hasta privación de la libertad que en los casos más graves puede alcanzar diez años.

En el caso de la Gran Bretaña, conforme ha pasado el tiempo su legislación ha sido más tolerante a las prácticas de reproducción asistida. La legislación más reciente contiene una regulación minuciosa de los requisitos y condiciones para llevarlas a cabo y crea una autoridad específica en la materia. Es de notarse que a diferencia de lo que ocurría con la legislación de 1985, la normatividad actual admite la posibilidad de la maternidad sustituta siempre y cuando no exista lucro ni controversia entre la pareja infértil y la madre sustituta, pues en ese caso el hijo permanece con esta última.

2.2 El caso de los Estados Unidos de América.

La admisión o prohibición de técnicas de reproducción humana asistida en los Estados Unidos es materia local de cada Estado de la Unión. En general, se admiten la inseminación artificial y la fertilización *in vitro* como técnicas válidas para tratar la infertilidad. Por lo regular, son permisibles las donaciones de semen y de óvulos, y se considera como padres del menor a la pareja que recibió la donación de semen u óvulos, descartando cualquier posibilidad de parentesco entre quienes aportan el material genético y el hijo. En algunos estados incluso se permite retribuir económicamente a los donadores de gametos. No obstante, la maternidad sustituta está reglamentada de manera muy heterogénea pues en algunos lugares la permiten mientras que en otros la prohíben y la elevan a delito.

Gail Dutton³¹ menciona que en los estados de Alabama, Arkansas, California, Florida, Georgia, Iowa, Kentucky, Louisiana, Maine, Minnesota, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New York, Tennessee, Virginia, Washington y West Virginia es posible realizar contratos de maternidad sustituta ya sea porque la ley lo permite expresamente; porque no lo prohíbe tajantemente; porque prohibiéndolo no señalan sanciones si se realiza, o porque lo consideran una excepción a las hipótesis de venta de menores. Sin embargo, en algunos de ellos sólo está permitido hacerlo sin fines de lucro, es decir, las madres portadoras no pueden recibir ninguna cantidad de dinero por sus servicios pues está incluso sancionado penalmente. Pueden, sin embargo, recibir el reembolso de los gastos médicos relacionados con la gestación y el parto. En muchos de estos estados la ley prevé que los contratos de maternidad sustituta no son de cumplimiento forzoso. En la mayoría se considera a los padres biológicos como los padres del menor sin otorgarle reconocimiento como madre a la gestante. En relación con este último aspecto, se menciona que el estado de California es el

³¹ Dutton, Gail, *A matter of trust, the guide to gestational surrogacy*, Irvine, Clouds Publishing, 1997, pp. 62-75.

que otorga un apoyo y reconocimiento más fuerte a los padres biológicos porque los precedentes judiciales y las leyes estatales consideran que el menor no existiría de no ser por la voluntad de los padres genéticos, y que esa voluntad debe ser respetada.

Esta misma autora comenta que en los estados de Arizona, Illinois, Indiana, Michigan, New Jersey, North Dakota, Texas, Utah y el Distrito de Columbia no es posible realizar contratos de maternidad sustituta ya sea porque la ley lo prohíbe expresamente, especialmente cuando se hace con fines comerciales que en muchos casos es sancionada con multas o cárcel; porque se priva de reconocimiento a los efectos de esos contratos considerándose a la madre sustituta como la madre del menor, o en virtud de que se equipara la maternidad sustituta a la venta de un menor.

2.3 El caso de Suecia.

El primer caso de legislación europea sobre cuestiones de reproducción asistida corresponde al caso de Suecia con su Ley de Inseminación Artificial del 20 de diciembre de 1984 y que entró en vigor a partir del 1º de marzo de 1985. Entre los principales aspectos normativos de esta ley se encuentran:

- La inseminación artificial sólo puede efectuarse en mujeres casadas o que convivan con un hombre en una relación análoga al matrimonio;
- Se requiere el consentimiento escrito del marido o del hombre con quien la mujer conviva;
- Se permite que la inseminación se haga con semen de un tercero distinto al marido o al hombre que conviva con la mujer, siempre y

cuando se haga en hospitales públicos, bajo el cuidado de médicos especialistas y con la aprobación de éstos respecto de las condiciones médicas, psicológicas o sociales del marido o compañero, además de que sólo en el caso de que existan garantías de que el niño que nazca crecerá en óptimas condiciones de desarrollo;

- El médico elige al tercero donante que considere adecuado;
- Los informes sobre el donante se deben guardar en libro especial de memoria clínica que se debe conservar por un tiempo no inferior a setenta años;
- El niño así engendrado -con semen de tercero- tiene derecho, una vez que alcance la suficiente madurez, a acceder a los informes registrados en el libro de memoria clínica;
- En caso de procesos sobre paternidad, el responsable de la inseminación o quien tenga la disposición de los informes debe entregarlos a los tribunales que lo soliciten, y
- Se castiga con multa o pena de privación de la libertad de un máximo de seis meses a quien por habitualidad o con ánimo de lucro realice una inseminación en contra de las disposiciones de la ley.

Destaca de esta regulación el hecho de que no basta la sola voluntad de la pareja infértil para lograr la inseminación cuando se hace con semen de un tercero, sino que aparte de tener que realizarse forzosamente en un hospital público, depende de la autorización del médico quien revisa cuestiones médicas,

psicológicas, sociales y hasta económicas que aseguren el bienestar del niño durante su desarrollo.

Llama la atención también que la información sobre el donante de semen deba guardarse durante setenta años y el hecho de que no se exija la mayoría de edad para que el niño engendrado por un proceso de inseminación artificial con semen de tercero pueda acceder a la información que identifique al donante, sino que alcance la "suficiente madurez" para ello.

2.4 El caso de Costa Rica.

El 3 de marzo de 1995, se publicó en la gaceta oficial de Costa Rica el Decreto de Regulación de la Reproducción Asistida, que desde ese mismo día entró en vigor. Dentro de las características principales de ese ordenamiento destacan:

- Sólo se autoriza la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges;
- Se debe justificar por parte del equipo médico tratante que es el último procedimiento médico terapéutico para que la pareja pueda concebir, aun después de haber brindado asesoría sobre procedimientos y posibilidades de adopción;
- La pareja conyugal debe otorgar constancia escrita de su anuencia para recibir tratamiento de técnicas de reproducción asistida;
- Sólo se permite la utilización de óvulos o espermatozoides provenientes de una tercera persona donante como último recurso médico terapéutico, una vez que la pareja tratada con técnicas de reproducción asistida homólogas no ha podido concebir y ha

manifestado por escrito su consentimiento para recibir tratamiento con células germinales de una tercera persona identificada previamente. Requiere además la autorización previa y expresa del Ministerio de Salud, el que debe escuchar la recomendación del Comité de Reproducción de Seres Humanos del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica;

- El donante debe manifestar su anuencia por escrito e identificar a la pareja conyugal beneficiaria; sólo puede hacerlo una vez y queda registrado para que en el futuro no lo haga otra vez;
- En todos los casos el hijo se considera como hijo del matrimonio, aun cuando haya intervenido un donante de óvulo o espermatozoide, quien no tiene ningún derecho ni obligación respecto de él;
- En casos de fertilización *in vitro*, no se permite fecundar más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, y la totalidad de los fecundados deben ser transferidos a la cavidad uterina en el mismo ciclo. Se prohíbe desechar, eliminar o conservar embriones para ciclos subsecuentes;
- Están prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión y la experimentación, y
- Está prohibido también comerciar con óvulos o espermatozoides.

La normatividad costarricense descarta, consecuentemente, la posibilidad de aplicar estas técnicas a las mujeres solteras, la maternidad sustituta y la congelación de embriones.

2.5 El caso de Alemania.

La visión de los problemas éticos y jurídicos originados en la reproducción asistida hizo que los alemanes crearan, en 1984, una comisión plural e interdisciplinaria de expertos denominada Comisión Benda, que se encargó de estudiar el fenómeno y crear propuestas al legislador sobre la regulación de estos temas. En 1985, la comisión presentó su informe en el que se pronunciaba admitiendo la fertilización *in vitro*, pero se mostraba reticente cuando esas fecundaciones *in vitro* eran realizadas con la ayuda de una donación de semen o de óvulos. Mayor era la reticencia sobre la donación de embriones, y aconsejaba prohibir la maternidad de sustitución³².

Schroeder y Giessen Printzen³³ explican que en Alemania las leyes relevantes relacionadas con la reproducción asistida son la ley de protección de embriones, las leyes de las profesiones médicas y los lineamientos de la asociación médica para la fertilización *in vitro*. Destacan que algunas de esas leyes son más estrictas que en otros países europeos. Que existen problemas de derechos civiles cuando existen inseminaciones con donadores. Los menores están autorizados a obtener información sobre sus padres biológicos al cumplir 18 años. El médico que ha practicado una inseminación es obligado a mantener esa información durante más tiempo que el resto de los archivos médicos que pueden destruirse después de 10 años. El esposo de la mujer inseminada artificialmente con semen de donador debe comprometerse ante notario a proveer para su manutención.

Sobre la maternidad sustituta, Victoria Kepler y Michael Bokelman³⁴ explican que en Alemania la situación es muy restrictiva. A tal grado, que es

³² Cárcaba Fernández, María, *Op. Cit.*, nota 5, pp. 51-52

³³ Schroeder, I. Y Printzen, Giessen, *Legal aspects of assisted reproductive techniques*, International Society of Andriology Newsletter august 1996, <http://www.andrology.org/96Aug/german.htm>

³⁴ Kepler, Victoria y Bokelmann, Michael, *Surrogate motherhood – the legal situation in Germany*, The American Surrogacy Center Inc., <http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.htm>

prácticamente imposible celebrar esta clase de contratos en ese país. Mencionan que entre 1985 y 1986 tres casos de maternidad sustituta llegaron hasta los tribunales germanos en los que de forma unánime los tribunales tomaron una posición en contra de la maternidad sustituta y resolvieron anular los contratos por ser contrarios a leyes de orden público. Agregan, que al entrar en vigor en el año de 1990 la ley sobre protección de embriones, se prohibió la donación de óvulos; se estableció la prohibición para los médicos de inseminar o transferir embriones a una mujer que desea entregar al niño a la pareja a favor de la cual lo va a gestar en virtud de un contrato de maternidad sustituta. La violación de esta disposición está sancionada penalmente, como también lo está servir de intermediario para los contratos de maternidad sustituta o anunciar tales servicios.

2.6 El caso de España.

En 1988 se promulgó en España la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ordenamiento que fue complementado ese mismo año con la posterior Ley sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos.

Los aspectos fundamentales de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida son los siguientes:

- Sólo reconoce con el carácter de técnicas de reproducción humana asistida a la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos, cuando estén científica y clínicamente indicadas así como se realicen en establecimientos autorizados;

- Señala como finalidad de estas técnicas la actuación médica ante la esterilidad humana así como la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario;
- Las técnicas de reproducción humana asistida sólo se pueden emplear en mujeres mayores de edad con buena salud que lo soliciten, que sean informadas debidamente, y acepten de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Si la mujer está casada, requiere del consentimiento del esposo otorgado con las mismas características, a menos que estén legal o voluntariamente separados;
- Se prohíbe fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana;
- Sólo se permite transferir al útero el número de preembriones que científicamente se considere el más adecuado para asegurar el embarazo;
- Se clasifica la donación de gametos y preembriones como contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado. Nunca podrá tener carácter lucrativo o comercial. Sólo se permite su revocación por infertilidad sobrevenida del donante;
- La donación será anónima. Los hijos y las receptoras de los gametos tienen derecho a obtener información general del donante pero no su identidad, la cual sólo en casos excepcionales podrá revelarse;
- Los donantes deben tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que debe garantizar la máxima similitud fenotípica e inmunológica, además de

las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar;

- Ni el marido ni la mujer pueden impugnar la filiación matrimonial del hijo que ha nacido a consecuencia de la fecundación (artificial) con contribución de donante o donantes, si ellos han dado su consentimiento a tal fin en forma previa y expresa;
- La revelación de la identidad del donante no implica en ningún caso determinación legal de la filiación;
- Se reconoce relación de filiación entre el marido fallecido y el hijo nacido de las técnicas de reproducción humana asistida si el material reproductor del varón se encontraba en el útero al momento de su muerte;
- Se permite la fecundación *post mortem*, es decir se autoriza a que el varón manifieste su voluntad —en escritura pública o testamento— para que su mujer pueda utilizar su material reproductor durante los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundarse. El hijo así nacido será considerado hijo del matrimonio;
- Se considera nulo de pleno derecho el contrato de gestación de sustitución [maternidad sustituta] sea gratuito u oneroso. La filiación de los hijos nacidos por esta causa se determina por el parto y se deja a salvo la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico;
- Se permite congelar semen en bancos de gametos autorizados hasta cinco años. La congelación de óvulos no se autoriza sino hasta que existan suficientes garantías sobre su viabilidad después de su

descongelación. Los preembriones sobrantes también se podrán congelar por un máximo de cinco años;

- Se posibilita la intervención sobre el embrión con fines de diagnóstico o terapéutico. También se autoriza la investigación en gametos;
- Se autoriza la investigación en preembriones vivos bajo ciertos requisitos y la que se efectúe en preembriones muertos sin mayores trámites;
- Se regula la actuación de los equipos biomédicos que practiquen las técnicas de reproducción humana asistida;
- Se establecen conductas que son calificadas como infracciones graves o infracciones muy graves, aunque sin sanción;
- Se crea un organismo normativo y regulador denominado Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

La ley española como se aprecia contiene tanto disposiciones de carácter civil por cuanto afectan al tema de la filiación, como de carácter administrativo tendentes a regular la intervención de los equipos médicos que llevan al cabo estas técnicas.

Destaca en este ordenamiento la utilización del concepto de preembrión que, como veremos más adelante, sirve de justificación para autorizar el desechamiento y la experimentación sobre los embriones.

Llama la atención que las conductas calificadas como infracciones graves o muy graves no tengan asignada una sanción administrativa o penal, lo que vuelve tales prohibiciones inoperantes.

Por otra parte, la Ley sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, establece principalmente lo siguiente:

- La autorización para que se donen embriones, fetos o sus estructuras biológicas, cuando se cuente con autorización de los donantes, que no haya interés lucrativo o comercial y que se trate de embriones o fetos clínicamente no viables o muertos;
- Se prohíbe la interrupción del embarazo con la finalidad de donar y utilizar posteriormente los embriones o fetos así como sus estructuras biológicas;
- Se obliga a que toda actuación sobre el embrión o el feto vivo en el útero sea con fines de diagnóstico o terapéutico;
- Se permite la investigación y la experimentación una vez obtenida autorización de la autoridad administrativa correspondiente;
- Se establecen infracciones graves o muy graves, y se remite para su sanción a la Ley General de Sanidad.

Esta ley es útil porque regula la donación y el transplante de órganos provenientes de embriones y fetos, a diferencia de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que regula al preembrión. Se denomina preembrión al óvulo fecundado desde el momento de su fertilización hasta el día catorce posterior.

Adicionalmente, en 1991 la Comunidad Autónoma de Cataluña promulgó una Ley sobre Filiación en la que se reguló la filiación producida por las técnicas de reproducción humana asistida. El legislador catalán consideró que al amparo de

la constitución española, cuenta con facultades para legislar en esa materia, dado que no tocó aspectos de orden administrativo sino meramente civiles. Los principios que guían esa legislación son:

- El de libre investigación de la paternidad y la maternidad, así como el de veracidad o adecuación de la paternidad y maternidad jurídico-formal a la biológica en la medida de lo posible;
- La presunción de la paternidad producto de técnicas de reproducción asistida no sólo en el caso de la filiación matrimonial, sino también en el caso de la filiación no matrimonial;
- Se otorga un plazo mayor para la inseminación *post mortem*, que el de la legislación nacional, que es de nueve meses prorrogables por tres más, y se limita a un solo caso comprendido el parto múltiple.

Esta legislación parte de varios supuestos importantes declarados en la exposición de motivos. Entre ellos se encuentra el hecho de que nadie debe ser discriminado por nacimiento, en consecuencia todo menor debe tener padre y madre por lo que se debe establecer con claridad su filiación cuando es producto de técnicas de reproducción asistida, y cuando la fecundación artificial se da con el consentimiento del hombre, se equipara a una relación sexual natural.

El legislador catalán tampoco pretendió influir en la realización de las técnicas de reproducción asistida, sino que se limitó a reconocer que es imprescindible determinar con precisión la filiación de quienes nacen gracias a estos procedimientos, para saber a quienes asignar las obligaciones derivadas del status de padre o madre. Por esa misma razón inclusive regula la inseminación *post mortem*, ya que evidentemente es peor para los intereses del hijo póstumo

desconocer su filiación y es precisamente a quien se castigaría al negarle derecho a suceder al padre.

2.7 El caso de Francia.

En Francia la inquietud por el tema de la reproducción asistida llevó a reformar, en enero de 1994, diversas leyes a fin de regular estas técnicas y proteger, mediante normas inspiradas por los valores éticos, al cuerpo humano y sus elementos y productos, a la procreación, y a las medidas de salud relacionadas con la asistencia médica, los diagnósticos y la investigación.

Así lo explica Guy Mazet³⁵ cuando señala que se incluyeron en el propio Código Civil los principios generales sobre el estatuto jurídico del cuerpo humano, contenidos en el capítulo II del título primero denominado "Del respeto del cuerpo humano" (artículos 16 a 16-12). Estos principios establecen la primacía de la persona y garantizan el respeto a todo ser humano desde el principio de la vida. Esta supremacía de la persona se refleja en el carácter de disposiciones de orden público que guardan las normas de ese capítulo y, consecuentemente, implica el sometimiento de la ciencia a este valor superior. Además se traducen en una situación jurídica protectora del cuerpo humano mediante dos vertientes: la inviolabilidad del cuerpo humano y la imposibilidad del cuerpo humano de ser objeto de un derecho patrimonial.

Continúa explicando este autor, que el principio de inviolabilidad del cuerpo humano está desarrollado en el Código Civil en los siguientes términos: se prohíbe atentar contra la integridad física de la persona, la que sólo puede ocurrir con el consentimiento previo y por escrito del interesado, hecha excepción de los casos en los que es físicamente imposible prestar tal

³⁵ Mazet, Guy, *El proyecto de legislación francesa sobre la bioética*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/infojus/fij.htm>

autorización; se prohíbe también realizar prácticas eugenésicas y las que alteren las características genéticas de la persona; se autorizan las investigaciones que tengan como fin la eliminación de las enfermedades genéticas; sólo se admite la identificación de personas por huellas genéticas mediante previo consentimiento y con fines judiciales, médicos o científicos.

En relación con el principio de la imposibilidad del cuerpo humano, sus elementos y productos para ser objeto de un derecho patrimonial, el autor citado sostiene que no implica la indisponibilidad del organismo sino su imposibilidad de ser objeto de relaciones patrimoniales, no pueden ser tasados en dinero. Es con este sentido que se declaran nulos los convenios cuyos efectos sean conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o productos; asimismo se prohíben las remuneraciones para las personas que se presten a experimentación, a investigación biomédica o que donen órganos o productos de su cuerpo. También se declaran nulos los convenios para la procreación o gestación por cuenta de otro (maternidad sustituta) y se establecen sanciones penales para quienes actúen como intermediarios. Se dispone el anonimato entre donantes y receptores de órganos o productos del cuerpo humano, con la excepción de casos de necesidad médica.

Además, en la reforma de 1994, se agregó en el Código Civil en el libro primero, título VII, capítulo primero, respecto de la filiación, una nueva sección identificada con el número IV denominada "De la procreación médicamente asistida". Estas normas fueron enriquecidas con diversas reformas al Código de Salud Pública realizadas en 1995, 1997 y 1999 que sientan los requisitos y procedimientos médicos y sanitarios para la aplicación de técnicas de reproducción asistida. Al respecto nuevamente Guy Mazet advierte que la asistencia a la procreación está condicionada a esterilidad médicamente comprobada y, excepcionalmente, a casos en que se pretenda evitar la transmisión de alguna enfermedad grave e incurable al niño. La práctica de la procreación asistida está limitada a parejas heterosexuales, estables (casadas o

en concubinato por un lapso de 2 años mínimo), los dos miembros de la pareja deben estar vivos, en edad de procrear y dar su consentimiento, por lo que se prohíben las inseminaciones *post mortem* y el acceso a estas técnicas a mujeres solteras o parejas de homosexuales.

Además, el autor en consulta señala que el embrión materia de reproducción asistida debe ser concebido *in vitro* e implantarse dentro de los ocho días siguientes. Se busca evitar el recurso de la congelación de embriones supernumerarios aunque se autoriza si la pareja lo desea para ser utilizados en cinco años. No queda clara la situación de los embriones supernumerarios, no obstante se permite bajo ciertas condiciones su donación a parejas infértiles. La experimentación sobre embriones así como su concepción con fines de investigación, comerciales o industriales está prohibida.

En relación con la donación y utilización de gametos, se prohíbe la mezcla de semen, se limita a 5 el número de niños concebidos con semen de un mismo donador, obliga a que el donador pertenezca a una pareja que ya haya procreado, que tanto la pareja donadora como la receptora den su consentimiento. Es clara la intención del legislador de privilegiar la procreación con material genético de la pareja y, sólo excepcionalmente, con material genético de donador.

Respecto a la filiación, se da mayor importancia al papel de la voluntad en la filiación que a los aspectos meramente biológicos. Es decir, la filiación de un menor nacido de técnicas de reproducción asistida se basa en el consentimiento de la pareja beneficiaria de esas técnicas y, consecuentemente, está prohibida la impugnación del lazo de filiación. El mismo caso aplica cuando hay un parto cuyo producto fue concebido mediante la donación de óvulo o embriones, pues la ley impide que se contradiga la maternidad. Del mismo modo se excluye la posibilidad de establecer cualquier lazo de filiación entre el donante y el menor producto de la concepción ni de exigirle ninguna clase de responsabilidad.

También, si el concubinario se niega a reconocer al hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida, y dio su consentimiento para la realización de tales técnicas, no se tomará como reconocimiento de hijo tal consentimiento pero sí se le podrá exigir una responsabilidad equivalente a una paternidad forzada.

Por último, se prohíbe el diagnóstico preimplantatorio en concordancia con la prohibición de prácticas eugenésicas.

La legislación francesa en materia de reproducción asistida, tildada de conservadora por algunos, es la que muestra una preocupación más elevada por conciliar los principios éticos y humanísticos con la regulación de la ayuda a la procreación. Como toda norma, es perfectible y presenta algunos puntos cuestionables, principalmente en lo referente a la congelación de embriones y los efectos sucesorios que puede tener.

2.8 El caso de Australia.

El primer estado australiano que legisló sobre reproducción asistida fue *Victoria*, donde en 1984 se promulgó *The Victorian Status of Children Amendment Act*, la cual modificó el status de hijo en el derecho de familia local, estableciendo que el hijo nacido de mujer casada que haya sido resultado de la inseminación con esperma donado, y cuyo esposo hubiera consentido ese procedimiento, deberá ser considerado como hijo del marido amparado en la presunción de paternidad.³⁶

En 1987 el estado de South Australia promulgó la *Reproductive Technology Act*, para regular el uso de las tecnologías reproductivas y la investigación que

³⁶ Lledó Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, editorial Tecnos, 1998, p. 33.

implique experimentación con material reproductor humano. Las características de esa ley son:

- Crea un órgano oficial que vigile la práctica de la fertilización *in vitro* y la investigación relacionada con ella;
- Establece los principios para la creación de un código de ética para la práctica de la fertilización *in vitro*;
- Condiciona la práctica o la investigación de estas tecnologías a la obtención de licencias por parte de las autoridades de salud;
- Prohíbe investigaciones dañinas para los embriones y sanciona la divulgación de información confidencial

Existen algunos estados australianos que carecen de regulación para la práctica de la fertilización *in vitro*, por lo que únicamente se guían por las normas éticas de los colegios profesionales de medicina que pueden traer aparejadas sanciones en caso de su violación consistentes en amonestaciones, suspensión para ejercer la medicina o multas.

Sin embargo, a nivel federal y estatal, Australia ha modificado su legislación sobre filiación para adaptarse a las nuevas técnicas empleadas en la concepción. De esta forma se considera que si una mujer casada tiene un hijo concebido mediante alguna técnica de fertilización, como la inseminación artificial, aún en el caso de que el semen sea de un donador se presume padre del bebé al esposo. Igualmente, si una mujer se embaraza con un óvulo donado por una tercera, la madre gestante es tratada como la presunta madre.³⁷

³⁷ Report 58, Artificial conception: in vitro fertilization, <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/r58chp2>

Por último, respecto de los componentes del cuerpo humano, el *common law* no distingue entre distintas clases de tejidos humanos, por lo que incluye dentro de este concepto a los óvulos y al semen. Además, existe la regla general que en materia de tejidos y órganos humanos no existe propiedad y es la persona que los posee quien los controla. Al respecto, en 1983 se dictó la *Human Tissue Act*, que restringió el uso de los tejidos humanos en dos aspectos: 1) Prohibió expresamente el comercio con tejidos humanos, incluyendo óvulos y espermatozoides, y 2) Estableció que el semen obtenido de un donador debe ser utilizado para el propósito específico para el que fue donado, a menos que el donador haya autorizado su utilización para diversos fines.³⁸

2.9 Situación jurídica del uso de las tecnologías para la reproducción asistida en México.

La incipiente regulación de las consecuencias de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país pueden ser consecuencia de muchos factores menos de que tales técnicas no se utilicen aquí. En 1995, el periódico *Reforma*³⁹ entrevistó al médico Alfonso Gutiérrez Najjar, quien logró en 1991 el nacimiento en México del primer niño concebido mediante la fertilización *in vitro*. De esa entrevista, se obtuvieron los siguientes datos:

- De 1991 a 1995 llevaba logrados más de 400 nacimientos de niños concebidos mediante fertilización *in vitro*;
- Que la maternidad sustituta se practica en México, principalmente con parientes o amistades, aunque se habían presentado casos de mujeres que por una cantidad de entre 500 a 2000 dólares “alquilaban” su vientre;

³⁸ *Idem.*

³⁹ Cherem S., Silvia, *Transferencia de embriones: Urge legislarla*, periódico *Reforma*, México, suplemento Salud, 29 de mayo de 1995, pp. 10 y 11.

- Que desarrollaba un programa de donación de óvulos en el que tenía para ese año 15 mujeres registradas con la intención de obtener 1500 dólares por un ciclo de captura de óvulos;
- Que para ese momento tenía más de 400 embriones congelados en su centro de tratamiento.

La preocupación por legislar sobre el tema no es nueva, si bien los avances han sido muy escasos. Ernesto Gutiérrez⁴⁰ cita que en 1958 el Presidente de México envió al Congreso de la Unión un proyecto de ley denominado "Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos" a la que nunca se dio trámite y que desde su título parece francamente desafortunada. También menciona el caso del anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León de 1991, elaborado por él mismo, en el que se regulaban las técnicas de reproducción asistida y sus efectos en diversas instituciones civiles. Dicho anteproyecto tampoco se convirtió en ley.

La Ley General de Salud contiene una regulación muy pobre relacionada con la reproducción asistida. En primer lugar, el artículo 314 señala en sus fracciones I, VIII, XI y XIV lo siguiente:

"Art. 314.- Para efectos de este título se entiende por:

I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

...

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

...

XI. Producto, a todo tejido o substancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel;

⁴⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho sucesorio intervivos y mortis causa*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997, p.p. 260 y 262.

...
 XIV. Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo”.

Esto lleva a Gonzalo Moctezuma⁴¹ a considerar que la inseminación homóloga, es decir la que se practica en la esposa con esperma del cónyuge, no presenta problemas jurídicos puesto que técnicamente estaríamos frente a un trasplante de componentes de tejidos permitido por ese cuerpo normativo. Diferimos de esta opinión porque el espermatozoide no se integra al cuerpo del receptor, lo que debe ocurrir necesariamente en los trasplantes. Creemos, que la posibilidad de la inseminación artificial con semen del esposo deriva de que como medida destinada a tratar un problema de salud –la infertilidad- no está prohibida porque no viola los derechos de la pareja ni del concebido. Es decir, la unión conyugal supone la entrega mutua del cuerpo, expresada en el fin conyugal de la procreación, lo que lleva a concluir que entre cónyuges no hay “donación” de semen, puesto que tales elementos son de la pareja para alcanzar los fines esenciales del matrimonio, que es la fundación de la familia.

Los artículos 320 y 321 de esa ley restringen la donación de órganos, tejidos y células a destinarlos a trasplantes. En esas condiciones las células germinales, por no integrarse al organismo del receptor, no son materia de donación. El artículo 330 prohíbe expresamente el trasplante de gónadas o tejidos gonadales. Por su parte, el artículo 466 de la mencionada ley tipifica como delito la siguiente conducta:

“Art. 466. Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

⁴¹ Moctezuma Barragán, Gonzalo, *La reproducción asistida en México. Un enfoque multidisciplinario*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm>

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

Además, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud al regular, en su Capítulo IV, la investigación en mujeres embarazadas además de la utilización de embriones, óvulos y fetos así como la fertilización asistida señala en el artículo 40 fracción XI que se entiende por fertilización asistida “aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro”. Aunque no define qué se entiende por inseminación artificial homóloga y heteróloga, veremos posteriormente que esta última es la realizada con semen de un tercero donador ajeno, lo que está en contradicción con la regulación que hace la Ley General de Salud a que nos hemos referido anteriormente y que, por su jerarquía de ley, debe prevalecer en el sentido de que sólo proceden las donaciones para trasplantes, lo que no sucede con el semen. Ese mismo reglamento en el artículo 43 señala lo siguiente:

“Art. 43. Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óvulos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente y manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido”.

Por último, el artículo 56 del mismo reglamento dispone que la investigación sobre fertilización asistida sólo procede cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, con respeto al punto de vista moral, cultural y social de la pareja.

En síntesis, las normas previstas en la Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, permiten establecer que la reproducción asistida puede realizarse bajo estos límites:

- Procede como último recurso, una vez que se han agotado los demás medios de solución de problemas de esterilidad;
- Requiere del consentimiento escrito y expreso de la mujer, previa información completa;
- Sólo se puede realizar en parejas estables, pues se necesita el consentimiento del cónyuge o del concubinario;
- No procede la inseminación artificial o fertilización *in vitro* con semen de terceros donadores. Nada impide, por el contrario, que se practique de forma homóloga, es decir, con semen del cónyuge o del concubinario.

Sin embargo, la regulación de la reproducción asistida contenida en la Ley General de Salud y su reglamento omite contemplar diversas situaciones fácticas que son posibles como, por ejemplo, la congelación de semen y su disposición a la muerte de la persona, la congelación de embriones, y una serie de variantes que se mencionaron en el capítulo primero de este trabajo cuando se analizaron las técnicas de reproducción asistida.

Esta necesidad palpable de regular de manera integral el fenómeno de la reproducción asistida motivó que el 27 de abril de 1999, el Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México en la Cámara de Diputados, correspondiente a la LVII Legislatura, presentaron una iniciativa de ley titulada "Ley que Regula las Técnicas de Reproducción Asistida y la Disposición de Material Genético Humano", la cual fue turnada inmediatamente a la Comisión

de Salud donde, hasta diciembre de 2001, se encuentra pendiente de dictaminar. Esta propuesta legislativa tiene como principales características:

- Limita el uso de las técnicas a las mujeres casadas o en concubinato, que cuenten con dieciocho años de edad como mínimo, plena capacidad de obrar y el consentimiento escrito del marido o concubinario;
- Permite la fecundación *post mortem*, señalando un plazo de seis meses posteriores al fallecimiento para la utilización del material reproductor, el cual puede ser del hombre o de la mujer, y se reconocen efectos de filiación matrimonial;
- Se autoriza la maternidad sustituta o asistida, mediante contrato que puede ser oneroso o gratuito y en el que, entre otras cosas, se debe contener la renuncia de la mujer gestante a la filiación materna del producto a favor de la contratante o de un tercero, en virtud de que se le considera como mera depositaria de material genético fecundado ajeno a su estructura y composición fisiológica;
- Se limita la crioconservación de semen, óvulos y embriones sobrantes de una fertilización *in vitro* a cinco años, pasados los cuales se destinarán a centros de investigación;
- Sólo se permite la donación de material genético con fines científicos;
- Se autorizan las intervenciones sobre preembriones, embriones y fetos sólo con fines de diagnóstico o terapéuticos;
- Se acepta la investigación y experimentación sobre preembriones, embriones y fetos siempre y cuando no sean viables y se encuentre fuera del cuerpo humano;

- Se señalan conductas consideradas como infracciones leves y graves, con sus correspondientes sanciones administrativas y
- Contempla la creación de un organismo público denominado Comisión Nacional de Reproducción Asistida encargado de auxiliar a la Secretaría de Salud en la aplicación de esa ley.

No es de extrañar que la iniciativa en comento aún no haya sido dictaminada, si se considera que presenta graves fallas como son:

- a) No se define qué debe entenderse por preembrión, embrión y feto;
- b) Autoriza la maternidad asistida (sustituta), y lo hace mediante contrato. Por otra parte, exige a la madre sustituta o portadora la renuncia de la filiación y, consecuentemente de la patria potestad, situación no permitida por el Código Civil y que contraría el principio de que la madre es quien pare al hijo;
- c) Permite la inseminación *post mortem*;
- d) Permite la congelación de embriones, por un plazo máximo de 5 años, plazo después del cual se destinarán a centros de investigación, aunque la propia ley en otra parte exige el consentimiento de las personas de quienes provienen los embriones para poder realizar cualquier investigación sobre ellos, y no se aclara qué sucederá si no se obtiene éste;
- e) Trata a los embriones como cosas, sin concederles la protección jurídica que merecen reconocida por la ley, y

- f) Está plagada de contradicciones sobre las intervenciones que pueden o no realizarse sobre embriones.

No obstante la práctica cada vez más frecuente en nuestro país de la reproducción asistida, solamente los códigos civiles del Distrito Federal, de Tabasco, de Coahuila y Querétaro han sido reformados, con mayor o menor fortuna, para regular las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de esas técnicas en materias como el matrimonio, el divorcio, la filiación y, consecuentemente, las sucesiones. En el resto de las entidades federativas se carece del marco normativo necesario.

A) El Código Civil para el Distrito Federal, dispone en sus artículos 162, segundo párrafo, 267 fracción XX, 293, 326 y 329, lo siguiente:

- Respecto de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, que:

“Art. 162...

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

Parece excesivo hablar de “cualquier método” de reproducción asistida. Toda libertad debe tener límites en función del interés social.

- Como causal de divorcio:

“Art. 267.- Son causales de divorcio...

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge,”

- Sobre el parentesco:

"Art. 293 ...

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan."

- En relación con los casos en los que no se puede impugnar la paternidad que:

"Art. 326...

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos."

"Art. 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge."

En los tres artículos anteriores se adopta la posición de basar la creación de la relación filial en la voluntad de procrear, más que en la verdad de los lazos biológicos o genéticos.

B) Por su parte el Código Civil de Tabasco, con técnica jurídica y redacción mucho menos afortunada, establece en la parte conducente de sus artículos 31, 165, 272 fr. XVIII, 324, 327, 330, 347 y 1396 lo siguiente:

- Respecto de la capacidad de goce:

"Art. 31. Capacidad de goce.-La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por

cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.”

A diferencia de lo que sucede en el Código Civil del Distrito Federal, en el que se habla de reproducción o fecundación asistida, este artículo emplea las palabras “concepción humana artificial” lo que a nuestro parecer es incorrecto. Si de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por concepción se entiende “Acción y efecto de concebir” y por concebir “Quedar preñada la hembra” es claro que no puede haber concepción artificial. Máxime si se toma en cuenta que lo artificial es lo que es “Hecho por mano o arte del hombre” o bien lo que es “No natural, falso”, según el diccionario, puede existir fecundación o fertilización asistida, que implica auxilio externo para la unión de los elementos reproductores masculino y femenino a fin de dar lugar a un nuevo ser, pero no puede haber embarazo no natural. Lo no natural puede ser el medio a través de los cuales se logre la fecundación.

Adicionalmente, se dota de personalidad jurídica a cualquier embrión, aunque no se halle en el útero, protección que se extiende a los que estén congelados.

- En relación con los derechos y deberes que nacen del matrimonio:

“Art. 165. Fidelidad y ayuda mutua.-Los cónyuges...

Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.”

También se utiliza una fórmula incorrecta al hablar de reproducción artificial. La reproducción es un hecho biológico natural. Lo artificial pueden ser los mecanismos de fecundación. Este artículo también abre la posibilidad de utilizar cualquier método de reproducción asistida, lo que parece francamente excesivo, y hace extensivo este derecho a los concubinos.

- Como causal de divorcio:

"Art. 272. Causales.-Son causas de divorcio necesario:

...

XVIII. Emplear, la mujer, método de concepción humana artificial, sin el consentimiento del marido."

- Sobre las presunciones de paternidad en la filiación:

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

"Art. 327. Cuándo no podrán desconocerse a los hijos.-El marido no podrá desconocer a los hijos... Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento."

"Art. 330. Contradicción de paternidad.-Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida."

En los dos primeros artículos se insiste en la terminología "reproducción artificial", mientras que en el último se habla ya con un sentido diferente de "reproducción médica asistida" aunque debería decir reproducción médicamente asistida.

El artículo 330 es controversial, pues por un lado establece la posibilidad de que se impugne la paternidad de un hijo nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio, pero la descarta si el hijo "nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida" ha sido reconocido por el marido. La incongruencia deriva de que las técnicas de reproducción asistida no se aplican

al nacimiento sino a la concepción; además, si existe tal reconocimiento de hijo es irrelevante si fue concebido gracias a técnicas de reproducción asistida o no. La imposibilidad de impugnar la filiación deriva del reconocimiento de hijo hecho por el padre, y no de otra circunstancia.

- Sobre las pruebas de filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges:

“Art. 347. Respecto del padre.-Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por...

Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando e el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.”

El artículo 347 está muy mal hecho. Su segundo párrafo establece una excepción a la presunción de paternidad respecto de hijos nacidos fuera de matrimonio señalada en su primer párrafo, pero estableciendo reglas sobre determinación de ¡la maternidad!, en los casos de subrogación.

Por si fuera poco, permite la maternidad sustituta y establece primero que “se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo”. Bajo el supuesto de que pudiera existir contrato de maternidad sustituta –que ni bajo la regulación de lo que puede ser objeto de los contratos de ese propio código los puede haber- tanto la que gesta por cuenta ajena como quien encomienda la gestación serían contratantes, por lo que no queda claro a quién se refiere el artículo como madre legal. Pero después el legislador se contradice y afirma que “cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató”, por lo que interpretado a

contrario sensu, tendríamos que si la madre sustituta aporta el óvulo, constituyéndose a la vez en madre biológica, entonces la madre será ella. Entonces, al inicio se dice que no importa que se aporte o no el óvulo y luego resulta que es determinante el nexo biológico.

Adicionalmente, este precepto contradice la regla contenida en el artículo 346 acerca de que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta en relación con la madre del solo hecho del nacimiento, siguiendo la fórmula del derecho romano de que la madre es quien pare al hijo.

- Sobre quiénes tienen capacidad para heredar:

"Art. 1396. Incapacidad por falta de personalidad.-Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o que aun cuando lo estén no nazcan vivos, salvo que el autor de la herencia dispusiere válidamente en documento auténtico, la posibilidad de la inseminación de su esposa o concubina, después de su muerte. En este último caso, la mujer deberá estar embarazada dentro de un año después de la muerte del marido."

Este artículo autoriza la injusta (con el hijo, como se verá más adelante) fecundación *post mortem*, previo consentimiento, y la limita a que se realice dentro del año siguiente a la fecha de muerte del esposo o concubinario.

Como se puede apreciar del análisis efectuado, el uso de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país se enfrenta a la carencia de normas jurídicas suficientes, completas e integrales que regulen y autoricen aquellas que son deseables para resolver los problemas de infertilidad, pero con respeto por los principios jurídicos esenciales de la dignidad humana.

C) El Código Civil de Coahuila es el que regula esta materia de manera más amplia, si bien con algunos criterios cuestionables. Al efecto, establece lo siguiente:

- Respecto de la presunción de quiénes son considerados como hijos del esposo:

"Art. 434.- Contra las presunciones establecidas por el artículo 432 no se admiten más pruebas que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, o la esterilidad del mismo, salvo el caso de fecundación asistida."

- Respecto de las reglas para la filiación resultante de la fecundación humana asistida:

"Art. 482.- Se entiende por asistencia médica para la procreación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural."

"Art. 483.- Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.

En caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y por fecundación heteróloga aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero."

Este precepto sigue la postura de la Ley General de Salud de reservar las prácticas de fecundación asistida a parejas heterosexuales estables, sin

embargo parece exagerado e inconstitucional la disposición de exigir el transcurso de cinco años sin poder engendrar para poder recurrir a ellas. En primer lugar, y como se ha referido en el inciso 1.1 de este trabajo, la ciencia médica ha establecido que se debe considerar infértil a una persona que después de un año de intentarlo, no ha logrado procrear descendencia. Carece, pues, de justificación la necesidad de esperar tanto tiempo para poder utilizar las técnicas de reproducción asistida y esta limitación violenta el derecho constitucional a la procreación. Por otra parte, es francamente absurdo sostener que una persona no haya podido engendrar o concebir sin que sea estéril o infértil. Precisamente por el hecho de no haber logrado la procreación, en el mejor de los casos será infértil y en casos extremos estéril. Esta norma da a entender que, en caso de que alguien sea infértil, no puede acudir a la reproducción asistida cuando es la principal causa por la que se utiliza.

Pero además, de manera contradictoria, el segundo párrafo del numeral 483 autoriza a quienes sean médicamente diagnosticados como estériles o infértiles a utilizar la inseminación o la fecundación heteróloga, que son precisamente especies del género técnicas de reproducción humana asistida, respecto de las cuales el primer párrafo de este artículo prohíbe, erróneamente, su utilización a personas estériles o infértiles. Por si fuera poco, se autoriza a los estériles o infértiles a emplear aquellas técnicas –las heterólogas– que precisamente la Ley General de Salud imposibilita jurídicamente de utilizar, toda vez que la donación de células germinales no procede.

“Art. 484.- A los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, la Secretaría de Salud del Estado deberá entregarles una guía que contenga especialmente:

I.- Las disposiciones legales sobre procreación asistida;

II.- Descripción de las técnicas, y

III.- Las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.”

"Art. 485.- Además de lo dispuesto en el artículo anterior, la Secretaría de Salud del Estado deberá informar a los cónyuges o concubinos:

- I.- Las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción;
- II.- Las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de la asistencia médica para la procreación;
- III.- Que sólo se permite la fecundación de un ovocito que deberá ser implantado;
- IV.- Que una vez fecundado el ovocito deberá ser implantado a la solicitante, y
- V.- Que está prohibido todo diagnóstico preimplantatorio."

El artículo 485, previendo los problemas que puede generar la sobreproducción y fertilización de embriones, acertadamente limita a uno la cantidad de óvulos que se pueden fecundar y obliga a que se implante, con lo que se descarta también la posibilidad de crionconservación. No obstante, conforme a las prácticas médicas más recientes, parece exagerado limitar el número de óvulos a fecundar a uno, pues por lo regular los médicos implantan de dos a tres embriones en la mujer infértil, para elevar las probabilidades de obtener el embarazo.

"Art. 486.- Previo al inicio del tratamiento, los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno lo será de la Secretaría de Salud del Estado, la necesidad de someterse a ese tratamiento. Igualmente deberán justificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 483 y 484.

Quien haya dado su consentimiento para su tratamiento de asistencia médica para la procreación no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo no nació como consecuencia del tratamiento o que el consentimiento fue privado de efecto.

El concubino que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación está obligado a reconocer la paternidad del hijo resultante de dicho tratamiento."

Éste es el único ordenamiento que exige la formalidad de la escritura pública para el acuerdo de los cónyuges o concubinos de recurrir a la reproducción asistida. La certeza y seguridad que brinda esta formalidad es muy importante,

por la trascendencia que para la filiación del hijo así concebido tiene este acuerdo.

"Art. 487.- El consentimiento a que se refiere el artículo, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación."

"Art. 488.- Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido.

Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, deberá ser implantado a la viuda, divorciada o a la mujer cuyo matrimonio se anuló.

Si el hijo nace dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio, o de que el óvulo fue implantando, quedará atribuida la paternidad a quien era el marido de la madre."

"Art. 489.- Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente."

Toda vez que el derecho a la procreación es un derecho personalísimo, es congruente que no se admita la representación para ejercitarlo.

"Art. 490.- La identificación de una persona por medio de sus improntas genéticas, está permitida cuando tenga por objeto establecer o rechazar un lazo filiatorio.

También está permitido a la persona la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heteróloga no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos."

Es criticable que este numeral de a entender que se permite la fecundación heteróloga, es decir con espermatozoide u óvulo de terceros ajenos a la pareja, pues la Ley General de Salud constituye una barrera para la realización de esta modalidad de reproducción asistida, pues exige que toda donación de células tenga como fin el trasplante, lo que es imposible con las células germinales que no se integran al organismo de la receptora del supuesto trasplante, sino que

forman un nuevo ser humano. También es cuestionable que se prive de vínculo filiatorio al hijo que nace como consecuencia de una "donación" de semen con el "donante", pues por regla general respecto de la filiación no se admite convenio alguno y así debe ser, pues se trata de un hecho natural biológico que, ocurrido, escapa a la autonomía de la voluntad privada. Incluso el propio artículo 451 del ordenamiento coahuilense prohíbe las transacciones o los compromisos arbitrarios respecto de la filiación.

"Art. 491.- El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.
Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó."

Es plausible que no se permita el contrato de maternidad sustituta por los graves inconvenientes que presenta, y es muy apropiado que a la sanción de inexistencia de tales negocios jurídicos se agregue la presunción de maternidad a favor de la mujer gestadora, pues con ello se priva de cualquier posibilidad de obtener los fines deseados a quienes incurran en esa práctica ilícita, lo que constituye un importante elemento disuasivo para evitar su realización.

