

UNIVERSIDAD INSURGENTES

PLANTEL TLALPAN

**LICENCIATURA EN DERECHO CON CLAVE DE
INCORPORACION A LA U.N.A.M. 3300-09**

UNIVERSIDAD INSURGENTES

PLANTEL TLALPAN

**LICENCIATURA EN DERECHO CON CLAVE DE
INCORPORACION A LA U.N.A.M. 3300-09**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ALICIA JANET VALENCIA LÓPEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A Dios:

Le doy gracias por proveer a mi familia y a mí de los medios necesarios para lograr la culminación de mi carrera profesional, gracias por darme la vida.

A mis Padres:

A las dos personas más importantes en mi vida las cuales me han enseñado que todo se puede lograr con perseverancia y trabajo, gracias por su apoyo incondicional en todo momento, gracias por ser mis padres.

A mis maestros:

Gracias por haber compartido sus conocimientos conmigo, fueron parte fundamental para mi formación profesional, les agradezco todas sus atenciones y porque no también a algunos de ellos sus regaños y consejos los cuales me han servido y me seguirán sirviendo en mi vida profesional.

Especialmente le agradezco a la Licenciada Ana Leticia López Arreortua por haberme asesorado en la realización de mi tesis, gracias por todo.

A mis Abuelitos:

Aunque no estén conmigo físicamente están en mi corazón, recuerdo todos sus consejos, segura estoy que donde quiera que estén me cuidan y me bendicen.

A mis hermanos:

A ellos les digo que todo en la vida se puede lograr con esfuerzos, que el estudio es una fuente de vida, es la mejor herencia que nuestros padres nos dan.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

INDICE

	Página
Introducción.....	1

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1.1 Cronología de los avances: La lucha contra la esterilidad humana.....	6
1.2 Antecedentes de la Fecundación In Vitro.....	8
1.2.1 Historia de algunas controversias judiciales (Caso de los esposos Del Zio).....	11
1.2.2 Los embriones Ríos.....	12
1.2.3 EL embrión ¿persona o cosa? (Problema legal, científico, religioso o filosófico).....	15
1.3 Antecedentes de la Madre Subrogada.....	18
1.3.1 Los primeros casos.....	18
1.3.2 Algunos casos judiciales.....	20

CAPÍTULO II

ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

2.1 Reproducción humana natural.....	24
2.2 Reproducción humana Asistida.....	24
2.3 La Esterilidad y sus alternativas.....	25
2.4 La Inseminación Artificial.....	27
2.4.1 La Inseminación.....	27
2.5 Inseminación Homóloga (IAH).....	28
2.5.1 Inseminación Artificial con semen del Marido.....	28
2.5.2 Inseminación Artificial de una mujer viuda con semen de su marido difunto.....	29
2.5.3 La Inseminación Artificial en una pareja estable.....	29
2.6 Inseminación Heteróloga (IAD).....	30
2.6.1 Indicaciones de la IAD.....	31
2.6.2 Contraindicaciones de la IAD.....	32
2.6.3 Selección de Donantes.....	33
2.6.4 Congelación de Gametos. Bancos de Semen.....	35
2.6.5 Anonimato de los Donantes.....	37
2.6.6 Número Máximo de Donaciones de un Mismo Donante.....	38
2.6.7 Técnicas de Congelación.....	38
2.6.8 Problemas que se pueden dar por Inseminación por donador.....	39
2.6.9 El adulterio a través de los tiempos.....	40
2.6.10 Inseminación Artificial de una mujer sola.....	41
2.7 Fecundación In Vitro.....	42
2.7.1 Indicaciones de la FIV.....	43
2.7.2 La Fecundación In Vitro del Matrimonio Estéril (Caso simple).....	44
2.7.3 La Fecundación In Vitro con donación de gametos.....	46
2.7.4 La Fecundación In Vitro fuera del matrimonio.....	46
2.7.5 Exigencias éticas de la FIV.....	48
2.7.5.1 No a la implantación de los embriones anómalos.....	48
2.7.5.2 Embriones sobrantes.....	48
2.8 Madre Subrogada.....	49
2.8.1 Aspecto Social.....	53

CAPÍTULO III

ÉTICA, RELIGIÓN, POLÍTICA Y DERECHO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