D) El Código Civil de Querétaro sólo prevé, en su artículo 22, lo siguiente:

"Art. 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento que un individuo es concebido, queda bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

"La persona que haya sido producto de una inseminación artificial o procreación asistida, tendrá el derecho imprescriptible de conocer la identidad de sus padres biológicos. En los casos de adopción plena, se estará a lo dispuesto por este Código."

Este precepto, si bien es congruente con el derecho a la identidad del ser humano, no es suficiente para regular la gran cantidad de problemas a que pueden dar lugar en el ámbito del derecho civil las técnicas de reproducción asistida.

**CAPÍTULO III.
LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA
REPRODUCCIÓN HUMANA.**

3.1 Principios constitucionales en materia de Derechos Humanos.

La reproducción es un derecho humano consagrado y protegido por el sistema jurídico mexicano mediante el establecimiento de garantías individuales específicas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y derechos contenidos en los diversos tratados internacionales celebrados por México, que son parte de la ley suprema en términos de lo dispuesto por el artículo 133 constitucional.

Sin embargo, tales garantías y derechos a favor de la reproducción humana o que se relacionan con los medios y formas de llevar al cabo ésta, pueden entrar en conflicto con algunas de las técnicas de reproducción asistida que la ciencia ofrece actualmente. Especial preocupación existe sobre los derechos del niño ante la situación familiar producto del empleo de algunas de tales técnicas.

En la constitución general de la república y en tratados internacionales encontramos los siguientes principios relacionados con la reproducción humana.

3.1.1 El derecho a la procreación.

El artículo cuarto de la Constitución General de la República establece en su párrafo segundo que:

Art. 4º...

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

Su redacción es producto de la reforma al artículo 4º constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974. En la iniciativa⁴²

⁴² Véase *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, H. Cámara de Diputados LV Legislatura, 1994, tomo I, p. 1242.

enviada al Congreso por el Presidente de la República, se manifestaba en relación con el tema de la reproducción que:

“En forma consecuente con la política demográfica libremente adoptada por la Nación mexicana, humanista y racional, el segundo párrafo del artículo 4º que se propone, entiende el derecho a la procreación como una garantía personal de raigambre solidaria, tal como lo asienta la declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968; este derecho fundamental implica libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres. La procreación libre apareja un derecho a la información y un compromiso de solidaridad”.

...

“Poner en el vértice de los anhelos nacionales el bienestar de la población, hacer de ésta el centro rector de los programas de desarrollo, acentuar los aspectos cualitativos de la política demográfica y promover la planeación familiar como un moderno derecho humano para decidir libre, informada y responsablemente la estructura de la célula básica social, son los factores medulares que han orientado la tarea demográfica del país y que ahora inspiran la Reforma Constitucional que se consulta”.

En el Dictamen⁴³ recaído a la iniciativa anterior emitido por las Comisiones Unidas Segundo de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados se afirmó, en relación con el derecho a la reproducción, lo siguiente:

“El tercer aspecto del artículo 4º concierne al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Esta disposición, elevada al plano constitucional, protege un hecho básico, íntimamente vinculado a la igualdad real de la mujer; la creación de la vida misma.”

“Este precepto es consecuente con la política demográfica humanista adoptada por el gobierno de la República; asimismo, con la declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968, al consagrar el derecho a la procreación como una garantía personal de raigambre solidaria.”

...

⁴³ Véase *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, H. Cámara de Diputados LV Legislatura, 1994, tomo I, p. 1250.

“Este derecho, oponible ante el Estado, se inscribe en el contexto de las garantías individuales. Su libre ejercicio supone la ausencia de coacción por el poder público; la información se entiende como obligación estatal de contribuir a la capacitación para el mismo, generalizándose así esa conciencia plena que es la responsabilidad.”

Las consideraciones expuestas en este Dictamen fueron prácticamente recogidas y compartidas también por las Comisiones Unidas Primera de Gobernación, Primera de Trabajo y Primera de Justicia del Senado de la República en el Dictamen que elaboraron con motivo de la reforma al artículo 4º constitucional.

Santiago Barajas y Jorge Madrazo⁴⁴ concibe el derecho a la procreación como una garantía individual de los mexicanos al explicar los contenidos del artículo cuarto constitucional en estos términos:

“...se dispuso además, que toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos, objetivo este último derivado de las deliberaciones habidas en la Conferencia Mundial de Población celebrada en la ciudad de Bucarest, república de Rumania, durante el citado año de 1974; en cuyo foro se aprobó una nueva política demográfica en la cual fue tomado en consideración, de modo especial, el importante papel de las mujeres en el desenvolvimiento colectivo del Estado moderno. Este es el motivo de haberse consignado en un párrafo particular el derecho a la libre procreación como garantía personal, adoptándose en esta forma la declaración que ya había sido suscrita por México en el año de 1968, con motivo de la conferencia sobre demografía que había tenido lugar en la ciudad de Teherán, convocada por la Organización de las Naciones Unidas.”

No obstante, algunos autores niegan que exista tal “derecho a la procreación”, como es el caso de Rodolfo Lara Ponte⁴⁵ quien al respecto menciona al analizar

el entonces párrafo tercero del artículo 4º constitucional y que actualmente ha pasado a ser el segundo párrafo de ese numeral:

"Ciertamente, el enunciado del párrafo tercero [hoy segundo] no conlleva, en estricto sentido, la pretensión del legislador de instituir el derecho a la procreación como una garantía individual, sino de destacar que se trata de un hecho personal. El espíritu del enunciado parte del reconocimiento implícito de la naturaleza instintiva y reproductiva del ser humano y de la potestad de unión para la procreación; por lo tanto, la redacción del texto hace referencia únicamente al aspecto consustancial de toda persona, y no propiamente a límites o abstenciones que impliquen al Estado, característica propia en la expresión de las garantías individuales."

Contrario a lo que sostiene este autor, creemos que sí existe un principio constitucional de derecho a la procreación. Constituye una garantía de libertad a favor del ser humano para engendrar. La facultad de procrear se encuentra implícita en la posibilidad de determinar el número y espaciamiento de los hijos. El derecho a reproducirse de la persona tiene como contraparte la obligación del Estado de abstenerse de interferir con esa libertad.

Este ámbito de libertad reproductiva en nuestra carta magna no está limitado en modo alguno. Incluso ante la posibilidad de que la decisión de la persona sobre el número o espaciamiento no sea completamente libre, ni informada ni responsable, el Estado se encuentra impedido para interferir en los actos de procreación voluntariamente desarrollados por sus gobernados.

Ahora bien, derecho a la procreación no es sinónimo de derecho al hijo. José Bustos⁴⁶ hace una explicación amplia sobre el porqué, en su opinión, no es

⁴⁴ Barajas Montes de Oca, Santiago y Madrazo, Jorge, Comentario al artículo 4º constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 4ª ed., México, UNAM-PGJDF-DDF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 20.

⁴⁵ Lara Ponte, Rodolfo et al., Comentario al artículo 4º constitucional en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, H. Cámara de Diputados LV Legislatura, 1994, tomo I, p. 1152.

⁴⁶ *Op. Cit.*, nota 3, pp 93-101.

posible considerar la existencia de un derecho al hijo. Basa su argumentación en que, si fuese un derecho subjetivo, tendría que haber un sujeto pasivo a quien exigir su satisfacción, lo que no acontece en este caso; en la cuestión de que tal derecho tendría un objeto imposible, toda vez que un ser humano –el hijo- no puede ser introducido en el tráfico jurídico y, por último, en el hecho de distinguir entre la reproducción natural y la reproducción asistida considerando que si bien la primera puede concebirse como una libertad individual articulada como derecho subjetivo, la segunda no porque requiere de la intervención de terceros –médicos, enfermeras, etc.- que en todo caso constituirían una mera prestación médica.

Es claro que el ser humano no tiene un derecho al hijo, como facultad para exigir su cumplimiento frente al Estado, sino lo que posee es un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado para engendrar descendencia y, a tal fin, deben entenderse autorizados el uso de los diferentes medios reproductivos al alcance de la persona, siempre y cuando sean lícitos.

En relación con lo anterior, es interesante destacar que en los problemas de infertilidad que desembocan en la aplicación de técnicas de reproducción asistida convergen preponderantemente dos garantías individuales: la del derecho a la procreación y la de protección a la salud. En efecto, visto el problema en términos puramente del derecho a la procreación, parece claro que una pareja con problemas de infertilidad no tiene una libertad indiscriminada e ilimitada para actuar buscando la procreación. En palabras de Alberto Trabucchi⁴⁷:

"Ciertamente, no se discute acerca de la libertad de hacer uso de la propia potencia sexual como atributo de la naturaleza misma del hombre. Pero que se deba reconocer libertad de fabricar hombres recurriendo a la potencia generadora de otros, aparece verdaderamente como afirmación privada de todo fundamento. ¡Ninguno puede pretender que la sociedad consienta crear por cuenta

⁴⁷ Citado por Bustos Pueche, José Enrique, *Op. Cit.*, nota 3, pp 95-96.

propia hombres nuevos recurriendo a todo medio que la técnica pueda facilitar!”

Es decir, en primera instancia parece razonable considerar que la libertad de procrear está limitada por las capacidades propias de la persona y su potencialidad reproductiva, y que la constitución no faculta a acudir a cualquier clase de técnicas o tecnologías para lograr engendrar. Sin embargo, cuando se toma en cuenta también el principio constitucional de protección de la salud ya no parece tan clara la limitación. Si partimos del supuesto de que las técnicas de reproducción asistida –por lo menos algunas de ellas- son tratamientos terapéuticos para corregir la infertilidad, encontraremos autorización para acudir a ellas en función del derecho a la protección de la salud.

3.1.2 El derecho a la protección de la salud.

El mismo artículo cuarto constitucional establece en su párrafo tercero que:

Art. 4º ...

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud ...”

Antes de entrar al análisis de la extensión y contenido de este derecho fundamental, es menester determinar qué es la salud a fin de conocer cuál es el bien jurídico tutelado por esta garantía individual. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua⁴⁸ señala que la salud es el “Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”. Así, una persona saludable es la que se encuentra en aptitud de desarrollar las actividades

⁴⁸ *Diccionario de la real academia de la lengua española*. 21ª edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1992, p. 1302

biológicas, mentales y sociales que entran bajo el rubro de normales, por ser las que la generalidad de los individuos realizan.

Por otra parte, Rodolfo Lara⁴⁹ menciona que desde 1978, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud (OMS-UNICEF) conceptualizó a la salud como

“El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades; es un derecho fundamental y el logro del grado más alto posible de la misma es un objetivo social importantísimo en el mundo”.

Nuevamente, Santiago Barajas y Jorge Madrazo⁵⁰ al referirse al tema del derecho a la protección de la salud, explican que:

“Este derecho se ha establecido con los siguientes propósitos: 1º Lograr el bienestar físico y mental del mexicano, contribuyendo el Estado al ejercicio pleno de sus capacidad [sic] humanas; ...”

Lo anterior apuntala el hecho de que la salud no es simplemente la situación de carencia de enfermedad o afección, sino un estado de plena aptitud física y mental para realizar las diferentes actividades del ser humano en la vida social. Así se señaló en el Dictamen de las Comisiones Unidas Primera de Puntos Constitucionales y Salubridad del Senado de la República⁵¹ con motivo de la reforma que incluyó el derecho a la protección a la salud en el artículo 4º constitucional, donde se manifestó que:

⁴⁹ *Op. Cit.*, nota 45, p. 1154.

⁵⁰ *Op. Cit.*, nota 44, p. 20.

⁵¹ Véase *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, H. Cámara de Diputados LV Legislatura, 1994, tomo I, p. 1351.

“Ahora bien, el concepto de salud en nuestros días no se constriñe ni limita a evitar o recuperarse de los quebrantamientos físicos, sino que comprende el disfrute de posibilidades de acción que permitan el ya aludido desarrollo, entendiendo por éste no sólo el bienestar e integridad físicos, sino también el enriquecimiento intelectual y la superación en todos los órdenes”.

En términos generales, en el mismo sentido se emitió el Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Salubridad y Asistencia de la Cámara de Diputados⁵², en el que se estableció:

“La salud se define como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedad.”

Al contemplar este derecho a la protección de la salud aparecen inmediatamente las siguientes interrogantes: ¿Se debe considerar al ser humano infértil afectado en su salud? Si esto es así, ¿hasta dónde llega su derecho a que el Estado actúe en apoyo de la superación de su infertilidad? Respecto a la primera interrogante, parece muy claro a la luz de las definiciones sobre salud que si la reproducción es una función biológica normal de todo ser vivo, la persona con problemas de infertilidad es desde luego alguien que tiene una afectación en la salud y que, en términos de su derecho constitucional a la protección de su salud, merece el apoyo solidario del Estado para intentar superar su problema. Consecuentemente, debemos afirmar que la persona infértil sí tiene derecho a que el Estado le brinde atención médica para superar su problema de salud reproductiva.

Queda claro que en un país como México donde el principal interés del Estado en materia poblacional se encuentra centrado en la disminución de la tasa de crecimiento de la población, y en donde el mayor énfasis se hace en la necesidad de la planificación familiar, hablar del derecho a que una persona obtenga apoyo estatal para superar problemas de salud reproductiva parece

imposible. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho constitucional a la protección de la salud, no existe razón para tratar de manera diferente los problemas de fertilidad de cualquiera otra clase de problemas de salud como los cardiacos, el cáncer, la diabetes, etc., al contrario, hacerlo así implicaría una discriminación que, como veremos más adelante, resulta violatoria de Derechos Humanos.

Una vez sentado el derecho de la persona a reproducirse y a recibir la protección de su salud, queda pendiente por establecer si esto implica el derecho a la utilización de cualesquiera técnicas o medios que la ciencia ofrezca para lograr engendrar un hijo. Hay quienes opinan que en tanto que las técnicas de reproducción asistida no son medidas terapéuticas porque no curan o remedian la enfermedad, sino los síntomas, no deberían aceptarse.

Ruth Chadwick⁵³ expone que en reporte elaborado por el "Comité Warnock" en la Gran Bretaña, se califica a la infertilidad como una disfunción que debe ser tratada como cualquier otra, además de que puede ser consecuencia de desórdenes en la salud que deben ser tratados para beneficio del paciente, y que causa problemas psicológicos que requieran tratamiento, por lo que se considera a la infertilidad como una condición que merece tratamiento. Incluso, la autora sostiene que aun suponiendo que la infertilidad no pudiera calificarse como una enfermedad y, consecuentemente, con ello se pretendiera negar derecho a recibir atención médica, habría que tomar en cuenta que toda la medicina preventiva tampoco tendría sustento puesto que no remedia enfermedades ni padecimientos, sino busca evitarlos.

Es evidente que de acuerdo con el significado de salud, si las técnicas de reproducción asistida permiten que el ser humano desarrolle con normalidad su función biológica de procreación, deben ser admitidas como tratamiento para

⁵² *Ibidem*, p. 1357

⁵³ Chadwick, Ruth F. *et al.*, *Having children: introduction. Ethics, reproduction and genetic control*. New York, Routledge, 1990, pp. 17-19.

esos problemas de salud. La clave está en regular apropiadamente cuáles técnicas son permisibles a fin de no generar libertinaje que pueda afectar derechos de terceros, entendiendo que el principal de ellos es el hijo concebido mediante estos procedimientos.

3.1.3 El derecho a la intimidad personal y familiar.

Víctor Martínez⁵⁴ explica que la aparición y evolución de los derechos humanos generó un ámbito de libertad y un espacio primigenio de privacidad e individualidad para el ser humano frente al Estado. Señala, que los contenidos de los derechos fundamentales han variado en función de las circunstancias históricas y que el ritmo de los avances científicos contemporáneos ha ocasionado una creciente dificultad para que el derecho los regule e identifica entre ellos el tema de la reproducción asistida y la genética.

El autor en consulta expone que el derecho a la intimidad tutela un ámbito de privacidad para la persona en el que no puede entrometerse el Estado, si bien no es absoluto pues está limitado por otros derechos como los de libertad de información, expresión e imprenta. Menciona, que al principio de la historia nacional, el derecho a la intimidad se limitó a la protección constitucional del domicilio y de los bienes, para posteriormente abarcar también la tutela del honor, los papeles y efectos personales, más tarde incluyó la libertad de expresión, de información, de imprenta, la protección de la vida familiar y la confidencialidad de las comunicaciones mediante la inviolabilidad de la correspondencia. Posteriormente, en leyes secundarias como el Código Civil del Distrito Federal que en su artículo 1916 creó la figura del daño moral, entendiendo por éste "la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y

⁵⁴ Martínez Bulle Goyri, Víctor M., *Genética humana y derecho a la vida privada*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. <http://www.juridicas.unam.mx/infojus/fij.htm>

aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás” también se presume la existencia de daño moral cuando “se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”. No obstante que no lo señala, cabe resaltar que el artículo 16 de la Constitución General de la República también sirve de sustento al derecho a la intimidad cuando prohíbe que se moleste al ciudadano en “su persona”.

En lo referente al aspecto internacional, el autor apunta que el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tutela la privacidad y la propia imagen prohibiendo intromisiones arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia. Esta disposición fue recogida y ratificada en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo que le otorgó fuerza normativa. En el mismo sentido es la protección contenida la Convención Americana sobre Derechos Humanos bajo el rubro “Protección de la honra y de la dignidad”.

En su trabajo, Víctor Martínez conceptúa a la privacidad o vida privada como las actividades desarrolladas por la persona en su ámbito personal y familiar, que no impactan a la sociedad de manera directa, tales como las relaciones personales, familiares, de filiación, las creencias y convicciones religiosas o políticas, la situación de salud, la identidad, las preferencias sexuales, la situación financiera y las comunicaciones personales. Precisa, que la privacidad no puede ser absoluta porque cuando estas acciones afectan a terceros o al orden social, pueden y deben ser conocidas. Para este fin, considera que deben existir cuatro niveles de control o acceso a la información propia de la persona: un primer nivel de público acceso compuesto por los datos conocidos como “generales” que permitan identificar al sujeto; un segundo nivel, también de acceso público pero sin que se pueda individualizar la información, útil para la elaboración de trabajos estadísticos compuesto por datos especializados como el ingreso económico, condiciones de salud, etcétera; un tercer nivel, de acceso limitado y controlado, compuesto de datos específicos individualizados como la

historia de crédito, los registros policiales, los fiscales, los clínicos, etcétera; y por último un cuarto nivel de acceso prohibido compuesto por datos privados del individuo que constituyen su intimidad como su origen racial, sus preferencias sexuales y políticas, su religiosidad, etcétera, que no afectan a la sociedad y que, por el contrario, conocidos por ésta pueden dar lugar a discriminaciones en contra de la persona.

Alonso Gómez-Robledo⁵⁵ afirma que la necesidad de intimidad es inherente a la persona humana porque es lo que permite a la personalidad expresarse libremente. Sostiene, que el derecho a la intimidad puede verse acotado por razones de orden público o seguridad, pero que toda limitación debe estar prevista en la ley. Agrega, que el derecho a la intimidad está en permanente confrontación con el derecho de la colectividad a la información.

Este autor explica que es prácticamente imposible fijar el concepto de vida privada, pues lo que se entiende por éste varía de lugar a lugar y de tiempo en tiempo. En consecuencia menciona que los esfuerzos se han encaminado a describir cuáles derechos se comprenden en esta noción, como el derecho al honor, a la imagen, a la libertad de expresión, etc.

Por último, identifica al derecho a la vida privada [o derecho a la intimidad] como la facultad de la persona a mantener en secreto los hechos de su vida privada, entendida ésta como aquella parte de la vida que no está consagrada a una actividad pública y a la que los terceros no tienen acceso, frente al Estado, así como el derecho a que el Estado no divulgue la información que sobre la vida privada de las personas posea. Este derecho subjetivo, entonces, cae dentro de la categoría de los derechos de la personalidad y comparte con éstos características de generalidad, absolutismo y extrapatrimonialidad.

⁵⁵ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Protección de la privacidad frente al Estado*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad3/robledo.htm>

Concebido así el derecho a la intimidad, como esfera o ámbito de actuación humana ajena a la intervención de terceros –particulares o públicos- surge entonces la cuestión de establecer cómo opera en materia de reproducción humana. ¿Puede una pareja oponer al Estado su derecho a la intimidad para evitar que se regulen o prohíban las técnicas de reproducción asistida? En otras palabras, el ámbito de actuación humana en materia de procreación ¿está dentro de la esfera de privacidad de la persona y, por tanto, ajena a los controles estatales? Parece que la intimidad no puede llegar a esos extremos. Mientras la reproducción sea natural, el derecho a la intimidad unido al derecho a la procreación imposibilitan cualquier Intervención estatal al respecto; pero no debería ser así cuando se trata de técnicas de reproducción asistida que afectan, no sólo a la intimidad de la pareja, sino derechos fundamentales de terceros que intervienen aportando material genético o gestando y, principalmente, del producto engendrado. En estos casos, el Estado debe regularlas para asegurar que no se violente el orden jurídico.

Sobre el particular, Alberto Pacheco⁵⁶ estima que la fecundación artificial viola el derecho a la intimidad del ser humano que es engendrado en una probeta en lugar del seno materno que es lo natural. Basa su afirmación en que los embriones son personas para el derecho y, por tanto, titulares de derechos humanos que no pueden confundirse con los de sus padres; lo que lo lleva a considerar que las manipulaciones genéticas trasgreden el derecho a la intimidad del no nacido pues en su opinión cualquier acto anterior a la existencia del ser humano que lo haga iniciarla con sus derechos artificialmente modificados o alterados es una injusticia, y es que para el autor el hombre tiene derecho a comenzar a existir mediante procesos naturales en los que sus padres hayan puesto en obra no sólo sus funciones reproductivas sino también su raciocinio, lo que ocurre de mejor forma en el matrimonio.

⁵⁶ Pacheco Escobedo, Alberto, *Sobre el derecho a la intimidad de los incapaces y en especial de los no nacidos*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad2/alberto.htm>

No resulta claro que exista un vínculo entre el derecho a la intimidad del concebido y los actos que posibilitan la concepción origen de su vida. Parece también exagerado sostener que deban protegerse derechos que carecen de titular, pues si la ley otorga personalidad jurídica al concebido, es precisamente a partir de ese momento y no antes que es titular de derechos. No se puede violar un derecho que no existe. Tampoco puede establecerse que el derecho a la intimidad se altere o deforme por el hecho de que la persona haya sido concebida mediante técnicas de reproducción asistida. En todo caso, eso no representa ninguna diferencia en su situación jurídica respecto de las demás personas.

Es cierto que el uso de ciertas técnicas de reproducción asistida puede ocasionar que se registre información sobre los medios de concepción de la persona, la cual debe estar protegida precisamente por el derecho a la intimidad que tiene a su favor el que es producto de esas técnicas, pero esta información en tanto que se encuentra dentro de expedientes clínicos, no puede ser divulgada por el equipo médico tratante sin incurrir en responsabilidad.

3.1.4 El derecho a la igualdad.

La nueva redacción del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir del año 2000, contempla en su párrafo tercero una protección a la garantía de igualdad, al disponer que:

Art. 1º...

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

Hemos visto que la infertilidad es una afección en la salud de las personas, puesto que no les permite desarrollar sus funciones normales como son las reproductivas. En consecuencia, la prohibición constitucional de discriminación permite que las personas que padecen de este tipo de problemas tengan derecho a recibir tratamiento médico para superarlos. Desde el punto de vista de las condiciones de salud, no hay diferencia entre la infertilidad y cualquier otra clase de problema de salud. Lo difícil es marcar los límites sobre el tipo de tratamientos que son permisibles en función de los derechos humanos involucrados no sólo de los padres sino de los hijos que serán procreados.

3.1.5 El derecho a la identidad personal.

¿Qué es la identidad de un ser humano o en qué radica? Alicia Pérez Duarte⁵⁷ señala que la identidad es un conjunto de elementos que distinguen a una persona de otra, un conjunto de circunstancias que la señalan indubitadamente, por lo que se debe entender que dentro de esas circunstancias se comprenden los orígenes [genéticos] de la persona. Esta autora sostiene que existe un "patrimonio genético" que forma parte de la propia identidad por lo que, el conocimiento de los orígenes propios, incluye necesariamente el conocimiento y respeto de ese patrimonio genético.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua⁵⁸ afirma que para el derecho, identidad es el "Hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o se busca". Es claro que el ser humano requiere de un cúmulo de elementos que posibiliten ubicarlo y distinguirlo frente al resto del conglomerado social. La individualidad, reflejo del carácter único e irrepetible que guarda la vida humana, se traduce en características propias tales como el nombre, el

⁵⁷ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, "Genética y Filiación. Viejos y Nuevos Problemas de la Reproducción Humana", Cuadernos del Núcleo Interdisciplinario en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/infojus> (rubro publicaciones electrónicas)

⁵⁸ Madrid, 1992, vigésima primera edición.

domicilio, el estado civil y, en general, aquellos datos que comúnmente suelen denominarse como "generales".

Sin embargo, y en el mismo sentido expresado por Alicia Pérez Duarte, la persona tiene derecho a conocer su procedencia genética. No sólo por la importancia médica que pueden tener los antecedentes familiares, sino desde el punto de vista eminentemente jurídico y social. Negar la posibilidad de conocer el entroncamiento y, consecuente parentesco, atenta y vulnera contra los derechos del ser humano.

Al respecto la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México, señala en sus artículos 7º y 8º la protección del derecho a la identidad del niño, al estipular lo siguiente:

Artículo 7º

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Artículo 8º

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

En el mismo sentido, el 29 de mayo de 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. En su artículo primero señala que sus disposiciones son de orden público, interés social y observancia general en toda la República Mexicana, y que tiene por objeto "garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución". En el capítulo sexto del título segundo de ese cuerpo normativo, se establece a favor de niñas, niños y adolescentes el derecho a la identidad. Específicamente el artículo 22 señala textualmente que:

“Art. 22. El derecho a la identidad está compuesto de:

- A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil
 - B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
 - C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos en que las leyes lo prohíban.
 - D. Pertener a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos.
- A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento.

Este derecho a la identidad a favor del niño que, entre otras cosas, se traduce en la facultad de conocer su filiación y origen, es decir saber quiénes son sus padres así como mantener relaciones familiares con ellos y sus demás parientes, genera un problema grave con diversas técnicas de reproducción asistida denominadas heterólogas, es decir aquellas en las cuales el espermatozoide, el óvulo o ambos son obtenidos de un tercero donador que normalmente permanece en el anonimato, lo que vulnera el derecho del niño a conocer su origen. Este puede ser el caso de la inseminación artificial con semen de donador, de fertilización *in vitro* con semen, óvulo o ambos provenientes de donador, o de maternidad sustituta con óvulo de la madre gestante. Está claro que tales prácticas afectan los citados derechos fundamentales del menor, al dejarlo sin la posibilidad de conocer sus antecedentes biológicos.

El derecho a la identidad forma parte de la dignidad del menor que la Constitución General de la República ordena proteger en el artículo cuarto al establecer que “El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.”

3.2 Principios civiles y familiares.

A un lado de los principios constitucionales y de derechos humanos que se relacionan con la actividad reproductiva del ser humano y sus consecuencias, encontramos principios de derecho civil que se derivan de la titularidad de los denominados derechos de la personalidad así como del Código Civil.

Los derechos de la personalidad, según Ignacio Galindo⁵⁹, se distinguen de las garantías individuales y los derechos humanos en que, mientras los segundos son oponibles a la actividad del Estado (son derechos políticos), los primeros son derechos (subjctivos privados) absolutos que tienen como sujetos pasivos tanto a los órganos del Estado como a todos los particulares, quienes tienen el deber de respetarlos.

Por otra parte, los principios de derecho de familia establecidos en el Código Civil afectan la situación del parentesco y de la filiación, temas sobre los que impactan las técnicas de reproducción asistida.

3.2.1 La protección de los bienes y derechos de la personalidad.

El bien jurídico en sentido amplio, explica Jorge Domínguez⁶⁰, es todo objeto que es merecedor de la protección de la ley y que puede consistir en cualquier clase de valores, bienes y derechos. De esta forma, el orden jurídico no limita su tutela a los intereses estrictamente económicos de las personas, sino que ampara aspectos que carecen de contenido o relación monetaria directa. Entre éstos encontramos los derechos de la personalidad.

⁵⁹ Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho civil*, 12ª. ed., México, Porrúa, 1993, p.319.

⁶⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil*, 8a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 299.

El mismo autor concibe a los derechos de la personalidad como aquellos inherentes al sujeto desde el inicio de su personalidad jurídica y que se extinguen hasta la terminación de ésta, los cuales deben reconocerse sin excepción pues su titularidad deriva de la condición humana, y que de ninguna forma se encuentran dentro del patrimonio, pues éste es un atributo de la personalidad y mientras que aquellos si bien se incluyen dentro de la personalidad son independientes a los atributos.⁶¹

Ignacio Galindo⁶² explica la distinción entre atributos y derechos de la personalidad diciendo que los atributos de la personalidad no constituyen derechos sino cualidades de la persona, mientras que los derechos de la personalidad sí son un grupo de derechos que recaen sobre la persona en su calidad de ser humano. Digamos que los atributos de la personalidad son instrumentos mediante los cuales la persona puede actuar cotidianamente en la vida social, con seguridad jurídica, al dotarla de cualidades que permiten identificarla, ubicarla en el espacio, asignarla a una familia, permitirle su interacción con la actividad económica y graduar su aptitud para poseer y ejercer derechos y obligaciones. Por importantes que sean tales atributos calificativos de la persona, no alcanzan los niveles de trascendencia de los derechos de la personalidad, ya que éstos protegen los elementos esenciales de la persona.

El propio Ignacio Galindo⁶³ al explicar los derechos de la personalidad, comienza por establecer su carácter de esenciales para la protección de la persona no sólo en sus bienes sino en la esencia misma de su categoría de persona. Para definirlos, cita a Francisco Ferrara quien los conceptúa como los derechos que garantizan el goce de nosotros mismos y aseguran al individuo el señorío de su persona así como la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales. También menciona la definición de Degni quien los describe como

⁶¹ *Ibidem*, pp. 268-269.

⁶² *Op. Cit.*, nota 58, p. 319.

⁶³ Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, 2ª ed., México, Porrúa, 1994, pp. 466-474

derechos subjetivos dirigidos a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la naturaleza humana y condiciones fundamentales de su existencia. En todo caso, advierte Ignacio Galindo, son aquellos con un contenido mínimo para la existencia y desarrollo de la vida de la persona, que se imponen al derecho objetivo, y lo explica en los siguientes términos:

“Por otra parte, del examen, así sea breve, de los derechos de la personalidad se desprende que el objeto de los mismos no es la persona de su titular sino la protección de los derechos esenciales de esa persona que son necesarios para constituir su personalidad.”

...

“La existencia de la persona en el derecho moderno es indiscutible; pero debe observarse que al [sic] idea de “persona”, sería un concepto vacío de contenido, si no excede los límites de la categoría formal de mero sujeto de relaciones jurídicas. Es una esencia vital integrada en la persona, reconocida por la norma y lo que ahora importa, garantizada por los derechos de la personalidad.”

El autor en consulta los clasifica como derechos absolutos, extrapatrimoniales, irrenunciables e imprescriptibles. Identifica como algunos de los principales derechos de la personalidad al derecho a la conservación de la vida; el derecho a la conservación de la integridad corporal; el derecho sobre el propio cuerpo y la salud; el derecho sobre el cadáver; el derecho a la libertad; el derecho al honor; el derecho a la vida privada y el derecho de autor.

Jorge Domínguez⁶⁴ por su parte, después de prevenir sobre la dificultad de enumerar de forma completa los derechos de la personalidad, en función de su carácter versátil y amplitud de contenido, menciona entre ellos a los derechos a la vida, a nacer, a la integridad física, a la disposición del propio cuerpo, al nombre, a la imagen, a la esfera íntima y de autor.

⁶⁴ *Op. Cit.*, nota 59, p. 269.

Es claro que el catálogo de derechos de la personalidad es dinámico y se enriquece de tiempo en tiempo para proteger a la persona de mejor manera frente a las complicaciones sociales, económicas y culturales de la vida humana.

También es interesante tomar en cuenta que respecto de algunos derechos de la personalidad existe una concurrencia normativa para su protección, como en el caso del derecho a la vida, que por su importancia capital es tutelado por diversos medios legales. Así lo menciona Iván Lagunes⁶⁵, quien además señala que en la legislación mexicana, específicamente dentro del Código Civil, se carece de normas que garanticen sistemáticamente el ejercicio de los derechos de la personalidad, y que la regulación de algunos de ellos se encuentra diseminada por la Constitución General de la República y varias leyes secundarias.

Efectivamente, en términos generales la gran mayoría de los códigos civiles nacionales carecen de regulación sobre los derechos de la personalidad. Por el contrario, regulan detalladamente a los derechos patrimoniales, pero dejan de lado la protección de otros valores que para el ser humano son más trascendentales. Puede alegarse que la protección hacia ciertos derechos de la personalidad se ha establecido constitucionalmente o mediante leyes penales o administrativas, pero técnicamente deberían establecerse y regularse dentro del ordenamiento civil que es el cuerpo normativo que regula la personalidad jurídica y que constituye el derecho común o general a todas las disciplinas jurídicas.

En relación con la reproducción humana, los derechos de la personalidad inmiscuidos cuando se usan tecnologías de reproducción asistida son el de

⁶⁵ Lagunes Pérez, Iván, "Derechos de la Personalidad", *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, tomo D-H, pp. 1055-1057.

protección de la vida de la persona, el de disposición del cuerpo humano, el de libertad civil y el de autonomía de la voluntad.

3.2.1.1 El derecho a la protección de la vida de la persona.

En materia de reproducción humana asistida, el derecho a la vida que importa es el del ser humano concebido, por tratarse del que está en riesgo. Normalmente, la protección de este derecho se ha dejado en manos de la constitución, y así nuestra carta magna en su artículo 14 dispone que nadie podrá ser privado de la vida. Este sistema es entendible por la importancia de la vida de la cual depende la existencia de la personalidad en el ser humano y por considerarse históricamente al Estado como el principal violador de este derecho.

Adicionalmente, la protección de la vida del concebido se encuentra en el derecho penal a través de la tipificación del delito de aborto cuando el concebido se encuentra en el seno materno. No es tan clara la protección tratándose de embriones congelados pues el tipo penal describe al aborto como la pérdida del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, y en el caso de los embriones congelados aún no hay propiamente embarazo porque no se sabe si se implantarán en el útero materno una vez transferidos a ese lugar.

En el caso del derecho civil, nuestros códigos nacionales generalmente no han regulado los derechos de la personalidad expresamente y carecen de normas específicas que tutelen el derecho a la vida del concebido, a excepción de los códigos civiles de Tlaxcala, Quintana Roo y Puebla, en los que sí se reconocen tales derechos. Sin embargo sí se protege la vida del concebido por la vía de la regulación de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos. En los artículos 1910 y 1915 del Código Civil para el Distrito Federal se establece la obligación de reparar los daños causados cuando se actúa ilícitamente o contra las buenas

costumbres y se fijan las bases para la indemnización cuando el daño consiste en la pérdida de la vida de las personas. Consecuentemente, toda intervención que desemboque en la pérdida de la vida del concebido traería como consecuencia el surgimiento de responsabilidad civil para quienes ocasionen el daño en el derecho a la vida del *nasciturus*.

Por otra parte, el artículo 15 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece expresamente el derecho a la vida a favor de ellos. El numeral segundo de esa ley define como niño a cualquier persona de hasta doce años de edad. Si, como veremos posteriormente, el concebido es persona queda claro que esta ley federal sienta su derecho a la vida. Queda claro, por tanto, que el concebido disfruta del derecho a la vida cualquiera que sea su estado o condición.

Sin embargo, Ernesto Gutiérrez⁶⁶ niega tajantemente que el concebido tenga a su favor el derecho a la vida porque, explica, éste surge hasta que nace el ser humano. En su opinión, antes del nacimiento sólo se podría hablar de un pretendido pero inexistente derecho a obtener la vida. Basa su argumentación en que el artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal establece que la personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento, consecuentemente estima que el concebido al carecer de personalidad jurídica carece de aptitud para ser sujeto del derecho a la vida, y aunque reconoce que el concebido tiene cierta protección de la ley para ser titular de ciertos derechos y se tutela su vida mediante la prohibición del aborto, considera que no tiene derecho a la vida porque aún no nace.

No nos parece correcta la apreciación del autor Ernesto Gutiérrez porque sostenemos que el concebido sí cuenta con personalidad jurídica, como se verá próximamente, y por tanto cuenta con el derecho a la vida que se deriva de su propia personalidad. Simplemente parece insostenible que el concebido pueda

⁶⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 4ª ed., México, Porrúa, 1993, pp. 986-987.

ser titular de derechos meramente patrimoniales como el de heredar, recibir legados o donaciones, y no pueda serlo del más importante y elemental de los derechos del hombre que es el que tiene que ver con su existencia.

Adicionalmente, en algunos países el derecho a la vida del concebido se ha pretendido demorar hasta el día catorce después de la concepción bajo el supuesto –artificial- de que antes de ese tiempo lo que existe es un “preembrión” que todavía no constituye una persona y, por tanto, carece de la protección de la ley. Esta consideración supone el mayor riesgo que pueden afrontar los concebidos, máxime cuando se trata de embriones congelados, pues son más susceptibles a los ataques a su derecho a la vida. Es notoriamente más complicado practicar un aborto que descongelar embriones y desecharlos. En este sentido resulta interesante la protección establecida en el mencionado artículo 31 del Código Civil de Tabasco que incluye bajo la presunción de tener por nacidos a quienes sean concebidos mediante técnicas artificiales aunque no se encuentren en el útero materno, en otras palabras, a los embriones congelados.

3.2.1.2 El derecho a la disposición de los componentes del cuerpo humano

Este derecho consiste en la facultad para disponer del propio cuerpo y sus partes separadas de él. Implica el derecho a la integridad del organismo humano como medida de protección para la persona. En uso de esta prerrogativa de la personalidad, ningún tercero puede disponer de las partes del cuerpo de otro individuo salvo las excepciones que contempla la propia ley.

El derecho a la integridad del cuerpo está protegido por los artículos 16 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prohíben, respectivamente, las molestias en la persona de los seres humanos y las penas de mutilación, marca, infamia o azote. Adicionalmente, en los códigos penales

existen tipos penales para sancionar las violaciones a la integridad corporal. Desde el punto de vista civil, sólo los códigos civiles de Tlaxcala, Puebla y Quintana Roo señalan este derecho a favor de las personas por tratarse de los únicos que regulan a los derechos de la personalidad.

El derecho a la disposición del cuerpo humano también se contempla expresamente en los códigos civiles de Quintana Roo y Puebla, pero su regulación respecto a su ejercicio se contiene en los artículos 313 a 350 bis 7 de la Ley General de Salud. En estos últimos, se sientan las bases para disponer de órganos, tejidos y células del cuerpo humano con fines de donación y trasplante. Se establece el principio de que toda persona es disponente de su cuerpo y puede donarlo total o parcialmente (art. 320) si otorga su consentimiento tácito o expreso (art. 321). Nuestra ley habla incorrectamente de consentimiento cuando la manifestación de voluntad necesaria es unisubjetiva, por lo que técnicamente es incorrecto denominarla así, ya que no se requiere del concurso de dos o más voluntades. Pero el "consentimiento" tácito a que se refiere la norma sólo procede cuando la donación de órganos o tejidos se verifique en casos de pérdida de la vida del disponente (art. 325) y con la condición de que además se recabe el "consentimiento" de alguna de las personas señaladas en la ley (art. 324) como los ascendientes, además de que no es válido el "consentimiento" tácito otorgado por menores de edad o personas que se encuentren imposibilitadas de expresarlo libremente (art. 326); estas normas impiden que se disponga del cuerpo de los embriones vivos. Respecto de los embriones muertos, sólo puede hacerse con la autorización de sus representantes legales (art. 332) y siempre que no provengan de abortos inducidos (art. 330 fr. II).

Este es un derecho de la personalidad especialmente vulnerable en el concebido. Si consiste en la potestad sobre el propio cuerpo para disponer de él, parcial o totalmente, en vida y después de ella, es claro que el *nasciturus* no puede hacer uso de esta facultad por sí mismo, pero tampoco nadie lo puede

hacer en su representación, por tratarse de un derecho de la personalidad que, entre otras características, es personalísimo y concurre con el derecho a la protección de su salud. Sin embargo la ciencia es capaz de manipulaciones que inciden sobre el cuerpo del concebido que vulneran su integridad y que, consecuentemente, afectan su dignidad. ¿Cómo considerar la partición de un embrión para generar dos seres humanos idénticos? Simplemente como un acto que atenta contra el derecho del concebido a disponer de su cuerpo pues de ninguna manera se puede obtener su consentimiento para tal fin ni se admite representación alguna.

Por otra parte ¿cómo conciliar la investigación científica sobre embriones, vivos o muertos, con el derecho que tienen a que no se disponga arbitrariamente de sus organismos? No parece haber solución posible tratándose de embriones vivos, cuando en tales investigaciones se interviene sobre su cuerpo. Esto sin contar con el riesgo de producir embriones con el sólo fin de contar con material de laboratorio o con objetivos comerciales o terapéuticos, como simples abastecedores de material biológico.

3.2.1.3 La protección de la libertad civil y la autonomía de la voluntad privada.

Ignacio Galindo⁶⁷ explica que la libertad como objeto de protección de los derechos de la personalidad consiste en aquella parte de la actividad humana que constituye un presupuesto esencial de la persona que se realiza en su propia conducta y que implica la ausencia de impedimentos materiales o legales, cuando tal actividad es lícitamente ejercida, es decir, con respeto al derecho de terceros, a la moral y a las buenas costumbres. Dice que la libertad es un presupuesto esencial del concepto de persona y que constituye la posibilidad para el ser humano de realizarse a sí mismo. Sostiene con José Castán que la libertad es el derecho de la persona a manifestar su personalidad,

que es la base del ordenamiento del Estado moderno y la llave maestra del ordenamiento jurídico. Refiere que es tan esencial que está protegida por las normas constitucionales, las civiles, las penales y aún las de carácter administrativo.

Es decir, Ignacio Galindo advierte que la libertad es fundamental para que el ser humano pueda vivir, pero tomando en cuenta que la vida está compuesta de actos que buscan la realización de uno mismo. En palabras de Luis Recaséns Siches⁶⁸:

“Vivir es lo que somos y lo que hacemos; es lo que está más próximo a nosotros.”

...

“Vida es todo lo que hacemos; pero eso no sería vida si no nos diéramos cuenta de lo que hacemos. Es la vida una realidad de peculiarísima condición, que tiene el privilegio de darse cuenta de sí misma, de saberse ... La vida es, pues, intimidad con nosotros mismos, un saberse y darse cuenta de sí misma, un asistir a sí misma y tomar posesión de sí misma”.

...

“El hombre ni tiene ni no tiene albedrío, porque el albedrío no es algo que se tenga o no se tenga ... El albedrío no es una potencia psicológica. El hombre es albedrío ... Cuando digo que el hombre es albedrío no expreso que esté en una posición de especial resorte, de una determinada potencia, de una cierta energía, sino que expreso simplemente su situación esencial respecto de la circunstancia que lo enmarca y del proceso de su vida: situación que consiste en hallarse siempre, siempre, ante una pluralidad limitada y concreta de posibilidades, esto es, de caminos a seguir y, por tanto, en la necesidad de decidirse por sí mismo, por su propia cuenta, bajo su responsabilidad, a elegir una de esas vías ... Vivir es hallarse siempre en un cruce de caminos teniendo que elegir entre ellos.”

Es decir, la libertad es un instrumento que permite vivir. La libertad se utiliza cuando se ejerce el albedrío del ser humano. Cada ocasión que la persona elige alguna de las posibilidades de acción o de omisión que el entorno social le presenta está haciendo uso de su libertad.

⁶⁷ *Op. Cit.*, nota 63, p. 476.

Jorge Vidal⁶⁹ cita las afirmaciones de Carbonnier, con las que coincide, respecto a que la libertad es la posibilidad reconocida a la persona de hacer cuanto le plazca, de poder actuar según su libre albedrío, con los límites de la libertad y los derechos del otro.

En el ámbito civil, nuestros códigos establecen numerosos espacios de libertad para que la persona elija las opciones o circunstancias que mejor respondan a su conveniencia. Relacionada con la reproducción humana, encontramos la libertad para decidir el número y el espaciamiento de los hijos que deriva del matrimonio.

En materia contractual, el Código Civil contempla el ejercicio de la libertad mediante el establecimiento de la denominada autonomía de la voluntad privada. Esta autonomía de la voluntad privada es, según Emilio Betti⁷⁰, una actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, que se traduce en un presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas de orden jurídico; la manifestación suprema de esta autonomía de la voluntad es el negocio jurídico que es un acto emanado de ésta al que el derecho atribuye el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas entre particulares.

Así, la persona tiene un ámbito o espacio de libertad civil que le permite decidir las acciones a realizar para satisfacer sus necesidades e intereses. Esto le permite, en su interrelación con otros seres humanos, celebrar negocios jurídicos gracias a la autonomía de la voluntad privada y generar consecuencias de derecho. Lo que falta, que será objeto de estudio en el quinto capítulo, es determinar si en uso de su libertad civil la persona puede lícitamente utilizar o contratar cualquiera de las técnicas de reproducción asistida que la tecnología

⁶⁸ Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, décima edición, México, Porrúa, 1991, pp. 73, 85 y 86.

⁶⁹ Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Madrid, editorial Civitas, 1988, p. 52.

⁷⁰ Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª. ed., traducción de A. Martín Pérez, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 46 y 47.

ofrece hoy en día, sobre todo teniendo en cuenta que éste como todos los derechos tiene límites establecidos por la ley en beneficio de la sociedad.

3.2.2 La seguridad de la filiación.

Al lado de los derechos de la personalidad, es conveniente analizar un principio que ha guiado siempre la regulación de la familia, el parentesco y el estado civil, que consiste en la seguridad de la filiación. Es de sobra conocido que la familia es una institución social indispensable. Alberto Pacheco⁷¹, expone que la familia es una institución natural que deriva de la naturaleza humana y que ha estado presente desde que existe el hombre, si bien no ha presentado siempre la misma forma, pues a su núcleo básico doméstico se han agregado o sustraído componentes a lo largo de la historia. Menciona que se han elaborado diferentes teorías para establecer qué personas se deben considerar miembros de la familia, pero en el fondo identifica un núcleo básico que permanentemente se ha considerado esencial y que consiste en la relación filial, padres e hijos han sido desde siempre el centro alrededor del cual se han extendido, en mayor o menor grado, las proyecciones jurídicas de las relaciones familiares. Es pues, de la mayor importancia social determinar con precisión la filiación de las personas, pues de este hecho jurídico se desprenden consecuencias jurídicas trascendentales para la persona.

Jorge Magallón⁷² dice que la paternidad o maternidad son vínculos de parentesco entre el padre o la madre y el hijo. cuando se consideran en función de la persona de los primeros, y se denominan filiación cuando se miran en relación con la persona del hijo. Coincide con Aubry y Rau en que las relaciones de filiación pueden ser resultado de la naturaleza o de una ficción legal. Señala

⁷¹ Pacheco Escobedo, Alberto, *La familia en el derecho civil mexicano*, 2ª ed., México, Editorial Panorama, 1991, pp. 12-27.

⁷² Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1988, tomo III, pp. 429-431.

la regulación de la filiación en el derecho romano indicando que tratándose de la filiación legítima se determinaba objetivamente respecto de la madre con el hecho del embarazo y parto, mientras que respecto del padre se determinaba presuntivamente con la regla de que el padre del hijo nacido de la esposa era el marido. Agrega que esta regla latina de que la madre es siempre cierta y de que el padre es el que demuestra las nupcias con la madre, ha sido la fuente del derecho positivo de todos los países que recibieron esa herencia cultural.

Siendo México un país receptor del derecho romano, en sus códigos civiles se recogieron esas reglas para establecer la filiación. La certeza de la maternidad y las presunciones de paternidad, que durante mucho tiempo y hasta el año 2000 en el Código Civil para el Distrito Federal, sólo tuvieron como posibilidad de prueba en contra la imposibilidad de haber tenido acceso carnal con la esposa.

Ingrid Brena⁷³ explica que, en principio, la filiación es una relación biológica entre progenitores y descendientes que tiene consecuencias jurídicas después de su establecimiento en la ley, y que ante la imposibilidad de determinar e identificar con certeza la relación sexual generadora de la concepción, el derecho elaboró una serie de presunciones que buscan asegurar al hijo su filiación atribuyéndole un estado civil, proteger la institución matrimonial y salvaguardar el honor y cohesión de la familia. Sin embargo, considera que esas presunciones en muchos casos no coinciden con la verdad biológica, situación que afecta al menor en su derecho a la identidad, y al privarle de su prerrogativa para aprovechar las consecuencias jurídicas de su filiación como son sus derechos al nombre, a los alimentos, y a la herencia legítima de su progenitor, así como de mantener relaciones con sus demás familiares. Expone también, que esa situación mejoró a partir de la reforma practicada al Código Civil del Distrito Federal en el año 2000, gracias a la cual ahora se permite presentar

⁷³ Brena Sesma, Ingrid, "Informe sobre la legislación en materia de derechos de la personalidad y de la familia relacionada con el genoma humano" en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (comp.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/211/13.pdf> (biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

como prueba contra esas presunciones aquellas que el avance de los conocimientos científicos puedan ofrecer, entre ellas la prueba genética.

Alberto Pacheco⁷⁴ anota que la filiación es una situación jurídica que deriva del hecho natural de la procreación que no coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, con la filiación biológica. Afirma que la filiación jurídica debe basarse en la filiación biológica, pero hace notar que en ocasiones la biología no puede establecer con certeza la relación biológica de filiación. Sostiene que la maternidad se establece por el hecho del parto y la identidad del producto, mientras que la paternidad es incierta y sólo se despeja por la fe en la madre. Esto lo lleva a considerar que la familia y el parentesco se forma alrededor de la madre porque el marido sólo puede estar seguro de su paternidad por la honradez de la esposa. Esta situación la explica en los siguientes términos:

“La incertidumbre de *la paternidad* no es biológica sino social pues sólo una célula masculina puede engendrar al producto en la madre. Esa incertidumbre la despeja el derecho por medio de presunciones, que si bien se basan en elementos biológicos, hacen otro tipo de atribuciones basadas en la integridad de la familia, la paz social, etc., que rebasan el campo biológico y en ocasiones de hecho lo contradicen.”

De lo anterior se desprende que el sistema jurídico mexicano ha buscado establecer la filiación de la persona en todo caso, aún y cuando de hecho se pueda faltar a la verdad biológica del nexo parental. No es posible privar al ser humano de su filiación porque afecta su estado civil y su ámbito de derechos de la personalidad y patrimoniales. Ahora bien, los avances científicos en el campo de la genética que permiten hoy en día establecer con grado de certeza del noventa y nueve por ciento o más quién es el progenitor de otro ser humano han permitido que cada día estemos más cerca de lograr la identificación plena entre filiación biológica y filiación jurídica. En el año 2000, el Código Civil para el

⁷⁴ *Op. Cit.*, nota 71, p. 186.

Distrito Federal fue reformado a fin de incluir dentro de los títulos sexto y séptimo relativos al parentesco y a la filiación, respectivamente, nuevos supuestos de parentesco, la posibilidad de destruir las presunciones de filiación mediante las pruebas derivadas de los conocimientos científicos y agregar una presunción nueva para determinar la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Estas reglas se contienen en los artículos siguientes:

“Art. 293 ...

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.”

“Art. 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

“Art. 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

“Art. 326...

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

“Art. 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

“Art. 340. La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.”

“Art. 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; ...”

“Art. 382. La paternidad y maternidad pueden probarse por cualquiera de los métodos ordinarios. Si se propusiere cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

En la regulación transcrita, subyace el interés de privilegiar la identidad entre filiación biológica y jurídica, el cual encontramos en la posibilidad de probar con estudios genéticos el nexo filial, a fin de destruir las presunciones de paternidad o maternidad, pero de forma contradictoria, tratándose de hijos nacidos dentro de matrimonio se prohíbe impugnar la paternidad si el padre estuvo de acuerdo en la utilización de técnicas de reproducción asistida, lo que abre la posibilidad de que hijos concebidos con esperma u óvulos de terceros sean privados de su filiación biológica verdadera, lo que violenta sus derechos. En este caso en especial se privilegia la voluntad de la filiación más que la verdad biológica de ella.

Se podría alegar que el Derecho no ha respetado siempre la realidad biológica de la procreación al establecer el sistema presuncional de la filiación, que en búsqueda del interés superior de la determinación de las relaciones entre padres e hijos, y de la seguridad jurídica del estado civil de hijo, ha pasado en ocasiones por alto la verdad biológica, pero tal argumento es insostenible actualmente toda vez que a diferencia de lo que sucedía en el pasado, hoy existen pruebas médicas que con toda certidumbre establecen el vínculo genético de la relación paterno-filial. Es evidente que el sistema romano que tan bien sirvió debe ser modificado pues la tecnología permite descubrir cosas que hace dos mil años era inconcebibles.

**CAPÍTULO IV.
EL EMBRIÓN HUMANO Y LOS ELEMENTOS GENÉTICOS Y
BIOLÓGICOS DEL CUERPO HUMANO. REGULACIÓN EN EL
DERECHO MEXICANO.**

4.1 Situación jurídica del embrión humano.

Pocos temas jurídicos encuentran argumentos tan antagónicos como el de la naturaleza jurídica del embrión humano. Esto es así, porque sobre la actitud que toma el legislador existe una gran presión social generada por convicciones morales y religiosas; presión entendible por la superior importancia del tema. Se trata de decidir a quién se considera un ser humano y, consecuentemente, titular de la personalidad jurídica que le permite constituirse en centro de imputación normativa.

Las posiciones se ubican desde el extremo de quienes consideran que a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide (concepción) existe ya un ser humano único e irrepetible que merece el reconocimiento de esa dignidad, hasta el extremo de quienes sostienen que en los primeros estadios del desarrollo embrionario lo que existe es un grupo de células que, bajo determinadas condiciones, pueden llegar a convertirse en un ser humano pero, mientras no llega ese momento que estiman por demás incierto, consideran que no se puede hablar de la existencia de una persona.

4.1.1 Naturaleza jurídica.

De conformidad con lo mencionado anteriormente, el análisis sobre la naturaleza jurídica del embrión humano implica básicamente determinar si éste es considerado por el ordenamiento legal una persona o un bien en el sentido jurídico amplio del término como lo concibe Jorge Domínguez⁷⁵: "todo objeto merecedor de protección por el sistema legal y en cuyo contenido están toda clase de valores, bienes y derechos, con independencia a su carácter patrimonial o extrapatrimonial". Para encontrar una respuesta se deben examinar argumentos biológicos que auxilian para comprender el fenómeno del

⁷⁵ *Op. Cit.*, nota 59, p. 299.

inicio de la vida humana y permiten al derecho tomar postura sobre la situación jurídica de ese grupo de células que generan al hombre.

El doctor Gregorio Pérez⁷⁶, al explicar el principio biológico de la vida humana, expone que la acción de reproducirse es una característica distintiva de los seres vivos y a la vez su instinto o impulso biológico más relevante porque permite la conservación de las especies. Destaca, que en el orden ontológico la facultad de procrear siempre ha ocupado un lugar preponderante en la escala de valores y que, así como en algún momento el hombre se preguntó acerca de su origen como raza, actualmente se pregunta a partir de qué momento inicia su vida individual. Dice que esta pregunta es actualmente un problema práctico por los avances en el campo de los tratamientos de la fertilidad y comienza por precisar que algunos de los términos lingüísticos relacionados con la reproducción fueron creados hace cientos o miles de años; tal es el caso de "concebir" que se usó para denotar únicamente el embarazo de la mujer o de "embrión" para señalar lo que estaba concebido y se desarrollaba en el útero, razón por la que ante los avances científicos ya no sirven para indicar en la actualidad el inicio de la vida del ser humano. Incluso advierte sobre los problemas asociados a la utilización de la expresión "vida humana" como sinónimo de ser humano, pues se da el caso de órganos o células (como los espermatozoides o los óvulos) que teniendo vida humana no son seres humanos.

El autor en consulta hace hincapié en que la identidad ontológica del ser humano se inicia por lo menos en el nacimiento, pero que es claro que el feto en el útero materno es un individuo humano. Encuentra que el elemento clave en la determinación del carácter de persona humana es la potencialidad de iniciar un desarrollo humano. El problema radica en la relatividad de esa potencialidad. En otros términos, un espermatozoide o un óvulo aisladamente podrían ser

⁷⁶ Pérez Palacios, Gregorio, "El principio de la vida humana desde el punto de vista biológico", *Memoria del seminario sobre salud y derechos humanos*, México, 1991, Comisión Nacional de Derechos Humanos, colección manuales, pp. 13-20.

considerados como seres humanos potenciales aunque su potencialidad es baja porque todavía dependen de que la fertilización ocurra así como el resto de los procesos naturales relacionados con la gestación. En cambio el cigoto, que es producto de la unión del espermatozoide y el óvulo, tiene una potencialidad mayor para desarrollarse y convertirse en persona humana porque constituye una célula viva diferente a los gametos que le dieron origen y cuenta con el poder inherente y activo de desarrollarse hacia una persona humana, aunque siempre y cuando se den el resto de las condiciones favorables de gestación. En consecuencia, estima menester determinar si el embrión humano en sus fases tempranas de desarrollo es un individuo humano o simplemente un grupo de células individuales y tratar de diferenciar entre la potencialidad de células en desarrollo para convertirse en un individuo humano y la potencialidad del individuo humano para desarrollarse por sí mismo y crecer a través de la multiplicación y diferenciación de sus células. Asegura, que si bien existe consenso sobre los acontecimientos que ocurren durante y después de la fertilización, no existe acuerdo sobre el momento en el que inicia la existencia ontológica de un nuevo individuo humano: si a partir de la fertilización o en etapas posteriores de desarrollo del cigoto.

En su exposición, el doctor Gregorio Pérez expone que la fertilización es un proceso complejo que dura de 20 a 24 horas, que inicia con el contacto entre espermatozoide y óvulo, y culmina con la mezcla de los cromosomas maternos y paternos que dan lugar al cigoto. El cigoto es un organismo individual muy distinto a los gametos que le dieron origen, extremadamente complejo, constituido por 23 cromosomas paternos y 23 cromosomas maternos en los que residen los genes que controlan los caracteres hereditarios distintivos de cada individuo. Con la excepción de los casos de gemelos idénticos, esos genes aseguran que un individuo no se parezca a otro. Después de explicar los pasos biológicos de la fertilización, el autor recapitula de la siguiente forma:

“En resumen, podríamos decir que al completarse el proceso de fertilización tenemos a una célula diploide que está genéticamente determinada para su desarrollo completo en su vida futura. De hecho, a partir de este momento el cigoto se desarrollará epigenéticamente, ya que posee toda la información requerida, a la manera de una minicomputadora que sigue su programación interna con un potencial intrínseco para el desarrollo posterior ... Es por ello, quizá, que a la fertilización se le considere como el estado biológico más importante de todo el proceso de transmisión de la vida humana ... Desde la perspectiva biológica, es indiscutible que la individualidad genética o genoma se establece durante la fertilización, y esta es única para cada individuo, excepto en el caso de gemelos idénticos.”

Lo anterior no le impide al autor mencionado plantear la hipótesis de que el código genético puede no ser suficiente para constituir o definir a un individuo en el sentido ontológico. Menciona el caso de los gemelos idénticos que, teniendo el mismo código genético, son individuos diferentes. Adicionalmente, identifica cuatro hechos biológicos que cuestionan el inicio de la individualidad humana a partir de la fertilización. Esos hechos son:

- Una vez efectuada la fertilización, el cigoto comienza a dividirse primero en dos células iguales, después en cuatro, ocho, dieciséis, etcétera. Esta división es controlada en las primeras etapas (hasta quizá el estadio de 4 células) por la información genética del óvulo exclusivamente. En consecuencia, el autor señala que es muy difícil aceptar la existencia de un ser humano antes de que los genes paternos se activen porque mientras no se manifiesten, no se puede afirmar que exista un ser idéntico al futuro adulto. Mas aún, si el genoma no se activa o es suprimido, no se producirá un individuo;
- En virtud de que el cigoto puede dar lugar a dos células hijas, que a su vez pueden desarrollarse separadamente y nacer como gemelos idénticos, algunos investigadores opinan que un individuo no puede dar lugar a dos individuos distintos sin morir o perder su propia individualidad. Toman en cuenta, además, que en el ser humano los cigotos son

susceptibles de dividirse para formar gemelos idénticos hasta el estadio de división en 8 células, lo que puede ocurrir entre los tres y los ocho días siguientes a la fertilización, y que estudios experimentales en animales han demostrado que es posible la separación y posterior fusión de células provenientes del cigoto;

- A partir del día 14 y hasta el día 19 posterior a la fertilización, ocurre el proceso de gastrulación mediante el cual se diferencian las tres capas de células a partir de las cuales se desarrollan los tejidos y órganos del embrión. Algunos investigadores sitúan en este momento el inicio real de la individualidad de la persona humana, sobre todo porque hacia la tercera semana se constituye el sistema nervioso central y comienza a funcionar el sistema cardiovascular, lo que les permite establecer sin lugar a dudas que después de la tercera semana existe un organismo humano vivo y con individualidad que continuará su desarrollo con la misma identidad ontológica, y
- A partir de la tercera semana posterior a la fertilización se forma la llamada "estría primitiva" que le confiere al embrión por primera vez un eje corporal y simetría bilateral. Posteriormente a la aparición de la estría primitiva ya no es posible que se formen gemelos idénticos por lo que comienza inevitablemente el desarrollo individual del embrión, razón por la que algunos consideran que su formación representa el inicio de la individualidad, ya que a partir de ese momento se puede reconocer y delinear los límites del individuo.

Como se ve, la postura de los biólogos no es homogénea. Establecen diferentes momentos en los que sitúan el inicio de la individualidad humana. Gira en torno a la argumentación del tema la graduación y valoración de la potencialidad del embrión para desarrollarse como ser humano único. Estos puntos de vista ambiguos afectan también a la doctrina jurídica. De esta forma, podemos

identificar posturas que niegan individualidad humana al embrión durante las primeras etapas de su desarrollo, posturas de escepticismo sobre la posibilidad de establecer indubitablemente el inicio del ser humano, así como otras que reconocen el inicio de la vida humana a partir de la concepción.

Entre los que niegan que la vida humana individual comience desde la fecundación se encuentra Marino Barbero⁷⁷, quien sostiene que la individualización del nuevo ser humano comienza hasta que el embrión se fija en las paredes del útero, aproximadamente 14 días después de la fertilización, momento a partir del cual ya no se pueden generar embriones enteros (gemelos). Incluso considera que el cigoto es un nuevo ser vivo pero no es una nueva vida; que con la fecundación no se inicia la vida, que ésta existe antes porque la vida procede de la vida. Sin embargo, afirma que esto no debe ser obstáculo para proteger al blastocisto ya que la propia asamblea parlamentaria del Consejo de Europa ha subrayado que el embrión y el feto deben beneficiarse en todas las circunstancias del respeto debido a la dignidad humana; y que para ello debe tomarse en cuenta que desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua.

Más radical es Miguel Soto⁷⁸, porque si bien comienza por afirmar que el embrión humano no es sólo una cosa. argumenta que al no ser persona ni estar implantado en el seno materno tampoco es titular de derechos, por lo que es un ente especial. Propugna porque se le considere como cosa para protegerlo mediante los delitos patrimoniales. Basa este criterio en la circunstancia de que el hombre está aprovechando en la actualidad al embrión mediante el tráfico jurídico y lo trata como si fuera una cosa con valor de cambio, respecto del que se realizan actos de apropiación y disposición que evocan al derecho de propiedad ilimitado. Considera a los embriones cosas dentro del comercio

⁷⁷ Barbero Santos, Marino, "Ingeniería genética y reproducción asistida. Consideraciones jurídico penales". *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, 1990, tomo XL, números 53-54, abril-septiembre de 1990, p. 166

⁷⁸ *Op. Cit.*, nota 14, pp. 267-314.

porque estando separados del cuerpo humano su naturaleza no impide que sean susceptibles de apropiación particular, es decir, que estén dentro del comercio; y no están fuera del comercio por disposición de la ley porque se necesitaría una norma jurídica que contuviera la prohibición expresa. Las ideas expuestas por este autor serían correctas sólo si el embrión biológicamente no fuera un ser humano distinto a sus progenitores. La exclusión del embrión del comercio se funda en su naturaleza de persona humana.

En sentido opuesto se encuentran opiniones como la de Francisco Lledó⁷⁹, quien acepta la postura de que el respeto a la vida humana debe comenzar desde la concepción. Reconociendo los diferentes momentos o estadios de desarrollo de la vida del ser humano, destaca que su devenir vital inicia con la fecundación y que el cigoto resultante posee ya todo el programa genético necesario para convertirse en individuo adulto. Coincide con el profesor Lacadena en que desde la fecundación existe una vida nueva distinta de cualquier otra y con su propia identidad que porta en su código genético diferente al de su madre, aunque dependa de ésta para su subsistencia. También acepta lo expuesto por Gafo, en el sentido de que a partir de la fecundación del óvulo se configura una nueva vida que no es del padre ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo y cita la sentencia que resume esta posición: "No llegará a ser nunca humano si no lo es ya entonces".

El mismo Francisco Lledó estima que es improcedente pretender establecer momentos a partir del cual existe la persona humana, porque su configuración se da a partir de un devenir progresivo pero que comienza en la fecundación. Es a partir de ésta que el nuevo individuo ya posee todo lo necesario para organizar su propio desarrollo, crecimiento y diferenciación si se le garantiza el alimento y ambiente adecuados. Sostiene que las circunstancias accidentales como que

⁷⁹ Lledó Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, pp. 80-86.

sea microscópico, que su ambientación biológica sea natural o artificial sólo tiene que ver con la forma en que lo conocemos y no con su ser, que merece el respeto a su vida y dignidad. En otras palabras, estima que todo lo que el hombre es se encuentra ya en el embrión y, por tanto, ya hay psique, así como niega que el embrión sea irrelevante antes de la anidación porque desde la fecundación existe vida humana *in crescendo*.

Por su parte, Gustavo Ordoqui⁸⁰ descarta el argumento de la falta de autonomía del embrión y su dependencia del cuerpo de la madre para negarle carácter de persona, aduciendo que no hay diferencia en cuanto a la dependencia materna entre el concebido y el recién nacido, así como el hecho de que hay adultos que por diversas causas también carecen de autonomía y no por ello dejan de ser personas. Cita los argumentos del profesor Jerome Leujene, catedrático de genética clínica de la Universidad de la Sorbona, respecto de que el inicio del ser humano es con la concepción, porque cuando se funden los dos gametos se dispone ya de toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades innatas del individuo; que producida la concepción el ser humano tiene individualidad genética y es capaz de presidir su propio destino; que es él y sólo él quien por un mensaje químico estimula el funcionamiento del cuerpo amarillo del ovario y suspende el ciclo menstrual de la madre; que con el nacimiento no hay un origen sino una continuidad en el ser de la persona. Por último, compara la vitalidad del nuevo ser con la del astronauta que pasea por la luna conectado a una nave espacial: ambos requieren del aprovisionamiento de fluidos vitales para su supervivencia que son proporcionados y asegurados por la madre y la nave nodriza respectivamente, pero esta dependencia no nos haría llegar a considerar al astronauta como parte de la nave.

⁸⁰ Ordoqui, Gustavo, "Estatuto de los derechos de la personalidad: los derechos del concebido no nacido", *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 254-260.

Carlos Fernández⁸¹ menciona que la biología humana reconoce indubitadamente que desde la concepción se produce un nuevo ser humano diferente en todo a sus progenitores y dotado de vida e identidad propia. Agrega, que la ciencia ha demostrado fehacientemente que el concebido es genéticamente independiente de la madre, y que la fecundación de un óvulo por un espermatozoide no admite como resultado otro que no sea la producción de un ser humano. Consecuentemente, el embrión no puede ser catalogado como cosa. Al referirse a las tesis que postulan que el ser humano sólo aparece genéticamente cuando se produce la individualización al momento de la anidación, aproximadamente catorce días después de la fecundación, momento a partir del cual ya no es posible la aparición de gemelos, las refuta por las siguientes razones:

“La situación antes descrita permite a ciertos científicos hacer un distingo entre vida humana, que comienza con la concepción, de ser humano, hecho que genéticamente acontecería después del décimo cuarto día posterior a la fecundación. Para nosotros, esta distinción es jurídicamente intrascendente, en cuanto que la vida humana *pertenece* al ser humano y no a otro ser de distinta naturaleza. El hecho de que genéticamente no se pueda establecer con certidumbre antes del décimo cuarto día si estamos frente a un caso de gemelos monocigóticos, no es una coyuntura que impida sostener que, en cualquier caso, estamos ontológicamente frente a un ser de naturaleza humana, aun en el supuesto antes referido. Por ello, el que la individualización esté en suspenso hasta el décimo cuarto día no tiene trascendencia jurídica en el sentido que, en singular o en plural, debe siempre protegerse al ser humano dotado de vida.”

Por último, el autor en consulta niega que la vida del concebido comience a partir del inicio de su actividad cerebral, porque advierte que la vida es un proceso continuo, en otras palabras:

“La vida humana es un devenir, un proceso continuo dotado de identidad ontológica que, comenzando con la fecundación, culmina con la muerte. En el curso de dicho proceso, sin solución de

⁸¹ Fernández Sessarego, Carlos, “Tratamiento jurídico del concebido”, *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 189-194.

continuidad, la realidad biológica en que consiste el ser humano va evolucionando, va adquiriendo una determinada configuración y está sometido a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica por efecto del tiempo, pero sin que tales mutaciones alteren su calidad ontológica de ser humano. Se trata, en última instancia, de diversos estadios dentro de un proceso en que consiste la vida humana.”

También hay quienes, como María Cárcaba⁸², opinan que ni jurídica ni biológicamente existen argumentos definitivos que permitan afirmar que el preembrión es ser humano y sujeto de derechos, lo que dificulta fundamentar su derecho a la vida, sin que por ello se considere que se le puede tratar como una cosa susceptible de creación y manipulación desmedida, pues si el semen y los óvulos se consideran fuera del comercio por su calidad de transmisores de vida, con mayor razón lo debe estar el preembrión. Funda su escepticismo en el hecho de que biológicamente se pueden distinguir tres estadios diferentes entre la concepción y el nacimiento: preembrión, embrión y feto. Manifiesta que tradicionalmente se ha considerado al preembrión como la masa celular en curso de división en la cual no ha aparecido la línea [estría] primitiva, punto a partir del cual se sabe si se trata de un solo individuo, de gemelos o de una simple masa celular; pasado ese plazo y una vez implantado en el seno materno se está en presencia del embrión, etapa que dura varios meses hasta que se comienza a hablar del feto, sin que haya acuerdo sobre el plazo a partir del cual se da este cambio, que es regulado generalmente por el derecho a través del límite temporal en que se permite la realización del aborto. Reconoce que el feto es ampliamente protegido por el derecho; que la situación del embrión es dudosa sobre todo en los países en los que se admite el aborto, y que la situación del preembrión es la más difícil porque en numerosos ordenamientos jurídicos no se le reconoce derecho a la vida.

⁸² Cárcaba Fernández, María, "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión)", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, pp. 391-397.

En otra obra, la propia María Cárcaba⁸³ arriba a la conclusión de que el derecho a la vida del preembrión no está garantizado porque no se impone la implantación. Admite que los preembriones son objeto de un cierto tráfico jurídico, aunque limitado, desde el momento en que son susceptibles de contratación; pero esa circunstancia no permite considerarlos como cosas, por analogía a lo que ocurre con el semen y los óvulos que son transmisores de vida. En síntesis, dice que los preembriones no son sujetos de derechos ni objetos de tráfico jurídico, sino entes cuya naturaleza exige que sean contemplados de forma especial

De la misma opinión es Alicia Pérez Duarte⁸⁴ quien también niega que el derecho tenga respuesta sobre el momento de inicio de la vida, pues dice que la filosofía, la antropología, la biología y la medicina no se han puesto de acuerdo. Para ejemplificar lo anterior cita las afirmaciones de médicos ganadores del premio Nobel de medicina y fisiología. El primero de ellos, de nombre Jacques Monod, manifiesta que pretender que el feto de algunas semanas sea ya una persona humana no corresponde a las ciencias naturales sino a la metafísica, porque piensa que la personalidad humana está ligada a la actividad del sistema nervioso central, es decir a la conciencia, y un feto de algunas semanas no puede tener fenómenos concientes precisamente por carecer de sistema nervioso central. El segundo de los citados, llamado Francois Jacob, sostiene que la vida no comienza nunca sino que continúa desde hace, por lo menos, tres mil millones de años; que entre el óvulo y el recién nacido no existe ningún momento privilegiado, ninguna etapa decisiva que confiera súbitamente dignidad a la persona humana; que lo que hay es una evolución progresiva, una serie de reacciones y de síntesis a través de las cuales se modela al ser humano.

⁸³ *Op. Cit.*, nota 5, p. 160.

⁸⁴ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *El aborto: una lectura de derecho comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 23-24

Jorge Domínguez⁸⁵ cita las razones expuestas por Alberto Pacheco para justificar el inicio de la personalidad jurídica en el ser humano a partir de la concepción. Estas se basan en la consideración de que el embrión es ya una persona humana a la que no le falta nada para serlo, salvo contar para su desarrollo con los ambientes propicios, en la misma forma que al niño le hace falta la atmósfera, la alimentación o el vestido para desarrollarse y llegar a la pubertad, a la juventud, etcétera. El papel de la madre semeja al de una probeta que, si bien es la mejor, no puede decirse que ésta tenga derechos sobre el producto que se desarrolla dentro de ella. Es más, el producto depende menos de la madre que los nacidos de la atmósfera que les rodea, ya que el primero puede sobrevivir más tiempo fuera del seno materno que los segundos privados de la atmósfera. Cuando el espermatozoide y el óvulo se unen se origina una nueva vida que cuenta con la totalidad de las instrucciones que dirigen su desarrollo, por lo que la anidación en el útero no aporta nada a la capacidad embrionaria para concluir su desarrollo, razón por la que no es correcto situar el inicio de la persona en la implantación. También cita la opinión de Rojina Villegas sobre la existencia del principio de que todo hombre es persona y, consecuentemente, de que el embrión humano tiene personalidad jurídica antes de nacer.

En el mismo sentido se pronuncia Antonio De Ibarrola⁸⁶ cuando afirma que el cigoto reúne, en el mismo instante de su formación, toda la información genética específica de un ser humano; que es desde el mismo momento de la concepción cuando esa célula inicial reúne la esencia genética del nuevo hombre, y que siendo la existencia la esencia en acción, desde el primer fenómeno genético que ocurra en esa célula existirá un nuevo ser humano.

Por nuestra parte, consideramos que el inicio de la persona humana se da a partir de la concepción. Los biólogos coinciden en que el embrión humano está

⁸⁵ *Op. Cit.*, nota 60, pp. 139-140.

⁸⁶ De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, 4ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 182.

dotado de la potencialidad necesaria, vía sus instrucciones genéticas, para desarrollarse por sí mismo. Esto no significa que no necesite de nada ni de nadie para vivir y desarrollarse; tampoco el ser humano adulto puede asegurar tal cosa. La diferenciación de etapas embrionarias tiene interés desde el punto de vista médico o biológico pero no debe tenerla desde el jurídico. La vida es una sola, continua y cambiante; es un proceso único para cada individuo que no admite otro inicio que la concepción, pues a partir de ésta existe en la naturaleza un ser humano que eventualmente seguirá los pasos que la naturaleza ha dispuesto para todos los seres vivos: crecerá, se reproducirá y morirá.

Consecuentemente, sostenemos que toda división en etapas del desarrollo del ser humano es artificiosa y útil solamente para fines didácticos o de investigación. Es cierto que el concebido requiere para su desarrollo de numerosas circunstancias favorables ajenas a su control; pero también el recién nacido, el niño, el adolescente o el enfermo, por citar algunos casos, necesitan o dependen de factores externos para sobrevivir.

Se ha dicho además que hasta el 14^o día posterior a la fecundación se puede conocer si el cigoto se dividió para dar lugar a gemelos. Este hecho no es obstáculo para reconocer que, en todo caso, lo que existió fueron dos seres humanos, pero no se puede afirmar que los catorce días previos hubo una "cosa" que súbitamente se convirtió en ser humano. Desde el punto de vista biológico se puede argumentar que existen dudas acerca de la individualidad cuando se producen gemelos, sin embargo al derecho no le toca seguir escrupulosamente los dictados de la biología, sino proteger valores supremos mediante normas hechas por el hombre para servir al hombre.

En este orden de ideas, nunca ha sido un imperativo para el derecho seguir rigurosamente los criterios naturales o biológicos como se demuestra, por ejemplo, con la retrotracción de efectos en los actos jurídicos que transgreden los postulados físicos sobre el tiempo. Esto es así, porque el ordenamiento

jurídico es creado para conseguir la realización de valores humanos. Dentro de estos valores, el principal es el derecho a la vida del ser humano, pues alrededor de éste giran los demás. Así pues, nos parece increíble que se pretenda regatear o limitar el reconocimiento al inicio de la vida del ser humano, cuando precisamente debería ser lo contrario, es decir, el derecho como producto cultural debe servir al hombre comenzando por protegerlo en su dignidad desde su origen y, si hubiese alguna duda –que ya no la hay- sobre el momento exacto a partir del cual existe, tal duda debería resolverse a favor del embrión otorgándole el beneficio de darle rango de persona lo antes posible.

Adicionalmente existen muchas posturas que, basadas en la incertidumbre sobre el futuro y viabilidad del embrión antes de su implantación en el útero, pretenden negar que durante las primeras dos semanas a partir de la fecundación sea considerado como persona. Tal argumento es irrelevante porque la vida entera está llena de incertidumbre de principio a fin. No hay bases para dudar más sobre si la implantación del embrión ocurrirá que respecto de su gestación normal y completa. Es más, aún si las hubiera, el reconocimiento de la personalidad del ser humano no puede estar sujeto a las simples probabilidades. La dignidad humana no debe ser objeto de apuestas sino provenir del hecho relevante y comprobado de la vida.

4.1.2 Alcances de su protección en la ley.

Desde el principio, la situación jurídica del concebido ha merecido el interés de la doctrina y la legislación. Pierangelo Catalano⁸⁷ identifica actualmente dos corrientes de pensamiento jurídico: Una, con fuerte inspiración justinianea caracterizadora de gran parte de iberoamérica, y otra de origen pandectístico

⁸⁷ Catalano. Pierangelo, "Observaciones sobre la persona del concebido a la luz del derecho romano", *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, traducción de Lucas Reyes González y Fabio Espitia Garzón, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 139-158

alemán que encuentra expresión en el código italiano de 1942. Este autor encuentra estas dos corrientes después de formular un análisis en dos niveles, en el de los términos y conceptos, así como en el de los principios y reglamentación.

En el nivel de términos y conceptos refiere que desde tiempos de la república romana hasta el siglo XVIII el término técnico para los concebidos era *qui in utero sunt* "aquellos que están en el útero" y que junto a otros términos menos frecuentes o tardíos como concebido o *nascituro* corresponden a la idea de paridad entre concebido y nacido, misma que siguen en buena medida en iberoamérica. Sin embargo, en la época moderna la construcción de distinciones entre los conceptos de hombre y persona, con la consecuente separación o negación de la paridad normativa entre concebidos y nacidos.

En el nivel de principios y normas señala que los *Digesta* de Justiniano contienen como principio de carácter general la paridad del concebido y del nacido, salvo las excepciones de algunas partes del derecho. Agrega que ese principio se afirma con claridad en el Libro I, título V, y encuentra correspondencia en el último libro, título XVI; y que se desarrolló desde la época de las Doce Tablas. Manifiesta que este principio fue invertido principalmente en Europa a raíz de la aparición de los conceptos abstractos de "persona", "personalidad", "sujeto de derecho" y "capacidad jurídica", con lo que la situación jurídica del concebido fue cambiada a una excepcional equiparación legislativa o, en palabras de Savigny, una simple ficción aplicada a limitadas relaciones jurídicas.

Pierangelo Catalano encuentra que varios códigos civiles latinoamericanos siguen, aunque sea moderadamente, la tradición romana justiniana. Entre ellos cita al Código Civil de Perú de 1984 que otorga categoría de sujeto de derecho al concebido; el Código Civil de Paraguay de 1985, que establece la capacidad para las personas físicas desde la concepción, además del Código Civil de

Brasil que otorga paridad ontológica al concebido con el nacido. Al referirse a la afirmación de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de que el concebido jamás había sido reconocido en el derecho como persona en sentido pleno, contrapone el principio codificado por Justiniano a través de la opinión de Ulpiano, que por su contundencia merece ser transcrito:

“...no dudamos que el pretor deba también venir en ayuda del concebido, tanto más que su causa debe favorecerse más que la del niño: el concebido, en efecto, viene favorecido para que venga a la luz, el niño, a fin de que sea introducido en la familia; este concebido, en efecto, se debe alimentar porque nace no sólo para el progenitor, de quien se dice que es, sino también para la república.”

Por el contrario, Carlos Fernández⁸⁸ dice que está descartada la posibilidad de que en Roma se hubiese considerado al concebido como persona. Explica que se ha llegado a cuestionar la autenticidad de ciertos pasajes de Gayo, Celso y Juliano, contenidos en el Digesto, en los que se equipara al concebido con los nacidos para todo lo que le sea favorable y que se oponen a los testimonios de otros jurisconsultos como Ulpiano que decía que el concebido, antes del alumbramiento, es parte de la mujer. Agrega, que la frase de que al concebido se le tiene por nacido, resultante de las expresiones de Juliano y de Paulo, es en todo caso una excepción aplicable sólo en lo que beneficia al concebido y en casos muy concretos y singulares. Recuerda que Papiniano sostuvo en el Digesto que el nascituro que se halla en el seno materno no puede configurarse como un ser humano.

José Castán Vázquez⁸⁹ explica que la recepción en el derecho español de la tradición romana se reflejó en la obra jurídica mas importante de la edad media española: Las Siete Partidas. De hecho, comenta que la 4ª Partida relacionada con el derecho de familia está hecha fielmente con base en el Derecho Romano.

⁸⁸ *Op. Cit.*, nota 81, pp. 199-205.

⁸⁹ Castán Vázquez, José María, "La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la vida humana", *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 168-182.

Así, se reguló la protección del concebido teniéndolo por nacido para todo lo que le favoreciera. Esta influencia romana pasó a la América española mediante la recepción de las Partidas, sin embargo esta tradición se alteró o perdió en algunos casos con la asunción de las teorías alemanas y el uso de conceptos abstractos.

Respecto a la posición actual que guarda la legislación civil latinoamericana, Gustavo Ordoqui⁹⁰ distingue las siguientes posiciones:

- a) Países que definen a la persona como "todo individuo de la especie humana", entre los que se identifica a Colombia, Venezuela, Chile, Uruguay, El Salvador y Ecuador;
- b) Países que establecen el origen de la persona desde el nacimiento [aunque con la ficción de tenerlos por nacidos para ciertos efectos], entre los que cuenta a Brasil, Guatemala, México, Perú y Costa Rica, y
- c) Países en los que se es persona desde la concepción, entre los que sólo encuentra a Argentina y a Paraguay:

En el sistema jurídico mexicano la protección del embrión humano se da por las vías del derecho público y del derecho privado. En el ámbito del derecho público, si bien la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no señala textualmente el derecho a la vida, lo protege indirectamente al prohibir en su artículo 14 que se prive de la vida ilegalmente. La cuestión es determinar si a la luz de las normas mexicanas esta protección incluye la vida del embrión.

Entre los instrumentos jurídicos de derecho internacional público que protegen al embrión se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada en México el 30 de marzo de 1981, que en su artículo tercero

⁹⁰ *Op. Cit.*, nota 80, pp. 277-279.

establece el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, y en el inciso uno de su artículo cuarto establece el derecho a la vida con los siguientes alcances:

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

Como se puede apreciar, en la primera parte del artículo se establece el derecho a la vida de la persona y, en la segunda parte se otorga ese derecho a partir de la concepción; luego, esta norma considera al concebido como persona. Como tratado internacional ratificado por nuestro país que es, es ley suprema en términos de lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

Otro instrumento internacional protector del concebido es la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, que estipula en su artículo primero que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años. En el inciso uno de su artículo sexto, expresamente se reconoce que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Luego, el concebido siendo un ser humano menor de dieciocho años debe ser considerado como un niño con derecho a la vida. En contra, hay quienes piensan que la convención no señala el inicio de la vida humana, por lo que califican de ambigua la redacción y creen reservados los derechos para el ser humano nacido. Sin embargo, para efectos de interpretación del alcance de la protección pretendida, basta acudir al preámbulo de la convención en la que se expone este motivo:

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Ambos instrumentos de derecho internacional son ley suprema en nuestro país en los términos de lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No abundaremos en otros como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o el Pacto de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos, porque no son específicos en su protección al concebido y la terminología que emplean al referirse a "individuo" o "persona humana" no aclara si abarca también al *nascituro*.

En la legislación nacional, existe en el nivel federal la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que en sus artículos segundo y décimo quinto protegen al concebido en los siguientes términos:

"2. Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos."

"15. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida. Se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo."

Este ordenamiento califica de niños a las personas de hasta doce años de edad y, junto a los adolescentes, les otorga expresamente el derecho a la vida. El concebido es persona según las disposiciones del Código Civil, por lo tanto goza de la protección a su vida. En el ámbito civil, la protección al embrión está sustentada en el artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal que textualmente dispone:

Art. 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.

La redacción del artículo ha dado lugar a dos corrientes, la de quienes piensan que la personalidad jurídica inicia con el nacimiento pero se protege al concebido para ciertos determinados efectos especificados en la propia ley, así como la de los que opinan que este artículo otorga personalidad jurídica al concebido aunque sujeta a una condición resolutoria negativa.

Entre los primeros se encuentra Jorge Magallón⁹¹, quien señala que el nacimiento es el hecho jurídico que marca el inicio de la personalidad jurídica, y que al embrión se le otorga tutela y protección al tenerlo por nacido para todo lo que le sea favorable, aunque sin que se le atribuya anticipadamente una personalidad que puede llegar a no tener. En el mismo sentido se pronuncia Ignacio Galindo⁹², quien agrega que desde el derecho romano el concebido ha sido considerado parte integrante de las vísceras maternas, que al depender su vida de la de su madre no puede considerarse todavía como persona, pero que el derecho para proteger al ser humano y puesto que la gestación es un aviso del alumbramiento, toma ciertas medidas cautelares para conservar algunos derechos que el concebido una vez que nazca y adquiera vida propia pueda adquirir. Este último autor sostiene que los derechos que se conservan a favor del concebido están sujetos a una condición suspensiva que consiste en que nazca.

Por otra parte, Jorge Domínguez⁹³ menciona que el tema genera opiniones contradictorias en la doctrina. Encuentra que autores como Messineo, Trabucchi, Barbero, Albaladejo, La Cruz Berdejo y Castán Tobeñas sostienen que la personalidad jurídica comienza con el nacimiento y que, en el mejor de los casos, al concebido se le protegen ciertos derechos en función de su calidad de esperanza de hombre. Estos criterios están apoyados muchas veces en las normas vigentes en diferentes países. Adicionalmente, cita que la regulación del

⁹¹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1987, tomo II, pp. 9-10.

⁹² *Op. Cit.*, nota 59, pp. 311-312.

⁹³ *Op. Cit.*, nota 60, pp. 142-155.

Código Napoleón en materia de sucesiones y donaciones permite a la doctrina de aquél país afirmar que la personalidad jurídica inicia con la concepción, y así lo explican Carbonnier, Ripert y Boulanger y los Mazeaud. También la doctrina argentina, por conducto de Spota y de Salvat, es favorable a este último criterio que es el recogido textualmente por el Código Civil de esa nación sudamericana.

Jorge Domínguez⁹⁴ también cita a Rafael Rojina, quien afirma que en el derecho moderno se consagra el principio de que todo hombre es persona, por lo que el concebido tiene personalidad antes de nacer, y coincide con él agregando que la personalidad jurídica comienza con la concepción porque desde entonces hay un nuevo ser que inicia su vida. Al hacer la interpretación del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, transcrito anteriormente, destaca lo siguiente:

- Hay un principio general que consiste en que la personalidad jurídica inicia con el nacimiento;
- Hay una excepción a ese principio, que es la situación de protección en que se encuentra el concebido que para todos los efectos legales se le tiene por nacido;
- Tener por nacido al concebido significa considerarlo equiparable a los nacidos con la viabilidad prevista por el artículo 337 del propio Código Civil y, por tanto, implica reconocerle personalidad jurídica;
- La redacción del citado artículo 22 califica de "individuo" al concebido. Hemos visto anteriormente que un punto central para determinar la condición de ser humano es la individualidad del sujeto, por lo que al equiparar al concebido con un individuo lo convierte en persona en el

⁹⁴ *Idem.*

mundo jurídico. Agregaríamos además, para fundamentar la individualidad del embrión, que las normas contenidas en los artículos 45, 46 y 47 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud distinguen claramente entre la salud de la madre y la del embrión o feto;

- Los artículos 1314 y 2357 del Código Civil para el Distrito Federal aluden al concebido como persona al otorgarle capacidad para heredar y recibir donaciones. El derogado artículo 364 le otorgaba el derecho a ser reconocido para otorgarle estado civil de hijo respecto de su progenitor, aunque en las legislaciones civiles de otros estados, como en el caso del artículo 295 del Código Civil de Veracruz, sí se mantiene prevista la posibilidad de reconocer al hijo que no ha nacido.

Por último, Jorge Domínguez⁹⁵ dice que los hechos y actos jurídicos en los que el concebido es parte interesada no se mantienen en suspenso, sino que el concebido cuenta con personalidad jurídica a partir de la concepción y coincide con Rafael Rojina en que tal personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa consistente en que no nazca vivo y viable; que de actualizarse este hecho futuro de realización incierta, su personalidad jurídica se destruye retroactivamente a partir de la concepción, pero que esta es la única forma de entender y explicar el porqué el concebido puede ser titular de derechos.

En nuestro parecer, el sistema que adopta el Código Civil del Distrito Federal es incorrecto porque parte de una declaración de que la personalidad jurídica inicia con el nacimiento, para después establecer una excepción que implica para fines prácticos dotar de personalidad jurídica al concebido, pues la supuesta "protección de la ley" que se le otorga, consiste precisamente en hacerlo apto para ser sujeto de derechos y obligaciones. Un ejemplo de cómo este

⁹⁵ *Ibidem*.

contradictorio sistema ha afectado nuestra regulación en esta materia, la tenemos en el Código Civil de Coahuila que en su parte conducente dispone:

“Art. 31. La personalidad jurídica de los seres humanos comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte.”

“La persona física es protegida por la ley desde que es concebida y puede desde ese momento, adquirir derechos y obligaciones; pero si no nace viva y viable, se destruyen retroactivamente los derechos y obligaciones que haya adquirido.”