3.1 Ética.....	54
3.1.2 Cuestionamiento ético.....	58
3.1.3 Criterios Éticos Generales.....	59
3.1.3.1 El Paradigma de Racionalidad en Bioética.....	59
3.2 Religión.....	62
3.2.1 La Religión Católica Romana.....	62
3.2.2 Opinión de Juan Pablo II.....	68
3.2.3 Opinión del Protestantismo.....	69
3.2.4 La ética Judía.....	70
3.3 Política.....	71
3.4 Derecho.....	74
3.4.1 Elementos personales y reales de la reproducción asistida.....	76
3.4.2 Naturaleza jurídica de los elementos reales de la reproducción asistida.....	76
3.4.3 Naturaleza jurídica del “donante” del material genético.....	77
3.4.4 Regulación de las clínicas de reproducción asistida.....	78
3.4.5 ¿Existe un derecho a la procreación?.....	79

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO RESPECTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

4.1 Principios generales de legislación comparada.....	81
4.1.1 Necesidad de regular la reproducción humana asistida.....	81
4.1.2 Casos en que debe emplearse la reproducción humana asistida.....	81
4.1.3 A que tipo de mujeres, se debe emplear las técnicas de reproducción asistida....	82
4.1.4 Finalidad de la reproducción humana asistida.....	82
4.1.5 Elección del gameto o preembrión que se utilizara en la reproducción humana asistida.....	82
4.1.6 Deber de Información.....	83
4.1.7 Confidencialidad.....	83
4.1.8 Contrato de donación de gametos.....	83
4.1.9 Filiación.....	84
4.1.10 Bancos de Gametos y Preembriones.....	85
4.1.11 Fecundación posmortem.....	85

4.1.12 Madre Subrogada.....	85
4.2 Ley Sueca de Inseminación Artificial.....	85
4.3 En Alemania: La Ley sobre la Proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para Proporcionar Madres Sustitutas.....	86
4.4 En España existe la Ley sobre Técnica de Reproducción Asistida.....	87
4.5 Principios básicos de la declaración de Helsinki (1975).....	89
4.6 El Reporte Warnock.....	90
4.6.1 Esterilidad y Adopción.....	91
4.6.2 Los embriones y la investigación.....	91
4.6.3 Los Embriones Humanos y los Híbridos.....	93
4.6.4 Los embriones y su situación legal.....	94
4.6.5 Acerca de la Ectogénesis.....	98

CAPÍTULO V

MARCO JURÍDICO EN TORNO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

5.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	99
5.2 Ley General de Salud, Reglamentaria del artículo 4º, párrafo 3º Constitucional.....	101
5.2.1 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.....	102
5.3 Código Penal para el Distrito Federal.....	106
5.3.1 Procreación asistida e inseminación artificial.....	106
5.3.2 Manipulación genética.....	107
5.4 Código Civil para el Distrito Federal.....	108

CAPÍTULO VI

CLASIFICACIÓN POR ESTADO FAMILIAR Y ARTÍCULOS RELACIONADOS DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL RESPECTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

6.1 Clasificación por estado familiar.....	109
6.2 Derecho a la procreación asistida.....	113
6.3 Reproducción asistida y parentesco.....	113
6.4 Reconocimiento de la paternidad.....	114
6.5 Causal de divorcio.....	115
6.6 Fecundación Posmortem (Filiación).....	116

Conclusiones.....	118
Propuestas.....	120
Bibliografía.....	126

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se investigó lo relacionado a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como también la gran importancia que se deriva de la aplicación de estas técnicas, es importante destacar que su aplicación conlleva aspectos de importancia tal y como se vera en el contenido.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son un medio alternativo para las parejas que no pueden procrear naturalmente por alguna perturbación en sus organismos ya sea del hombre o de la mujer, éstos buscan una solución a su problema de infertilidad acudiendo a la aplicación de las técnicas en cuestión. La esterilidad o infertilidad trae como consecuencia el uso de la nueva tecnología la cual necesita ser aplicada por especialistas para así obtener el resultado deseado.

Existen varias técnicas para cada caso en particular desde las más simples (inseminación homóloga) hasta las más complejas por mencionar una de ellas (la maternidad subrogada).

La ciencia y la técnica medica han desarrollado en los últimos años un conjunto de intervenciones destinadas a vencer las dificultades que diversos estados anormales se oponen a la procreación, estas intervenciones suscitan numerosas interrogantes que guardan una relación estrecha con la Ética, la Religión, la Política y el Derecho.

Se vera como el niño concebido por algunas de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe quedar protegido por las leyes mexicanas (como se explico en el contenido de la presente nuestra legislación es muy escasa), las personas que participen en la aplicación de alguna de las técnicas en comentario adquieren derechos y obligaciones.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se deben de considerar de gran importancia ya que su incidencia es cada vez mayor y debido a su aplicación han existido problemas de interpretación y aplicación de preceptos legales a los cuales se han tenido que enfrentar

médicos, abogados y las parejas que han sido sometidas a estas técnicas y que han encontrado una solución a sus problemas de reproducción.

Cuando una pareja decide someterse a la aplicación de estas técnicas es necesario que esté preparada moralmente, físicamente y psicológicamente, es decir, debe estar informada plenamente sobre las técnicas que se le van a aplicar según sea el caso, la información debe ser plena para que estén consientes de las consecuencias que pueden derivar sean estas morales o legales que se desprenden del nacimiento del nuevo ser, tales como son el proporcionar alimentos, estabilidad emocional, que el niño crezca en un ambiente de amor y sobre todo que pueda crecer dentro de un ambiente familiar estable por ello resulta muy importante el estudio de los aspectos relacionados a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida tales como el parentesco, alimentación, la filiación y la paternidad.

La Ley General de Salud y el reglamento de dicha Ley en materia de investigación para la Salud regulan algunos aspectos relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en estas legislaciones se encuentran los conceptos generales del tema en cuestión, se encuentra lo que se entiende por donante, así como los requisitos necesarios para proporcionar su consentimiento, estos requisitos no solo son para los donantes; también se requiere el consentimiento informado de la pareja; así mismo, recae en el médico la obligación de proporcionar la información necesaria que sea clara y precisa, básica para que las partes proporcionen su consentimiento.

En el capítulo primero llamado Antecedentes Históricos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se dará una reseña acerca de los antecedentes de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en donde como primer logro importante fue el nacimiento de la niña Louise Brown en el año de 1978 en donde la ciencia experimental aspira a una libertad de acción sin fronteras, sin barreras impuestas por la naturaleza, la biomedicina moderna ha permitido al científico conocer e intervenir en los procesos procreativos del hombre, y a través de la ingeniería genética intenta la manufactura de seres humanos, con el peligro de transgredir los límites impuestos por la propia naturaleza y violar los valores fundamentales

sobre los que se ha sustentado la sociedad humana. La novedad en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humanas Asistida radica en haber disociado del proceso procreativo el acto sexual.

En el capítulo segundo llamado aspectos relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se verán aspectos relacionados con el tema en cuestión los cuales ayudaran a su mejor entendimiento, se abordaran las diferencias entre una técnica y otra, la intervención de personas y cual es su aplicabilidad de cada una de ellas según la perturbación física en los organismos del hombre y de la mujer.

Se observara la diferencia entre la reproducción humana natural y la asistida tomando en cuenta factores relevantes tales como la explicación de una técnica y otra, no todas las técnicas tienen el mismo grado de complejidad tanto médico, legal y ético principalmente.

En el capítulo tercero llamado Ética, Religión, Política y Derecho en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se explicara la importancia que juegan la Ética, Religión, Política y Derecho ya que cada uno de estos conceptos abordan aspectos relevantes en torno al tema en cuestión.

Estamos en una era en donde nuestro mundo esta regido por la tecnología y existen grandes progresos científicos pero no todo el mundo está de acuerdo con estos logros, la religión en forma general observa a está técnicas como algo que va en contra de Dios y la propia naturaleza, mientras que la ética lo observa como algo que deben decidir las personas sobre el uso de técnicas que ayuden a combatir la infertilidad o esterilidad, en donde deben de intervenir valores individuales y el propio individuo debe comparar lo bueno de lo malo, es decir, que esté tome sus decisiones sin la intervención de terceras personas, es decir, que únicamente intervenga su voluntad.

En cuanto a la Política y el Derecho son dos ciencias que van muy de la mano por las personas que intervienen en hacer política y hacer normas jurídicas, la política debe estudiar

cuidadosamente cual es el nivel de infertilidad o esterilidad que existe en nuestro país por que no es lo mismo el nivel de esterilidad que existe en España o en Estados Unidos comparado con el nivel que pueda haber en México. En tanto el Derecho debe de regular claramente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida de tal forma que llegue el día en que dentro de la Legislación Mexicana no haya ninguna laguna sobre el tema en cuestión y a los legisladores les falta mucho por hacer ya que una norma jurídica se realiza con el objetivo de regular a la sociedad, es decir, procurar la seguridad jurídica de las personas y regular las relaciones jurídicas entre las mismas así como vigilar su integridad física, emocional y social.

En el capítulo cuarto llamado Derecho Comparado Respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se encontraran algunos lineamientos contemplados en diferentes legislaciones como en España, Italia, Inglaterra, Francia tales lineamientos como la necesidad de regular la reproducción humana asistida, los casos en que debe emplearse la reproducción humana asistida, a que tipo de mujeres se debe emplear las técnicas de reproducción humana asistida, finalidad de la reproducción humana asistida, elección del gameto o preembrión que se utilizara en la reproducción humana asistida, deber de Información, confidencialidad, contrato de donación de gametos, filiación, bancos de gametos y preembriones, fecundación posmortem, madre subrogada.