En el fondo, la contradicción presente en este artículo y en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal es la misma: Se parte de una declaración de que la personalidad inicia con el nacimiento, pero se contradice en los hechos con la aptitud de que se dota al concebido para ser sujeto de derechos y obligaciones, aunque sólo sea limitadamente. Por ello, estamos de acuerdo con la afirmación de que el concebido tiene personalidad jurídica, aunque sujeta a condición resolutoria negativa, y por tanto es persona. Como la redacción del mencionado artículo 22 no distingue entre concebidos que se encuentren dentro del seno materno y concebidos que se hallen fuera de él congelados en probetas, creemos que todos los embriones gozan de la calidad de personas para el derecho y merecen la protección legal correspondiente.

En contra hay posiciones como la de José Bustos⁹⁶, quien comenta que en España el artículo 29 del Código Civil establece: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”, y encuentra tres posibles interpretaciones, que por la similitud de ese artículo con el numeral 22 del Código Civil para el Distrito Federal, merecen analizarse:

1. En primer lugar, encuentra una posibilidad de interpretación consistente en personificar los bienes destinados al nasciturus, vía

⁹⁶ *Op. Cit.*, nota 3, pp. 31 y s.

que él mismo desecha por considerar que en la actualidad no puede crearse una persona jurídica sin expresa disposición legal;

2. En segundo lugar, menciona la vía de proveer de personalidad jurídica condicionada al *nasciturus*, pero la descarta por las siguientes razones: a) porque a su parecer la personalidad jurídica no se puede reconocer condicionadamente, dicho en otras palabras su carácter de absoluta sólo permite tenerla o no según se satisfagan los requisitos legales procedentes; b) porque es incorrecto aplicar las condiciones, que son modalidades accidentales del negocio jurídico, a otros campos del derecho como el de la personalidad; c) porque si el concebido gozara de personalidad jurídica, tendría plena capacidad jurídica y requeriría de representante para realizar actos como los menores de edad así como recibir nombre y apellidos, ser inscrito en el Registro Civil, etc.; d) porque no hay una tendencia legislativa internacional para reconocer personalidad jurídica al concebido, máxime cuando en numerosos países se permite el aborto; e) porque aún en el supuesto de que se le otorgue personalidad jurídica al concebido, la protección no sería efectiva porque tendrían que defender sus derechos mediante sus representantes legales, es decir sus padres, que son precisamente quienes autorizan voluntariamente la realización de las técnicas de reproducción asistida con conocimiento de que algunos embriones pueden quedar en el camino como sobrantes, ser objeto de experimentación o huérfano de nacimiento por falta de padre; también sería discutible la efectividad de la representación si se desconoce la identidad del padre, y f) porque reconocerle personalidad jurídica al concebido vulneraría la seguridad jurídica, dado que numerosas consecuencias de derecho se tendrían que resolver cada vez que un concebido no naciera vivo y viable; basta imaginar la complejidad del mecanismo jurídico para registrar con nombre y apellidos en el Registro Civil todos los

embriones congelados, mantener su personalidad jurídica funcionando hasta que se determine si nacen con los requisitos de ley, y en caso negativo deshacer todos los negocios jurídicos realizados por sus representantes retroactivamente a su concepción, que puede datar de años atrás, y

3. En tercer lugar, la vía que identifica una situación de pendencia, es decir, de bienes con sujeto provisionalmente indeterminado. Consiste en casos especiales, singulares y con fines de protección, en que se permite que ciertos bienes carezcan de sujeto determinado de manera transitoria y sin que el plazo sea muy largo. En otros términos, ocasiona una afección de derechos a favor del concebido para mantener en suspenso determinadas atribuciones de otras personas para que tales derechos no se destruyan o se pierdan. Esta protección es exclusivamente de índole patrimonial y sobre casos concretos en los que en el código civil español sólo identifica la herencia y la donación, aunque sin descartar algún otro análogo. Esta interpretación es la que acepta el autor en consulta.

Respecto de las anteriores consideraciones de José Bustos, observamos que la situación de pendencia a que se refiere en tercer lugar necesariamente implica un derecho a favor del concebido para que esos derechos se conserven hasta su nacimiento. La doctrina es clara en el sentido de que la personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. No estamos de acuerdo con la idea de que hasta que nace el concebido vivo y viable recibe esos derechos. Notamos también que al hablar de las objeciones para afirmar que el concebido cuenta con personalidad jurídica, se confunde este término con el de capacidad jurídica. Nada impide que el concebido cuente con personalidad jurídica pero su capacidad jurídica esté limitada a ser sujeto de algunos derechos limitados como heredar, recibir legados y donaciones. Por otra parte, y esto es lo verdaderamente importante, la personalidad jurídica le permite al

concebido ser sujeto de derechos de la personalidad y proteger su dignidad y existencia.

Tampoco es convincente la hipótesis de la pendencia o de los bienes con sujeto provisionalmente indeterminado. Si tales bienes se adquieren hasta que el concebido nace porque se encuentran "suspendidos" en su titularidad, en todo caso existe un derecho del concebido a que se respete la titularidad de esos bienes. Creemos que el apoyo para demostrar la personalidad jurídica del concebido se encuentra en los conceptos jurídicos fundamentales de personalidad y capacidad jurídicas. La doctrina es conteste en afirmar que la personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas; mientras que la capacidad es un atributo de la personalidad que consiste en la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. La personalidad es calificada como absoluta, única, indivisa y abstracta porque, o se tiene o no se tiene, pero no admite graduaciones como sí sucede con la capacidad. Entonces, si admitimos que el concebido puede ser titular de derechos, aunque fuera uno solo, necesariamente debe tener personalidad jurídica para ser sujeto de ellos; es la capacidad la que determinará la amplitud de su goce de derechos y de obligaciones. En el derecho moderno todo ser humano cuenta con el reconocimiento de su personalidad jurídica por el simple hecho de serlo, y quien cuenta con personalidad es persona para el derecho.

De los criterios analizados sobre la protección al concebido, resulta sorprendente que se pretenda seguir utilizando criterios romanos para calificar al *nascituro* como parte de la madre. Lo que fue aceptable en tiempos del imperio romano por los limitados conocimientos biológicos y genéticos de entonces, carece de justificación hoy en día. También parece por lo menos mezquino y materialista limitar la protección del concebido a eventuales derechos patrimoniales y regatearle su calidad humana y los derechos inherentes a esa condición. Es decir, de acuerdo con algunas posturas podemos matar o desechar al concebido pero no privarlo de bienes heredados o donados. En este

mismo orden de ideas, Gustavo Ordoqui⁹⁷ hace una interesante crítica a los códigos civiles latinoamericanos al calificarlos de individualistas y patrimonialistas, porque señala que han regulado la situación de la persona en función de su “haber” y no por lo que realmente “es”; porque no fue sino hasta el momento de definir desde cuándo se pueden tener bienes por sucesión o donación que se reguló el origen de la personalidad, y que tal regulación se basó en criterios de seguridad así como de certeza jurídica y no en lo que en realidad es la persona. Agrega, que se debe considerar a la persona por lo que es y no por lo que tiene, para rematar diciendo:

“Debe reconsiderarse aquel modo extraño de ver las cosas según el cual, después de haber reconocido a la voluntad del hombre un verdadero señorío sobre los bienes externos, *se le niega respecto de los bienes que están dentro de él: de este modo el hombre tendría más facultades sobre cuanto le rodea que sobre su propio ser*”.

Con todas las posiciones doctrinales a favor y en contra que en materia civil hemos señalado, en nuestra opinión, en el derecho mexicano el concebido tiene personalidad jurídica sujeta a condición resolutoria negativa, no sólo porque nos parezca más sólida la argumentación de la contradicción evidente del Código Civil y porque consideremos que ante la duda se tendría que favorecer siempre al ser humano, sino porque convenios internacionales suscritos y ratificados por México, con el consiguiente nivel jerárquico de ley suprema, disponen que el concebido es persona.

En consecuencia, en lo sucesivo en este trabajo siempre que nos refiramos al concebido lo haremos desde el punto de vista de que el derecho mexicano lo considera persona.

⁹⁷ *Op. Cit.*, nota 79, pp. 248-249.

Entre los principales derechos del concebido que encontramos en el orden jurídico nacional están, enunciativamente:

- Derecho a la vida, protegido a través del artículo 14 de la Constitución General de la República; del artículo 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del artículo 6º de la Convención sobre Derechos del Niño; de los artículos 2º y 15 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; de los artículos 22, 1910 y 1915 del Código Civil para el Distrito Federal y del artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal que sanciona el aborto.
- Derecho a la integridad corporal, protegido mediante el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal que sanciona las lesiones.
- Derecho a la protección de la salud, tutelado en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en el artículo 61 de la Ley General de Salud.
- Derecho a la identidad, contemplado en los artículos 7º y 8º de la Convención sobre Derechos del Niño, así como en el artículo 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Derecho a heredar, establecido en los artículos 1313 y 1314 del Código Civil para el Distrito Federal.
- Derecho a recibir legados, previsto en el artículo 1391 del Código Civil para el Distrito Federal.
- Derecho a recibir donaciones, dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil para el Distrito Federal.

- Derecho a ser fideicomisario, de conformidad con el artículo 394 fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Derecho a ser reconocido, según disposiciones de códigos civiles de diversas entidades federativas, no así en el Distrito Federal, como el caso del artículo 295 del Código Civil de Veracruz.

Subyace el tema de resolver si el concebido puede ser titular de obligaciones. En tanto que siempre se ha considerado que se le tiene por nacido para los efectos que le sean favorables, debemos entender que su capacidad de adquirir obligaciones estaría sujeta a que éstos compromisos jurídicos sean favorables a él, como podría ser el caso de contraer deudas para conservar sus bienes o para darle tratamiento médico.

4.1.3 El concepto de “preembrión”.

Hemos visto anteriormente cómo algunos autores y legislaciones consideran que el embrión, mientras no llega a anidarse en el útero materno o no se le ha formado la denominada “estría primitiva” carece de individualidad humana. Fundamentan su posición en que hasta antes de ese momento, existe la posibilidad de que el embrión se separe y dé lugar a la aparición de gemelos, por lo que niegan durante ese estadio de su desarrollo la existencia de un ser humano único merecedor de tal dignidad. Este argumento ha servido para que en algunos países se contemplen en las leyes el concepto de “preembrión”, al que se niega la protección de la ley.

Esta tentación ha permeado también al legislador mexicano, pues el 14 de junio de 1991 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación reformas a la Ley General de Salud, mediante las cuales se introdujo en la fracción IV de su artículo 314 el concepto de *Pre-Embrión* que era definido como “El producto de

la concepción hasta la segunda semana de la gestación", asimismo, el embrión fue descrito en la fracción V del mismo numeral como "El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la duodécima semana gestacional".

Afortunadamente, con posterioridad la Ley General de Salud fue reformada nuevamente para desaparecer esta artificiosa clasificación de tal forma que en la actualidad su artículo 314 define, en la fracción VIII, al embrión como el "producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional". Afortunadamente, se abandonó la idea de diferenciar estadios del desarrollo embrionario para fundar en ellos la posibilidad de tratar al concebido en sus dos primeras semanas de vida como una cosa y no como un ser humano. Hablar de preembrión carece de sentido. No hay pre-personas o pre-humanos. La vida como hemos visto en páginas anteriores es un proceso vital, único y continuo que constituye un devenir. Existe un sentido de unidad en lo que el hombre es.

4.1.4 Experimentación e investigación en embriones.

La Ley General de Salud regula en su título quinto la investigación para la salud. Al efecto, dispone en su artículo 100 que la investigación en seres humanos se debe desarrollar conforme a las bases de que debe adaptarse a principios científicos y éticos; que sólo debe realizarse cuando el conocimiento que se pretenda obtener no se pueda alcanzar por otros métodos; que sólo se puede efectuar cuando exista seguridad razonable de no exponer a riesgos o a daños al sujeto en experimentación; que se debe obtener el consentimiento del sujeto o de su representante legal en caso de ser incapaz; que sólo puede llevarse al cabo por profesionales de la salud en instituciones médicas bajo supervisión de autoridades sanitarias; que el profesional responsable debe suspender la investigación si sobrevienen riesgos de lesiones, invalidez o muerte del sujeto

en quien se realice la investigación, así como las demás bases que señale el reglamento correspondiente. Siendo el embrión un ser humano en términos de lo expuesto en incisos previos de este capítulo, toda esta normatividad es aplicable a la experimentación e investigación sobre concebidos.

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, establece en su artículo 13 el principio de respeto a la dignidad y protección de los derechos así como el bienestar del ser humano sujeto de estudio, además de que en su numeral 14 adiciona como bases para la investigación en seres humanos que se debe fundamentar en experimentación previa realizada en animales; que deben prevalecer siempre las probabilidades de los beneficios esperados sobre los riesgos predecibles; debe contar con el dictamen favorable de las comisiones de investigación, ética y la de bioseguridad, en su caso, y debe contar con autorización del titular de la institución de atención a la salud.

El citado reglamento, al regular en su Capítulo IV la investigación en mujeres embarazadas además de la utilización de embriones, óbitos y fetos así como la fertilización asistida señala en el artículo 40 fracción XI que se entiende por:

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

Más adelante, en su artículo 43 señala lo siguiente:

Art. 43. Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente y manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.

La carta de consentimiento informado es un documento que debe cumplir con una serie de requisitos informativos para los pacientes y la declaración de éstos por escrito y ante dos testigos de su conformidad con someterse a los procedimientos de investigación para la salud. Sin embargo, de manera contradictoria, llama la atención la laxitud e imprecisión de los casos en que puede dispensarse el requisito de manifestación de voluntad del cónyuge o concubinario para la investigación sobre embriones, pues se establecen las hipótesis de incapacidad e imposibilidad para proporcionarlo, en la que cabe cualquier circunstancia. Más grave es que esta posibilidad abarque la fertilización asistida. Es decir, si el cónyuge no puede proporcionar su consentimiento para que su esposa se someta a fertilización asistida, entonces se dispensa el requisito y se le obliga a procrear un hijo. Esta posibilidad constituye una aberración inconstitucional que choca con el principio de la libertad para decidir el número y espaciamento de los hijos de manera libre, responsable e informada prevista en el artículo 4º de la Constitución General de la República.

El artículo 56 del reglamento en consulta dispone que las investigaciones sobre fertilización asistida sólo serán admisibles cuando se apliquen a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, con respeto al punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si difiere con el del investigador.

Toda la regulación mencionada anteriormente, nos hace ver que la investigación sobre embriones, en tanto seres humanos que son, es jurídicamente muy limitada porque requiere el consentimiento informado y expreso de los padres, además de que debe velar en todo momento por el beneficio y la seguridad del

concebido. Incluso la investigación que se realice para desarrollar nuevas técnicas de fertilización asistida debe ser escrupulosamente cuidadosa de no implicar riesgos innecesarios a la vida del embrión humano.

4.1.5 La donación de órganos provenientes de embriones.

En principio, la Ley General de Salud permite en el capítulo II de su título décimo cuarto que toda persona pueda donar su cuerpo, que abarca órganos, tejidos y células, total o parcialmente. En el caso de los embriones o fetos, sólo es posible que opere la donación cuando se cumplen los requisitos de los artículos 324, 325 y 326, que disponen que habrá consentimiento tácito del donante cuando se obtenga también el consentimiento de, en este caso en particular, los ascendientes; que se confirme la pérdida de la vida del disponente y los órganos y tejidos se extraigan sólo para fines de trasplantes. Deberá también realizarse bajo principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro, confidencialidad y a título gratuito.

Queda así descartada la posibilidad jurídica de donar la mitad de un embrión para formar otro idéntico, pues no cabe la donación respecto de embriones vivos, y como se verá más adelante existe prohibición respecto de órganos reproductivos aún provenientes de cadáveres.

4.2 Regulación legislativa de los componentes separados del cuerpo humano.

Tema fundamental para la reproducción asistida es determinar cuál es la naturaleza jurídica de los componentes separados del cuerpo humano. Queda claro que está fuera del análisis la situación del embrión que, además de haber sido analizada previamente, no constituye un componente del cuerpo humano de la madre sino que es un ser individual distinto a ésta.

Ernesto Gutiérrez⁹⁸ en su obra *El Patrimonio* sostiene que el ser humano no tiene derecho a disponer de partes esenciales de su cuerpo que, al desprenderse, pongan en peligro su existencia; por el contrario, afirma que tratándose de partes no esenciales, ya inútiles o fluidos corporales no esenciales sí tiene derecho a disponer de ellos. Específicamente considera posible que se disponga del semen. También Miguel Soto⁹⁹ opina que los gametos son cosas que están en el comercio porque no hay prohibiciones expresas en la ley para considerarlos fuera de él; asegura que la posibilidad prevista en las leyes sobre trasplantes que permiten la cesión gratuita únicamente constituyen limitaciones a su comerciabilidad pero no impiden ésta.

Lo cierto es que en el derecho mexicano los gametos no están en el comercio. Los espermatozoides y los óvulos son denominados "células germinales" por la fracción I del artículo 314 de la Ley General de Salud, y según la fracción XI de ese mismo numeral en relación con el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, son considerados "productos" del cuerpo humano. Esta calificación es importante porque al revisar el capítulo II del Título décimo cuarto de la propia Ley General de Salud se encuentra que el artículo 321 establece que la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres consiste en el consentimiento de la persona para que en vida o después de su muerte su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Por su parte, la fracción XIV del artículo 314 de la mencionada Ley General de Salud define al trasplante como "...la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integran al organismo". De lo anterior concluimos que:

⁹⁸ *Op. Cit.*, nota 66, pp. 1033-1041.

⁹⁹ *Op. Cit.*, nota 14, pp. 287-296.

- La donación de células sólo es permitida para trasplantes;
- El trasplante implica que las células transferidas se integren al organismo receptor, y;
- En el caso de los espermatozoides o los óvulos, no se integran al organismo receptor sino que forman o constituyen un nuevo organismo diferente, por lo que no se puede hablar de trasplante de células germinales.

Los argumentos expuestos demuestran que el legislador mexicano no tuvo intención de permitir la donación de células germinales.

4.2.1 El uso y recolección de órganos o componentes humanos.

La Ley General de Salud ordena en sus artículos 315 y 316 que los establecimientos de salud dedicados a la extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células, así como los dedicados a los trasplantes de órganos y tejidos junto con los bancos de órganos, tejidos, células y sangre deben obtener autorización sanitaria, la cual se otorga al comprobar que cuentan con los recursos humanos y materiales necesarios para desarrollar tales actividades. También tienen que contar con un responsable sanitario, un comité interno de trasplantes, un coordinador y un comité institucional de bioética.

Está prohibido según el numeral 317 sacar órganos, tejidos y células del territorio nacional salvo que se cuente con un permiso, y en el artículo 318 se establece que la disposición del embrión y de las células germinales se hará conforme a lo dispuesto en la ley y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan, las cuales hasta este momento no se elaboran.

Cabe mencionar también que el citado Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos señala en su artículo 56 que para efectos de ese reglamento son considerados como productos del cuerpo humano, además de los señalados en la fracción XVIII de su artículo 6º, las células germinales (que en términos de la fracción I del artículo 314 de la Ley General de Salud son las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión), y que éstas no se pueden emplear como materia prima con fines industriales, sino que su disposición se llevará a cabo de conformidad con las normas técnicas que emita la Secretaría de Salud.

4.2.2 Aspectos relevantes sobre las gónadas y los gametos humanos.

Hemos visto anteriormente que la Ley General de Salud no permite la donación de gametos porque no tienen como finalidad un trasplante, destino necesario y forzoso de cualquier disposición liberal de órganos, células o tejidos humanos. En relación con las gónadas, el Diccionario de la Lengua Española las define como “las glándulas sexuales masculinas o femeninas”, que en el caso de los varones son los testículos y de las mujeres los ovarios. En relación con estas glándulas y los tejidos que las conforman técnicamente es posible situarlos como materia de trasplantes, porque en todo caso se integrarían al organismo receptor, sin embargo jurídicamente sería imposible porque la fracción I del artículo 330 de la referida Ley General de Salud prohíbe, expresamente, el trasplante de gónadas o tejidos gonadales.

La norma no hace excepción ni distinción alguna, razón por la que no es lícito trasplantar material gonadal tomado de seres vivos ni de cadáveres. Esto cierra las posibilidades a que se tomen tejidos de fetos o cadáveres para trasplantarlos en personas vivas infértiles, a fin de que puedan generar células germinales. Prohibición por demás razonable si se advierte que, de permitirse, habría

personas produciendo espermatozoides u óvulos con información genética ajena, haciéndola pasar como propia. Esto violentaría el derecho del concebido a conocer su identidad.

**CAPÍTULO V.
INTERVENCIÓN DE LA TECNOLOGÍA EN LA REPRODUCCIÓN
HUMANA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

5.1 Inseminación artificial.

La inseminación artificial es la más antigua de las técnicas de reproducción humana asistida. Su relativa facilidad y bajo costo hacen que su utilización sea muy amplia en la actualidad. La circunstancia de que se pueda realizar con semen fresco o congelado ha ampliado de manera drástica sus posibilidades de empleo y, por otra parte, ha dado lugar a la aparición de situaciones potencialmente conflictivas no previstas por el ordenamiento civil, como son la disposición del semen congelado a la muerte del hombre, la situación de los hijos póstumos producto de esta técnica, los casos de donación de semen, etc. Adicionalmente constituye, en una escala de complejidad progresiva de los tratamientos médicos contra la infertilidad, el primer nivel de técnicas de reproducción asistida.

5.1.1 Concepto.

La técnica de la inseminación artificial es descrita por Pedro Silva¹⁰⁰ señalando que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la cópula o coito normal entre marido y mujer, a fin de facilitar el encuentro apto para lograr la fecundación del óvulo y del espermatozoide. Precisa que se utiliza para resolver problemas de fertilidad de mujeres o de esterilidad de hombres, lo que da lugar a que se utilice semen de la pareja o de terceros donadores, pero que en todos los casos supone que la fecundación se obtenga sin cópula o coito, sino que el semen sea inoculado mediante jeringas o catéteres en el cuello de la vagina, pues precisamente en esta última circunstancia radica la artificialidad de la inseminación.

¹⁰⁰ Silva Ruiz, Pedro F., "Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituta, suplente o sustituta) en los Estados Unidos, *La filiación a finales del siglo XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, pp. 86-90.

5.1.2 Clases: homóloga, heteróloga y *post mortem*.

Hemos visto anteriormente que la fracción XI del artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, estipula que la fertilización asistida es aquella en que la inseminación es artificial, sea homóloga o heteróloga, e incluye a la fertilización *in vitro*. Sin embargo, este ordenamiento no define qué se entiende por inseminación homóloga o heteróloga. La omisión no es menor porque, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra "homóloga" como adjetivo significa la persona que ejerce un cargo igual al de otra en ámbitos distintos, mientras que aplicada a la botánica y a la zoología implica los órganos o partes del cuerpo que son semejantes por su origen en el embrión, por sus relaciones con otros órganos y por su posición en el cuerpo. En tanto que la palabra "heteróloga" no existe.

En la doctrina, la inseminación artificial homóloga es considerada como la fecundación de una mujer con semen de su marido o conviviente, al margen del coito, gracias a una ayuda instrumental. La diferencia en el caso de la inseminación heteróloga es que en ésta última se utiliza el semen de un tercero donador que no es el esposo o el concubinario de la mujer¹⁰¹.

Por otra parte, una modalidad de las inseminaciones artificiales y que comenzó a darse a partir de que se perfeccionó la congelación de semen, generalmente realizada en las homólogas, es la inseminación *post mortem*, que es la que se realiza después del fallecimiento de la persona de quien se extrajo el semen congelado.

¹⁰¹ Cárcaba Fernández, María, *Op. Cit.*, nota 5, pp. 63 y 98.

5.1.3 Elementos personales.

Una de las cuestiones importantes a estudiar en la inseminación artificial radica en determinar quiénes pueden, legítimamente, emplear esta técnica. Las posibilidades fácticas abarcan su utilización entre cónyuges con semen del esposo o semen de un tercero donador; en concubinos con semen del concubinario o de un tercero donador, y en mujeres solteras con semen de un donador.

5.1.3.1 Inseminación artificial entre cónyuges.

El artículo 466 de la Ley General de Salud, después de tipificar como delictiva la conducta de inseminar artificialmente a una mujer sin su consentimiento o, aun con su consentimiento si es menor de edad o incapaz, dispone textualmente que "La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge". Lo anterior implica, interpretado a *contrario sensu*, que la ley sí permite la inseminación artificial entre cónyuges siempre que exista voluntad para ello en ambos. Del mismo tenor es el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, pues establece como requisito para la fertilización asistida (término que incluye a la inseminación artificial) el consentimiento informado de la mujer y del cónyuge. Cumplido este requisito, es lícita la práctica de la inseminación artificial como alternativa médica destinada a superar problemas de esterilidad.

Queda claro que la inseminación artificial homóloga entre cónyuges es lícita, cuando concurre la voluntad de ambos esposos en la utilización de esta técnica de reproducción asistida, pues si la esposa no autoriza la inseminación se configura el delito previsto en el artículo 466 de la Ley General de Salud; mientras que si la esposa se insemina sin el acuerdo del esposo, se configura a favor de éste la causa de divorcio necesario prevista por la fracción XX del

artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal. También es evidente que la inseminación artificial homóloga y voluntaria entre cónyuges no genera problemas jurídicos relacionados con la filiación o los derechos humanos del *nasciturus*, toda vez que el hijo así concebido está relacionado biológica y genéticamente con los dos cónyuges. En este caso, el niño así concebido es hijo de los cónyuges por presunción de la ley, además de que el esposo carece de acción para impugnar la paternidad según lo establecen los artículos 324 y 326 segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal.

Subsiste el problema de determinar si la inseminación artificial heteróloga, es decir la practicada con semen de un tercero ajeno al matrimonio, es también lícita. En relación con esto, el referido artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, establece la posibilidad de realizar fertilización asistida entre cónyuges siempre y cuando ambos otorguen su consentimiento; mientras que la fracción XI del artículo 40 del mismo ordenamiento define la fertilización asistida como "aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*". A primera vista, la posibilidad de inseminar a una mujer casada con semen de tercero parece apegada a derecho. Sin embargo hay que tomar en consideración que, al igual que en los casos de inseminación artificial homóloga, si la inseminación heteróloga se practica sin el consentimiento de la mujer se incurre en un delito; mientras que si se realiza sin el consentimiento del esposo se genera una causa de divorcio a favor de este último, además de que se abre la posibilidad jurídica de impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio haya concebido su cónyuge gracias al uso de esta técnica de reproducción asistida, conforme al artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal, interpretado a *contrario sensu*.

Adicionalmente, aún en el supuesto de que ambos cónyuges estén de acuerdo en la realización de la inseminación artificial heteróloga, esta práctica sería ilícita porque la donación de espermatozoides por parte de un tercero, necesaria para la

práctica de la inseminación artificial heteróloga, no está permitida por la Ley General de Salud. Este ordenamiento prevé en su Título Decimocuarto lo relacionado con la donación y trasplante de órganos, tejidos, células y cadáveres. De la regulación que hace ese cuerpo normativo, se puede apreciar: Que el artículo 320 contempla el derecho de toda persona para disponer de su cuerpo para donarlo para los fines previstos en ese título de la Ley; que el artículo 321 señala como fin para la donación de células el trasplante; que el numeral 314 define, en su fracción I, como células germinales a las células reproductoras masculinas (espermatozoides); que el artículo 330 condiciona la procedencia de los trasplantes a que existan justificantes de orden terapéutico y prohíbe expresamente el trasplante de gónadas o tejidos gonadales (que son precisamente los productores de espermatozoides), y que la fracción XIV del mencionado artículo 314 define como trasplante "a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro, que se integren al organismo". En consecuencia, no es posible considerar conforme a la ley la donación de semen, por las siguientes razones:

- a) Si bien los espermatozoides son células, no pueden donarse porque no son aptos para trasplantarse. Es decir, la ley limita la donación de células a que tengan como fin un trasplante, y esto implicaría que tales células se integraran al organismo de la receptora, lo que en los hechos no sucede, sino que originan un nuevo organismo diferente al de la persona que recibe en su cuerpo tales células reproductoras;
- b) En la inseminación artificial heteróloga no existen justificantes de orden terapéutico, pues por terapéutico debe entenderse lo relacionado con la terapéutica y ésta, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, es la "Parte de la medicina que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de las enfermedades", así como también "Ese mismo tratamiento" de las enfermedades. En el caso de la inseminación artificial heteróloga, la donación de semen no trata la

enfermedad de infertilidad o esterilidad del cónyuge varón, pues éste seguirá con su problema de salud independientemente de que su mujer se embarace con el esperma ajeno, y;

- c) Bajo criterios interpretativos analógicos y de mayoría de razón, si el legislador prohibió tajantemente el trasplante de gónadas o de tejidos gonadales, que son precisamente los que producen los espermatozoides y respecto de los cuales sí cabría hablar de justificaciones terapéuticas, cabe concluir que con mayor razón el semen, que es un producto de las gónadas, tampoco puede trasplantarse.

Sobra decir que las disposiciones de la Ley General de Salud, por razón de jerarquía legal, están por encima y prevalecen frente a las referidas disposiciones del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud que aparentemente posibilitan la inseminación artificial heteróloga.

Más aún, la inseminación artificial heteróloga viola el derecho a la identidad del niño, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, al ocasionar que no conozca a su verdadero progenitor, su origen, e imposibilitarlo de mantener relación con él y el resto de sus familiares.

Por otra parte, las reformas del año 2000 al Código Civil para el Distrito Federal establecieron la imposibilidad de que el cónyuge varón pueda impugnar la paternidad de los hijos que su cónyuge conciba durante el matrimonio, si él consintió expresamente el uso de las técnicas de fecundación asistida. Esta prohibición tan general abarcaría el supuesto de que el marido hubiese consentido el uso de inseminación artificial heteróloga. Por esa razón debería precisarse en el Código la prohibición de recurrir a esta clase de inseminación artificial ya que, inclusive, va en contra del artículo 338 de ese mismo cuerpo

legal, que establece que la filiación no puede ser materia de convenio, transacción o compromiso. Las donaciones de semen implican, en realidad, convenios entre las partes para transferir la paternidad y los derechos que de ella derivan, como la patria potestad y el estado civil, que son irrenunciables y que, precisamente por estar prohibida su transmisión en la ley, convierten en ilícita a la inseminación artificial heteróloga.

5.1.3.2 Inseminación artificial entre concubinos.

La situación de los concubinos es muy similar a la de los cónyuges en cuanto a los efectos jurídicos de la inseminación artificial. Si la inseminación artificial es homóloga, es decir con semen del concubinario, es lícita. Los mencionados artículos 40 y 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud permiten que se practique esta técnica de reproducción asistida entre concubinos si concurre la voluntad de ambos. Si la inseminación se practica sin la voluntad de la concubina, se incurre en el delito especial previsto por el citado artículo 466 de la Ley General de Salud; mientras que si se realiza sin la voluntad del concubinario, además de su derecho a impugnar tal paternidad, puede valorarse como un caso de ingratitud de la concubina y privarla del derecho a recibir alimentos una vez que cese la convivencia a que se refiere el artículo 291 *quintus* del Código Civil del Distrito Federal.

En el caso de la inseminación artificial heteróloga, los mismos argumentos utilizados para arribar a la conclusión de su ilicitud utilizados al analizar la situación prevaleciente entre cónyuges son aplicables al concubinato. Es decir, la donación de semen por un tercero ajeno a la pareja que integra el concubinato es ilícita porque la Ley General de Salud no admite esta clase de donación ni tiene fines terapéuticos como lo ordena la ley. Asimismo, vulnera derechos humanos del niño así engendrado.

5.1.3.3 Inseminación artificial en mujer sola.

Entendemos por inseminación artificial en mujer sola, la que es realizada por personas que no están casadas o unidas en concubinato. Esta modalidad de la reproducción asistida, en función de la necesaria naturaleza heteróloga de ese procedimiento, es jurídicamente inadmisibles porque se violentaría el derecho del menor a conocer a sus padres; a ser cuidado y a mantener relaciones familiares con ellos, consagrados en los artículos 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por México. También se afectaría el derecho del hijo a vivir en familia, que es parte integral de su dignidad personal. Al respecto el artículo 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala como uno de los principios rectores de la protección de los derechos de los menores el de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo. Este derecho está reafirmado en el artículo 23 del mismo ordenamiento. Por último, se trasgrediría el derecho del niño a tener el nombre y apellidos de los padres así como a conocer su filiación y origen, protegidos por los incisos a y c del artículo 22 de la mencionada Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Todas estas disposiciones son, en los términos del artículo 1º de la referida ley, de orden público y por ende los particulares no pueden modificarlas en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada. Lo anterior implica la ilicitud de la inseminación artificial en mujeres solteras.

Asimismo, de la regulación contenida en el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, se desprende que el uso de la fertilización asistida está reservado para parejas heterosexuales estables, toda vez que esa norma establece como elemento indispensable para la práctica de la fertilización asistida el consentimiento informado del cónyuge o concubinario, el cual sólo es dispensable cuando hay incapacidad o imposibilidad fehaciente para manifestarlo, cuando el concubinario no se haga

cargo de la mujer o existan riesgos para la salud de esta última, del embrión o feto.

Cabe mencionar que las razones de improcedencia por ilicitud antes mencionadas, abarcan también a la viuda que desee inseminarse con el semen de su cónyuge fallecido, en virtud de que la cónyuge superviviente recobra el estado civil de soltería. Se podría argumentar que, en estos casos, si la viuda se insemina poco tiempo después de la muerte del esposo el hijo nacería dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio y, consecuentemente, tendría establecida su filiación. No obstante, en la práctica se obligaría al hijo a vivir sin padre, lo que va en contra de sus mejores intereses. La ausencia de padre no se traduce únicamente en afectaciones económicas para el hijo consistentes en contar con una persona menos que le otorgue alimentos y a la cual eventualmente suceder; lo más grave consiste en privar al menor del espacio óptimo para su desarrollo humano que es la familia.

5.1.4 El elemento ¿real?

Uno de los temas fundamentales relacionados con la inseminación artificial, especialmente importante en la heteróloga, es la determinación de la naturaleza jurídica del semen. Es claro que en el caso de la inseminación artificial homóloga, la que se da entre cónyuges, no se generan problemas jurídicos por el hecho de que la esposa se insemine artificialmente con el semen del marido. En todo caso, tal conducta cabe dentro de los derechos que nacen del matrimonio para alcanzar los fines de éste, entre los cuales destaca el derecho a la procreación encaminado a la perpetuación de la especie, como uno de los fines esenciales de la institución, el que en todo caso supone la utilización lícita del material reproductivo de los esposos.

En cambio en la inseminación artificial heteróloga, aquélla en la que el semen proviene de un tercero ajeno a la pareja conyugal, subsiste el problema de determinar si el semen puede ser objeto de ese acto jurídico de disposición de elementos del cuerpo humano. Al respecto no existe uniformidad en la doctrina, pues mientras algunos le dan carácter de cosa al semen, otros se la niegan.

Dentro del primer grupo encontramos opiniones como la de María Cárcaba¹⁰², quien sostiene que las partes del cuerpo humano, mientras se encuentran unidas a éste son fragmentos de la persona, pero una vez que se separan de él son consideradas cosas susceptibles de tráfico jurídico sin restricciones. Estima que precisamente esta circunstancia es la que permite operaciones como la venta de cabello, donación de sangre o de órganos y tejidos. Además, si bien reconoce que el semen por su carácter de transmisor de vida es diferente a los demás elementos del cuerpo humano, afirma que también se “cosifica” al desprenderse del cuerpo humano y se vuelve susceptible de tráfico jurídico, aunque restringido por estar sometido al cumplimiento de diversas condiciones, y sin que esto pueda significar que el semen tenga valor patrimonial. También opina que esa posibilidad de ser objeto de tráfico jurídico restringido, constituye una “facultad de disposición” respecto de los gametos humanos.

Por su parte, Ernesto Gutiérrez¹⁰³ de manera implícita admite la heteroinseminación o inseminación heteróloga, pero critica que se utilice la terminología de “donación” de esperma, pues afirma que las características y elementos del contrato de donación son incompatibles con la manera en la que se practica esta técnica de reproducción asistida. Es decir, no cuestiona la posibilidad de que el semen sea objeto de tráfico jurídico, sino el que se le identifique con el acto jurídico civil patrimonial de donar.

¹⁰² *Op. Cit.*, nota 5, p.p. 71 y 72.

¹⁰³ *Op. Cit.*, nota 40, p. 262.

En sentido inverso, Luis Clavería¹⁰⁴ sostiene que ni el semen ni los óvulos son jurídicamente "cosas" en virtud de que no son valorizables económicamente; no pueden formar parte de un patrimonio; al ser enajenados no producen enriquecimiento ni empobrecimiento patrimonial; no son el propio cuerpo de la persona ni una parte separada de éste sino algo más y distinto de todo ello. Sin embargo, de forma contradictoria, también acepta la licitud de la inseminación heteróloga cuando existe consentimiento fehaciente del esposo o concubino así como el depósito de células germinales, si se realiza de forma gratuita. En su ponencia presentada en el Segundo Congreso Mundial Vasco, previa a la entrada en vigor de la Ley Española 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, indicaba que mientras no se promulgara una ley específica, se debían inducir principios de la normatividad más cercana y a la que por analogía consideraba la relativa a los derechos de la personalidad.

Manuel Chávez¹⁰⁵ sostiene que los gametos no son cosas porque no están en el comercio, al carecer de valor pecuniario y no ser susceptibles de apropiación. Explica que el cuerpo humano no puede ser objeto de derecho, ni sus partes mientras estén unidas a él; no obstante reconoce que una vez separados o extraídos esos componentes, pueden ser objeto de legislación específica y jurídicamente susceptibles de constituir objeto de una relación jurídica con límites y regulaciones; se pronuncia porque la ciencia jurídica los clasifique como "bienes especiales" a los que se denominaría "partes humanas" y que tendrían las características de ser no económicos, encontrarse fuera del comercio y susceptibles de transmisión sólo por donación, con excepción de los gametos, los que por ser germen de vida y servir para configurar a un nuevo ser humano, los ubica fuera del comercio.

¹⁰⁴ Clavería Gosálbez, Luis Humberto, "Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, pp. 238-239.

¹⁰⁵ Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, cuarta edición, México, Porrúa, 2001, pp. 51-55.

Las opiniones vertidas coinciden en que los elementos y órganos del cuerpo humano, mientras están unidos a él, no son susceptibles de constituirse en objeto de una relación jurídica. Es decir, son parte de la persona y ésta, como tal, está fuera del comercio porque es sujeto y no objeto de derecho. El problema consiste en determinar la naturaleza jurídica de esos mismos órganos o elementos una vez separados del cuerpo humano. La generalidad de la doctrina reconoce la conveniencia o la necesidad de permitir la transmisión de ciertos elementos o productos del cuerpo humano (como el pelo o la leche materna) por su escasa importancia y relevancia jurídica o social, así como la disposición a favor de terceros de órganos, tejidos o células por motivos altruistas y con fines terapéuticos. En lo que no hay acuerdo es en el fundamento jurídico de tales actos.

Hay que recordar que el Código Civil para el Distrito Federal dispone, en sus artículos 747 a 749 que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio, en el entendido que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza, cuando no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, o por disposición de la ley, cuando ella las declara irreductibles a propiedad particular. Este último supuesto creemos que debe interpretarse como lo hace Jorge Domínguez¹⁰⁶, en el sentido de considerar que las cosas están fuera del comercio por disposición de la ley cuando ésta las declara irreductibles a la propiedad en particular o en exclusiva de alguna persona (pública o privada), y no a la propiedad de los particulares en contraposición de la propiedad pública, pues esta última interpretación implicaría que los bienes del dominio público estarían fuera del comercio y, si así fuera, no serían susceptibles de apropiación o de posesión ni siquiera por el Estado mismo.

En este orden de ideas, los gametos no pueden ser considerados como bienes porque están fuera del comercio y, respecto de ellos, no se tiene un derecho de

¹⁰⁶ *Op. Cit.*, nota 60, pp. 302-305.

propiedad en el sentido patrimonial, aún y cuando estén separados del resto del cuerpo humano. Manuel Chávez¹⁰⁷ lo explica diciendo que el ser humano no puede ser sujeto y objeto de sí mismo; que no se debe confundir al sujeto con el objeto de la relación jurídica; que la persona humana no tiene un derecho subjetivo sobre su propio cuerpo y, por tanto, no puede apropiárselo ni sus miembros están en el comercio.

Si bien es cierto que la Ley General de Salud autoriza en sus artículos 320 y 321 la donación de órganos, tejidos, células y cadáveres, también lo es que la limita a su utilización para trasplantes, los que son definidos por la fracción XIV del numeral 314 de la propia ley como "la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integran al organismo".

De lo anterior se desprende que los órganos, tejidos y células humanas si bien no pueden considerarse como bienes y, por ende, susceptibles de apropiación en particular por nadie, sí pueden ser materia de un cierto tráfico jurídico que escapa a la regulación patrimonialista del código civil. Ciertamente es que nunca podrán ser considerados como objeto indirecto de negocios jurídicos patrimoniales, pero la pregunta que hay que responder es ésta: ¿los órganos, tejidos y células humanas pueden ser objeto de actos jurídicos? Creemos firmemente que sí; que esos elementos, con la excepción de las células germinales, no pueden ser materia de negocios jurídicos pero sí lo pueden ser de actos jurídicos en los que la voluntad del transmisor se limita a realizar el acto y las consecuencias jurídicas están previstas en la ley sin cabida para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, la persona pueda modificarlas.

Del marco jurídico mexicano, se desprende claramente que de ningún modo se puede considerar como lícita la donación de espermatozoides en nuestro país porque los

¹⁰⁷ *Op. Cit.*, nota 105, pp. 53-54.

gametos, que son denominados células germinales, si pretendieran ser donados no lo podrían ser para trasplante, porque ni se van a integrar al organismo de la mujer que aporta el óvulo -sino que en todo caso al unirse con el gameto femenino formaría un nuevo organismo- ni el óvulo puede ser considerado como un individuo que pueda ser titular del derecho a recibir la donación para el trasplante. Consecuentemente también, en México son ilícitos los "bancos de esperma".

Por si fuera poco, aún en el caso de que se considerara como trasplante la donación de semen, el artículo 333 de la Ley General de Salud establece en su fracción VI como requisito para realizar trasplantes entre vivos, que el donante sea pariente consanguíneo, por afinidad o civil; cónyuge o concubinario del receptor, lo que también volvería ilícita la donación de semen de tercero ajeno a la pareja, porque si se tratara de parientes de la receptora estaríamos en un caso de actos en contra de las buenas costumbres; y si proviniera del cónyuge o concubinario no estaríamos en presencia de una donación sino del uso del legítimo derecho a la procreación derivado del estado conyugal o de la constitución en la situación de hecho del concubinatio.

5.1.5 Elementos formales.

Hemos dicho que la inseminación artificial entre cónyuges no supone problema jurídico alguno. En todo caso, los casados tienen derecho a la procreación pues es uno de los fines esenciales del matrimonio, y el empleo de esta técnica de reproducción asistida tiene como fin superar un problema de salud reproductiva, pero no altera la esfera jurídica de los esposos. Así se desprende de la redacción del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que en su parte conducente dispone:

“Art. 146. Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada...”

A nadie se le ocurre pensar que, cuando la inseminación se realiza de manera natural, mediante la relación sexual el hombre “dona” su semen a su esposa para engendrar un nuevo ser humano, o que la mujer “done” su óvulo al esposo para el mismo fin. Es claro que una interpretación así de equivocada supondría el carácter de “bien” en sentido jurídico del semen o del óvulo, lo que hemos analizado anteriormente que es imposible, y la posibilidad de un derecho de “propiedad” del hijo, concepción de la paternidad que afortunadamente ha sido superada desde hace mucho tiempo. Sin embargo, el hecho de emplear los servicios de terceros ajenos a los cónyuges (personal médico) para lograr la procreación con el auxilio de instrumentos artificiales, constituye un acontecimiento que, para algunos, al ser ajeno al proceso normal de fecundación enmarcado dentro del débito carnal, constituye un contrato. En este sentido se pronuncia Manuel Chávez¹⁰⁸, quien califica a la inseminación homóloga o heteróloga como acto jurídico de Derecho Familiar, específicamente como contrato plurilateral formal, en el que considera partes a los consortes y al médico tratante, los que deben otorgar su consentimiento con las formalidades que disponen los artículos 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Precisamente en este consentimiento de la mujer y del cónyuge o concubinario que exige el numeral 43 del reglamento en cita, es en lo que se basa para considerar como contrato a la inseminación artificial.

El autor en consulta estima como objeto del contrato la constitución de una relación jurídica que genere deberes, derechos y obligaciones paterno-filiales así como obligaciones y responsabilidades para el médico que realiza el procedimiento, por lo que en su opinión la firma del contrato produce

¹⁰⁸ Chávez Ascencio, Manuel F., *Op. Cit.*, nota 105, pp. 57 y s.

consecuencias irrevocables por tratarse de la filiación. Al abundar sobre el carácter de irrevocable, explica que éste le viene al contrato de la inseminación, pero que antes de que ésta se produzca puede haber revocación del marido o de la mujer. Agrega que, para que sea válido, el consentimiento debe ser "informado"; que los vicios de la voluntad provocan la nulidad del contrato y que aunada a ésta existe una sanción penal prevista por el artículo 466 de la Ley General de Salud para quien sin consentimiento de la mujer o aún con éste si la mujer es menor o incapaz, realice sobre ella inseminación artificial.

Otro autor que le otorga calidad de contrato a la enajenación de órganos o tejidos es Ramón Sánchez¹⁰⁹, quien al explicar la característica de intangibilidad de los efectos de los contratos afirma que una de las partes no puede, por voluntad unilateral, disolver o modificar el contrato, salvo casos específicamente previstos por la ley. Menciona como uno de esos casos, la retractación del contrato, sin responsabilidad para el que la hace, cuando se ha prometido enajenar órganos o tejidos propios para su trasplante, remitiendo al artículo 324 de la Ley General de Salud. Esto era así, porque la redacción anterior del citado artículo 324 establecía como requisito para tomar órganos y tejidos la manifestación del consentimiento en forma expresa, por escrito, ante notario público y dos testigos de parte del disponente originario. El mismo numeral autorizaba al disponente a revocar tal consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte. En opinión de Ramón Sánchez, esta declaración de voluntad implicaba un contrato de promesa, no obstante, no aclara cuál sería entonces la forma jurídica del contrato definitivo y si, celebrado éste último, también existiría la posibilidad de retractación unilateral.

Sin embargo, la actual redacción del artículo 324 no prevé más esta hipótesis y, en cambio, presume el consentimiento tácito del donante. Asimismo, ahora los

¹⁰⁹ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 12ª edición, México, Porrúa, 1993, pp. 79 y 80.

artículos 320, 321 y 322 *in fine*, de la Ley General de Salud, son los que regulan este tema y a la letra disponen:

“Art. 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título.”

“Art. 321. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.”

“Art. 322. La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.”

“En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.”

“La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.”

Por su parte, Ernesto Gutiérrez¹¹⁰ considera que los actos en los que se dispone del cuerpo humano, o de parte de él, son actos jurídicos que en el caso de disposición para después de la muerte se otorgan a través del testamento, y si se dan entre vivos, mediante la celebración de un contrato atípico que él propone se denomine “contrato físico-somático”.

Hecho el estudio de estas opiniones, no parece correcto que la naturaleza jurídica de la inseminación artificial sea la de un contrato, porque en el caso de la inseminación artificial homóloga, no existen bases para tratar de forma diferente la inseminación natural o artificial, pues en ambos casos el soporte jurídico descansa en el hecho de la unión conyugal y el correspondiente derecho a la procreación que tienen los cónyuges. La circunstancia de que se requiera ayuda médica para lograr la fecundación sí produce un contrato pero de

prestación de servicios profesionales entre la pareja, por un lado, y el médico y su equipo (laboratorista, ayudantes, institución o clínica hospitalaria, etc.), por el otro, pero esto no implica que entre los esposos exista un contrato para inseminar a la mujer. En el caso de la inseminación artificial heteróloga, hemos sostenido que en nuestro medio es ilícita, en virtud de que la Ley General de Salud limita la "donación" de células sólo a trasplantes, lo que en la inseminación artificial no ocurre, pues se da lugar a una nueva vida y las células germinales no se integran al organismo de la receptora de la "donación". Adicionalmente, de los textos legales transcritos, se desprende que:

- El artículo 320 de la Ley General de Salud autoriza a toda persona a disponer de su cuerpo, total o parcialmente, para "donarlo";
- La "donación" en materia de células, entre otros componentes humanos, es definida en el artículo 321 como el consentimiento de la persona para disponer de su cuerpo. No se habla de acuerdo de voluntades, indispensable para estar frente a un contrato, sino de manifestación de voluntad. La redacción de la Ley General de Salud la contempla como un acto unisubjetivo. Esto es así, porque lo difícil en materia de trasplantes es conseguir "donadores", no "receptores" de órganos, tejidos o células. Es cierto que se requerirá del consentimiento del receptor para recibir el trasplante, pero éste se da por descontado porque la persona o institución beneficiaria con la "donación" la aceptará por la necesidad que tiene de ella para mejorar su salud o la de alguna otra persona, existiendo incluso la posibilidad de que sean las propias autoridades sanitarias quienes determinen quién recibirá el transplante. Es claro que al establecer esta regulación, el legislador no tuvo en mente la posibilidad de inseminaciones artificiales heterólogas, porque precisamente es ilícito "donar" semen para "trasplantes";

¹¹⁰ *Op. Cit.*, nota 66, pp. 1038 a 1041.

- En efecto, el mismo artículo 321 establece que la disposición del cuerpo a través de la “donación” de órganos, tejidos o células es para que se utilicen en trasplantes, lo que hemos visto anteriormente que tratándose de células germinales es ilícito, pues los espermatozoides no se integran al organismo de la mujer receptora de la inseminación, sino que forman uno nuevo y diferente con personalidad jurídica propia y distinta. Lo anterior implicaría la ilicitud del objeto de un pretendido contrato de inseminación artificial, porque la supuesta “donación” de semen sería contraria a los fines permitidos por el ordenamiento citado, el cual en los términos del artículo 1º de la propia Ley General de Salud es una disposición de orden público;
- La terminología utilizada por la Ley General de Salud al denominar como “donación” al acto de disponer parcial o totalmente del cuerpo para trasplantes no guarda relación con la naturaleza jurídica del acto. En todo caso, se trató de realizar una analogía por la liberalidad que implica el entregar gratuitamente a otra persona un órgano, tejido o células para integrarlos a su organismo. Sin embargo el término es equívoco pues, como advierte Ernesto Gutiérrez¹¹¹, el contrato de donación es patrimonial y en la inseminación el semen no es considerado un bien, además, la donación para ser perfecta requiere la comunicación al donador de la aceptación del donatario, lo que no podría suceder en las inseminaciones heterólogas, en las que se busca conservar en secreto la identidad del “donante” pues no se establece filiación alguna entre él y el producto de la concepción. Agregaríamos también, que la donación es un contrato revocable y que sería descabellado pensar que, ante una supuesta ingratitud de la mujer, el varón pretendiera revocar tal contrato o basándose en la posibilidad prevista por el numeral 322, de que “el donante” pueda revocar su consentimiento “en cualquier momento”, sin responsabilidad de su parte;

¹¹¹ *Op. Cit.*, nota 40, pp. 262 y 263.

- Si aun tomando en cuenta los argumentos anteriores, se pretendiera considerar la existencia de un presunto contrato de inseminación artificial, tampoco se podría explicar la hipótesis –posible gracias a la congelación de semen- de que un difunto, quien carece de personalidad jurídica, pueda otorgar el consentimiento tácito al que se refiere el artículo 324 y llegar a celebrar un contrato a todas luces inexistente;
- Tampoco es correcto el considerar, como lo hace Manuel Chávez, que el objeto del pretendido contrato de inseminación artificial es “crear una relación jurídica paterno-filial”, en virtud de que tal objeto sería jurídicamente imposible, pues el artículo 338 del Código Civil del Distrito Federal prohíbe expresamente que la filiación sea materia de convenio, y;
- Si el supuesto contrato estuviera afectado de nulidad, una vez producida la concepción mediante la inseminación artificial, las cosas no podrían volver al estado que guardaban antes y menos se podría pensar en que no se produjeran o se resolvieran los efectos jurídicos que, en este caso, consistirían en establecer la filiación y el correspondiente estado civil a favor del hijo así concebido, pues la filiación, según el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal, es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo que forman la familia y no pueden ser materia de convenio, aunado a que las disposiciones referentes a la familia son de orden público e interés social de conformidad con el numeral 138 *ter* del mismo ordenamiento. Por esa razón, es congruente que el legislador haya contemplado en el artículo 466 de la Ley General de Salud una sanción penal en caso de falta de consentimiento de la mujer o de su incapacidad y no una sanción de nulidad que sería inaplicable.

Otra vía de explicación de la naturaleza jurídica de la inseminación artificial la intenta José Bustos¹¹², quien estima que los actos materia de reproducción

¹¹² *Op. Cit.*, nota 3, pp. 145 y 146.

asistida escapan a la categoría de actos jurídicos, si bien pueden producir consecuencias jurídicas. Para este autor, detrás de una donación de gametos se encuentra la renuncia de una persona a un derecho de la personalidad, en este caso el de la integridad física, en favor de otra. Por ello, considera que no puede haber contrato ni negocio jurídico alguno porque lo que se renuncia no puede ser objeto de tráfico jurídico. José Bustos afirma que los derechos de la personalidad sí pueden renunciarse porque el titular de un derecho siempre puede renunciarlo, y que la configuración de ciertos derechos subjetivos como "irrenunciables" por el ordenamiento jurídico es, en realidad, un modo de decir que están revestidos de una especial protección, de un grado máximo de amparo y tutela que consiste, entre otras cosas, en que el titular siempre puede revocar su autorización para que se disponga de su derecho por un tercero. Por último, dice que la renunciabilidad de los derechos de la personalidad es la que explica los actos de disposición de aquéllos, y que el dinero a cambio de la utilización de los derechos de la personalidad se podría explicar como compensación o gratificación pero nunca como contraprestación de un negocio patrimonial.

En la realidad jurídica española, en la que se desenvuelve este tratadista, la inseminación artificial está permitida en todas sus modalidades y, por ende, esta forma jurídica de la renuncia de un derecho de la personalidad, así sea parcial, es la que más le convence para justificar las donaciones de semen. No obstante, parece controversial negar el carácter de acto jurídico a la renuncia del derecho de la personalidad y sostener que sí produce consecuencias jurídicas, porque es claro que tal renuncia no puede tratarse como un hecho jurídico en virtud de que, en todo caso, se realiza con la voluntad expresa de producir un derecho en favor de la persona que recibirá tal donación. En lo que parece acertada, es en el hecho de que existen actos de disposición de los derechos de la personalidad que, sin implicar su renuncia total, permiten un aprovechamiento parcial que se traduce generalmente en beneficios económicos. Es cierto que a estos derechos en la doctrina se les califica de extrapatrimoniales, pero eso

atiende a que no son valorables económicamente en forma directa. Sin embargo, todos los días se presentan casos de personas que autorizan, por ejemplo, el uso de su nombre, de su imagen o de su información privada a cambio de dinero. Lo anterior implica la existencia de ciertos derechos subjetivos que, sin ser patrimoniales por no ser valorizables en dinero, permiten mediante su ejercicio la obtención de beneficios económicos que sí ingresan al patrimonio de la persona. Además de los referidos derechos de la personalidad, podemos señalar al derecho al trabajo, que en términos de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley Federal del Trabajo es concebido como un derecho y un deber social que no puede considerarse como artículo de comercio; que en tanto garantía individual constitucional no puede renunciarse; que no se puede valorar directamente en dinero, pero cuyo ejercicio sí reporta beneficios económicos a su titular.

Hecho el estudio de las dos corrientes que buscan explicar la naturaleza jurídica de la inseminación artificial, encontramos que en nuestro sistema jurídico, la inseminación heteróloga es ilícita porque la ley sólo permite donaciones de células para trasplantes. En consecuencia resulta inútil buscar la forma jurídica de su realización. Lamentablemente, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal sólo sanciona en su artículo 149 a "quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes" lo que produce confusión porque aparenta dar legitimidad a la donación de gametos, conducta que no es viable jurídicamente según la Ley General de Salud, como ya se ha explicado. Con todos los inconvenientes que produce la donación de gametos, principalmente para la persona así concebida, era deseable que el Código prohibiera y sancionara toda clase de donación de células germinales, para así desalentar esta práctica. Es incongruente que se sancione la falsa declaración ante el Registro Civil para atribuir a una persona un estado civil que no le corresponde y, por otro lado, en los hechos se tolere la simulación de la filiación natural mediante la transferencia de espermatozoides u óvulos provenientes de terceros ajenos a la pareja. En las actuales circunstancias, la sola barrera de la

ley administrativa es frágil para impedir esta práctica, frente a los fuertes intereses de toda índole, hasta económica, que están involucrados.

La inseminación homóloga por el contrario sí es válida, toda vez que los esposos o concubinos pueden, en cumplimiento del débito conyugal y en ejercicio de sus derechos a la procreación y a la salud, acudir a la ayuda médica para lograr la fecundación. Es claro que en la inseminación artificial homóloga se requiere consentimiento de ambos cónyuges pues el propio artículo 4º constitucional dispone el derecho de toda persona a decidir el número y espaciamento de los hijos, por lo que tiene que ser una decisión compartida. Además, esa manifestación de voluntad para someterse a la inseminación artificial no es un contrato, pero sí constituye un acto jurídico en sentido estricto de naturaleza civil-familiar que, como tal, comparte las características de esos acontecimientos jurídicos señaladas por Jorge Domínguez¹¹³, consistentes en que las consecuencias de derecho ya están señaladas por el ordenamiento jurídico -en este caso generar una filiación y su correspondiente estado civil- sin que los autores puedan agregar disposiciones voluntarias derogatorias de la regulación legal respectiva, por lo que la voluntad de la pareja se constriñe únicamente a la realización del acto. Otra particularidad, consiste en que el hombre y la mujer pueden revocar el acto en cualquier momento previo a la realización del procedimiento, pues hecho éste y sobrevenida la fecundación, las consecuencias jurídicas derivadas de la concepción no pueden ser destruidas por la voluntad de los padres. Este acto debe ser formal pues el segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil del Distrito Federal impide que el cónyuge varón impugne la paternidad de un hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida si éste otorgó su consentimiento expreso para la utilización de tales técnicas; y los numerales 21, 22 y 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud agregan los requisitos de que la manifestación de voluntad se haga por escrito, ante dos testigos, y de manera informada.

¹¹³ *Op. Cit.*, nota 60, pp. 505-506.

5.1.6 Problemas de filiación.

Al analizar la situación de los menores nacidos a consecuencia de la técnica de inseminación artificial, es necesario distinguir los casos en que ésta es homóloga de los que es heteróloga, así como las hipótesis en que la mujer es casada y en la que es soltera. Así pues, procederemos a revisar las diferentes posibilidades fácticas y sus consecuencias jurídicas, que pueden desprenderse de la realización del acto jurídico de la inseminación artificial homóloga, como del hecho jurídico ilícito de la inseminación artificial heteróloga y *post mortem*:

5.1.6.1 Filiación de los nacidos de inseminación artificial homóloga entre cónyuges.

a) *Inseminación artificial homóloga practicada con el consentimiento del esposo*. Este supuesto se presenta cuando el marido otorga su consentimiento informado, en los términos y con las formalidades señaladas en los artículos 21, 22 y 43, así como en los casos previstos por el artículo 56, todos del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Puede dar origen a los siguientes casos:

a.1) Que el hijo nazca dentro del matrimonio, lo que lo convierte por presunción legal en hijo de los cónyuges, sin que el esposo pueda impugnar la paternidad en términos de lo dispuesto por los artículos 324 y 326 del Código Civil del Distrito Federal.

a.2) Que el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, y que la ex-cónyuge no haya contraído nuevo matrimonio. En este caso, el menor también se presumirá hijo del ex-marido según lo prevé la fracción II del artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal, aunque con la posibilidad de

destruir esa presunción con las pruebas que el avance de los conocimientos científicos ofrezca, según el artículo 325 del mismo código.

a.3) Que el hijo nazca después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio y que la ex-cónyuge permanezca soltera, caso en el que ya no opera la presunción de paternidad contenida en el artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal, pero que daría lugar a la posibilidad de que se demandara el reconocimiento de la paternidad al ex-esposo y se recurriera a cualquiera de los medios de prueba que el avance de los conocimientos científicos ofrezca, según dispone el numeral 382 de ese mismo ordenamiento.

Mención aparte merece el artículo 329 del propio código civil mencionado, toda vez que si bien a simple vista da la impresión de presumir la paternidad del ex-esposo respecto de los hijos nacidos después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio, un análisis cuidadoso revela que esto no es así, pues la reforma sufrida por ese y otros preceptos relacionados, en el año 2000, presenta deficiencias que la vuelven inoperante. La redacción actual del artículo es la siguiente:

“Art. 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

De la regulación actual, encontramos:

- En la reforma del año 2000 fue derogado el artículo 327 que preveía la hipótesis de que, aun y cuando el marido desconociera al hijo nacido después de los trescientos días de la separación, la madre, el hijo o el tutor de éste podían sostener que el marido era el padre, lo que ampliaba la presunción de paternidad contempladas en el numeral 324 del propio Código Civil para el Distrito Federal;
- Al derogar ese artículo, quedó sin sustento la ampliación de la presunción de paternidad a los casos de los hijos nacidos después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio;
- Si de la redacción de los artículos 324, fracción II, 325, 326, primer párrafo, y 383 se desprende que la duración máxima de un embarazo es de trescientos días, todo hijo nacido después de ese plazo contado a partir de la disolución del matrimonio, habrá sido concebido forzosamente fuera de matrimonio; no obstante, el legislador erróneamente insiste en calificar de “cónyuge” a quien accedió a que la mujer utilizara los métodos de reproducción asistida, aún y cuando es claro que tal autorización tuvo que haberse otorgado una vez disuelto el vínculo conyugal;
- Por tratarse de un hijo nacido fuera de matrimonio, no aplican las presunciones de paternidad para el matrimonio, reguladas en el artículo 324 y menos las del concubinato, contenidas en el numeral 383, pues en este último caso no existirían los 2 años de convivencia libre de matrimonio que

prescribe el artículo 291 bis, todos del Código Civil para el Distrito Federal.

- También por tratarse de un hijo nacido fuera de matrimonio, para registrarlo y así probar su estado civil de hijo se requeriría de la concurrencia personal del padre, como ordena el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que no se puede asignar una filiación a ese hijo derivada de la sola anuencia para que la mujer utilice técnicas de reproducción asistida.
- En todo caso, el hijo nacido después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio debe demandar, a través de su representante, el reconocimiento de la paternidad a su padre mientras éste viva o, si el progenitor fallece durante la minoría de edad del hijo, dentro de los cuatro años posteriores a que éste último alcance la mayoría de edad, como lo dispone el artículo 388 del referido código civil.

b) *Inseminación artificial homóloga practicada sin consentimiento del esposo.* Este supuesto parece de realización muy difícil, dado que se necesita de una muestra de semen del marido que se tendría que conseguir de manera anómala, es decir, sin que concurra la intención del esposo de proveerla; puesto que se trata de una situación en la que, o no se le consulta respecto de la inseminación de su mujer o se actúa en contra de su voluntad. Adicionalmente, al exigirse como requisito por el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud el consentimiento del cónyuge, parece poco probable que un centro de salud nacional la practique sin cumplir con tal obligación. No obstante, de acontecer, el hijo nacido producto de una inseminación

artificial sin el consentimiento del esposo se presumiría en principio hijo de él, pero tendría el derecho de impugnar la paternidad respecto de aquél con fundamento en el segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil del Distrito Federal aplicado *a contrario sensu*, y demostrar con cualquiera de los medios de prueba que los avances de los conocimientos científicos puedan ofrecer, según el artículo 325 de ese mismo cuerpo legal.

Cabe apuntar, que las consecuencias jurídicas comentadas sólo son aplicables en el Distrito Federal y en el Estado de Tabasco, donde los respectivos códigos civiles contemplan la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. En el resto del país, la presunción de filiación dentro del matrimonio sólo puede impugnarse si se le oculta el nacimiento al marido o se demuestra la imposibilidad física de éste de haber tenido acceso carnal a la esposa.

5.1.6.2 Filiación de los nacidos de inseminación artificial homóloga entre concubinos.

- a) *Inseminación artificial homóloga practicada con el consentimiento del concubinario.* El artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud también exige el consentimiento informado del concubinario para la inseminación artificial de la concubina, el cual debe reunir los requisitos y formalidades descritas en los artículos 21 y 22 del propio reglamento. En estos casos, también existe presunción legal, contenida en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, de que la paternidad del hijo nacido durante el concubinato corresponde al concubinario. No obstante, es pertinente tomar en cuenta que el consentimiento escrito del concubinario para que la concubina se someta a inseminación artificial homóloga no constituye un reconocimiento de hijo, toda vez que éste es un acto solemne que

sólo puede otorgarse mediante alguno de los medios que taxativamente se mencionan en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal. No obstante, tal consentimiento sí puede servir como prueba o indicio en el juicio de investigación de la paternidad.

Además, si el concubinario no produce el reconocimiento debido de su paternidad, se le puede demandar la paternidad y probarla por cualquier medio ordinario, por pruebas biológicas o pruebas provenientes del avance de los conocimientos científicos, en términos del artículo 382 del propio ordenamiento civil; es más, según este último artículo, la negativa del presunto progenitor a proporcionar la muestra biológica necesaria para practicar el examen sobre el que versa la prueba constituye una presunción, salvo prueba en contrario, de su paternidad. Sin embargo, este mismo artículo puede utilizarse para impugnar la presunta paternidad atribuida al concubinario por la ley, toda vez que aún y cuando el concubinario apruebe el uso de las técnicas de reproducción asistida por su concubina no hay prohibición, como sí existe en el matrimonio, para impugnar la paternidad del hijo.

- b) *Inseminación artificial homóloga practicada sin consentimiento del concubinario.* Además de la poca probabilidad de realización de este supuesto, la situación resultante sería muy parecida a la anterior. Es decir, nos encontraríamos frente a la existencia de un hijo cuya paternidad presuntivamente se atribuye al concubinario. Éste último puede impugnar tal paternidad y presentar, para destruir tal presunción, cualquier medio de prueba que el avance de los conocimientos científicos permita, en los términos del citado artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal.

5.1.6.3 Filiación de los nacidos de inseminación artificial heteróloga dentro de matrimonio.

- a) *Inseminación artificial heteróloga realizada con el consentimiento del esposo.* En este caso, debemos partir de recordar que el Código Civil para el Distrito Federal reconoce el uso de técnicas de fecundación asistida en la filiación, pero establece entre cónyuges la necesidad del consentimiento expreso del esposo (arts. 326 y 329), a tal grado que la ausencia de éste da lugar a la causal de divorcio prevista por la fracción XX del artículo 267 de la mencionada ley civil; por otra parte, la fracción XI del artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, estipula que la fertilización asistida es aquella en que la inseminación es artificial, sea homóloga o heteróloga, y que los numerales 43 y 22 de este último ordenamiento exigen también el consentimiento informado del esposo que debe darse expresamente por escrito y ante testigos. Así tenemos que siguiendo el sistema presuncional del ordenamiento civil y las hipótesis en que se priva de acción al esposo para impugnar la paternidad cuando ha consentido expresamente en la utilización de estas técnicas, encontramos que un hijo nacido por inseminación artificial heteróloga sería hijo, jurídicamente, de los cónyuges. A mayor abundamiento, el "donador" del semen no podría, aunque quisiera, reconocer su paternidad respecto de tal hijo mientras no lo desconociera el marido de la madre y así sea declarado judicialmente, según lo dispone el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal; sin embargo, como se ha visto anteriormente, los artículos 326 y 329 de ese texto legal hacen imposible que el cónyuge varón impugne la paternidad del hijo de su esposa si ha consentido en el empleo de los métodos de fecundación asistida. La consideración anterior no implica, como se verá posteriormente, la licitud de los contratos para realizar la inseminación heteróloga.

b) *Inseminación artificial heteróloga practicada sin consentimiento del esposo.* Además de constituir causa de divorcio necesario, este supuesto implica la presunción legal, salvo prueba en contrario, de la paternidad del esposo respecto del niño nacido a consecuencia de esa técnica, pero a la vez el derecho del marido a impugnar tal paternidad y demostrar por cualquier medio que el avance de los conocimientos científicos ofrezca, la falta del lazo genético que origine la filiación. Así se desprende de los artículos 324, 326, 329, 341 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal..

5.1.6.4 Filiación de los nacidos de inseminación artificial heteróloga durante concubinato.

En principio, el hijo nacido bajo este supuesto es atribuido a la concubina y al concubinario en virtud de la presunción legal contenida en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal. No obstante, este caso presenta aspectos interesantes, en función de que el hijo de la concubina no está vinculado genéticamente con el concubinario. Éste último tiene el derecho a impugnar la paternidad y demostrar con cualquier medio de prueba que genéticamente no es el padre, aún y cuando hubiese consentido en la utilización de esta técnica de reproducción asistida. Por otra parte, si el concubinario reconoce al hijo nacido bajo estas condiciones, tal reconocimiento sería ilícito y constituiría, además, un delito contra el estado civil de las personas en los términos de lo dispuesto por el artículo 203 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal por la usurpación del estado civil de padre. Adicionalmente, el padre genético del menor tiene a su favor la acción de contradicción de reconocimiento de hijo que le concede el numeral 368 del Código Civil para el Distrito Federal y el derecho a probar la paternidad con cualquiera de los medios autorizados por el artículo 382 de ese mismo ordenamiento.

5.1.6.5 Filiación de los nacidos de inseminación artificial *post mortem* dentro de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio o de la terminación de la vida en común en el concubinato.

En este caso, conforme a la fracción II del artículo 324 y a la fracción II del numeral 383 del Código Civil para el Distrito Federal, en principio opera la presunción legal de paternidad respecto del ex-cónyuge así como del ex-concubinario. Ni siquiera los herederos del cónyuge varón podrían impugnar tal filiación, pues al darse la concepción y el nacimiento con posterioridad a la muerte del ex-cónyuge, se vuelve inoperante el artículo 333 del Código Civil para el Distrito Federal. La única que podría reclamar contra esa paternidad al fallecer el varón, tanto en el matrimonio como en el concubinato, sería la madre, conforme a los artículos 325 y 345 del referido Código Civil para el Distrito Federal.

5.1.6.6 Filiación de los nacidos de inseminación artificial *post mortem* después de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio o a la terminación de la vida en común del concubinato o, en general, fuera de matrimonio o concubinato.

Los nacidos después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio o de que cesa la vida en común en el concubinato, o fuera de matrimonio o concubinato a consecuencia de inseminación artificial *post mortem*, nacen sin padre presunto atribuido por la ley y deben demandar, por medio de sus representantes o por sí mismos cuando tienen la capacidad correspondiente, el reconocimiento de su filiación mediante la acción de investigación de la paternidad. Esto último debe realizarse a más tardar dentro de los cuatro años posteriores al momento en que alcancen la mayoría de edad, como lo dispone el precepto 388 del Código Civil para el Distrito Federal.

5.1.7 Problemas de derecho sucesorio.

Es claro que respecto de los hijos concebidos mediante inseminación artificial, no hay diferencia en relación con los hijos concebidos naturalmente, en cuanto a sus derechos hereditarios, una vez establecida su filiación conforme a las reglas que se han visto anteriormente.

Sin embargo, merece mención aparte el caso de los nacidos mediante inseminación artificial *post mortem*, quienes carecen de derecho a heredar por falta de personalidad, toda vez que el artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal estipula que son incapaces de adquirir por testamento o intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

Los hijos concebidos después de la muerte del padre mediante inseminación artificial del semen congelado se enfrentan a la situación de que, aun y cuando son descendientes genéticos directos del *De Cujus*, carecen de derecho a heredar a su padre. Se puede llegar al extremo de que herede el Estado vía la asistencia pública y no los hijos consanguíneos del autor de la sucesión.

5.1.8 Los “bancos” de semen.

En los países donde se permite la inseminación artificial heteróloga, es común que existan los denominados “bancos de semen” en los que, generalmente mediante una retribución económica, cualquier hombre sano puede “donar” semen que será entregado a parejas con problemas de infertilidad, con la seguridad jurídica de que su identidad se mantendrá en secreto, por lo menos hasta la mayoría de edad del ser humano concebido con su semen, y con la certidumbre de que, entre donante e hijo así concebido, no se constituirá ninguna relación jurídica de filiación ni será exigible el reconocimiento del

correspondiente estado civil. Hemos dicho anteriormente que la práctica, en estos términos, de la inseminación artificial heteróloga viola el derecho a la identidad del hijo, porque lo priva de la posibilidad de conocer a su padre genético y mantener relaciones familiares con él, sin contar con las implicaciones que en relación con su derecho a la salud pueden tener el desconocimiento de sus antecedentes genéticos. En nuestros días, el ordenamiento jurídico ha transitado históricamente de una postura en la que la patria potestad implicaba un conjunto de derechos casi absolutos de los padres frente a los hijos, a una situación en la que el interés superior del hijo delimita el ejercicio de la autoridad paterna y materna. En este orden de ideas, no puede ajustarse al interés superior del hijo el que desconozca a su padre genético, por las implicaciones que en su desarrollo psicológico puede tener esta situación. Al respecto, Ruth Chadwick¹¹⁴ describe cómo, en sus propias palabras, se sienten algunos de los niños concebidos con donaciones de semen a través de banco de esperma:

"Debo encontrar a mi padre aunque sea si es sólo para descubrir qué clase de hombre vende su esperma y ultimadamente su propia carne y sangre por 25 libras, y luego se va caminando y silbando una alegre tonada sin ningún pensamiento por la vida que pudo haber creado. ¿Cómo se supone que un niño debe sentirse acerca de un padre que vendió la esencia de su vida de manera tan barata y a un total extraño?"

Hemos mencionado que en México el orden jurídico no autoriza la inseminación artificial heteróloga, supuesto en el cual cabe principalmente la utilización de los bancos de semen. Además de las razones vertidas en apartados anteriores respecto de su ilicitud, el artículo 327 de la Ley General de Salud impone la gratuidad en la donación de órganos, tejidos y células.

¹¹⁴ *Op. Cit.*, nota 53, p. 33

5.1.9 La Inseminación *post mortem* y la disposición de semen de personas fallecidas.

El desarrollo de la tecnología que hizo posible la congelación del semen sin que éste, una vez descongelado, perdiera su vitalidad fecundante originó a la vez nuevos problemas que no pueden pasar desapercibidos al derecho. Tales problemas son la situación jurídica de los hijos nacidos de inseminación artificial *post mortem* y la disposición del semen congelado de personas fallecidas.

Puede suceder, que una persona que va a ser sometida a un procedimiento médico que como efecto secundario traiga asociado la esterilidad, prevea esta circunstancia y congele su semen para estar en aptitud de inseminar artificialmente a su cónyuge o concubina y tener hijos. Esta medida sería lícita, pero parece evidente que esta facultad de disponer de ese material genético implica el ejercicio de un derecho de la personalidad que, por naturaleza, es personalísimo lo que impide su transmisión así sea por causa de muerte.

En algunos países se permite a la cónyuge supérstite que se insemine artificialmente con el semen del esposo difunto, pero generalmente se le imponen plazos dentro de los que debe hacerlo para que se generen derechos de filiación del hijo en relación con el padre ya fallecido. Si no lo hace dentro de esos plazos, de todas formas puede realizar la inseminación aunque el hijo sólo estará relacionado familiarmente con la madre, y la única limitante descansa en el período máximo establecido por la ley para mantener el semen congelado que fluctúa entre los cinco y los diez años.

En el caso de México, si la inseminación artificial homóloga *post mortem* se realiza, aún y cuando sostenemos que es ilícita, produciría como consecuencias jurídicas la presunción de filiación respecto del padre en los términos del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, si el hijo naciera dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio por muerte del esposo y la excónyuge no haya contraído nuevo matrimonio. Sin embargo no generaría

a favor del hijo derechos hereditarios porque, como se dijo previamente, el artículo 1314 del Código Civil del Distrito Federal priva de capacidad para heredar a quienes no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia. En cuanto a la inseminación artificial heteróloga, hemos expuesto con anterioridad las razones por las que consideramos que en vida es ilícita, lo que con mayor razón se aplica a la modalidad *post mortem*.

Decimos que el hecho jurídico de la inseminación artificial homóloga *post mortem* es ilícita, porque al morir el hombre, el matrimonio o el concubinato queda disuelto; porque el sustento del derecho a la procreación consagrado en el artículo cuarto constitucional es la personalidad jurídica del ser humano, la cual cesa con su muerte; porque la procreación de hijos que desde su origen carecen de padre viola los derechos previstos en su favor a vivir en el seno de una familia como espacio óptimo de desarrollo humano y a mantener relaciones filiales con su progenitor, y porque ya no existe una de las personas que deben otorgar su consentimiento para la inseminación en los términos del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

En el mismo sentido, Fernando Pantaleón¹¹⁵ opina que la inseminación artificial *post mortem* es ilícita porque la decisión de que el propio semen sea utilizado con fines reproductores, por su carácter personalísimo, no se puede tomar para el futuro con carácter irrevocable sino que debe tratarse de una decisión "actual" producida en el momento en que la inseminación vaya a tener lugar, pues considera necesaria la existencia de la posibilidad de revocación del consentimiento. También distingue entre la posibilidad de disponer de los propios órganos para después de la muerte del supuesto de disposición del semen, en virtud de que éste último es "piedra sillar de vida potencial y elemento determinante de la correspondencia, tanto genética como jurídica, entre padre e hijo". A partir del reconocimiento del derecho a la procreación de las personas,

¹¹⁵ Pantaleón Prieto, Fernando, "Procreación artificial y responsabilidad civil", *II Congreso mundial vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, España, Editorial Trivium, 1988, pp. 283 y 284.

establece que éste no puede ir más allá de sus límites normales que, en este caso, lo constituye el fallecimiento del sujeto. Encuentra además como razón de ilicitud de la inseminación artificial *post mortem* la violación del principio constitucionalmente consagrado en España del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, porque priva al hijo así concebido de la existencia de padre que cumpla con ese deber.

En contra de estos argumentos, María Cárcaba¹¹⁶ justifica la práctica de la inseminación artificial *post mortem*, alegando que el derecho del hijo a tener padre y madre es dudoso porque en última instancia, al no estar concebido, no es sujeto de derechos. Cree que entre dos derechos en conflicto: el de la madre al libre desarrollo de su personalidad y el del futuro concebido a tener dos padres, debe resolverse a favor del primero porque el segundo es inexistente en tanto que se carece de titular. Por último, agrega que entre el hecho de nacer sin padre y el hecho de no nacer debe preferirse el primer caso, porque de otra forma se vulneraría el derecho a la vida, que es el más fundamental que existe. Desde luego que posiciones como ésta, que se pueden ilustrar con la frase de que el fin justifica los medios, son inadmisibles. Por esa vía llegaríamos al absurdo de legitimar, por ejemplo, la concepción mediante violación, incesto, estupro, o por cualquier otro medio ilícito, bajo el argumento de que es peor que no se le dé vida al concebido que hacerlo de estas formas. ¿Es que acaso el derecho debe admitir la concepción de personas por los medios que sean, so pretexto de que es peor no dejarlos vivir? Desde luego creemos que no. Estamos de parte de la idea de que el sistema jurídico debe encargarse de proteger valores que pongan en el centro de su preocupación la dignidad del hombre, por eso mismo el ordenamiento jurídico debe establecer los supuestos en los que está permitida la libertad reproductiva con los límites inherentes al ejercicio de toda libertad y las prohibiciones atinentes al interés social.

¹¹⁶ *Op. Cit.*, nota 5, pp. 84 y 85.

Es muy ilustrativo lo sostenido al respecto por Fernando Pantaleón¹¹⁷, quien sobre este tema señala:

"...el juicio sobre si sea mejor o no nacer sin padre que no nacer es un juicio personalísimo que escapa a la competencia del legislador humano (cuando se autoriza el aborto por existir grave riesgo de que el niño venga al mundo con serias taras físicas o psíquicas, no se hace porque se estime que es mejor no nacer que nacer con determinadas taras, sino porque se considera no exigible a la madre que soporte tener un hijo seriamente tarado). Precisamente por aquello, y por si acaso es mejor nacer sin padre que no nacer, carecería de buen sentido que el legislador permitiera el aborto por el simple hecho de que el niño vaya a nacer póstumo ... Pero también precisamente por aquello, y por si acaso es peor nacer sin padre que no nacer (alternativa ésta que, como la contraria, no puede ser objetivamente excluida), el legislador puede y debe prohibir la inseminación artificial *post mortem*, habida cuenta de que la misma hace imposible que surjan a favor del nacido fruto de ella una serie de deberes constitucionalmente establecidos."

...

"Lo extremadamente peligroso, en general, de utilizar el argumento 'sin ellas no habrían nacido' para rechazar sin más toda crítica o traba legislativa, que pretenda fundamentarse en los intereses de los futuros seres, a cualesquiera técnicas de reproducción asistida. Baste ilustrar con un ejemplo hasta qué absurdos límites podría llegarse de aceptar dicho argumento con todas sus consecuencias. Si se inventara en el futuro una máquina que pudiese llevar una gestación a término, sólo que con la 'pequeña pega' de que los niños nacieran un poco subnormales, nada podría objetarse desde la perspectiva de los intereses de los futuros seres a una empresa que se dedicara a la explotación del genial invento, utilizando únicamente material genético de personas fallecidas. Porque, de otra forma, los niños así producidos no hubieran venido al mundo, y es preferible nacer sin padres y un poco tarado que no nacer."

En el mismo sentido se pronuncia Francisco Lledó cuando afirma que no se puede anteponer el derecho de la mujer a ser madre condicionando al hijo como un simple medio útil para conseguir tal aspiración, y no considerar al *nasciturus* como una finalidad en sí misma, con derecho a integrarse, *ab initio*, a una

¹¹⁷ *Op. Cit.*, nota 115, pp. 284 y 285.

relación materno/paterno-filial, por lo que censura la voluntad del hombre para premeditada y deliberadamente, producir la orfandad.¹¹⁸

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar: Que el derecho a la procreación es un derecho personalísimo que sólo puede ser ejercido por su titular y que, como tal, se extingue con la muerte de la persona; que, por lo mismo, no es posible disponer vía herencia o legado de los derechos reproductivos implicados en la disposición de semen y, que el marco normativo en México es insuficiente y omiso en la regulación de la inseminación artificial *post mortem*, la cual debería estar expresamente prohibida y sancionada.

5.1.10 La disposición de semen sin consentimiento del varón.

Relacionado con la inseminación artificial, encontramos el problema de la disposición de semen sin que exista la autorización del varón. Las posibilidades abarcan tanto el uso ilegítimo de semen congelado como el de semen fresco. En el primer caso, el responsable sanitario del establecimiento en donde esté el semen congelado incurriría en responsabilidad civil si entrega el semen del varón a cualquier persona sin la autorización expresa y por escrito de su titular, a la que el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud denomina "consentimiento informado". En el segundo caso, siendo la inseminación artificial una técnica de reproducción asistida relativamente sencilla de practicar y, toda vez que los espermatozoides poseen vitalidad fecundante durante muchas horas e incluso hasta días, es posible que una mujer utilice semen fresco para autoinseminarse artificialmente sin que exista la autorización del varón. Al respecto, existen los siguientes casos reales:

En 1999, el famoso tenista alemán Boris Becker tuvo sexo oral con una mujer rusa llamada Angela Ermakowa en un restaurant londinense. Al año siguiente, la

¹¹⁸ *Op. Cit.*, nota 79, p. 193.

mujer le comunicó que había sido madre de una hija de ambos y posteriormente le demandó judicialmente el reconocimiento de su paternidad y una pensión para la niña. En un principio, Boris Becker negó la posibilidad de que la niña pudiese ser su hija, en virtud de que no realizó el coito con la señora Ermakowa. Presumiblemente, la mujer conservó el semen para después inseminarse artificialmente con él y así concebir. Después de practicarse pruebas genéticas y comprobarse que la menor es hija biológica de Becker, éste finalmente reconoció su paternidad y llegó a un convenio que puso fin al juicio, mediante el cual aceptó pagar una pensión alimenticia para la niña. En cualquier caso, las cortes inglesas y americanas han sostenido que sin importar las circunstancias detrás de las cuales un hombre se convierte en padre, éste tiene que mantener al niño. Lo anterior ha llevado a cuestionar cuáles son los derechos del hombre para decidir cuándo ser padre. En los Estados Unidos de América, mediante el célebre precedente del caso *Roe vs. Wade*, se admitió el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo cuando no desea ser madre. No obstante, no existe una protección similar para que el varón pueda impedir el uso indebido de su semen para procrear. Algunas cortes de apelación en los Estados Unidos, como la de Nueva York, han considerado que el no permitir al hombre que decida sobre la concepción de un niño es un trato injusto pero que no constituye una violación constitucional; mientras que la de Alabama ha establecido que, aún en el caso de "violaciones" de parte de mujeres mayores a varones menores de edad, el único recurso legal es levantar cargos criminales, pues no se puede sancionar a los niños por las acciones de sus madres, pues el objetivo de los procedimientos judiciales radica en servir a los mejores intereses del niño¹¹⁹.

Y es que la probabilidad de que una mujer se embarace utilizando semen depositado en el exterior de la vagina (en la boca, en un condón, etc.) mediante inseminación artificial es real. Esto es así, porque cuando los espermatozoides son eyaculados se encuentran en una sustancia viscosa como gel, que transcurridos de cinco a quince minutos se vuelve líquida. Esta consistencia

¹¹⁹ Tomado del sitio de internet: www.shatterdmen.com/who%20owns%20your%20sperm.htm

gelatinosa protege a los espermatozoides, los que generalmente adquieren la movilidad necesaria para reunirse con el óvulo hasta que su medio se vuelve líquido¹²⁰.

El problema de fondo en los casos como el de Boris Becker es determinar cuál es la consecuencia jurídica de la utilización del semen de un varón, sin su consentimiento. En el caso de México, es claro que la utilización de gametos sin la voluntad de su titular es ilícito, pues se requiere la manifestación expresa del aportante y, como se ha dicho anteriormente, además sólo puede obtenerse en el seno de parejas casadas o en concubinato. En el caso de que aún así se realice esta conducta se generarían, a nuestro parecer, las siguientes consecuencias:

- La filiación del hijo así concebido se establecería conforme a las reglas de presunción contenidas en el Código Civil o, hecha la correspondiente investigación de la paternidad, mediante las pruebas que el avance de los conocimientos científicos ofrezca, específicamente pruebas genéticas. En cualquiera de los supuestos, además del enorme grado de dificultad que representaría probar que el semen fue utilizado ilícitamente, es decir sin la voluntad de su titular, de lograrse esto no trascendería para efectos de establecer la filiación pues nuestro sistema jurídico se inclina por la verdad genética.
- De llegar a probarse que la mujer utilizó el semen sin el consentimiento del varón para inseminarse y concebir un hijo, tal conducta sería violatoria del derecho de la personalidad del varón consistente en la libre disposición del cuerpo y sus componentes, lo que implicaría la posibilidad legal de éste último para exigir una indemnización.

¹²⁰ Tomado del sitio de internet: [www.guardian.co.uk/health/story/0.3605.426590.00.html](http://www.guardian.co.uk/health/story/0,3605,426590,00.html)).

5.2 Fecundación *In Vitro*.

La fecundación *in vitro* es una técnica de reproducción asistida relativamente nueva pues, como se ha señalado, inició su desarrollo en el año 1967 y no fue sino hasta el año 1978 que nació en Inglaterra la primera persona concebida gracias a este procedimiento y, en el caso particular de México, en 1988 nació en nuestro país la primera niña producto del uso de esta tecnología.

Desde su aparición, ha sido muy recurrida porque gracias a ella se pueden superar problemas de infertilidad que de otra forma no sería posible, como por ejemplo los casos clínicos en los que se diagnostica la existencia de problemas fisiológicos relacionados con las trompas de Falopio, endometriosis, o de bajo conteo espermático del varón. Además, también es utilizada en casos en los que, sin existir necesariamente un diagnóstico como los anteriores, se ha intentado previamente la inseminación artificial sin éxito.

Las modalidades de aplicación de esta técnica, que incluyen la posibilidad de sobre-producción de embriones y su congelación, así como donaciones de gametos masculinos y femeninos, generan entusiastas reacciones a favor y severas opiniones en contra de su uso. No obstante, la mayoría de las objeciones que se plantean a esta técnica desaparecerán en cuanto la ciencia logre perfeccionar el congelamiento de ovocitos, lo que eliminará la necesidad de congelar embriones y permitirá mantener accesibles los costos del tratamiento.

En numerosos países, incluido México, la fecundación *in vitro* ha experimentado una demanda creciente porque cuenta con la ventaja de resolver problemas serios de infertilidad con la ventaja de que es posible que no se rompa el vínculo genético entre los padres y el hijo. Sin embargo resulta un problema que, a quince años del comienzo de su empleo en México, a la fecha no existan normas que regulen su utilización y principalmente los límites de su aplicación. A

su vez, la utilización de la fecundación *in vitro* posibilitó la existencia de la más controversial de las técnicas de reproducción asistida, que es la maternidad sustituta.

5.2.1 Concepto.

Lo primero que encontramos, respecto a esta técnica, es que los autores de origen angloparlante la denominan "Fertilización *in vitro*", mientras que los de origen español la llaman "Fecundación *in vitro*". Al respecto, cabe recordar que el Diccionario de la Lengua Española define a la actividad de fertilizar como "Fecundizar la tierra, disponiéndola para que dé abundantes frutos", mientras que el vocablo fecundación denota a la "acción y efecto de fecundar", situación ésta última que es descrita, en el aspecto biológico, como "Unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser". En consecuencia, se advierte que el término apropiado es Fecundación *in vitro*, porque con él aludimos, efectivamente, a la unión de los gametos masculino y femenino, pero en un medio ambiente artificial, como lo es un tubo de ensayo.

Dice María Cárcaba¹²¹ que "La Fecundación *in vitro* consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del decimocuarto día a contar desde la fecundación, y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado".

Por su parte, José Bustos¹²² precisa que el nombre completo de esta modalidad de reproducción artificial es el de "fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria intrauterina", porque no sólo consiste en la obtención de los gametos masculinos y femeninos con la subsecuente fecundación en un tubo de

¹²¹ *Op. Cit.*, nota 5, p. 137.

¹²² *Op. Cit.*, nota 3, p. 22.

ensayo, sino que el embrión así obtenido es colocado en una incubadora y posteriormente transferido al útero materno por vía vaginal, para que ahí continúe su desarrollo en forma natural.

A pesar de que esta modalidad de la reproducción asistida efectivamente implica la transferencia al útero del embrión obtenido con la fecundación extracorpórea, la generalidad de la doctrina la denomina simplemente "fecundación *in vitro*" porque ése es el rasgo fundamental que la distingue de otras técnicas, de la misma forma que a la inseminación artificial no se le denomina "obtención de semen e inseminación por medios artificiales al útero" por más que comprenda esas acciones. En consecuencia, dentro de este trabajo nos referiremos a ella simplemente como fecundación *in vitro*.

De los elementos citados en párrafos anteriores, podemos afirmar que la fecundación *in vitro* es la técnica de reproducción asistida consistente en la unión de los gametos masculino y femenino en un medio artificial, a fin de obtener uno o varios embriones que serán transferidos al útero de la mujer para continuar con su desarrollo hasta término.