En el Capítulo quinto llamado Marco Jurídico Mexicano en Torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se hace referencia primeramente a la Ley de Leyes “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” en su artículo 4º en el cual se le da la facultad a todas las personas de elegir libremente cuanto hijos desea tener y el espaciamiento entre cada uno de ellos, se hace mención de la Ley General de Salud Reglamentaria de Artículo 4º Constitucional párrafo tercero así como también del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud el cual da aspectos importantes en cuanto al tema en cuestión tales como: que se debe entender por consentimiento informado, ¿Cuándo será admisible la fertilización asistida?.

Se hace referencia al Código Penal para el Distrito Federal el cual trae un capitulo denominado: Procreación asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética y que contiene las

siguientes disposiciones que tipifican delitos concernientes a la procreación asistida e inseminación artificial y manipulación genética.

Se hace mención al Código Civil Para el Distrito Federal.

En el capítulo sexto y último llamado clasificación por estado familiar y artículos relacionados del Código Civil del Distrito Federal respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, en este capítulo se dan algunos efectos jurídicos que se pudieran producir con la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se dan diversas hipótesis en las que pudieran caer las personas que deciden acudir a la aplicación de estas técnicas.

Así dentro de este capítulo se hace referencia al Código Civil para el Distrito Federal en el cual se analizan artículos referentes por mencionar algunos aspectos tales como derecho a la procreación asistida, parentesco, paternidad y filiación entre las personas que intervienen en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dentro del presente capítulo también se hace pequeña clasificación por estado familiar.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1.1 Cronología de los avances: La lucha contra la esterilidad humana

Cronológicamente los avances de la ciencia y de las nuevas técnicas tendientes a vencer la esterilidad humana son los siguientes:

En el año de 1424 el médico Arnau de Villanueva inseminó artificialmente a doña *Juana de Portugal*, segunda esposa de *Enrique VI de Castilla* (El Impotente); 1776 se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides.

En 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial. El cual se le atribuye a un médico cirujano escocés, John Hunter, haber logrado el embarazo de la mujer de un mercader que padecía defectos en sus genitales, utilizando el semen del marido.¹

Posteriormente la inseminación artificial ha ido utilizándose con frecuentes variables a lo largo de tiempo.

En 1978, en dicho año se dio la noticia pública del nacimiento de una niña llamada Louise Brown en el Hospital de Oldham, Inglaterra, la cual fue concebida por la técnica de reproducción asistida in vitro, cuyo embrión fue implantado en el cuerpo de su madre la Sra. Lesley Brown inglesa de treinta años de edad la cual padecía defectos en las trompas de falopio. Louise Brown fue la primera niña probeta, con ella los científicos lograron su objetivo: la reproducción humana asistida. Este merito correspondió a los médicos ingleses Patrick Christopher Steptoe y Robert Geoffrey

¹ Xavier Hurtado Oliver, El Derecho a la Vida ¿ Y a la Muerte?, Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas Éticos, Legales y Religiosos, Porrúa, México, 2000, Página 11.

Edwards, los cuales lograron la fecundación del óvulo por el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer (fecundación extracorpórea). En 1979 Se dio el concepto de maternidad subrogada, en donde una mujer fue contratada para embarazarse con el semen del esposo de una pareja estéril, cuando la mujer contratada lo dio a luz lo entregó a su progenitor natural para que su cónyuge lo adopte, dicha adopción se dio en Louisville, Kentucky.

En 1983. Congelación de Óvulos. Se anuncia el éxito en la congelación de óvulos femeninos para su preservación, y uso posterior evitando las laparoscopías².

En 1984 Se utiliza un embrión congelado. Se anuncia el nacimiento de un niño que en su gestación se dio a través de un embrión congelado por más de un año.

En 1984. Utilización de un óvulo donado. Se utiliza un óvulo fresco y maduro por una mujer fértil para fecundarlo in vitro e implantarlo en una donataria estéril.

En 1985. GIFT Y ZIFT³. Se dan a conocer dos nuevas técnicas de fertilización: transferencia directa de gametos a las trompas (GIFT) y de embriones previamente congelados (ZIFT).

En 1990. Ingeniería Genética. Se anuncia el éxito en detectar enfermedades genéticas en embriones y la técnica para eliminarlos antes de su implante en el útero para su gestación.

En 1991. ICSI⁴. Técnica que consiste en fecundar intracorporalmente un óvulo con un solo espermatozoide.