De manera distinta a lo que acontece en la inseminación artificial, la doctrina no se ocupa de nombrar a las diferentes clases o variantes que puede presentar la fecundación *in vitro*, y se limita únicamente a enumerar las posibilidades. Pero nada impide que por analogía se hable de fecundación *in vitro* homóloga, cuando los gametos masculino y femenino proceden de los esposos o de los concubinarios, así como de fecundación *in vitro* heteróloga cuando uno de los gametos (el que sea) o ambos proceden de uno o de dos terceros, respectivamente, ajenos a la pareja de cónyuges o concubinarios que recibirá el embrión para su transferencia a la mujer.

5.2.2 Elementos personales.

La práctica de la fecundación *in vitro*, sea homóloga u heteróloga, da lugar a numerosas posibilidades dependiendo de la procedencia del material genético que incluso puede tener origen en "donadores" tanto de gametos masculinos como femeninos. Estas modalidades de la fecundación *in vitro* son las siguientes:

a) Que se realice dentro de matrimonio con:

- Óvulo y espermatozoide de los esposos
- Óvulo de la esposa y espermatozoide de un tercero ajeno
- Óvulo de una tercera ajena y espermatozoide del esposo
- Óvulo y espermatozoide de terceros ajenos

b) Que se realice dentro de concubinato con:

- Óvulo y espermatozoide de los concubenarios
- Óvulo de la concubina y espermatozoide de un tercero ajeno
- Óvulo de una tercera ajena y espermatozoide del concubinario
- Óvulo y espermatozoide de terceros ajenos

c) Que se realice en mujer soltera con:

- Su propio óvulo y espermatozoide del marido o concubinario fallecido (post mortem)
- Su propio óvulo y espermatozoide de un tercero "donador" vivo
- Óvulo y espermatozoide de terceros

En los supuestos anteriores, existe también la variante de la transferencia del embrión fecundado *in vitro* al organismo de otra mujer ajena a la pareja conyugal o concubinal, pero esta modalidad es la que constituye la llamada maternidad sustituta que, por su complejidad, se estudia en incisos posteriores.

Vistas las diferentes situaciones que se pueden presentar en la práctica de la fecundación *in vitro*, es menester dilucidar cuáles son los que están permitidos por el sistema jurídico mexicano.

5.2.2.1 Fecundación *in vitro* dentro de matrimonio.

De manera similar a lo que ocurre en la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* homóloga está claramente permitida por la legislación mexicana que, en la fracción XI del artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud la califica como uno de los supuestos de fertilización asistida, a la que con base en los artículos 43 y 56 de ese ordenamiento, pueden acudir los esposos para solucionar problemas de esterilidad. En este caso, la utilización de esa técnica de reproducción asistida es lícita, siempre que concurra la voluntad de ambos cónyuges, porque implica el ejercicio del derecho a la salud mediante el empleo de un recurso médico para superar un problema de infertilidad, con el fin de cumplir con uno de los fines del matrimonio que es la procreación. El hijo concebido en estos términos es hijo de los cónyuges por presunción legal, respecto de la cual el esposo carece de acción para impugnar la paternidad, conforme a los artículos 324 y 326 segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal. Esta modalidad de la fecundación *in vitro* no genera mayores problemas en virtud de que el hijo está directamente ligado, en forma genética y biológica, con los cónyuges.

Por el contrario, la fecundación *in vitro* heteróloga es ilícita, ya sea que se realice con un óvulo de una mujer distinta a la esposa, o con semen proveniente de hombre diferente al esposo. Lo anterior con base en los mismos argumentos que expusimos al tratar la inseminación artificial heteróloga, es decir: La ilicitud de practicar "donaciones" de gametos, que no están permitidas por la Ley General de Salud; la violación que supone en los derechos del menor así concebido, específicamente de su derecho a la identidad, así como el hecho de

convertir a la filiación en objeto de convenio, situación expresamente prohibida por el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal. No obstante, de llegar a darse, los esposos serían los padres, sin posibilidad de impugnar tal filiación ni acción para reclamar paternidad por parte de la persona que aporte el gameto a la pareja, por lo que hace falta una prohibición expresa de esta práctica y una sanción para evitar su realización.

5.2.2.2 Fecundación *in vitro* en el concubinato.

La situación jurídica de la reproducción asistida es muy parecida entre cónyuges y entre concubinos. En el caso de la fecundación *in vitro*, la modalidad homóloga es lícita porque los referidos artículos 40 y 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud autoriza, en una de sus hipótesis, que se realice "fertilización asistida", si existe consentimiento de la mujer y de su concubinario. Además, los concubinos gozan del derecho a la reproducción consagrado en el artículo cuarto constitucional y, además, el artículo 291 *ter* del Código Civil para el Distrito Federal dispone que regirán al concubinato todos los derechos inherentes a la familia, siendo el primero de ellos el derecho a formarla. Asimismo, desde el punto de vista del derecho a la protección de la salud, la pareja puede recurrir a estas técnicas como medios de superar problemas de salud reproductiva. También aplican las presunciones legales de paternidad contenidas en el artículo 383 del citado Código Civil para el Distrito Federal, si bien no hay prohibición para el concubinario de impugnar la filiación aún y cuando hubiese otorgado su conformidad con la fecundación *in vitro* de su pareja.

Respecto de la fecundación *in vitro* heteróloga dentro del concubinato, al igual que en el matrimonio es ilícita, por los mismos argumentos mencionados en el inciso anterior. De hacerse, genera paternidad presunta de los concubinos respecto del hijo así concebido, pero a diferencia de los cónyuges, las acciones

para impugnar la filiación e investigar la paternidad y la maternidad están expeditas.

5.2.2.3 Fecundación *in vitro* en mujer sola.

Hemos visto que la mujer sola no puede inseminarse artificialmente porque el carácter heterólogo de ese procedimiento lo vuelve ilícito. Con mayor razón, la fecundación *in vitro* en mujeres solas (forzosamente heteróloga) es ilícita porque la "fertilización asistida" autorizada en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud está reservada a parejas heterosexuales estables, que son las únicas que pueden constituir matrimonio o concubinato. También es ilícita la "donación" de gametos porque, como hemos señalado anteriormente, no pueden ser objeto de "trasplante", que es el único destino autorizado para la donación de células establecido en la Ley General de Salud. Además es indeseable, porque viola en perjuicio del hijo así concebido sus derechos a la identidad y a vivir en familia, que es el espacio óptimo de desarrollo del ser humano. Es decir, condena de origen a una persona a vivir sin padre. Contra esto no es válido alegar que no se pueden proteger derechos de alguien que, por no estar siquiera concebido, carece de ellos o bien que la mujer tiene derecho sobre su cuerpo y derecho a la reproducción. Es claro que el sistema jurídico no puede permanecer impasible en temas tan importantes como éstos, y que debe generar las condiciones para lograr que los seres humanos nazcan y se desarrollen en la mejor situación posible. No todo lo técnicamente posible debe ser socialmente aceptado por la normatividad. Toda proporción guardada, las armas nucleares son una realidad, pero el orden jurídico internacional no debe admitir su uso sólo porque existan. Como todas las libertades, el derecho a la reproducción está acotado y tiene límites previstos en función del mejor interés de quienes serán concebidos. Es precisamente dentro de esa delimitación, que la ley debe prohibir esta clase de fecundación *in vitro* para proteger los derechos fundamentales de los menores, frente a los apetitos

egoístas de quienes consideran que nacer y vivir, de cualquier forma, es mejor a no hacerlo; como si la dignidad del ser humano no fuera lo que precisamente le da sentido así como justificación a la vida; y como si las personas no merecieran venir al mundo a vivir en las mejores condiciones humanas posibles, que se dan en el seno de la familia.

5.2.3 El elemento ¿real?

Distinto a lo que acontece en la inseminación artificial, donde los problemas tienen relación con el uso de células germinales o gametos para transferirlas con el auxilio de mecanismos al útero de la mujer, en la fecundación *in vitro* los problemas son mayores porque lo que se transfiere son embriones. Hemos establecido con anterioridad que el semen no puede ser considerado como un bien en el sentido jurídico patrimonial del término, mucho menos lo puede ser el embrión respecto del cual se toman las decisiones, muchas de ellas graves, en la fecundación *in vitro*: transferirlos, congelarlos, "donarlos" o destruirlos.

La circunstancia de estar frente a embriones implica, como lo explica Jorge Domínguez¹²³, que conforme al artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal se dispone de verdaderas personas físicas que, precisamente por estar concebidas, se tienen por nacidas con los efectos que tal nacimiento trae aparejado: la adquisición de la personalidad jurídica. El propio numeral citado señala que desde la concepción el individuo entra bajo la protección de la ley para los efectos declarados en el código, que fundamentalmente se traducen en la posibilidad legal de ser herederos, legatarios o donatarios según se desprende de los artículos 1247, 1324 y 2290, respectivamente, de ese ordenamiento. En relación con esto, en capítulos anteriores dejamos sentado que las leyes civiles sólo se han preocupado por la protección de los derechos patrimoniales del concebido, dejando la tutela de los derechos fundamentales y

¹²³ *Op. Cit.*, nota 60, pp. 153-154.

de los derechos de la personalidad a otros cuerpos normativos. Así tenemos que el derecho a la vida del concebido se protege parcialmente por medio del delito de aborto, que sanciona "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo", pero respecto del cual existen excepciones a la punibilidad entre las que destaca la que consiste en que el embarazo sea producto de una inseminación artificial sin consentimiento de la mujer o, inclusive con el consentimiento de ésta, tratándose de incapaces.

La complejidad de la fecundación *in vitro* deriva, precisamente, de que se realizan actos sobre embriones, es decir respecto de personas jurídicas que están bajo la protección de la ley (protección bastante precaria y escasa por cierto) en lugar de hacerlo sólo sobre células germinales masculinas, como acontece en la inseminación artificial. Así tenemos que la legislación mexicana es omisa en establecer límites a las facultades de las personas para tomar decisiones respecto del destino de los embriones, porque es claro que mientras no haya concepción, el hombre y la mujer pueden disponer —con ciertos límites— de sus gametos, pero a partir de la unión del espermatozoide y del óvulo, no existen reglas que controlen el papel de la voluntad en el destino de esos seres humanos en desarrollo.

En principio, la fecundación *in vitro* homóloga no parece ocasionar problemas jurídicos, pero sólo si se parte del supuesto de que la totalidad de los embriones obtenidos sean transferidos, en el mismo ciclo, a la esposa o concubina, pues de otra manera no parece que los esposos o los concubinos cuenten con facultades para ordenar su congelación. Para corroborar lo anterior, hagamos el siguiente símil: supongamos que la tecnología permitiera que un niño de uno, de dos o de los años que sean, pudiera ser congelado y luego de un proceso de descongelamiento reanimado ¿en verdad estaríamos de acuerdo en que la patria potestad les permitiría a los padres disponer que sea congelado? Seguramente sostendríamos que tal práctica es violatoria de los Derechos Humanos del niño, así como que el bienestar del menor es un bien jurídico

superior a la patria potestad y por ende lo más probable es que la ley lo prohibiría. Pues eso, precisamente, es lo que acontece con los embriones que, como hemos dejado sentado, son verdaderos seres humanos en virtud de que la información científica con la que se cuenta hasta el momento demuestra que la vida inicia con la concepción, y si hubiese algún espacio de duda, el Derecho como producto cultural al servicio del hombre que es, debe resolver a favor de éste estableciendo la presunción de la vida de la persona humana.

En el caso de la fecundación *in vitro* heteróloga, claramente es ilícita porque la "donación" de semen o de óvulos requerida para realizarla no es posible hacerla pues no son objeto de "trasplantes" como obliga la Ley General de Salud, conforme a lo visto en incisos anteriores. Por si fuera poco, la decisión de concebir un hijo para transferirlo a una mujer ajena al padre o a la madre biológica supone un convenio para establecer una filiación diferente a la real, que es la biológica, prohibidos expresamente por el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sobre la fecundación *in vitro* en mujeres solas, resulta evidente que si la disposición de células germinales para "donación" no está permitida por la ley, al ser imposible que sean "trasplantadas" que es el único fin permitido por la normatividad para la donación de células, con mayor razón toda disposición de embriones con el fin de "donarlos" es imposible porque no se trata de células aisladas sino de seres humanos, los que no pueden ser objeto de convenios sino sujetos en los mismos, lo que la convierte en una práctica rechazada por el orden jurídico mexicano.

5.2.4 Elementos formales.

En la fecundación *in vitro* sucede algo similar a la inseminación artificial: en el caso de los procedimientos homólogos, la realización de esas conductas no

constituye un contrato, pues ya hemos dicho que ni el hombre "dona" a su esposa su semen ni ésta "dona" a aquél sus óvulos. Simplemente dentro de la comunidad de vida que sostienen, la procreación como uno de los fines naturales del matrimonio (en el caso de los esposos) y el derecho constitucional a la procreación (en el caso de los concubinos) sirve de fundamento jurídico para legitimar la utilización de esta técnica de reproducción asistida. Con mayor razón, menos se puede hablar de "donación" de embrión, porque los progenitores tienen facultades acotadas para disponer de ellos de acuerdo con la Ley General de Salud que sólo permite el trasplante de células, órganos o tejidos de procedencia humana pero no de personas (que jurídicamente eso es el embrión) y porque los seres humanos no son objeto de actos jurídicos sino sujetos de los mismos.

Es cierto que la decisión de procrear es un acto jurídico porque produce las consecuencias de derecho derivadas de la filiación, mismas que están debidamente establecidas en la ley, pero no es un contrato porque ni el hombre ni la mujer están obligados a procrear, aun y cuando así lo hubiesen acordado, y porque a nadie se le ocurre que la negativa a cumplir con ese supuesto contrato pueda engendrar la obligación de pagar daños y perjuicios a la pareja, consecuencia natural del incumplimiento de los contratos. En todo caso, la negativa injustificada a procrear entre los cónyuges puede dar lugar al divorcio, pero no a exigir el cumplimiento forzado del mismo. Nuevamente, el único contrato que existe es el que celebra la pareja infértil con el equipo médico que prestará los servicios profesionales requeridos para lograr la recolección de gametos masculino y femenino, la reunión de éstos en un ambiente externo al cuerpo humano que puede dar lugar a la concepción, y la posterior transferencia del embrión resultante al útero de la mujer; contrato éste sí porque genera derechos y obligaciones para ambas partes y consecuencias en caso de incumplimiento.

En consecuencia, la fecundación *in vitro* homóloga puede ser conceptuada como un acto jurídico formal, pues el consentimiento debe ser expreso por escrito, otorgado ante dos testigos e informado, según ordenan los artículos 21, 22 y 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, y como se desprende del numeral 326 del Código Civil para el Distrito Federal. Es un acto jurídico porque los cónyuges o los concubinos carecen de facultades para agregar disposiciones que deroguen la regulación legal respectiva respecto de los efectos del acto –en este caso la filiación–, los condicionen o modifiquen, limitándose el papel de la voluntad a la celebración del acto.

Sin embargo, cuando pese a la ilicitud de la fecundación *in vitro* heteróloga ésta se realiza, cosa muy probable ante la ausencia de sanción penal cuando concurre la voluntad de todos los involucrados, efectivamente se producen consecuencias jurídicas pero derivadas de un hecho jurídico ilícito que, como se verá más adelante, puede dar lugar a la exigencia de indemnización de los daños y perjuicios que se causen. Es decir, ante el hecho de la procreación no cabe argumentar nulidad de tal acontecimiento, pues es imposible que las cosas vuelvan al estado que tenían antes o que los efectos derivados de esa filiación se destruyan. En este sentido, quienes “donan” gametos quizá deseen ayudar a una pareja infértil pero es claro que lo que en ningún caso desean es generar una relación paterno-filial o materno-filial con el concebido gracias a esta técnica, de donde se desprende que las consecuencias jurídicas de este proceder no son deseadas.

En el caso de la fecundación *in vitro* heteróloga, la situación es aún más adversa a la contratación porque, no siendo lícita la donación de gametos, no existe posibilidad jurídica de obtener embriones en condiciones extracorpóreas que sean susceptibles de transferirse al útero materno. Sin embargo, en forma desafortunada, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal sólo sanciona, en su artículo 151, a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando se

hubiese utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoide de donante no autorizado sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Es decir, no obstante que la Ley General de Salud no autoriza la donación de células germinales, la ley penal sólo sanciona la transferencia de embriones producidos con material genético ajeno (que eso precisamente son los óvulos fecundados, pues la fracción VIII del artículo 314 de la Ley General de Salud lo define como el producto de la concepción a partir de ésta y hasta la decimotercera semana de edad gestacional) cuando se hace sin consentimiento de la paciente o del pretendido "donador". El legislador del Distrito Federal no toma en cuenta la ilicitud que representa "donar" células germinales que son imposibles de "trasplantar", sino que dan origen a una nueva vida; tampoco valora el daño que en sus Derechos Humanos sufre el concebido al verse privado de su verdadera identidad. Nuevamente, la sola norma administrativa parece débil para evitar la práctica de la fecundación *in vitro* heteróloga, máxime cuando no hay sanción penal en el caso de que los que intervienen en ella sean mayores de edad capaces y lo hagan en forma voluntaria. Otra vez parece un contrasentido tipificar conductas de falsedad en materia de registro de estado civil, y no castigar la mayor falsedad de todas: atribuir un hijo a quien, o a quienes, genéticamente no son su padre o su madre. Tales conductas constituyen verdaderos convenios sobre filiación, terminantemente prohibidos por el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal.

Algunos, pretendiendo justificar la fecundación *in vitro* heteróloga, argumentan que es similar a la adopción, en la cual se crea una relación filial entre personas que en muchos casos carecen de vínculos genéticos. No obstante, existe una diferencia sustancial que no se puede ignorar: en la adopción se procura resolver una situación de ausencia de padres o de imposibilidad de éstos para atender al menor, en beneficio de éste último. En ningún caso puede hablarse de convenios previos para que alguien se embarace y dé en adopción a su hijo.

De haberlos, a nadie se le ocurre que puedan ser válidos. Mientras que en la fecundación *in vitro* heteróloga se parte de una voluntad original para procrear a un ser humano desvinculado de uno o ambos de sus padres genéticos. Lo anterior se comprueba con la medida, común en los países donde está regulada esta técnica, de guardar el secreto de la identidad de los "donantes" de gametos. Esta medida "protectora" diseñada para alentar la "donación" de espermatozoides y de óvulos, desafortunadamente no tutela al único que no es dueño de sus actos, por lo que merece y requiere protección, que es el concebido, pues es perjudicial para sus intereses y derechos desconocer su verdadera identidad genética así como privarse de la convivencia con su familia.

5.2.5 Problemas de filiación.

La mayor complejidad de las hipótesis que se pueden presentar en la fecundación *in vitro* respecto de la inseminación artificial, hace que las consecuencias en la filiación sean de mayor gravedad. A continuación, estudiaremos las diferentes consecuencias jurídicas que provocan la intervención de la voluntad y las distintas variantes posibles de esta técnica de reproducción asistida, tanto en el caso del acto jurídico fecundación *in vitro* homóloga, como en el del hecho jurídico ilícito fecundación *in vitro* heteróloga.

5.2.5.1 Filiación de los nacidos mediante fecundación *in vitro* homóloga.

a) *Fecundación in vitro homóloga realizada con el consentimiento de los esposos o de los concubinos.* Este supuesto, permitido por los artículos 56, 40 fr. XI, 43, 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, requiere de la aceptación del marido otorgada formal e informadamente; obtenida ésta y practicada esta técnica, se pueden presentar los siguientes casos:

a.1) Que el hijo nazca durante el matrimonio, lo que lo convierte por presunción legal en hijo de los cónyuges, sin que el esposo tenga acción para impugnar la paternidad de acuerdo con los artículos 324 fr. I y 326 del Código Civil para el Distrito Federal; o bien que nazca durante el concubinato, lo que también lo convierte presuntamente en hijo del concubinario y de la concubina, en términos de lo dispuesto por el artículo 383 del citado Código, sin embargo a diferencia de lo que acontece en el matrimonio, aún y cuando el concubinario hubiese otorgado su consentimiento para recurrir a la fecundación *in vitro*, tendría la posibilidad de impugnar la paternidad del hijo.

a.2) Que el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio y que la mujer haya permanecido soltera. En esta hipótesis, el ex-esposo se presumirá padre del hijo, aunque con la posibilidad de destruir esa presunción con las pruebas que el avance de los conocimientos científicos ofrezca, según se desprende de los artículos 324 fr. II y 325 del Código Civil para el Distrito Federal. En el caso de los concubinos, no existe presunción legal similar, y se aplican las reglas generales para establecer la filiación fuera de matrimonio.

a.3) Que el hijo nazca después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio y que la mujer permanezca soltera, supuesto en el cual se tendría que demandar el reconocimiento de la paternidad, pues la previsión contenida en el artículo 329 del Código Civil, que refiriéndose a la acción relativa a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio textualmente señala que "no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación

asistida a su cónyuge". La pésima técnica legislativa empleada, que llega al extremo de calificar de cónyuges a quienes precisamente no lo son en virtud de haber disuelto su vínculo matrimonial, así como el hecho de que el plazo legal máximo de duración de un embarazo es de trescientos días, permiten concluir que las reglas para determinar la filiación son las aplicables en forma general para los hijos nacidos fuera de matrimonio, pues la hipótesis contenida en el numeral 329 es imposible de realizarla. Ahora bien, en materia de fecundación *in vitro* sí existe un problema grave derivado de la congelación de embriones, que consiste en el hecho de que un embrión pudo haber sido concebido durante el matrimonio y transferido al útero materno con posterioridad a la disolución del matrimonio. En este caso, sí podrían nacer hijos de los ex-cónyuges después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. En todo caso, si a este supuesto quería referirse el legislador, debería haber redactado el artículo con mayor cuidado para dejar claro que se hace referencia a este acontecimiento. No obstante, si partimos del hecho de que aun y cuando se permitiera la congelación de embriones, la mujer no podría disponer de ellos unilateralmente y, si tal congelación se prohibiera como es deseable, desaparecería la razón de esta norma. Tratándose de concubinato, se aplican las reglas generales ordinarias para la determinación de la filiación.

b) *Fecundación in vitro homóloga realizada sin consentimiento del esposo, del concubinario, de la esposa o de la concubina.* Aunque en ambas situaciones parece muy remota la posibilidad de realizar un procedimiento de reproducción asistida sin que concurra la voluntad del hombre, pues se requiere que aporte su semen, lo que sí puede ocurrir es que habiendo embriones congelados, sean transferidos al útero de la esposa o de la concubina sin autorización de su pareja. Este acontecimiento que constituiría un hecho jurídico ilícito, por cuanto

que iría en contra de leyes de orden público que exigen el consentimiento del esposo o del concubinario, generaría una presunción de paternidad para ambos, aunque con la posibilidad jurídica de impugnarla con cualquiera de las pruebas que el avance de la ciencia ofrezca, según consta en los artículos 325 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal. Por otro lado resulta contradictorio que, a diferencia de lo que sucede con la inseminación artificial, en la que el artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal y el artículo 466 de la Ley General de Salud tipifican la práctica de la inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer, en el caso de la fecundación *in vitro* sólo se sanciona cuando es heteróloga sin el consentimiento de la mujer, de conformidad con el artículo 151 del código sustantivo penal del Distrito Federal, en consecuencia si la fecundación *in vitro* es homóloga, aún y cuando se realice en ausencia o contra la voluntad de la esposa o concubina, no existe sanción penal porque esa conducta no está tipificada. Por último, este hecho ilícito daría lugar a una acción para demandar el divorcio, en el caso de los cónyuges, y a la eventual pérdida del derecho a recibir alimentos por ingratitud al cesar la vida en común tratándose del concubinato, según se prevé en los artículos 267 fr. XX y 291 *quintus* del Código Civil para el Distrito Federal.

5.2.5.2 Filiación de los nacidos mediante fecundación *in vitro* heteróloga dentro de matrimonio o durante concubinato.

a) *Fecundación in vitro heteróloga realizada con el consentimiento del esposo o del concubinario.* A primera vista, el pobre marco legal que regula la reproducción asistida en nuestro país da la impresión de permitir el que una pareja heterosexual estable pueda utilizar la fecundación *in vitro* heteróloga, ya sea con espermia u óvulos de terceros, para superar problemas de infertilidad. Así parece desprenderse del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación de la Salud que, en la fracción XI del artículo 40 define a la fertilización asistida como "aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*; que en los artículos 43 y 56 prevé

la posibilidad de recurrir a la fertilización asistida en general, como último recurso para solucionar problemas "de esterilidad". Aunado a esto, la ausencia de sanción penal cuando se realiza fecundación *in vitro* heteróloga, si la mujer receptora del embrión así como el o los "donantes" han otorgado su voluntad para ello, también alienta esta práctica. No obstante, hemos dejado sentado con anterioridad las razones por las que actualmente, en nuestro sistema jurídico, no es lícita la "donación" de gametos indispensable para la aplicación de esta técnica. Sin embargo, de llegarse a dar la filiación de los hijos se determinaría así: en el caso de cónyuges, los esposos serán los padres por presunción legal, que en el caso de la madre se confirma por el hecho del parto, y en el caso del esposo además carecerá de acción para impugnar tal paternidad, como tampoco la tendrá el "donador" de semen para reconocer al hijo así concebido, a menos que el esposo lo desconociera y una sentencia así lo declare. Lo anterior se desprende de los artículos 324, 326, 329 y 374 del Código Civil para el Distrito Federal. En el caso de los concubinos, en principio el hijo sería presuntamente de ellos, no obstante el concubinario tendría derecho a impugnar la paternidad aún y cuando hubiese estado de acuerdo con el procedimiento de fecundación *in vitro*; pero si por el contrario reconoce al menor, podría incurrir en un delito contra el estado civil de las personas, adicionalmente el padre genético puede intentar la acción de contradicción de reconocimiento que le confiere el artículo 368 del Código Civil para el Distrito Federal y probar que es el padre al amparo de cualquiera de los medios autorizados por el numeral 382 de ese cuerpo normativo.

Adicionalmente, la conducta de la fecundación *in vitro* heteróloga puede constituir un delito contra el estado civil de las personas, por cuanto supone la atribución de un estado civil a quien no le corresponde. En efecto, el Código Civil recoge la tradición de privilegiar el elemento genético para establecer la relación filial. Tradicionalmente, desde tiempos de los romanos, se consideraba que la maternidad siempre era segura (lo que se afirmaba con el principio *mater semper certa est*) porque precisamente la establecía el hecho natural del parto;

hasta finales del siglo pasado, nadie cuestionaba la verdad de vincular el aspecto genético al parto, porque no era posible dissociar la presencia genética de la gestante del embrión que se encontraba en su útero. Mientras que la paternidad se tenía que determinar mediante presunciones y el reconocimiento voluntario del varón.

No obstante, los avances en materia de reproducción asistida han permitido separar el hecho de la fecundación del hecho de la gestación. Consecuentemente, los métodos para establecer la filiación basados en la constatación del parto y las presunciones han dejado de tener la misma eficacia a partir del desarrollo de los conocimientos en el ámbito de la genética, que hoy en día permiten identificar sin lugar a dudas los vínculos biológicos entre progenitores y descendientes. Esto ha llevado a poner en el centro del debate el papel que debe tener en la filiación la genética y, por otra parte, la conducta social. Para algunos, es deseable que la norma reconozca como padre o madre a quien por su propia voluntad se hará cargo de todas las necesidades del menor, y no a quien aunque tenga nexo genético con el menor, no desea asumir la responsabilidad de la paternidad sino tan sólo ayudar a parejas infértiles a tener familia. A nuestro parecer la filiación debe seguir basada en el vínculo biológico fundamental entre padres e hijos, por ser el factor esencial que permite al ser humano conocer y establecer su identidad.

b) *Fecundación in vitro heteróloga realizada sin consentimiento de la esposa, de la concubina, del esposo o del concubinario.* Cuando la fecundación es realizada sin consentimiento de la esposa o de la concubina, sólo se incurre en el delito previsto por el artículo 151 del Código Penal para el Distrito Federal si se implanta un óvulo fecundado, utilizando para ello un óvulo ajeno o espermia de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. No obstante, este acontecimiento humano constituye un hecho ilícito, como se ha anotado, y

produce una causal de divorcio a favor del cónyuge ignorado prevista por la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y la exención de la obligación de proporcionar alimentos al cesar la vida en común para el concubino ignorado según el numeral 291 *quintus* del ordenamiento civil mencionado.

En lo referente a la filiación, los hijos así concebidos serían en principio presuntamente hijos de los cónyuges o de los concubinos, conforme a las reglas generales previstas en los artículos 324 y 383 del Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo, ante la ausencia de consentimiento para recurrir a esta técnica por parte de alguno de los cónyuges o de los concubinos, quedan en libertad de impugnar tal filiación para demostrar, mediante cualquier prueba que el avance de los conocimientos científicos ofrezca, la falta de nexo genético que sustente la paternidad o maternidad. Lo anterior conforme a los supuestos contenidos en los artículos 325, 326 segundo párrafo a *contrario sensu*, 329, 341, 382, 385 y 386 del ordenamiento civil referido.

5.2.5.3 Filiación de los nacidos mediante fecundación *in vitro post mortem* dentro y después de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio o a la terminación de la vida común en el concubinato.

Según los artículos 324 fr. II y 383 fr. II del Código Civil para el Distrito Federal, en principio los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o al cese de la vida en común en el concubinato se presumen hijos del ex-cónyuge y ex-concubinario, respectivamente, siempre y cuando la mujer se mantenga libre de matrimonio en ambos casos. Contra esta presunción sólo la madre puede reclamar la filiación, conforme al artículo 345 de ese ordenamiento, basada en las pruebas que el avance de los conocimientos científicos puedan ofrecer, según el precepto 325 del propio cuerpo normativo.

En el caso de los nacidos después de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio o a la terminación de la vida en común del concubinato, éstos carecen de presunto padre atribuido por la ley y, si no son reconocidos voluntariamente por su progenitor, su representante legal o ellos mismos, al alcanzar la mayoría de edad, deben ejercer la acción de reclamación de estado a fin de que se investigue su ascendencia, conforme lo disponen los artículos 329, 382, 385 y 386 del Código Civil para el Distrito Federal.

Uno de los fenómenos que han rebasado las previsiones de la normatividad civil es la congelación de embriones. Las fórmulas empleadas para establecer la filiación después de la disolución del vínculo conyugal o de la terminación de la vida en común en el concubinato suponen a la cópula y el consecuente período máximo de duración de un embarazo (300 días) como el único origen posible de la procreación. Pero, pese a que sostenemos la ilicitud de la disposición de material genético de alguien después de su fallecimiento, de llegar a darse una fecundación *in vitro* post mortem, ¿no sería más razonable contar el término de 300 días a partir de la transferencia del embrión al útero materno y no a partir de la disolución del matrimonio o la terminación del concubinato? Creemos que sí, porque queda claro que la tecnología permite que un embrión permanezca crioconservado durante años, y conforme a ello es necesario que en el caso de una autorización del varón para que le sea transferido a la mujer un embrión producido con su semen mediante fecundación *in vitro*, debe ir aparejada la presunción de paternidad durante los siguientes 300 días posteriores a la fecha de la transferencia.

5.2.6 Problemas de derecho sucesorio.

En primer lugar, al igual que en la inseminación artificial, en la fecundación *in vitro* los hijos nacidos gracias al uso de esta técnica tienen los mismos derechos hereditarios que los hijos naturales, desde que adquieren personalidad jurídica y

conforme a su respectiva filiación, que se determina en los términos apuntados anteriormente.

Sin embargo, en la fecundación *in vitro* la posibilidad de congelar embriones (práctica que ya se realiza en el país en clínicas médicas especializadas en infertilidad) supone un problema para el que nuestra legislación no se encuentra debidamente preparada. Hemos visto, siguiendo las ideas de Domínguez Martínez, que el ser humano adquiere personalidad jurídica desde la concepción, precisamente porque el artículo 22 del Código Civil dispone que desde ese momento se le tiene por nacido para los efectos declarados en ese código; es cierto que esta ficción de tenerlo por nacido para que adquiera personalidad jurídica y sea apto para ser sujeto de derechos con el fin de protegerlo, está vinculada a una condición resolutoria negativa que afecta tal personalidad jurídica, pues si no nace vivo y viable ésta se destruirá retroactivamente hasta el momento de la concepción, y para el derecho será como si nunca hubiese existido. Pero, por el contrario, mientras el embrión viva será sujeto de derechos –limitados– pero claramente protegidos por la legislación civil. Dentro de esos derechos se encuentra el derecho a ser heredero, pues los artículos 1313 y 1314 del Código establecen la capacidad general para heredar de toda persona, salvo algunas restricciones entre las que se encuentra la falta de personalidad, entendida como la circunstancia de no estar concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia o el no ser viable en los términos del artículo 337 (vivir 24 horas desprendido del seno materno o ser presentado antes vivo ante el Juez del Registro Civil).

En el caso que nos ocupa, los embriones congelados precisamente por tratarse de seres humanos ya concebidos, gozan de personalidad jurídica y derecho a heredar. El problema consiste en que los embriones pueden permanecer congelados varios años, lo que supondría un elevado grado de incertidumbre, pues al fallecer uno o ambos progenitores, ellos serían herederos hasta el momento en que por su muerte o inviabilidad perdieran esa personalidad

jurídica y capacidad de heredar. En algunas legislaciones, como la española, se ha establecido un plazo máximo de cinco años para mantener un embrión crioconservado, después del cual se deberían destruir; término, por otra parte, completamente arbitrario y artificial porque no se ha demostrado que después de ese plazo existan mayores riesgos para la supervivencia del embrión respecto al primer día posterior a la congelación; y para disminuir los trastornos a la sucesión, en el caso de la fecundación *in vitro post mortem*, se suele señalar también un plazo, contado a partir del fallecimiento del varón, para que la mujer transfiera los embriones a su útero y establecer la filiación respecto del padre. José Bustos¹²⁴, al comentar el artículo 9º de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española, que prevé la hipótesis de la fecundación de la mujer con posterioridad a la muerte del varón, señala:

“¿Y qué decir de las graves interferencias que semejante modo de procreación genera en el Derecho de Sucesiones? Es principio inconcuso en la materia el de que la voluntad de unos herederos no puede determinar la cualidad de tal de otro u otros. Sólo el testador –y con limitaciones legales- o la ley, en su defecto, pueden conferir esta cualidad. Pues nada, también aquí el revolucionario artículo que comentamos se muestra fecundo: la viuda, que participa en la herencia de su consorte premuerto, queda facultada para decidir el número de los otros partícipes. Puede limitarlo a los hijos existentes a la muerte de su esposo, como mandan los artículos 745,1 y 758 del Código Civil, o puede ampliarlo si decide inseminarse, con quebrantamiento de los mencionados preceptos. Y no se trata de que una ley pueda derogar otra anterior. Es que hay que preguntarse si el legislador, caprichosamente, puede entrar a saco en instituciones tradicionales como la sucesión y la filiación mortis causa, y alterarlas sustancialmente, incrustando normas que chocan frontalmente con las establecidas por la sabiduría jurídica de siglos de reflexión y prudencia.”

En verdad no parece haber justificación en estas medidas, a la luz de que siempre existe el riesgo de destruir embriones por haberse vencido los plazos citados, sin que quede claro el derecho a deshacerse de ellos o a limitar la protección que la ley debe otorgar a la persona humana, así sea en potencia.

¹²⁴ *Op. Cit.*, nota 3, p. 177.

Mejor solución parece la adoptada por otras naciones en el sentido de prohibir la fecundación de más óvulos de los que se vayan a transferir a la mujer en cada intento de fecundación *in vitro*. Esta medida asegura que no se congelen embriones, con todas las desventajas que ello implica, y elimina la incertidumbre que representa la existencia de herederos potenciales que no estén en gestación a la muerte del padre. También eliminará la posibilidad de transferencia de embriones *post mortem*, con los perjuicios que representa para el hijo nacer sin padre y verse privado, en consecuencia, del espacio idóneo de desarrollo humano que representa la familia y del completo disfrute de sus derechos.

La gravedad hereditaria de la laguna legal que existe hoy en día, estriba en que si al fallecimiento del esposo o el concubinario, se transfiere a la viuda un embrión congelado producido con gametos de ambos, si nace dentro de los 300 días siguientes a la muerte del varón será considerado como hijo de él, con todos los derechos hereditarios que por esa filiación pudiesen corresponderle. Pero aun en el caso de que naciera con posterioridad a ese plazo presuncional, la madre o el hijo, siendo mayor de edad y hasta que cumpla 22 años, podrían demandar la investigación de la paternidad lo que atribuiría derechos hereditarios a ese hijo póstumo.

5.2.7 La congelación de embriones y los embriones “sobrantes”.

El tema de los embriones congelados que las parejas ya no pueden o no desean utilizar, sea por condiciones médicas de la mujer que pongan su salud en riesgo en caso de un nuevo embarazo, o por razones de planificación familiar genera disyuntivas que en ningún caso pueden considerarse fáciles de resolver. Las alternativas, básicamente, se reducen a dos: se donan a parejas infértiles o se destruyen. Queda descartada la congelación indefinida puesto que no hay

seguridad de los efectos que esto pueda tener en los embriones; inclusive la mayoría de los países que regulan normativamente las técnicas de reproducción asistida señalan un límite de 5 años para mantener embriones congelados.

Hemos visto que la "donación" de embriones no está permitida por la Ley General de Salud, ni debería de permitirse en el futuro porque atenta contra los derechos del hijo al privársele de su verdadera identidad y del derecho a convivir con sus parientes. De esta forma, ante el fenómeno de congelación de embriones que existe en México en la actualidad, la "donación" no es una alternativa para solucionar el problema de los embriones congelados que sobren.

El otro camino posible, que es el de la destrucción de los embriones congelados excedentes, tampoco es viable porque supone destruir una vida humana a la cual el Derecho debe protección. En primer lugar, como se analizó en capítulos anteriores, el embrión es un ser humano. Inclusive el legislador rectificó el error cometido anteriormente en la Ley General de Salud de incluir la categoría de "preembrión", concepto completamente artificial y ajeno a la realidad biológica del desarrollo humano. El reconocido biólogo francés Jerome Lejeune¹²⁵ explica la autonomía vital del embrión en estos términos:

"Con los cientos de casos ya descritos en varios países en el mundo, una doble evidencia está ahora disponible, y por primera vez, en nuestra propia especie. El embrión humano inicial se desarrolla a sí mismo por su propia virtud y tiene una increíble viabilidad."

"Que el ser humano inicial es completamente viable fuera del cuerpo materno no es una sorpresa sino la confirmación de principios generales."

"Aún en condiciones ordinarias, con algo como un simple medio de cultivo (el fluido de la trompa de Falopio), el embrión humano inicial puede perseguir su propio destino por días, quizá una semana, y administrar su propia organización. Después de una semana la

¹²⁵ Lejeune, Jerome, "Test tube babies are babies", en Chadwick, Ruth F. (ed.), *Ethics, reproduction and genetic control*, New York, Routledge, 1990, pp. 45 y 46.

implantación es una necesidad pero la viabilidad del ser humano inicial es tal, que incluso la mucosa uterina no es un prerrequisito.”

“Hasta los dos meses, la implantación dentro de la trompa de Falopio es completamente eficiente. En esos embarazos ectópicos y extrauterinos, el pequeño ser humano, más pequeño que un pulgar, está perfectamente desarrollado, el único peligro es que el continuo crecimiento romperá dramáticamente las paredes de las trompas, las cuales no se pueden expandir como lo hace el útero. Aún en el caso de los embarazos extragenitales, cuando el feto de adhiere en la cavidad abdominal directamente en el peritoneo, el crecimiento puede ser asombrosamente normal por muchos meses.”

“Protegido por su cápsula de vida, primero la zona pelúcida y luego el saco amniótico que construye a su alrededor, el ser humano inicial es tan viable y autónomo como un astronauta en la luna. Realimentarse con fluidos vitales de la nave nodriza es una necesidad.”

“Un proveedor de fluidos puramente artificiales aún no ha sido inventado. Pero si eso fuera posible alguna vez, el desarrollo completo fuera del seno materno podría ocurrir. Esta ‘ectogénesis’ sería la mayor prueba de que el bebé embrión pertenece a sí mismo. Si el recipiente argumentara: ese bebé es mi bebé, nadie le creería al recipiente.”

Estos argumentos son tan sólo una muestra de las razones por las que no se puede conceptuar al embrión como algo diferente a un ser humano. No es racional considerarlo como sólo un montón de células durante los primeros catorce días siguientes a la concepción, y después mágicamente transformarlo en hombre. Es que el día quince de su desarrollo no tiene nada que no haya tenido desde el primero: El potencial de desarrollarse por sí mismo.

En el momento actual, la destrucción de embriones congelados no constituye el delito de aborto, porque éste es tipificado como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo”, es evidente que la destrucción de embriones no interrumpe embarazo alguno, por lo que se aplica el principio de *nulla poena sine lege*, que no hay sanción sin ley exactamente aplicable a esta conducta, siendo constitucionalmente imposible aplicar criterios de analogía o de mayoría de razón.

Otro de los graves problemas que ocasiona la producción excesiva de embriones para su congelación, son los riesgos de malos manejos por parte de los laboratorios encargados del proceso. El doctor Richard Marrs¹²⁶ señala el escandaloso caso que se presentó en el centro de fertilidad de la Universidad de California en los Angeles en la ciudad de Irvine, en el que intencionalmente fueron producidos embriones a partir de óvulos y espermatozoides de pacientes infértiles y transferidos, sin su permiso, a otras parejas. Sobre el mismo caso, el periódico Reforma¹²⁷ en reportajes publicados los días 20 y 21 de febrero de 2000, da cuenta de que en ese centro de salud se extrajeron óvulos de pacientes sin su consentimiento, se fertilizaron y se transfirieron a los úteros de otras mujeres que también ignoraban la procedencia ajena de esos óvulos o embriones. Las notas informan de la existencia de 113 demandas civiles por negligencia médica (derivada de manipulación genética no autorizada) que ocasionaron el cierre del centro médico y gastos a la universidad por 19 millones de dólares en indemnizaciones, sin que se descartara la posibilidad de que existieran otros casos, toda vez que aún no se notificaba a la totalidad de las personas que durante esos años recibieron tratamiento en ese lugar. También se menciona que a raíz de los primeros 60 casos, el Estado de California promulgó en 1996 una ley sobre "Crímenes Genéticos" en la que se considera delito mayor la transferencia indebida de material genético. Paradójicamente, de los tres médicos acusados como responsables de esos malos manejos, dos de ellos (que no permanecieron en los Estados Unidos para afrontar las demandas) son Ricardo Asch y José Balmaceda, médicos que desarrollaron el procedimiento de reproducción asistida conocido como GIFT que se ha descrito anteriormente en este trabajo.

En el documento se citan dos casos de mujeres que, durante su tratamiento con el doctor Asch, se les extrajeron óvulos que se fertilizaron con semen de sus esposos y fueron congelados. De esos embriones, el doctor Ash transfirió

¹²⁶ *Op. Cit.*, nota 11, p. 457

¹²⁷ *Diario Reforma*, sección Ciudad y Metrópoli, páginas 8B y 4B respectivamente.

algunos sin el consentimiento de sus pacientes a otras mujeres que por ese medio tuvieron hijos. Los tribunales estadounidenses, a pesar de todo, han decidido que era mejor que los menores permanecieran con los padres que los habían gestado e informarlos de la existencia de los padres biológicos hasta que cumplan los 18 años.

Más preocupante resulta el señalamiento del reportaje en el sentido de que el médico Ricardo Asch, en esa fecha (febrero de 2000), se encontraba trabajando en la ciudad de México en un consultorio del Hospital Angeles del Pedregal, gracias a un permiso de las autoridades migratorias de nuestro país otorgado en 1995, y en virtud de la homologación de su cédula profesional realizada en nuestro país desde 1996. El trabajo que desarrolla en el área de la reproducción asistida carece de un marco jurídico nacional apropiado para prevenir y sancionar posibles malos manejos del material genético, pues bien los artículos 149, 150 y 151 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal sancionan la práctica de fertilización asistida sin consentimiento de la mujer, o la disposición de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus "donantes" o la implantación de óvulo fecundado en una mujer cuando se utilice un óvulo ajeno o esperma de donante sin recabar el consentimiento de la paciente o del "donante", por el contrario si existe consentimiento no se puede aplicar pena alguna, lo que da lugar a que se puedan realizar conductas que afecten el estado civil y los derechos humanos, empezando por el derecho a la vida, de los concebidos.

Todo lo señalado anteriormente robustece la convicción de que es necesaria la prohibición expresa, aparejada de la correspondiente sanción penal, de producir exceso de embriones para fecundación *in vitro* homóloga, a fin de que no exista necesidad de congelarlos.

5.2.8 La disposición de embriones intervivos y *post mortem*.

Habiendo establecido la ilicitud de la fecundación *in vitro* heteróloga, queda claro que su prohibición expresa y sanción es una necesidad urgente para evitar los problemas que se pueden derivar de la disposición de embriones. Simplemente hay que preguntarse, si una pareja recurre a esta técnica y utiliza semen de un tercero para fecundar un óvulo de una mujer, habiendo reunido el consentimiento de ella, de su esposo o concubinario y del "donador" ¿qué pasaría si antes de transferir ese embrión al útero de la mujer el "donador" se retractara o se opusiera a la transferencia? Desde luego que no cabría hablar de interrupción de embarazo porque éste aún no existe, dado que no es seguro que el embrión se implante en el útero después de la transferencia. La pregunta toral sería ¿quién puede decidir el destino de ese embrión? Parece claro que no puede actuar una sola de las voluntades unilateralmente. Es evidente que no aplican las reglas de la patria potestad, que se ejerce sobre los bienes y la persona de los hijos, porque ésta aún no se establece al no estar determinada la filiación. Menos operan las normas de salud relativas a trasplantes, porque no se trata de órganos, tejidos o células sino de un ser humano independiente que no puede ser objeto de ello. En consecuencia, sería indispensable un acuerdo entre las dos personas que aportaron los gametos que dieron origen al embrión para disponer de él; pero en caso de no lograrse este acuerdo, la única posibilidad sería la intervención de un juez de lo familiar para decidir lo que fuese más conveniente al embrión que, a no dudarlo, sería darle la oportunidad de sobrevivir mediante la transferencia al útero materno. Una resolución de esta naturaleza no significaría una intromisión del juzgador en el derecho constitucional a la procreación, pues no se obligaría a una persona a tener hijos en virtud de que el hijo ya existe, en etapa embrionaria, y lo único que el poder judicial se limitaría a hacer es brindar la protección que para su desarrollo requiere ese hijo.

Pero por otra parte, esta resolución sólo podría dictarse si el que se opone a la transferencia es el padre; si la que se niega es la madre, no es posible que mediante coacción física se le obligue a recibir en su cuerpo el embrión, lo que lo nos ubicaría en la disyuntiva de la maternidad sustituta o la destrucción del embrión, alternativas ambas que no son deseables. Además, en el supuesto de que la mujer estuviese casada, ocasionaría que por ley se presumiera como padre al esposo, sin que el "donador" pudiese reconocerlo como hijo suyo, a menos que el marido lo desconozca previamente y exista sentencia ejecutoria al respecto.

En el caso de la fecundación *in vitro* homóloga, también pueden existir disputas sobre el destino de los embriones, principalmente los congelados. Como hoy en día la ley tampoco prohíbe ni sanciona la congelación de embriones, esta conducta se realiza cotidianamente en diversas clínicas especializadas en problemas de fertilidad humana. Cuando los esposos o concubinos están de acuerdo no parecen existir problemas, pero cuando se presentan desaveniencias conyugales, divorcio o terminación de la vida en común en el concubinato, el destino de los embriones crioconservados no queda claro, pues al igual que en la hipótesis estudiada previamente, no existen reglas para resolver las disputas sobre embriones sin que se causen perjuicios a las partes, especialmente al hijo que nazca a consecuencia de la transferencia al útero con la oposición de su progenitor, pues de ser la madre la que se niegue a la transferencia, no se podrá pedir la ejecución forzada de tal medida.

Especialmente delicada es la situación de los embriones cuando ha fallecido alguno de los progenitores. El progenitor supérstite tampoco debería tener autoridad para disponer del embrión, porque implicará hacerlo nacer sin alguno de sus padres. Incluso aun y cuando el que falleció hubiese manifestado en el testamento o en algún otro instrumento su voluntad para que el embrión se transfiera al útero de una mujer y continúe su desarrollo, no parece que tal decisión pueda tomarse en vida para después de la muerte, porque el derecho a

la procreación, en tanto derecho público, y los cargos y derechos familiares no son transmisibles por herencia y mueren con su titular, como apunta José Arce y Cervantes¹²⁸.

Nuevamente, todos estos problemas se pueden evitar si la ley prohíbe la producción excesiva de embriones y la limita al número que efectivamente se vayan a transferir a la esposa o a la concubina, en el ciclo en que se realice la recolección y fecundación de los gametos. Contra esta prohibición no procedería alegar el derecho de las personas a la libre reproducción, pues esta materia es del más profundo interés social, y es menester evitar que las lagunas legislativas actuales propicien el individualismo egoísta del que ya José Castán Tobeñas¹²⁹ nos alertaba hace más de 70 años al estudiar el Código Civil vigente:

“Hay en la nueva obra legislativa, al igual que en la reciente de Los Soviets rusos, un contrasentido muy común también en las corrientes ideológicas hoy imperantes. Al lado del derecho patrimonial, si no socialista, cuando menos socializado, se instaura o se quiere instaurar, un Derecho de Familia desenfrenadamente individualista. El divorcio por consentimiento mutuo, la libertad absoluta de testar, el desconocimiento de la interdicción por causa de prodigalidad y tantas otras soluciones del Código mexicano, ¿qué son sino una regresión a las épocas más rígidamente individualistas del Derecho romano?”

5.3 Maternidad subrogada o sustituta.

Hemos visto en el capítulo primero de este trabajo, que la denominada maternidad subrogada o sustituta es una práctica de reproducción asistida en la cual una mujer tercera ajena a la pareja que desea el hijo, es contratada para que geste al concebido y, una vez que éste nazca, lo entregue a quienes contrataron con ella.

¹²⁸ Arce y Cervantes, José, *De las sucesiones*, 3ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 14.

¹²⁹ Citado por Sánchez Medal, Ramón, *Los grandes cambios en el Derecho de Familia en México*, 2ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 47.

Esta práctica se presenta cuando la mujer –esposa o concubina- no puede embarazarse por alguna clase problema de salud que le impide gestar, como en el caso de mujeres sometidas a cirugías de extirpación de útero o con malformaciones en éste, o bien cuando el embarazo representa un riesgo muy elevado a la salud de la mujer por sus particulares condiciones físicas. Sin embargo, también se recurre a la maternidad sustituta en casos no graves, como aquellos en los que las mujeres simplemente no desean interrumpir sus actividades laborales o soportar los cambios físicos derivados del estado de gravidez.

El uso de esta técnica de reproducción asistida ha dado lugar a situaciones confusas y contradictorias tales como que la abuela geste al nieto en su propio vientre, o la hermana al sobrino, o que en la concepción y gestación de un ser humano intervengan mínimo 3 personas pero con posibilidades de que hasta 5 lo hagan: 2 donantes de gametos, una madre sustituta y una pareja contratante receptora del niño. No menos grave es que se gesten niños por dinero, como si el bienestar del concebido no estuviese relacionado con el interés y deseo personal de la madre, fundado en sentimientos afectivos, a tenerlo. Adicionalmente, no es poco frecuente que la gestante se niegue a entregar al niño después del nacimiento habida cuenta de los lazos de afecto que se generan durante el embarazo, o que la pareja comitente se niegue a recibirlo si presenta defectos congénitos.

5.3.1 Concepto.

Esta práctica recibe diferentes denominaciones pues en algunas partes se le conoce como "maternidad subrogada", "maternidad portadora", "gestación de sustitución", "maternidad de encargo", "gestación por cuenta de otro", "maternidad de alquiler", "convenio de gestación", "alquiler de vientre" o "maternidad de sustitución" entre otros. La dificultad de unificar la terminología

radica en la complejidad del fenómeno, pues las modalidades que presenta son muy variadas. Así, tenemos que puede ser una actividad onerosa o gratuita; puede realizarse con material genético de la pareja que contrata los servicios de la "madre sustituta", de la gestadora o de terceros, y puede encargarse por personas solas, parejas casadas o en concubinato. En la doctrina anglosajona, el fenómeno se denomina maternidad subrogada, que es traducción directa del término inglés *surrogate motherhood*; es el más difundido por haber sido en los Estados Unidos donde se generó esta práctica y porque es ahí donde principalmente se permite en la ley. Sin embargo en la tradición jurídica romano germánica el término maternidad subrogada es desafortunado, equívoco e impreciso, pues la subrogación es un medio de transmitir obligaciones por ministerio de la ley, implica específicamente en palabras de Jorge Magallón¹³⁰:

"...un reemplazo de una persona en un lugar por otra, de manera que esta ejerce en su interés jurídico personal los derechos que le pertenecen a la otra. En ese criterio encontramos también la substitución de una cosa por otra. De ello resulta que podamos encontrar una subrogación personal y otra de naturaleza real."

Como se recordará, en el capítulo primero comentamos que esta técnica supone el alquiler de las funciones reproductivas de una mujer para que, inseminada con semen de un hombre que no es su esposo, procrea a un hijo y lo entregue al nacer renunciando a sus derechos maternos. Así pues no podemos considerar que la mujer gestante ejerza derecho alguno que le correspondiera a la mujer que la contrata para gestar, pues precisamente el objetivo es privarla de cualquier derecho sobre la criatura. Adicionalmente, la mujer gestante no sustituye en la titularidad de derechos a ninguna otra mujer, pues ellos proceden de su condición de madre biológica y gestante.

¹³⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. VI, primera parte, México, Porrúa, 1997, p. 375.

Manuel Bejarano¹³¹ dice que subrogar significa sustituir, y que hay subrogación real cuando se substituyen unos bienes por otros y subrogación personal por pago cuando el acreedor es substituido por un tercero interesado que paga la deuda o presta dinero para tal fin. Como se puede apreciar, denominar "sustituta" a la maternidad producto del uso de esta modalidad de reproducción asistida es incorrecto, pues ni hay un interés patrimonial de por medio, ni existe persona alguna que sustituya a otra en el goce de derechos.

Si bien es posible que el equívoco en la denominación se haya originado simplemente en el hecho de que una mujer sustituye a otra en la gestación de un ser humano y eso sólo en el supuesto de que la gestante no aporte su propio óvulo, pues en caso contrario no habría ninguna clase de sustitución, consideramos que no es apropiado utilizar instituciones del derecho civil patrimonial para calificar actos de familia. Aunque reconocemos que no existe denominación idónea para este fenómeno, para efectos de este trabajo en lo sucesivo utilizaremos la denominación "Maternidad sustituta".

José Bustos¹³² la define como la que "acontece cuando una mujer se presta, mediante contraprestación o sin ella, a gestar y alumbrar una criatura por cuenta de un matrimonio o pareja comitente, que recibirán a aquélla en el momento del parto".

Martínez Y Massigoge¹³³ señalan que el genuino y característico supuesto de esta técnica es aquel en que la sustituta aporta su útero, al que se transfiere el embrión, producto de la primera fecundación en el laboratorio de los óvulos de la otra mujer que efectúa el encargo; que ello es lo que produce la obligada confrontación entre los derechos de la madre genética y la madre gestante, así como que el resto de las modalidades se resumen en la aportación de la

¹³¹ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, 4ª ed., Oxford University Press-Harja México, 1997, p. 398.

¹³² *Op. Cit.*, nota 3, p. 179.

¹³³ *Op. Cit.*, nota 4, p. 21.

sustituta de sus propios óvulos además del útero, con lo que concurre en ella el doble carácter de madre gestante y biológica que desemboca, después del nacimiento, en una serie de figuras adoptivas o pseudoadoptivas.

Por su parte, Francisco Lledó¹³⁴ la describe diciendo que “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”. Sin embargo, como descripción no deja de ser incompleta porque da por sentado que necesariamente tienen que ser parejas quienes encarguen la gestación, siendo que actualmente la donación de gametos permitiría, al menos técnicamente, que una persona soltera o sin pareja estable pueda encargar tal servicio; también es limitada porque no explica la posibilidad de que la madre sustituta aporte su óvulo y sea inseminada artificialmente con el semen del comitente y tampoco se habla del carácter gratuito u oneroso del servicio, entre otras posibilidades.

La Iglesia Católica, en su documento denominado *Instrucción sobre el Respeto a la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación*, incluye bajo el rubro de madre sustituta dos hipótesis:

- a) “La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación”,
y;

¹³⁴ *Op. Cit.*, nota 79, p. 145.

- b) "La mujer que lleva a cabo la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con espermatozoides de un hombre diverso a su marido, con el compromiso de entregar al hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación".

En cualquier caso, los elementos indispensables que encontramos en la maternidad sustituta son: la persona o personas, comúnmente una pareja casada o en concubinato, que encargan la gestación y que pueden o no aportar, total o parcialmente, el material genético que da lugar al embrión; una mujer que acepta gestar al hijo, en algunos casos aportando sus propios gametos, y renunciar a su custodia al nacer éste para que sea adoptado. Como elementos accidentales se encuentran, en algunos casos, una contraprestación económica por los servicios de la madre sustituta; un tercero intermediario que realiza los contactos (agencia), presenta a las partes (comitentes y gestadora) para llegar a un convenio de maternidad sustituta y que cobra una comisión por ese servicio, así como la participación de terceros donadores de gametos.

5.3.2 Posibilidades fácticas.

La maternidad sustituta se puede realizar a partir de la contratación de una mujer para que gestar al embrión, por parte de un hombre o mujer soltero; por una pareja de concubinos o por una pareja de esposos, con las siguientes variantes posibles:

1. La mujer gestante aporta el óvulo y es inseminada artificialmente con semen del hombre contratante;
2. La mujer gestante aporta el óvulo y es inseminada artificialmente con semen de un tercero donador ajeno a la pareja contratante (o

incluso puede ser inseminada naturalmente por el propio esposo o concubinario de la mujer gestante):

3. A la mujer gestante se le transfiere al útero un embrión producido *in vitro* con los cigotos de la pareja contratante;
4. A la mujer gestante se le transfiere al útero un embrión producido *in vitro* con el semen del hombre contratante y el óvulo de una tercera donadora ajena a la pareja contratante;
5. A la mujer gestante se le transfiere al útero un embrión producido *in vitro* con semen de un tercero donador ajeno a la pareja contratante y un óvulo de la mujer contratante;
6. A la mujer gestante se le transfiere al útero un embrión producido *in vitro* con cigotos de terceros donadores ajenos a la pareja contratante;

Como se aprecia, en esta técnica de reproducción asistida pueden llegar a participar directamente, sin contar al equipo médico tratante, hasta seis personas: el hombre y la mujer con problemas de infertilidad que contratan los "servicios"; la mujer que gestara al niño en su útero y el esposo que eventualmente debería dar su consentimiento para ello; un hombre y una mujer que "donen" gametos para producir un embrión *in vitro*.

5.3.3 Argumentos a favor.

Existen puntos de vista razonados que ven en la práctica de la maternidad sustituta una cuestión que debe ser considerada legalmente válida. En este

sentido se pronuncia Martha Field¹³⁵ quien señala como los argumentos principales a favor de la maternidad sustituta:

- a) El derecho constitucional a la procreación;
- b) La garantía de igualdad [en virtud de que en los Estados Unidos sí está permitida la "paternidad sustituta", que es a lo que equivale la inseminación artificial, y en virtud de que el ordenamiento jurídico reconoce derechos de padre al esposo infértil de la mujer inseminada];
- c) La donación de semen y la maternidad sustituta son básicamente lo mismo aunque en diferente situación;
- d) La igualdad que debe existir entre hombre y mujer, pues si el primero puede vender su semen [en los Estados Unidos] la mujer debería poder vender sus óvulos;
- e) El derecho de la pareja infértil a elegir el método de su conveniencia para procrear, y;
- f) Es un acto de amor y generosidad hacia las parejas que no pueden tener hijos.

Por otra parte, Miguel Soto¹³⁶ expone que dentro de las razones que buscan justificar la práctica de la maternidad sustituta se encuentra el hecho de que tiene un fin noble –ayudar a una pareja estéril a tener hijos- y que los descubrimientos en el campo de la genética deben beneficiar a toda la humanidad. Camel Shaley¹³⁷ identifica como una postura a favor aquella que considera que el parentesco debe basarse en el principio de la determinación de la voluntad individual en las consecuencias de la actividad reproductiva, más que en los lazos biológicos.

¹³⁵ *Op. Cit.*, nota 13, pp. 46 y s.

¹³⁶ *Op. Cit.*, nota 14, p. 272.

¹³⁷ Shaley, Camel, *Birth power: the case of surrogacy*, Estados Unidos, Yale University Press, p. 11.

La Unión Americana de Libertades Civiles¹³⁸ considera que las personas tienen el derecho constitucional de elegir los medios de reproducirse, y que las mujeres tienen el derecho de decidir cuándo usar su cuerpo y en qué hacerlo. Sostienen la imposibilidad de prohibir tales derechos porque se encuentran dentro del derecho a la privacidad de los individuos, razón por la que los contratos de maternidad sustituta son válidos.

5.3.4 Argumentos en contra.

En el otro extremo respecto de la legalización de la maternidad sustituta se encuentran los que sostienen que propicia la explotación de la mujer y genera problemas mayores de los que trata de resolver. La Comisión Warnock¹³⁹ al emitir su reporte respecto de las técnicas de reproducción asistida observó respecto de la maternidad sustituta que:

1. La introducción de una tercera parte dentro del proceso de procreación es un ataque al valor de la relación marital;
2. La maternidad sustituta distorsiona la relación madre-hijo porque la madre deliberadamente permite que la embaracen con la intención de entregar el hijo, lo cual es la manera equivocada de aproximarse al embarazo;
3. La separación del niño de la madre que lo gestó, con la cual tiene fuertes vínculos, es potencialmente dañino;
4. Una mujer no debería ser forzada por sanciones legales a separarse de un hijo que recientemente ha dado a luz;
5. Es inconsistente con la dignidad humana que una mujer use su útero con propósitos de beneficio económico, y sea tratada como una incubadora para el niño de otros;

¹³⁸ Gostin, Larry et. al., *Surrogate motherhood, politics and privacy*, Estados Unidos, Indiana University Press, 1990, p. 295

¹³⁹ Citado por Camel Shaley, *Op. Cit.*, nota 106, p. 6

6. Es degradante para el niño quien, para todos los efectos prácticos, es comprado por dinero, y
7. Una mujer no debiera ser invitada a tomar los riesgos del embarazo por otra con el fin de obtener dinero, y debería ser protegida contra la explotación que esto significa.”

Por su parte, George Annas¹⁴⁰ esgrime como razones en contra de la maternidad sustituta las siguientes:

1. Es un instrumento clasista, porque lo utilizan exclusivamente parejas de blancos, profesionales, ricos y de la clase media-alta; y sexista porque explota a las mujeres -casi siempre- pobres;
2. Crea una relación padres-hijo sólo mediante la destrucción de otra relación padres-hijo y cita a Elizabeth Kane (la primera madre sustituta de Estados Unidos abiertamente pagada) quien afirma que la maternidad sustituta no es más que una transferencia de dolor de una mujer a otra;
3. La adopción coloca los intereses del menor primero, la maternidad sustituta coloca los de los adultos primero;
4. El nombre en sí de la figura "maternidad sustituta" demuestra el propósito de deshumanizar a la madre y alienarla de su hijo, y
5. Si no se permite la venta de órganos humanos, ¿cómo se puede permitir la venta –implícita en la maternidad sustituta- de niños?

¹⁴⁰ Annas, George J. et al, *Surrogate motherhood, politics and privacy*, Estados Unidos, Indiana University Press, 1990.

Más aún, Camel Shaley¹⁴¹ sostiene que en el caso de que pudiéramos distinguir entre la venta de un bebé y la venta [o prestación] de servicios reproductivos, convenios como éstos ¿no crearían una clase de mujeres-reproductoras tan dispuestas a la explotación económica como una común prostituta?

José Serrano¹⁴² después de reconocer que las prácticas biomédicas pueden afectar a la dignidad de la persona humana y que, conforme a la comisión de bioética del Congreso de Cultura Europea celebrado en Cracovia, es la dignidad humana la medida [o límite] de las intervenciones biológicas, genéticas y médicas sobre el hombre desde su concepción y hasta su último suspiro, opina respecto de la maternidad sustituta:

"La experiencia inmediata nos muestra cómo en algunas naciones se está utilizando en este campo el derecho para perseguir fines gravemente inmorales. Con el fenómeno de las madres de alquiler asistimos a la presencia ante los tribunales de contratos que afectan esencialmente la dignidad de la mujer, contratos que implican unas prestaciones de 'trabajo' intolerables desde los principios de nuestros sistemas jurídicos cuando no implican una simple y repugnante venta de niños. Que se pueda exigir el cumplimiento de estos contratos, tal como ha sucedido en algún país, significa que se ha perdido lo fundamental del sentido jurídico."

Y es que, siguiendo a Luis Recaséns, la dignidad humana consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, es decir que el hombre no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios, porque es un fin en sí mismo.¹⁴³ En la maternidad sustituta es evidente que el papel de la madre sustituta no busca cumplir el fin propio de la maternidad sino tan sólo servir como medio para que otros cumplan sus propios y personales objetivos, de ahí lo indigno de esta técnica.

¹⁴¹ *Op. Cit.*, nota 133, p. 10.

¹⁴² Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, "Genética y derechos humanos", en Cano Valle, Fernando; Ramírez García, María de Lourdes y Del Castillo Z., Horacio A., (comps.) *Bioética y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 47 y 48.

¹⁴³ *Op. Cit.*, nota 68, p. 548.

El mismo Luis Recaséns¹⁴⁴ cita los cuatro principios o máximas de Stammler, que se agrupan en dos clases, inspiradas en la idea de la dignidad humana:

1. Principios de respeto recíproco:

a) El querer de una persona, es decir sus fines y medios, no debe nunca quedar a merced del arbitrio subjetivo o capricho de otra persona.

b) Toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo, es decir como una persona con dignidad, como un sujeto que tiene fines propios, que es un fin en sí mismo, y nunca como un mero medio para fines ajenos.

2. Principios de la partición:

a) Nadie debe jamás ser excluido de una comunidad o de una relación jurídica por la decisión arbitraria o mero capricho subjetivo de otra persona.

b) Todo poder jurídico de disposición concedido a una persona, al excluir a otra persona, deberá hacerlo sólo de tal modo que el excluido subsista como un ser con un fin propio, es decir, como una persona con dignidad, y jamás como un mero medio para los demás, o mero objeto de derechos subjetivos de los demás.

La maternidad sustituta implica que a la mujer gestante se le prive de dignidad porque es utilizada como un simple medio para que otros alcancen sus fines, que en este caso es el ejercicio de su derecho subjetivo a la procreación, y porque la exclusión de la relación jurídica materno-filial es arbitraria. Todo lo anterior hace aconsejable su prohibición.

5.3.5 Casos reales.

Conforme ha pasado el tiempo desde que se comenzó a utilizar, cada vez son más numerosos los casos que han trascendido a los medios de comunicación y a los tribunales relacionados con controversias derivadas de convenios de maternidad sustituta. Algunos de ellos han impactado fuertemente a la opinión

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 551.

pública internacional por la profundidad del drama humano que representan. A continuación mencionaremos algunos de los más famosos que ilustran los diversos y serios problemas que genera el empleo de esta técnica:

a) El caso de "Baby M". El 27 de marzo de 1986 nació una niña que fue llamada por su madre Sara Elizabeth, su padre la llamó Melissa y un juez instructor de Nueva Jersey, en los Estados Unidos, la llamó Baby M. Aproximadamente un año antes del nacimiento de la niña, Mary Beth Whitehead, una madre de dos hijos, casada, de cerca de treinta años, firmó un acuerdo de maternidad sustituta con William Stern, un hombre de cuarenta años, casado y sin hijos. Los padres del señor Stern fueron los únicos miembros de la familia que sobrevivieron al holocausto de la segunda guerra mundial y él era el último descendiente en línea recta. Desafortunadamente, su esposa sufría los síntomas de una enfermedad que podía agravarse con el embarazo y no deseaba correr los riesgos de gestar y parir un niño. Mary Beth Whitehead estuvo de acuerdo en intentar concebir por medio de inseminación artificial con semen de William Stern, gestar al feto hasta su término y después del nacimiento entregar el bebé al señor Stern y su esposa, mientras renunciaba a sus derechos de madre. A cambio, se le pagarían diez mil dólares y todos los gastos médicos incluyendo los dentales.

En el juicio, la señora Whitehead testificó que había sido motivada por la esperanza de "dar el regalo más amoroso de felicidad a una pareja desafortunada". La cuota por la subrogación fue proveída para las necesidades educacionales de sus hijos a largo plazo. Su esposo, quien se había practicado una vasectomía como medida de planificación familiar, autorizó el deseo de su esposa de ser una madre sustituta, después de haberse opuesto inicialmente a la idea.

Las parejas fueron presentadas a través de una agencia que había conducido una evaluación psicológica previa de la señora Whitehead. De acuerdo con el reporte de los examinadores, ella esperaba tener fuertes sentimientos acerca del hecho de llevar a un niño al nacimiento, pero era sincera en su plan. En la primera junta con los Stern, ella dejó en claro que lo único que quería era una foto anual y una carta-reporte sobre el progreso del niño.

Durante todo el embarazo permanecieron en contacto cercano. Mientras, los Stern prepararon un cuarto para niños en su casa y abrieron nuevas cuentas nombrando al hijo no nacido como beneficiario contingente. Sin embargo, al momento del nacimiento Mary Beth Whitehead decidió que ella no podía entregar al bebé. En violación del contrato, nombró a su esposo como el padre en el acta de nacimiento. Tres días después del nacimiento ella dejó el hospital y llevó a la niña a su casa, a donde los Stern fueron a reclamarla. La señora Whitehead parecía deprimida y expresó sus dificultades con la separación. El día siguiente, después de

haber solicitado permiso por teléfono, acudió a casa de los Stern y solicitó llevarse a la niña con ella para una visita de una semana. Los Stern accedieron preocupados por su salud mental. Dos semanas después, la niña seguía con la señora Whitehead, quien permitió que los Stern la visitaran para anunciarles que había decidido quedarse con la niña.

Los Stern acudieron entonces a la Corte para demandar el cumplimiento del contrato de subrogación y obtuvieron una orden para obligar a la señora Whitehead a devolver a la niña. Acto seguido, ésta última raptó a la niña y abandonó el Estado con su familia. Los Whitehead estuvieron desaparecidos durante tres meses, lapso durante el cual vivieron como fugitivos moviéndose de un hotel a otro y parando con amigos y familiares. La menor no recibió atención pediátrica durante ese periodo. Una vez localizados, la policía entregó la menor a los Stern.

Durante los meses siguientes, el proceso judicial fue ampliamente cubierto y sensacionalizado por la prensa, exponiendo los más íntimos detalles de las vidas privadas de los protagonistas. El juicio requirió de seis semanas de testimonios y gastos judiciales por medio millón de dólares. Finalmente, unos días después del primer aniversario de "Baby M", la Corte anunció su decisión favorable a los Stern, basándose en que el padre y la madre de la niña habían celebrado un contrato por su propia voluntad en términos claros, sobre el futuro de la niña antes de que ella fuera físicamente concebida; que si bien la concepción no podía ser compelida, una vez que ésta ocurrió, los términos del contrato fueron legalmente coercibles (aunque sujetos al derecho de la madre al aborto); que un Estado no puede prohibir o rechazar la obligatoriedad de los contratos reproductivos porque esto violaría el derecho de libertad, constitucionalmente protegido, de las parejas sin hijos de encontrar los medios para establecer una familia; que la madre sustituta también tiene un derecho constitucionalmente protegido de elegir voluntariamente la prestación de sus servicios bajo un contrato; que si un "padre subrogado" donador de esperma está legalmente facultado para vender su esperma, la madre sustituta también lo está para ofrecer sus servicios reproductivos, como un asunto de protección igual bajo la ley. La Corte concluyó que el acuerdo de maternidad sustituta fue un contrato válido que la señora Whitehead había incumplido al negarse a entregar la niña a los Stern y a terminar con sus derechos de madre. Los testimonios recibidos durante el juicio mostraron además que los Whitehead tenían una historia de inestabilidad económica y doméstica, que le daban poca importancia a la educación (ambos abandonaron la secundaria a los 15 años), que la señora Whitehead era manipuladora, impulsiva, explosiva y no confiable, mientras que su esposo era alcohólico. Por el otro lado, los Stern tenían un ambiente hogareño estable, una gran consideración por la educación (ambos contaban con grados de doctores) y habían mostrado sensibilidad hacia las necesidades de la niña y habilidad para enfrentarse racionalmente a una crisis emocional. Por tanto, la Corte consideró además que en ese caso no había duda de que los intereses

de la niña estarían mejor servidos ubicándola bajo la sola custodia de su padre e impidiéndole el contacto con la madre.

Unos días después de la resolución, la Suprema Corte de Justicia de Nueva Jersey admitió la apelación de la señora Whitehead y concedió a la misma el derecho a visitar a la menor dos horas a la semana mientras se pronunciaba la resolución final. Meses después, la Suprema Corte confirmó la resolución del inferior sólo en lo referente a la custodia de la menor a favor del señor Stern, pero la modificó al invalidar el contrato de maternidad sustituta porque estaba en conflicto con las leyes estatales y con la política pública, encontrando el pago de dinero a una madre sustituta ilegal, quizá criminal y potencialmente degradante de la mujer. En consecuencia, restituyó a la señora Whitehead en sus derechos de madre (sin custodia) y reenvió el caso al tribunal inferior para la determinación de las visitas.

La Corte de Apelación asentó que el contrato de maternidad sustituta violó tres disposiciones normativas: leyes que prohíben el uso de dinero en conexión con adopciones; leyes que requieren de prueba de incapacidad o de abandono para perder los derechos de patria potestad, y leyes que hacen del consentimiento para la adopción revocable y que permiten entregar al hijo en adopción sólo después de nacer. En cuanto a las políticas públicas, encontró que el objeto del contrato era dar al padre derechos exclusivos sobre la niña destruyendo los derechos de la madre, lo que estaba en contra del principio sentado de que los mejores intereses del niño determinan la custodia, así como la política de que los padres son iguales en relación con el hijo.

El tribunal de segunda instancia también sostuvo que ese contrato se había celebrado en realidad para vender a un menor, lo que está en conflicto con la política pública que establece la prohibición del pago de dinero en conexión con la adopción. Aunque en la adopción el embarazo es indeseado y en la maternidad sustituta es intencional, el mal es el mismo –tomar ventaja de las circunstancias de una mujer para arrebatársela a su hijo– y el hecho de que la señora Whitehead haya estado de acuerdo con el arreglo era irrelevante, puesto que en una sociedad civilizada hay algunas cosas que el dinero no puede comprar.

Por último, la Corte estableció que el derecho de las personas infértiles para procrear por algún método de su propia elección está limitado por el interés del Estado en proteger a los niños inocentes. Cabe señalar que el señor Stern alegó que su esposa tenía derecho a una protección igual a la que se establece a favor del esposo infértil (que adquiere derechos de padre) cuando su esposa, con su consentimiento, concibe un hijo mediante donación de esperma. La Corte desechó el argumento distinguiendo la diferencia entre las dos situaciones que se traduce en el tiempo que toma proveer de esperma para la inseminación artificial y los nueve meses que han de transcurrir durante el embarazo¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Field, Martha A., *Op. Cit.*, nota 13, pp. 1-4.

Este caso, que conmovió a la opinión pública mundial, hizo evidentes los inconvenientes de esta técnica de reproducción asistida así como la imposibilidad de utilizar instituciones del derecho patrimonial para regular a la filiación y, por extensión, a la familia. Por una parte, los Stern demandaron que la señora Whitehead cumpliera con el contrato celebrado y así la señora Stern obtuviera la adopción de la niña, como se puede demandar el cobro de pesos, basados en la tradicional máxima romana *pacta sunt servanda*, es decir que los convenios deben cumplirse, y argumentando que los intereses de la menor se protegerían mejor al proveerla de una maternidad "educacional y psicoafectiva" que la dotaría de estabilidad emocional y seguridad familiar. Por su parte, la señora Whitehead basó su defensa en que le correspondía la custodia de la niña porque ella era la madre biológica y genética, pues incluso aportó su propio óvulo para concebirla. El tribunal de primera instancia, después de recibir dictámenes periciales psicológicos y psiquiátricos, consideró: Que la señora Whitehead conscientemente había elegido gestar a la criatura para otra pareja con el convencimiento de que ella no impugnaría el contrato, sino que consentiría a ellos la adopción; que en los acuerdos subrogatorios no hay explotación; que el dinero a pagar a la madre sustituta no supone un pago por la entrega de la niña, porque el padre genético no puede pagar para adquirir lo que es suyo y que, por lo tanto, habiéndose tratado de un contrato válido roto por una de las partes y debiéndose guiar la corte por la doctrina del mejor interés de la criatura, resolvió que el acuerdo debía cumplirse, la menor entregarse a los Stern y cancelarse los derechos parentales de la señora Whitehead.

Lo grave de la resolución de primera instancia radica en considerar lícitos los pactos cuyo objeto es claramente violatorio de los más elementales principios contractuales, específicamente en cuanto a los requisitos que debe reunir el objeto del convenio. La situación de la menor, siendo importante, no debería servir como base meramente pragmática para aceptar esta clase de contratos. En todo caso la posibilidad de que un progenitor sea suspendido o privado de la

patria potestad está presente en muchas legislaciones precisamente para proteger los derechos del niño a que se provea a todas sus necesidades.

Afortunadamente, el tribunal de segunda instancia corrigió la resolución declarando ilícitos esta clase de convenios y, aunque otorgó la custodia de la menor a su padre —el señor Stern—, consideró como madre a la señora Whitehead con los respectivos derechos de visita. También fue importante el reconocimiento que el derecho a acudir a técnicas de reproducción asistida tiene límites en el interés estatal en proteger los derechos de los niños.

b) El 10 de enero de 1983 en la ciudad de Lansing, Michigan, en los Estados Unidos, nació un niño microcéfalo gestado por Judy Stiver, quien había sido contratada como madre sustituta por un tal Alexander Malahoff para que, a cambio de 10,000 dólares, permitiera ser inseminada artificialmente, gestara y entregara al niño después del nacimiento. Al presentar defectos físicos, el niño fue rechazado por la pareja contratante y por la madre sustituta que también era la madre biológica. Al final, después de practicarse pruebas genéticas, se determinó que la paternidad biológica del niño pertenecía en realidad al esposo de la madre sustituta, por lo que fueron ellos quienes finalmente se quedaron con el menor¹⁴⁶.

Este caso es el opuesto al de "Baby M", pues en él ninguna de las partes deseaba quedarse con el menor. La madre sustituta, exigiendo el cumplimiento del contrato, deseaba que la pareja que la había contratado se hiciera responsable del niño nacido con taras para su manutención y cuidado. Al igual que lo ocurrido con "Baby M", la ilicitud de esta clase de contratos implica que son los padres genéticos quienes deben velar por el niño. En este asunto no existió pronunciamiento del tribunal respecto del contrato de subrogación, en virtud de que se comprobó que la "madre sustituta" no fue tal, pues su embarazo fue producto de relaciones sexuales con su esposo y no de la inseminación artificial con el semen del señor Malahoff.

¹⁴⁶ Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge, Benegui, *Op. Cit.*, nota 4, p. 27.

c) En 1989, Mark y Crispina Calvert contrataron en California a Anna Johnson para que gestara un embrión obtenido con gametos de los Calvert a cambio de diez mil dólares. Después del nacimiento, se negó a entregar al niño argumentando que durante el embarazo se había establecido un lazo especial entre ambos, por lo que reclamó la custodia compartida. Mientras duró el juicio, el tribunal mantuvo la custodia legal del menor en los padres genéticos pero permitió a la madre de alquiler visitar tres horas diarias al recién nacido. Al final, el juez otorgó la custodia a los padres biológicos y negó derechos de visita a la sustituta porque consideró que una situación de dos madres sería, afectiva y emocionalmente, muy confusa para el menor, así como que los derechos de visita y custodia parcial "facilitarían la extorsión emotiva y financiera".¹⁴⁷

d) En 1987, Pat Anthony de 48 años, dio a luz a unos trillizos en Sudáfrica. Había sido la portadora o gestante de los óvulos de su hija fertilizados en el laboratorio, convirtiéndose en la primera mujer que dio a luz a sus nietos.¹⁴⁸

Algunas de las experiencias internacionales que han sido documentadas por los medios dan cuenta de problemas relacionados con la retractación de la gestante sobre la entrega del hijo; controversias por compartir la custodia o por lo menos tener derecho a visitar y convivir con el niño; disputas entre comitentes y sustituta por negarse ambas partes a aceptar al niño nacido con anomalías; familiares consanguíneos que actúan como sustitutas, trastocando las reglas del parentesco y de la filiación. Pero nada impide que también se presenten problemas en los siguientes casos: Que la gestante muera por complicaciones del embarazo o del parto; que la gestante contraiga durante el embarazo alguna enfermedad que pueda ocasionar malformaciones o anomalías al feto y los comitentes deseen que aborte; que uno o ambos comitentes fallezcan durante el embarazo de la gestante; que los comitentes se divorcien o terminen su vida en común, o que los terceros donantes de gametos, si los hay, reclamen también la filiación.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

5.3.6 Elementos personales.

Al estudiar a la inseminación artificial y a la fecundación *in vitro* encontramos que el orden jurídico mexicano permite su utilización, aunque limitadas a las modalidades homólogas, es decir, a los supuestos en los que sólo intervienen voluntados y material genético de los esposos o los concubinos. En la maternidad sustituta, dada la existencia y participación en la técnica de una, o varias personas ajenas a los cónyuges o los concubinos, es evidente que las normas nacionales no autorizan su realización.

La autorización para realizar fertilización asistida que concede el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, como última opción para tratar problemas de "esterilidad", debe ser entendida en concordancia con lo establecido por el numeral 43 de ese mismo instrumento, lo que implica que la práctica de la fertilización asistida (inseminación artificial y fertilización *in vitro*, exclusivamente, según la fracción XI del artículo 41 de ese ordenamiento) está reservada para parejas heterosexuales estables (cónyuges o concubinos) quienes son los que deben otorgar su "consentimiento informado". Esta manifestación de voluntad sólo la pueden otorgar conforme a los artículos 21, 22 y 43 del ordenamiento en cita el "sujeto de investigación" y su cónyuge o concubinario. En este caso quien es sujeto de investigación es la mujer con problemas de infertilidad en cuyo organismo se aplicarán alguna de las técnicas de fertilización asistida autorizadas por la ley. De lo anterior se desprende que:

- La maternidad sustituta no está contemplada como una variante de fertilización asistida por la ley;

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 36.

- Ni los cónyuges ni los concubinos pueden otorgar su consentimiento para que se realice alguna técnica de fertilización asistida en una mujer diferente a la cónyuge o concubina, y;
- La mujer sola no puede acceder a la fertilización asistida, pues requiere estar casada o vivir en concubinato y que su pareja otorgue su consentimiento;

Adicionalmente, la Ley General de Salud no permite que se "trasplanten" semen o embriones, pues éstos no se integrarán al organismo de la mujer receptora sino que formarán a un nuevo ser independiente, procedimiento indispensable para realizar la maternidad sustituta.

Tampoco hay sustento en el Código Civil para el Distrito Federal para considerar que los esposos pueden acudir a la maternidad sustituta como un medio para tener hijos, pues de la regulación contenida en el artículo 146 es evidente que cualquier intervención de un tercero en los fines del matrimonio rompe con la "comunidad de vida" y con la "ayuda mutua" que caracterizan a la relación conyugal. Si bien del matrimonio nace el derecho a procrear mediante el cumplimiento del débito conyugal, es claro que esta prerrogativa sólo abarca la realización del acto sexual natural con la pareja y de ninguna forma el auxilio de terceros ajenos a los cónyuges.

Las consideraciones expuestas nos llevan a sostener que en México ninguna persona puede, lícitamente, acudir a la maternidad sustituta como una alternativa para procrear. Los análisis de los aspectos formales de esta técnica, contenidos en incisos posteriores, confirmarán esta aseveración.

5.3.7 El elemento ¿real?

Dos son los elementos materiales que intervienen en la maternidad sustituta: el embrión y el vientre de la gestante. En el caso del embrión, hemos dejado sentado en incisos anteriores la imposibilidad de disponer su "donación", porque la Ley General de Salud sólo permite la disposición de elementos del cuerpo humano para trasplante, lo que en el caso no acontece, y porque además el ser humano no puede ser objeto de actos jurídicos sino sujeto. Al respecto, el embrión no es "propiedad" de los padres y, por su calidad de persona, está protegido por la ley de tal suerte que las decisiones que tengan que ver con él están limitadas a lograr su bienestar.

En la maternidad sustituta, a diferencia de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, no existen posibilidades de que, en forma similar a lo que acontece en los procedimientos homólogos, el papel de la tecnología se limite a lograr la fecundación del óvulo por el espermatozoide dentro o fuera del cuerpo femenino y la gestación la realiza la esposa o concubina. Por el contrario, invariablemente se requiere la intervención de una mujer ajena a los cónyuges o a los concubinos para que gesté al hijo, lo que elimina la justificación basada en el débito conyugal y en el derecho a la reproducción para acudir a estas técnicas, pues en el ejercicio de estos derechos personalísimos no se puede introducir a terceros.

Situación similar es la del vientre materno que, por tratarse de una parte del cuerpo humano, está excluido del régimen patrimonial de los bienes y, por ende, imposibilitado de ser objeto de relaciones jurídicas. Esta última consideración es la que constituye un obstáculo insalvable para la celebración válida de los contratos de maternidad sustituta.

5.3.8 Elementos formales.

La naturaleza jurídica de la maternidad sustituta ha querido ser establecida fundamentalmente, como adopción pre-natal o como contrato. La figura de la adopción pre-natal parte del supuesto de que, entre la pareja que contrata los servicios de la madre "sustituta" y la mujer gestadora se establece un acuerdo para que uno de los primeros, o ambos si los dos gametos son de donadores, adopten al menor que la segunda gestara en su vientre. Esta forma de calificar a la maternidad sustituta se ha considerado improcedente por las siguientes razones:

- En la maternidad sustituta se establece, por regla general, una retribución económica para la madre sustituta, lo que desnaturalizaría la figura de la adopción y nos haría estar frente a la ilícita venta de menores:
- La adopción presupone, necesariamente, la existencia de un menor y está claro que cuando se celebra el acuerdo entre la pareja y la madre sustituta, dicho menor aún no existe, y
- Como afirma Ignacio Galindo¹⁴⁹, la adopción "es un acto solemne, porque sólo se perfecciona a través de la forma procesal que señala el Código de Procedimientos Civiles". Por esa razón, no es posible la existencia de una adopción pre-natal cuando no hay las condiciones para cumplir con las formalidades del proceso judicial para la adopción.

En el Derecho Mexicano, el procedimiento de la adopción requiere del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o son tutores del que va a ser adoptado, lo cual desde luego es imposible que se cumpla antes de que el menor nazca, pues hasta ese momento se podrá determinar jurídicamente su filiación, o se le puede nombrar tutor judicial. En suma, la vía de la pretendida

¹⁴⁹ *Op. Cit.*, nota 63, p. 658.

adopción pre-natal es improcedente en nuestro sistema legal, y sí puede llegar a convertirse en una conducta ilícita penal porque simula o defrauda el estado civil de las personas.

En cuanto a la posibilidad de que la maternidad sustituta se practique a raíz de un pacto contractual, José Bustos¹⁵⁰ afirma que es intrascendente entrar al estudio de la calificación que se le podría otorgar a ese contrato: arrendamiento de servicios, de obra, etc., precisamente porque es nulo e identifica tres líneas de argumentación para sostener la ilicitud de ese contrato, que consisten en lo siguiente:

1. La persona no puede ser objeto de relaciones jurídicas porque está fuera del comercio en función de su dignidad humana, en consecuencia el hijo no puede ser materia de convención;
2. Razones de política legislativa que se oponen a la legalización de esos contratos por considerarlos como instrumentos de explotación de la mujer gestante y mecanismos de selección eugenésica de los hijos;
3. Que estos contratos defraudan la ley en lo referente a la adopción, porque se omite el cumplimiento de los requisitos establecidos para ella, mediante esta especie de adopción del que apenas va a ser concebido o como lo denomina la doctrina *concepturus*.

Sobre este asunto, la jurisprudencia francesa se ha pronunciado en contra de los denominados "contratos de maternidad de sustitución", como se puede apreciar en la interesante tesis que se transcribe a continuación:

¹⁵⁰ *Op. Cit.*, nota 3, pp. 182-187.

CORTE DE CASACIÓN (Asamblea plenaria)

31 de mayo, 1991

Sobre el recurso de casación en el interés de la ley formulado por el señor Fiscal de la Corte de Casación:

Visto los artículos 6º y 1128 del Código Civil, junto con el artículo 353 del mismo código;

Considerando que la convención por la cual una mujer se obliga, ya fuere a título gratuito, a concebir y gestar un niño para abandonarlo a su nacimiento contraviene tanto el principio de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano como aquél de indisponibilidad del estado de las personas;

Considerando, según la sentencia impugnada de la que se agravian (París, 1ra. Cámara Civil, 15 de junio de 1990), que la señora X, esposa del señor Y, padeciendo de una esterilidad irreversible, su marido ha donado su esperma a una mujer distinta quien, inseminada artificialmente ha gestado y traído al mundo un niño así concebido; que al nacer, este niño ha sido declarado como nacido de Y sin indicación de filiación materna;

Considerando que, para pronunciar la adopción plena del niño por la señora X, la sentencia recurrida recuerda que en el estado actual de las prácticas científicas y de las costumbres, el método de la maternidad sustituta debe ser considerado como lícito y no contrario al orden público, y que esta adopción es conforme al interés del hijo, quien fuere acogido y criado en el hogar del señor y señora Y, prácticamente a partir de su nacimiento;

Sin embargo, considerando que esta adopción no era sino la última etapa de un proceso global destinado a permitir a una pareja la acogida de un niño en su hogar, concebido en la ejecución de un contrato tendiente al abandono al momento del nacimiento por su madre, y que, atentando contra los principios de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas, este proceso constituía una desviación del instituto de la adopción, la corte de apelación ha violado los textos precitados;

Por estos motivos:

Caso y anulo, pero solamente en el interés de la ley y sin reenvío, la sentencia del 15 de junio de 1990 por la Corte de Apelación de París.

Les petites affiches, París, no. 127, 23 de octubre de 1991, pág. 24 y no. 142 del 27 de noviembre de 1991.¹⁵¹

Después de considerar que el contrato de maternidad sustituta es ilícito por su objeto y por su causa, María Cárcaba enumera como argumentos contra su

¹⁵¹ *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, número 6, octubre de 1991, pp. 90 y 91.

licitud: El hecho de ir contra el orden público, porque supone disponer de un ser humano; el ser contrario a la ley por defraudar las normas de la filiación natural; el ser contrario a la moral y buenas costumbres por parecerse a un contrato de prostitución; el hecho de suponer, muchas veces, un fraude a las leyes de adopción; el hecho de caer dentro del imperio del derecho penal, al acercarse a la compraventa de niños, incitar a su abandono y constituir el delito de suposición de parto y, por último, el hecho de ser remunerado.¹⁵²

A la misma conclusión arriban Martínez Pereda y Massigoge Benegiu, quienes después de un innecesario análisis de la forma que debería adoptar el contrato, de entre el arrendamiento de obra, de servicios, el contrato baliático, el mandato, etc., encuentran que la legislación española lo sanciona con nulidad absoluta, derivada de la ilicitud de su objeto, porque la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una cosa fuera del comercio. Pero lo estiman realmente inexistente porque la persona humana, la maternidad y el estado civil de hijo están fuera del comercio de los hombres, van contra las buenas costumbres, suponen un fraude a la normativa de la adopción y constituyen una transacción no permitida.¹⁵³

En nuestro medio jurídico, Manuel Chávez¹⁵⁴ califica de ilícito al contrato de maternidad sustituta basándose en que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres; en que el objeto del contrato es la persona, y ésta no puede ser objeto sino sujeto en los contratos; en que la madre sustituta carece de derecho a concebir un hijo para luego abandonarlo; en que el derecho subjetivo de ser madre es un acto *intuite personae*, lo que impide contrato a transacción en esta materia así como en tratándose de la filiación; porque lesiona los derechos del hijo al privarlo de la relación filial en sus orígenes, y porque no hay un "derecho al hijo" porque el ser humano no es un bien que pueda ser objeto de comercio o de contrato.

¹⁵² *Op. Cit.*, nota 5, pp. 168 y 169.

¹⁵³ *Op. Cit.*, nota 4, pp. 131-139.

¹⁵⁴ *Op. Cit.*, nota 105, p. 76.

En efecto, el pretendido contrato de maternidad sustituta violenta las normas de orden público contenidas en la Ley General de Salud, que imperativamente disponen como único fin para la donación de células el trasplante; también quebranta preceptos del Código Civil para el Distrito Federal, específicamente los artículos 1794 fr. II, 1824 y 1825, que excluyen al ser humano como objeto posible en los contratos; así como las disposiciones de orden público contenidas en los artículos 338 y 2948 que expresamente prohíben los convenios o las transacciones en materia de filiación y de estado civil de las personas. Además, del artículo 448 que prohíbe la renuncia a la patria potestad, implicada en esta clase de convenios. De ello deriva su nulidad absoluta y la carencia de producción de efectos jurídicos, y se traduce en la imposibilidad de exigir su cumplimiento y en que la filiación se determinará conforme a las reglas civiles generales de la materia.

Con base en los argumentos anteriores, es evidente que esta clase de contratos están afectados de nulidad absoluta en nuestro país, pero haría falta sancionar penalmente la práctica de esta técnica de reproducción asistida para disuadir su utilización, habida cuenta de que por los intereses económicos que pueden involucrarse, es factible la existencia de personas dispuestas a simular un embarazo de mujer sola para después correr los trámites de la adopción, en franca violación de la ley.

5.3.9. Problemas de filiación.

Hemos afirmado que la maternidad sustituta como contrato es nulo, pero como dice Montes Penades¹⁵⁵, “el acuerdo de subrogación podrá ser nulo, pero no es nulo el niño que sale de esta técnica”. Es decir, la maternidad sustituta como contrato nulo no produce efectos, pero como hecho jurídico sí genera

¹⁵⁵ Citado por Martínez-Pereda Rodríguez, J.M., y Massigoge Benegiu, J.M., *Op. Cit.*, nota 4, p. 131.

consecuencias en materia de filiación, si bien éstas no coinciden con las que pudieron buscar las partes involucradas. Plantados en la hipótesis de que en México una mujer gestara un embrión por cuenta de una pareja que la contratara para ello, dependiendo de la situación de su estado civil así como del estado civil de los comitentes, y de la procedencia de los gametos, las situaciones jurídicas que se podrían producir serían las siguientes:

a) Si la madre sustituta es soltera, ella será la madre por el hecho natural del parto, que es el elemento biológico en que en principio se basa nuestro Código. Es decir, tratándose de la maternidad nuestra legislación se inclina a favor del elemento biológico del parto porque es objetivamente comprobable, a diferencia de lo que acontece en la paternidad la cual, la inoperancia de las presunciones, se inclina por el elemento genético que es el que objetivamente puede comprobar la filiación del varón. Esto es evidente de la redacción del artículo 55 del Código Civil para el Distrito Federal, que para efectos de la expedición de actas de nacimiento establece la obligación para el médico o la partera que hayan asistido al parto, para la persona en cuya casa hubiese tenido lugar el alumbramiento, así como el director o administrador del hospital en que tuviere lugar el parto. Es claro que este aviso confirma la identidad de la mujer que pare al menor, y establece en su favor la relación filial con su hijo y su correspondiente estado de madre. Para fines prácticos, resulta irrelevante si la mujer se embarazó aportando su propio óvulo, o si lo hizo mediante la transferencia de un embrión obtenido con material genético de la pareja comitente o de terceros donadores ajenos a la misma. Para la ley, en México la madre es la que gesta.

Por otra parte, si bien el Código prevé la investigación de la maternidad en sus artículos 60, 336, 337, 370, 382, 385, 386 y 388, tal acción sólo es aplicable cuando el hijo sea asentado con la concurrencia única de su

padre o bien cuando se le atribuya a la mujer un hijo diferente al suyo o que no sea de ella.

En este caso el padre será el que efectúe el reconocimiento del hijo; reconocimiento que podrá ser impugnado por la madre si no se obtuvo su consentimiento; así como por el propio hijo mediante la acción de investigación de la paternidad o por el varón que sea el verdadero padre.

b) De la misma forma, si la madre sustituta es casada ella será legalmente la madre del menor por haberlo gestado y parido, sin importar si los gametos procedían de ella, de la pareja comitente o de donadores. Sin embargo, el padre de ese hijo será el esposo de la sustituta, quien sólo podrá impugnar esa presunta paternidad si la mujer acudió a la reproducción asistida sin pedirle su consentimiento, como se desprende de las reglas generales contenidas en los artículos 324, 325 y 326 del Código Civil para el Distrito Federal. De no existir impugnación por desconocimiento de la paternidad por parte del esposo y la correspondiente sentencia que declare que ese hijo no es suyo, ningún otro varón, sea el comitente o el donador de semen, puede reconocer a ese menor como hijo suyo, como expresamente lo prohíbe el artículo 374 del referido Código Civil. Por el contrario, si el esposo obtiene el desconocimiento de esa paternidad, la filiación se comprobará por los vínculos genéticos que se demostrarán por cualquier prueba que el avance de los conocimientos científicos ofrezca, como señalan los numerales 341 y 382 de ese ordenamiento.

Habrà quien cuestione la regulación actual del Código Civil porque está basada en la asociación entre cópula, genética y parto. Es decir, cuando fue elaborado el ordenamiento vigente se daba por descontado que la única forma para que una mujer se embarazara era mediante la cópula, y que tal embarazo sólo era posible mediante la aportación de su propio óvulo que constituía el lazo genético

con el hijo. En tal circunstancia, el parto era el hecho natural que probaba sin lugar a dudas la filiación materna.

Las tecnologías modernas que permiten disociar en la maternidad el aspecto genético del biológico, animan a algunos a cuestionar el criterio del establecimiento de la filiación basado en el parto. Abrir la posibilidad a cuestionar la seguridad de la maternidad basada en el parto, es enfrentar de nuevo disputas como la atribuida al Rey Salomón quien, como advierte Hans Kelsen¹⁵⁶, al resolver el famoso juicio de disputa de un niño entre dos mujeres mediante la orden de partirlo en dos, sólo logró su cometido porque una de ellas amaba al menor y retiró su demanda para evitar que se le hiciese daño, lo que demostró que era su madre; pero si ambas se hubiesen desistido ya no digamos por amor sino tan sólo por humanidad, el Rey tendría que haber ordenado su entrega a alguna de las dos y el juicio no sería considerado hoy como un paradigma de justicia.

Parece claro que las disputas que se pueden originar si se cuestiona la maternidad, generarían graves consecuencias en el derecho a la identidad del niño y en su personalidad psicológica. Por ello sostenemos que el Derecho debe regular estos temas buscando desalentar su práctica estableciendo, expresamente, la consideración de que en todos los casos, la madre es la que gesta y sancionando penalmente la práctica de la maternidad sustituta. El exceso de individualismo que lleva a algunos a sobreponer un pretendido "derecho al hijo" frente a la situación en que éste va a venir al mundo, requiere de límites claros y tajantes por parte del ordenamiento jurídico.

¹⁵⁶ Kelsen, Hans, *¿Que es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, pp. 11 y 12.

5.3.10 Problemas de derecho sucesorio.

La maternidad sustituta, como variante que es de la fecundación *in vitro*, no aporta problemas especiales en materia sucesoria. Significa que los hijos tendrán los derechos hereditarios que conforme a su filiación les corresponda y, si acaso, los argumentos analizados cuando se estudió la situación de los embriones congelados son aquí aplicables, por cuanto a que también al hacer uso de esta técnica suelen congelarse embriones por si acaso la madre sustituta no queda embarazada al primer intento de transferencia.

5.4 Análisis de la posible responsabilidad civil o penal derivada de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida.

En la reproducción asistida, cabe la posibilidad de que las personas que intervienen en estas técnicas, desde las diferentes situaciones posibles ya sean de interesados o de médicos tratantes, puedan incurrir en responsabilidad penal o civil derivada de la ilicitud de su actuación. Estas consecuencias son las siguientes:

5.4.1 Responsabilidad penal.

En la actualidad, la Ley General de Salud establece en el artículo 466 una sanción penal para quien realice en una mujer inseminación artificial sin su consentimiento, o si aun con él se tratara de una menor de edad o de una incapaz. Esta norma hace responsable fundamentalmente al médico, por ser éste quien normalmente realiza la conducta material de la inseminación artificial. También implica que es la persona indicada para asegurarse que se recaben los consentimientos informados de la mujer y su pareja, conforme a los artículos 21, 22 y 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal contempla las siguientes hipótesis: En el artículo 149, sanciona la disposición de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes; responsabilidad imputable nuevamente al cuerpo médico tratante, quienes son los únicos que cuentan con los medios técnicos para hacer tal disposición, además de que son los que custodian ese material genético; en el artículo 150, sanciona la realización de inseminación artificial sin consentimiento de la mujer, o aún con el consentimiento si se trata de menores o incapaces, responsabilidad que principalmente recae en el cuerpo médico, por ser quien normalmente efectúa estos procedimientos, aunque también se puede aplicar a cualquier persona que la practique; en el artículo 151 sanciona la implantación a una mujer de un óvulo fecundado cuando se haga con óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento de la paciente, del donante, o con el consentimiento de una menor de edad o una incapaz.

Otra vez estamos ante un caso de responsabilidad para el médico, porque la tecnología y el conocimiento técnico necesario para transferir embriones sólo lo tienen los profesionales de la salud. Es de notar que con una gran pobreza técnica, el legislador habla de "implantación", cuando al embrión no lo implanta nadie sino que él sólo es el que se implanta en las paredes del útero. Lo correcto sería hablar de transferencia de embriones como hipótesis punible. Esto se refuerza porque al haber implantación necesariamente se da el embarazo, y del segundo párrafo de ese artículo se desprende que la sanción se agrava si hay preñez, pero la sola transferencia al útero trae aparejada sanción; el artículo 152 agrega a las penas privativas de la libertad contenidas en los artículos anteriores, las de suspensión para ejercer la profesión y, en el caso de servidores públicos, las de inhabilitación y destitución, lo que comprueba que la responsabilidad penal por la práctica irregular de la reproducción asistida recae en los médicos tratantes.

La comisión de los ilícitos descritos en el párrafo anterior genera la obligación para el sujeto activo de indemnizar por los daños que se cause. En virtud de que el embarazo producto de una inseminación artificial sin la concurrencia de la voluntad de la mujer o con la anuencia de una voluntad no válida constituye una de las excepciones para el aborto, la indemnización tendría que cubrir los gastos que tal procedimiento genere, así como los perjuicios que la convalecencia le pueda causar a la mujer, sin perjuicio de los daños morales que se puedan haber causado y que dan lugar a la acción para exigir una compensación económica. Sin embargo, si la mujer decide no abortar, la reparación del daño podría consistir en el pago de alimentos para el menor. Ante la cuestión de si es posible considerar como “daño” a un hijo, tendríamos que responder que un hijo no deseado por la mujer afecta su patrimonio en virtud de que hay que proporcionarle alimentos, por lo que existiendo antijuridicidad, culpa y daño en la conducta del médico, es perfectamente viable que responda con el pago de los alimentos del menor.

Adicionalmente, el artículo 203 del referido Código Penal para el Distrito Federal dispone sanciones privativas de libertad y pecuniarias para quien presente a registrar a una persona, asumiendo una filiación que no le corresponda, delito del que pueden ser responsables las personas que utilizan técnicas de reproducción asistida heterólogas, pues al presentar al niño al Registro Civil intencionalmente ocultan su verdadera filiación y asumen una que no les corresponde. También es sancionable el presentar a registrar a un hijo atribuyendo a terceros una paternidad que no les corresponda, situación en la que puede incurrir la madre que, habiendo utilizado semen de donadores, registra al niño como hijo de su esposo o concubinario.

No obstante el avance que representa la tipificación de las conductas anteriores, hace falta en la legislación penal establecer responsabilidad penal para quien utilice semen “donado”; para quien destruya o congele embriones; para quien transfiera embriones a mujeres distintas de aquella que aporta el óvulo o a

mujeres solas; para quien realice inseminación artificial o fecundación *in vitro* heterólogas; para quien contrate la gestación sustituta; para quien fecunde óvulos con semen congelado después de la muerte del varón, así como para quien produzca embriones con material genético ajeno a la pareja de cónyuges o concubinos que utilicen la reproducción asistida para resolver sus problemas de infertilidad. Ciertamente es que en el momento actual se habla de la necesidad de reducir el número de tipos penales para buscar resolver los conflictos sociales con métodos alternos, pero la trascendencia de los bienes jurídicos que están de por medio –la vida, la dignidad humana, los derechos de la personalidad, los derechos humanos, la salud, etc.,- aconsejan el auxilio de la norma penal para controlar y desalentar el abuso en el empleo de la reproducción asistida.

5.4.2 Responsabilidad civil.

Al analizar cada una de las técnicas de reproducción asistida que hoy en día se practican en diversos países en el mundo y desde luego en México, encontramos que salvo los casos de la inseminación artificial homóloga y de fecundación *in vitro* homóloga, las demás variantes son ilícitas para el orden jurídico nacional. De ahí que la producción de consecuencias jurídicas en la inseminación artificial heteróloga, la fecundación *in vitro* heteróloga y todas las modalidades de la maternidad sustituta provengan de la naturaleza de hecho jurídico ilícito que comparte, el cual constituye una de las fuentes de las obligaciones, específicamente de la responsabilidad civil regulada en los artículos 1910 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal.

La responsabilidad civil que deriva de la reproducción asistida calificada como hecho ilícito, la podemos clasificar generalmente como extracontractual, porque en la mayoría de los casos no se deriva del incumplimiento de una obligación contraída en forma previa, sino de la realización del hecho previsto en la norma jurídica, que causa un daño pecuniario y al que la norma le atribuye la

consecuencia de generar la obligación de repararlo, por violarse un derecho absoluto, derecho que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado.¹⁵⁷ Sólo estamos ante responsabilidad civil contractual en el caso del médico que, durante la prestación lícita de sus servicios profesionales para realizar inseminación artificial o fecundación *in vitro* homólogas, actúa con dolo, negligencia o descuido.

También es subjetiva, porque su fundamento es la culpa, que es un elemento psicológico que consiste en la intención de dañar o en el obrar con negligencia o descuido, por lo que el fundamento de la obligación de indemnizar los daños está en el acto propio, culpable y antijurídico; a diferencia de lo que acontece en la responsabilidad objetiva que deriva del empleo de cosas peligrosas, con independencia de que se haya actuado lícitamente y sin culpa.¹⁵⁸

Las principales situaciones que en materia de reproducción asistida y responsabilidad civil se pueden presentar son:

- Tratándose del caso de hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida homólogas lícitas, que nacieran con taras o problemas, no podría considerarse que el médico tratante tuviera alguna responsabilidad civil si realizó los procedimientos idóneos para desarrollar esa técnica a la luz de los conocimientos médico-biológicos, porque en su caso la obligación que deriva del contrato de prestación de servicios profesionales es una obligación "de medios" y no "de resultado". Es decir, las obligaciones "de medios" o también conocidas como "de prudencia o diligencia" suponen su cumplimiento cuando el obligado pone en práctica los procedimientos idóneos, con la diligencia requerida, para lograr el fin propuesto o buscado, con independencia de que éste se logre.¹⁵⁹ En el mismo caso de ausencia

¹⁵⁷ Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 3ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 152.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 152 y 158.

¹⁵⁹ Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, nota 131, p. 211.

de responsabilidad nos encontramos cuando, después de realizar procedimientos de inseminación artificial o fecundación *in vitro*, no se obtiene el embarazo deseado y el médico hizo todo lo científicamente posible y aconsejable. Pero, si el médico tratante actúa con negligencia, descuido o falta de diligencia al prestar sus servicios y esto ocasiona daños a la pareja, sí incurre en la obligación de indemnizar por esos daños materiales y morales. Un ejemplo de ello sería que, por una negligencia de su parte, inseminara a la mujer con semen de un varón distinto a su pareja; o que transfiriera al útero de la mujer un embrión ajeno; o que la defectuosa manipulación del material genético lo contaminara o dañara de tal forma que afectara la salud del hijo o de la madre, etcétera;

- Tratándose de hijos concebidos mediante técnicas de inseminación artificial o fecundación *in vitro* heterólogas, en virtud del carácter ilícito de tales procedimientos por ser contrarios a las disposiciones de orden público contenidas en la Ley General de Salud, así como en la Ley para la Protección de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, así como del Código Civil para el Distrito Federal, el médico tratante debe indemnizar por los daños materiales y morales que se causen al esposo o concubinario, si éstos no manifestaron su conformidad con el uso de tales técnicas (porque si lo hicieron, existiría culpa de la víctima y no se generaría obligación); a la esposa o concubina sólo en el supuesto de que tales procedimientos se hubiesen realizado sin su consentimiento y aún al hijo si a consecuencia de un proceso negligente naciera afectado en su salud. También cabe la posibilidad de exigir responsabilidad a persona distinta al médico, si ésta fue quien practicó la inseminación artificial, por la relativa facilidad de esta técnica.

- Tratándose de hijos nacidos de inseminación artificial utilizando semen sin consentimiento del varón, la mujer y el médico incurren en responsabilidad por el uso de componentes o productos del cuerpo humano sin autorización de su titular, y deben indemnizar del daño que causen al varón que, en este caso, consiste en ser padre sin desearlo.
- En el caso de la maternidad sustituta, siendo nulo tal contrato por ilícito, no se puede hablar de responsabilidad civil contractual, pero como hecho ilícito que es, existe responsabilidad civil exigible al médico que participa en la transferencia de embriones por los daños que una deficiente práctica profesional pueda causar en la salud del niño o de la gestante. Sólo en el caso de que se hubiese transferido un embrión sin la voluntad de las personas que aportaron los gametos para producirlo cabría hablar de obligación de indemnizarlos, fundamentalmente por daño moral.

En todos los supuestos anteriores, la participación de la voluntad del varón o de la mujer para que se utilice su semen o embriones libera de responsabilidad en relación con ellos al médico, por tratarse de daños producidos por culpa o negligencia de la propia víctima, concurrente a la del médico.

CONCLUSIONES

El estudio de las consecuencias jurídicas que, en el ámbito del Derecho Civil, generan las nuevas técnicas de reproducción asistida, nos hacen arribar a las siguientes:

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La reproducción humana es una necesidad biológica y social del ser humano tan importante, que desde tiempos remotos ha existido el interés por acudir a procedimientos que resuelvan problemas de infertilidad. Estos procedimientos han evolucionado radicalmente desde mediados del siglo pasado gracias a los avances de la biología y la genética, a tal grado que han llegado al extremo de disociar el acto sexual de la reproducción, de congelar embriones humanos y de hacer intervenir en la gestación a personas ajenas al matrimonio o al concubinato.

SEGUNDA. Las técnicas de reproducción asistida más importantes por su grado de utilización, desarrollo y eficacia son: La inseminación artificial, entendida como el proceso mecánico para hacer llegar los espermatozoides lo más cerca posible del óvulo; y la fecundación *in vitro*, conceptuada como la fecundación del óvulo por el espermatozoide en un recipiente de vidrio de laboratorio fuera del cuerpo humano para su posterior transferencia al útero materno. En mucha menor proporción se utiliza una variante de la segunda conocida como maternidad sustituta, que consiste en contratar a una mujer para que le sea transferido un embrión ajeno o un gameto ajeno –si ella aporta su óvulo– para que lo gaste por cuenta de otras personas a quienes entregará el hijo después del nacimiento. Con seguridad las dos primeras ya se aplican en México, y existe una gran probabilidad de que también la tercera se esté utilizando. Todas estas técnicas afectan diversos aspectos de la regulación del Derecho Civil en materia de matrimonio, concubinato, filiación, parentesco, estado civil, contratos y sucesiones.

TERCERA. En el derecho comparado, las técnicas de reproducción asistida han sido ya reguladas en varios países que cuentan con las facilidades técnicas para que sus habitantes acudan a ellas, pero de manera muy diversa. Es el caso, específicamente, de Gran Bretaña, Estados Unidos de América, Suecia, Costa Rica, Alemania, España, Francia y Australia.

En general, la inseminación artificial es ampliamente aceptada, tanto en su variante homóloga como heteróloga; pero con diferencias en cuanto a la posibilidad de su utilización por mujeres solteras o parejas homosexuales; en relación con la situación de confidencialidad de la identidad del donante de semen; respecto de la factibilidad de donar gametos o sobre la forma de establecer la filiación de los nacidos mediante donación de semen. No hay acuerdo en cuanto a la modalidad post mortem, respecto de la cual en algunas naciones se otorga un plazo a la viuda para inseminarse con el semen congelado de su excónyuge, y en otros simplemente no se permite. En el caso de la fecundación *in vitro* también existe amplia aceptación, pero se pueden advertir dos posturas jurídicas diferentes relacionadas con los alcances de su aplicación: por un lado están las naciones en las que se permite la sobreproducción y consecuente congelación de embriones, y por otro los países en los que se exige que sólo se produzca el número de embriones que efectivamente se vaya a transferir al útero materno, con prohibición expresa de congelar embriones. Tratándose de la maternidad sustituta, la mayoría de los estados la prohíben y en aquéllas naciones en las que está permitida, tal tolerancia es parcial pues normalmente sólo se admite en algunas entidades federativas.

CUARTA. En México la regulación sanitaria y administrativa de la reproducción asistida es muy limitada. Las disposiciones en la materia de la Ley General de Salud y de su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud son incompletas, parciales y confusas, pues aunque aparentemente permiten la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* tanto homólogas como heterólogas, un estudio cuidadoso muestra que sólo las variedades homólogas

son posibles, en virtud de que la donación de gametos o embriones no está autorizada; mientras que se omite normar temas como la congelación de embriones o la disposición de material genético a la muerte de su titular.

QUINTA. El Derecho Civil Mexicano ha intentado regular, con poca fortuna, los problemas que la reproducción asistida representa en materia de familia y de sucesiones, aunque sólo los códigos civiles para el Distrito Federal, Tabasco, Coahuila y Querétaro cuentan con disposiciones en la materia.

El del Distrito Federal, con una regulación deficiente porque admite el empleo de "cualquier técnica de reproducción asistida" como un derecho que nace del matrimonio, lo que ocasiona que las disposiciones correspondientes en materia de filiación puedan dar cabida a técnicas reproductivas que lesionen los intereses y los derechos de los hijos, o la dignidad humana de las personas involucradas en la procreación.

El de Tabasco, con la misma laxitud para la aceptación de cualquier medio reproductivo artificial, pero llega a los extremos de otorgar personalidad jurídica a todo embrión, aunque no se encuentre en el útero materno (lo que supone la posibilidad de tener "personas jurídicas" congeladas a las que la ley civil protege sus derechos patrimoniales pero no su dignidad y derecho a la vida) y a permitir la maternidad sustituta, considerando madre a la mujer que contrate a la gestadora aun y cuando la primera no haya aportado el óvulo, transformando la filiación en un objeto de adquisición por contrato.

El de Coahuila, con las deficiencias de regular contradictoriamente quiénes pueden ser destinatarios de la reproducción asistida pues inicialmente señala que aquellas personas que después de cinco años no hayan podido engendrar sin ser estériles o infértiles, y después dispone que quienes sean diagnosticados médicamente como estériles o infértiles pueden acudir a la inseminación o fecundación heteróloga, que es una de las técnicas de reproducción asistida, pero que además no es jurídicamente viable, por la imposibilidad de la donación de espermatozoides u óvulos derivada de las reglas de la Ley General de Salud. Y también con la de privar de filiación a los hijos nacidos de fecundación

heteróloga respecto del "donante" de semen u óvulo, siendo que en su propio artículo 451 rechaza las transacciones o arbitrajes sobre la filiación. Pero con los aciertos de limitar la cantidad de óvulos que se pueden fecundar a uno y exigir su implantación inmediata, lo que descarta la posibilidad de congelación de embriones, y con la sanción de inexistencia a la maternidad sustituta.

Y el de Querétaro, de forma excesivamente escueta, con la sola prevención del derecho imprescriptible de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida a conocer la identidad de sus padres biológicos, lo que únicamente sería útil para las modalidades heterólogas de estas técnicas que, por lo demás, no están permitidas por la Ley General de Salud.

SEXTA. El derecho a la reproducción del ser humano, que sirve de base para la utilización de la reproducción asistida, tiene sustento en los principios constitucionales del derecho a la procreación, que no es sinónimo de "derecho al hijo" sino que es una facultad para engendrar implícita en la libertad para decidir el número y el espaciamiento de los hijos; en el derecho a la protección de la salud, en tanto que la infertilidad supone un problema de salud porque impide que el organismo realice una de sus funciones normales; en el derecho a la intimidad personal y familiar, que permite a la persona un ámbito de actuación ajena al control, tutela y divulgación por parte del Estado o de otros particulares; en el derecho a la igualdad, que fundamenta la facultad de la persona de recibir tratamiento para su problema de salud como lo hace cualquier otro "enfermo", así como en el derecho a la identidad personal, que consiste en la prerrogativa a conocer el propio origen y a establecer una relación familiar que optimice el desarrollo humano biológico, psíquico y social.

SÉPTIMA. Junto a los principios constitucionales, se encuentran una serie de principios civiles y familiares que son aplicables a la materia de la reproducción asistida para conocer los límites que en el Derecho Positivo Mexicano la conforman. Estos son: La protección de los derechos de la personalidad, entre los que se encuentran el derecho a la protección de la vida, que

desafortunadamente hoy en día no tutela al embrión antes de que sea transferido al útero materno y exista embarazo; el derecho a la disposición de los componentes del cuerpo humano, que consiste en la prerrogativa a que ninguna otra persona disponga de nuestro organismo, derecho especialmente vulnerable en el embrión; la protección de la libertad civil y la autonomía de la voluntad privada, concebida la primera como la posibilidad de realizarse a sí mismo y de poder actuar, y la segunda como potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, ambas necesarias en el ejercicio de la reproducción humana, y por último la seguridad de la filiación, que puede provenir de la naturaleza o de una ficción legal, pero que es indispensable para salvaguardar los derechos del hijo.

OCTAVA. Conforme a los conocimientos biológicos y genéticos más recientes, el embrión es un ser humano a partir de la concepción, pues desde ese momento cuenta con todos los elementos genéticos necesarios para su desarrollo y, en muchos sentidos, es un ser más autónomo y vital que un adulto. Es evidente que la vida es un proceso continuo que inicia con la concepción y concluye con la muerte, por lo que pretender establecer categorías como la de "preembrión" es arbitrario y artificial, ya que la vida es una sola, continua y cambiante. Las etapas embrionarias son interesantes desde el punto de vista de las ciencias naturales pero no de la ciencia jurídica, que debe enfocarse a la protección de los valores supremos (bienes jurídicos) entre los que se encuentra principalmente la vida humana. La función del derecho como producto cultural es servir al hombre, por lo que debe actuar siempre en beneficio de éste. En ese contexto, toca a la ciencia jurídica extremar la protección del ser humano concebido mediante su reconocimiento y no participar en discusiones propias de la biología.

NOVENA. Históricamente, la situación jurídica del concebido ha evolucionado a partir de considerarlo como parte de la madre, a un ser individual diferente merecedor de protección por sí mismo en sus derechos humanos y

patrimoniales. Así se comprueba de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por México, especialmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño; además de las disposiciones nacionales contenidas en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como del Código Civil para el Distrito Federal. En este último, mediante un sistema de ficción legal, se califica como persona al concebido con la protección legal que esta categoría implica, traducida en derechos a la vida, a la integridad corporal, a la protección a la salud, a la identidad, a heredar, a recibir legados, a recibir donaciones, a ser fideicomisario y, en algunas entidades, a ser reconocido. No obstante, es deseable que se modifique el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal a fin de que se admita, con toda claridad, que la personalidad jurídica inicia con la concepción, a fin de ser congruentes con lo dispuesto en los convenios internacionales ratificados por México.

DÉCIMA. El concepto de "preembrión", utilizado en algunos países con el fin de permitir la investigación en óvulos fecundados, no existe en la actualidad en la legislación vigente nacional, por lo que en México la experimentación e investigación en embriones tiene como límites el cuidado de su bienestar y seguridad. Uno de los fines admitidos para la investigación es la fertilización asistida. En ningún caso la experimentación o investigación puede abarcar la donación de células del embrión.

DÉCIMA PRIMERA. En el Derecho Mexicano, la persona puede disponer en vida o para después de su muerte de sus órganos, tejidos o células. Tal disposición está limitada a la llamada "donación" que implica la disposición gratuita de esos productos con el único fin posible de trasplante, con excepciones de ciertos elementos en vida del donante y con la prohibición en todos los casos de los tejidos gonadales.

DÉCIMA SEGUNDA. Sólo la inseminación artificial homóloga está legalmente permitida en México, pues los cónyuges y concubinos tienen derecho a ella basados en sus derechos conyugales y el derecho a la procreación en el primer caso, y en éste último, en el segundo caso. Esta técnica de reproducción asistida tiene los siguientes límites: Está reservada a parejas heterosexuales, estables, que deben otorgar su consentimiento formal e informado para la aplicación de esta técnica. En el caso de matrimonios, para que la mujer pueda otorgar su consentimiento, requiere la conformidad de su cónyuge. La inseminación artificial heteróloga es ilícita porque requiere de la "donación" de semen, la cual no está permitida por la Ley General de Salud que, imperativamente, dispone en su artículo 321 que la utilización del cuerpo humano o sus componentes debe tener como fin el trasplante. En el caso de la inseminación artificial heteróloga, los espermatozoides no se "trasplantan" sino que dan origen a una nueva vida, ni constituyen cosas que estén dentro del comercio para que puedan ser objeto de contratos o actos jurídicos. Sin embargo sería deseable que para mayor claridad, la Ley General de Salud dispusiera textualmente la prohibición de donar gametos.

DÉCIMA TERCERA. La naturaleza jurídica de la inseminación artificial homóloga es la de un acto jurídico formal, en la concepción alemana del término, de naturaleza familiar respecto del cual sólo tienen capacidad para realizarlo los cónyuges o los concubinos, con su propio material genético. Es acto jurídico, porque consiste en una manifestación de voluntad de los cónyuges o concubinos encaminada a la producción consciente de consecuencias de derecho deseadas, aunque ya establecidas por la ley, que consisten en atribuir mediante la filiación el estado civil de padres e hijo. Es formal, en oposición a los actos jurídicos consensuales, toda vez que la manifestación de voluntad debe ser expresa y por escrito, en los términos del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Y es familiar porque carece de contenidos patrimoniales, pues sus efectos de filiación caen en la regulación de la familia, en el Derecho Civil.

La filiación que deriva de la aplicación de esta técnica se resuelve conforme a las reglas generales contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, con la única novedad, a partir del año 2000, de la prohibición para el esposo de impugnar la paternidad si consintió en su utilización.

DÉCIMA CUARTA. La inseminación artificial heteróloga es un hecho jurídico ilícito, que debería estar sancionado también penalmente, y que genera graves consecuencias para la filiación pues rompe con la deseable identificación entre paternidad y genética, situación que se tiene que resolver conforme a las reglas del Código Civil que no fueron hechas pensando en esta situación, y que puede ocasionar la determinación de la filiación en contra de la verdad biológica, en detrimento de los derechos del niño.

DÉCIMA QUINTA. En México el establecimiento de bancos de semen es ilícito, porque así lo es la "donación" de semen, en virtud de que la Ley General de Salud imperativamente limita la donación de células para fines trasplantes, cosa que es imposible que ocurra con los gametos. El propio Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos sólo reconoce los bancos de sangre y de plasma como establecimientos autorizados para recolectar, conservar y proveer células (de la sangre) para fines terapéuticos.

La inseminación *post mortem* también es ilícita porque el derecho a reproducirse es personalísimo y acaba con la muerte de la persona, por lo que no se puede disponer de él en la vía testamentaria, así como por la razón de que viola los derechos humanos del niño así concebido privándolo, incluso, del derecho a heredar por no estar concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión. Sin embargo, es necesario que la Ley General de Salud prohíba expresa y tajantemente esta práctica.

DÉCIMA SEXTA. Al igual que la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* homóloga es una técnica permitida por las leyes mexicanas, que en cuanto a su

aplicación también está limitada a parejas heterosexuales, estables, que deben estar de acuerdo en su utilización. Los mismos fundamentos del débito conyugal y del derecho constitucional a la reproducción son los que hacen lícita esta técnica. Sin embargo, es necesario que la ley regule con mayor precisión la aplicación de esta técnica para prohibir la sobreproducción de embriones, limitándola al número de ellos que se vayan a transferir al útero materno en cada ciclo y, en consecuencia, prohibir la congelación de embriones por todos los problemas éticos y legales que ocasiona respecto al derecho a disponer de personas, a las posibles disputas en el caso de divorcios o terminación de la vida en común y a la protección o creación de derechos hereditarios al antojo de uno de los herederos (uno de los progenitores). La fecundación *in vitro* heteróloga en nuestro medio legal es claramente ilícita porque además de requerir la "donación" de gametos –óvulos o esperma- no permitida por la Ley General de Salud, lo que implica la violación de una ley de orden público, supone la celebración de convenios y transacciones respecto de la filiación y el estado civil de las personas, prohibidos expresamente por la legislación civil.

DÉCIMA SÉPTIMA. La fecundación *in vitro* homóloga es un acto jurídico formal familiar cuyas consecuencias, principalmente la filiación, están debidamente reguladas en el Código Civil. La fecundación *in vitro* heteróloga es un hecho jurídico ilícito, que merecería estar sancionado penalmente para disuadir su uso, derivada de la violación al orden público que supone disponer de gametos para su "donación" en perjuicio de la verdad y seguridad de la filiación, y en franca violación de los derechos del menor.

DÉCIMA OCTAVA. La maternidad sustituta es una técnica de reproducción asistida ilícita en nuestro país porque: Implica un atentado a la dignidad humana de la madre gestante así como del hijo desarrollado por ella; porque incorpora a una tercera en la relación de pareja –conyugal o concubinal- cuyos miembros son los únicos legitimados por la norma para acudir a las técnicas de reproducción asistida; toda vez que esta práctica no está reconocida por la ley

como una técnica de “fertilización asistida”; porque los derechos reproductivos son de ejercicio personalísimo; así también el derecho de los cónyuges a la procreación no admite la intervención de terceros para alcanzar la finalidad reproductiva; en virtud de que los progenitores no pueden disponer del embrión para su transferencia a otra mujer, pues no es propiedad de ellos, y su función de cuidado y protección no lo autoriza, así como porque el vientre materno o la gestación como actividad humana no pueden ser objeto de contratos.

DÉCIMA NOVENA. En ningún caso se puede considerar a la maternidad sustituta como una adopción pre-natal, y menos como contrato, pues ni se cumplen los presupuestos necesarios para que se tramite una adopción antes de que nazca la persona, ni existe un objeto que sea materia de convenio.

VIGÉSIMA. La maternidad sustituta es un hecho jurídico ilícito, que debería estar penalmente sancionado por la gravedad de sus consecuencias para todos los involucrados pero especialmente para el hijo y la gestante, y su realización general el establecimiento de la filiación conforme a las normas del Código Civil que parten del supuesto de que la madre es quien pare al hijo y el padre presunto quien demuestra las nupcias. Estas reglas formuladas sin imaginar siquiera las posibilidades tecnológicas de la actualidad, ocasionan que la utilización de esta técnica no cumpla con las expectativas de los comitentes y se deba incurrir en la simulación de la adopción. Por ello toda esta clase de acuerdos y conductas deberían ser punibles penalmente para desalentar su realización y proteger los bienes jurídicos en juego.

VIGÉSIMA PRIMERA. Las técnicas de reproducción asistida dan lugar a responsabilidad penal, fundamental pero no exclusivamente para el médico, cuando se practican sin el consentimiento de la mujer receptora de la técnica o aún con su consentimiento si se trata de menores de edad o incapaces; o bien cuando se transfiere o utiliza material genético ajeno sin el consentimiento del “donador” o de la usuaria de la técnica. También para quien falsee el estado civil

de las personas. Pero es necesario ampliar el catálogo de conductas tipificadas, para incluir toda clase de procedimientos heterólogos -especialmente a la maternidad sustituta- producción excesiva o *post mortem*, congelación o destrucción de embriones. También generan responsabilidad civil y, por ende obligación, de indemnizar daños y perjuicios en el médico que, actuando contra el orden público, realiza procedimientos de reproducción asistida heterólogos o sin cumplir los requisitos previstos en la ley para su realización en cuanto a usuarios y formalidad, así como para la mujer que se insemina con semen del varón sin consentimiento de éste y lo convierte en padre.

VIGÉSIMA SEGUNDA. En el estado actual de cosas, México carece de una regulación de las técnicas de reproducción asistida moderna, coherente y completa que establezca con precisión los presupuestos, límites y alcances de su utilización, así como sanciones para el caso de conductas abusivas o contrarias a los valores por los que debe velar el Derecho. Los esfuerzos legislativos hechos hasta la actualidad han sido parciales y deficientes, por lo que es urgente normar este fenómeno social en el que están de por medio bienes fundamentales como la vida y la familia.

BIBLIOGRAFÍA

Annas, George J. et al, *Surrogate motherhood, politics and privacy*, Estados Unidos, Indiana University Press, 1990.

Arce y Cervantes, José, *De las sucesiones*, 3ª ed., México, Porrúa, 1992.

Barajas Montes de Oca, Santiago y Madrazo, Jorge, Comentario al artículo 4º constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 4ª ed., México, UNAM-PGJDF-DDF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

Barbero Santos, Marino, "Ingeniería genética y reproducción asistida. Consideraciones jurídico penales". *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, 1990, tomo XL, números 53-54, abril-septiembre de 1990.

Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 4ª ed., México, Oxford University Press- Harla México, 1997.

Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª. ed., traducción de A. Martín Pérez, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

Brena Sesma, Ingrid, "Informe sobre la legislación en materia de derechos de la personalidad y de la familia relacionada con el genoma humano" en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (comp.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/211/13.pdf> (biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

Bustos Pueche, José Enrique, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, Editorial Dykinson, 1996.

Cárcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Madrid, J.m. Bosch Editor, 1995.

Cárcaba Fernández, María, "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión)", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988.

Castán Vázquez, José María, "La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la vida humana", *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Catalano, Pierangelo, "Observaciones sobre la persona del concebido a la luz del derecho romano", *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, traducción de Lucas Reyes González y Fabio Espitia Garzón, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Clavería Gosálbez, Luis Humberto, "Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988.

Chadwick, Ruth F. et al., *Having children: introduction. Ethics, reproduction and genetic control*. New York, Routledge, 1990.

Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, cuarta edición, México, Porrúa, 2001.

Cherem S., Silvia, *Transferencia de embriones: Urge legislarla*, periódico Reforma, México, suplemento Salud, 29 de mayo de 1995.

De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, 4ª ed., México, Porrúa, 1993.

Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, número 6, octubre de 1991.

Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, México, H. Cámara de Diputados LV Legislatura, 1994, tomo I.

Diccionario de la real academia de la lengua española. 21ª edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1992.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil*, 8a. ed., México, Porrúa, 2000.

Dutton, Gail, *A matter of trust, the guide to gestational surrogacy*, Irvine, Clouds Publishing, 1997.

Fernández Sessarego, Carlos, "Tratamiento jurídico del concebido", *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Field, Martha A., *Surrogate motherhood, the legal and human issues*, Massachusetts, Harvard University Press, 1990.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, 12ª. ed., México, Porrúa, 1993.

-*Estudios de derecho civil*, 2ª ed., México, Porrúa, 1994

García-Escamilla, David, "fecundación in vitro: Cumple 15 años y sigue sin ley", *Diario Reforma*, México, sección Cultura, sábado 24 de mayo de 2003.

Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Protección de la privacidad frente al Estado*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad3/robledo.htm>.

Gostin, Larry et. al., *Surrogate motherhood, politics and privacy*, Estados Unidos, Indiana University Press, 1990.

Greenspan, Francis S. y Strewler, Gordon J., *Endocrinología básica y clínica*, cuarta edición, traducción de Javier Eduardo Gómez Saborio, México, El Manual Moderno, 2000.

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho sucesorio intervivos y mortis causa*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997.

-*El patrimonio*, 4ª ed., México, Porrúa, 1993.

Hammond, Charles B., y Stillman, Robert J., en Scott, James R., Di Saia, Philip J., Hammond, Charles B., y Spellacy, William N. (eds.), *Danforth, tratado de ginecología y obstetricia*, octava edición, traducción de Martha Elena Araiza M, José Pérez Gómez y Jorge Orizaga Samperio, México, editorial McGraw-Hill Interamericana, 2000.

Heelein, Susanne, *Contribución al estudio de la inseminación artificial con esperma del cónyuge*, México, UNAM, 1991..

Hornstein, Mark D., y Schust, Daniel, "Infertilidad", en Berek, S. Jonathan (comp.), *Ginecología de Novak*, décima Segunda edición, traducción de Santiago Sapiña Renard, México, editorial McGraw-Hill Interamericana, 2000.

Kelsen, Hans, *¿Que es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.

Kepler, Victoria y Bokelmann, Michael, *Surrogate motherhood – the legal situation in Germany*, The American Surrogacy Center Inc., <http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.htm>.

Lagunes Pérez, Iván, "Derechos de la Personalidad", *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, tomo D-H.

Lara Ponte, Rodolfo et al., Comentario al artículo 4º constitucional en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, H. Cámara de Diputados LV Legislatura, 1994, tomo I.

Lejeune, Jerome, "Test tube babies are babies", en Chadwick, Ruth F. (ed.), *Ethics, reproduction and genetic control*, New York, Routledge, 1990.

Lledó Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, editorial Tecnos, 1998.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1987, tomo II.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1988, tomo III.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1997, tomo VI, primera parte.

Marrs, Richard. *Fertility book*, New York, Dell Publishing, 1998.

Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 3ª ed., México, Porrúa, 1993.

Martínez Bulle Goyri, Víctor M., *Genética humana y derecho a la vida privada*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/infojus/fij.htm>.

Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. y Massigoge Benegiu, J.M., *La maternidad portadora, sustituta o de encargo en el derecho español*, Madrid, editorial Dykinson, 1994.

Mazet, Guy, *El proyecto de legislación francesa sobre la bioética*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/infojus/fij.htm>.

Moctezuma Barragán, Gonzalo, *La reproducción asistida en México. Un enfoque multidisciplinario*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm>.

Ordoqui, Gustavo, "Estatuto de los derechos de la personalidad: los derechos del concebido no nacido", *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Pacheco Escobedo, Alberto, *Sobre el derecho a la intimidad de los incapaces y en especial de los no nacidos*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad2/alberto.htm>.

-*La familia en el derecho civil mexicano*, 2ª ed., México, Editorial Panorama, 1991.

Pantaleón Prieto, Fernando, "Procreación artificial y responsabilidad civil", *II Congreso mundial vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, España, Editorial Trivium, 1988.

Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, "Genética y Filiación. Viejos y Nuevos Problemas de la Reproducción Humana", Cuadernos del Núcleo Interdisciplinario en Salud y Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/infojus> (rubro publicaciones electrónicas).

-El aborto: una lectura de derecho comparado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

Pérez Palacios, Gregorio, "El principio de la vida humana desde el punto de vista biológico", *Memoria del seminario sobre salud y derechos humanos*, México, 1991, Comisión Nacional de Derechos Humanos, colección manuales.

Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, décima edición, México, Porrúa, 1991.

Report 58, Artificial conception: in vitro fertilization, <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/r58chp2>.

Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 12ª edición, México, Porrúa, 1993.

-Los grandes cambios en el Derecho de Familia en México, 2ª ed., México, Porrúa, 1991.

Schroeder, I. Y Printzen, Giessen, *Legal aspects of assisted reproductive techniques*, International Society of Andriology Newsletter august 1996, <http://www.andrology.org/96Aug/german.htm>.

Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, "Genética y derechos humanos", en Cano Valle, Fernando; Ramírez García, María de Lourdes y Del Castillo Z., Horacio A., (comps.) *Bioética y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

Shaley, Camel, *Birth power: the case of surrogacy*, Estados Unidos, Yale University Press, 1989.

Silva Ruiz, Pedro F., *El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, tomo XXXVII, números 151-153, enero-junio de 1987.

-“El contrato de maternidad sustituta o suplente o sustituta”, *revista judicial de la Suprema Corte de Justicia*, Costa Rica, año XII, número 42, marzo de 1988.

-“Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituta, suplente o sustituta) en los Estados Unidos, *La filiación a finales del siglo XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, pp. 86-90.

Soto Lamadrid, Miguel Angel, *Biogenética, filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Buenos Aires, editorial Astrea, 1990.

Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Madrid, editorial Civitas, 1988.