En 1997. Maternidad Senil. Se dio en Italia utilizando un óvulo donado implantado y fecundado en in vitro, una mujer de 63 años da a luz a un niño sano, convirtiéndose en la mujer de más edad en procrear.

² Recurso médico que consiste en introducir en el cuerpo de la paciente un lente para llevar a cabo una inspección ocular interna.

³ Implante de células germinales o embriones directamente al útero, salvando el conducto de las Trompas de Falopio.

⁴ Cuando el semen del marido o de la pareja es insuficiente, se utiliza un solo espermatozoide para fecundar directamente el óvulo en el cuerpo femenino.

Algunos de estos logros no son más que muestras de la comunidad científica tendientes a demostrar cuanto se ha avanzado en el conocimiento del proceso de la reproducción humana, como en el caso de la procreación entre ancianos contrarios a la naturaleza y tal vez a la moral.

1.2 Antecedentes de la Fecundación in vitro

Con el nacimiento de la niña Louise Brown el día 25 de julio de 1978, la tecnología médica dio un paso en cuanto a los conocimientos de la procreación humana asistida. Fue la primera niña probeta la cual nació en Inglaterra en el Hospital de Oldham; fue concebida en un platillo de laboratorio, cuyo embrión fue posteriormente implantado en el cuerpo de su madre que padecía de defectos en las trompas de falopio, para ser gestada hasta su nacimiento.

El nacimiento de Louise Brown fue un evento histórico de profunda significación, comparada con la llegada del hombre a la luna o la división del átomo. La primera niña probeta coronó los esfuerzos científicos iniciados desde hace un siglo. Corresponde a los médicos ingleses Patrick Christopher Steptoe y Robert Geoffrey Edwards el mérito del primer éxito en el logro de la fecundación extracorpórea que pone las bases para otros muchos experimentos relacionados con la procreación. La ectogénesis, la concepción y la gestación hasta su nacimiento de seres humanos en el laboratorio, sin utilizar el cuerpo femenino, procedimiento que parcialmente se ejecuta corrientemente al permitir que fetos nacidos antes de su completa maduración continúen su desarrollo en las llamadas incubadoras, que hoy constituyen un valioso y común recurso médico.

La fecundación in vitro consiste en la fertilización de un óvulo por el espermatozoide en un recipiente de laboratorio y la posterior implantación del embrión resultante en el útero de la mujer para su gestación (FIVTE). En el caso de Louise Brown, la madre padecía de bloqueo de los oviductos de las trompas de falopio, lo que le impidió concebir en forma natural.⁵

⁵ "Idem, p. 32".

Como se sabe México es un país reservado en cuanto a aspectos de moral y religión, por ello la fecundación in vitro causó reacción desfavorable. Los primeros reportes que se dieron sobre la fecundación in vitro entre mamíferos aparecieron en la literatura científica hace un siglo.

La mayoría de los experimentos de fecundación in vitro llevados a cabo en seres humanos tuvieron lugar en los Estados Unidos y en Inglaterra, a cargo de los doctores Edwards y Steptoe; la moratoria decretada para el uso de fondos federales en ese campo rezagó a Norteamérica en la carrera por lograr el nacimiento del primer ser humano por ese medio, los investigadores se trasladaron a Gran Bretaña para proseguir con sus experimentos donde culminaron con éxito.

El éxito del procedimiento se debió en forma importante a dos factores: el perfeccionamiento del citrato de clomiprene, en 1960, utilizado para estimular la ovulación múltiple en la mujer y aprender que el semen "fresco" no es apto para lograr la fecundación in vitro, sino que el espermatozoide experimenta un cambio en su tránsito a través del tracto femenino que afecta su maduración y posibilita la fertilización. Este procedimiento se llama capacitación.

La técnica tiene varias etapas importantes: la estimulación de los ovarios, la recolección de los óvulos maduros por diversos sistemas, entre ellos y posiblemente el más popular la laparoscopia (visualización del contenido de la cavidad abdominal por medio de un instrumento óptico); la fecundación del óvulo recolectado por un espermatozoide en un recipiente de laboratorio hasta cierta etapa de división celular y por último la implantación de embrión resultante en el útero para su gestación. Cada una de estas etapas requiere de un trabajo científico altamente especializado.

Los doctores Edwards y Steptoe, declararon que la niña Brown nació después de 100 intentos; los conocimientos científicos logrados no han progresado suficientemente para asegurar que un embrión implantado mediante este método llegará a término hasta el nacimiento o bien que el feto no encarará riesgos y eventuales defectos en su formación. El mayor obstáculo, declararon, es producir un medio de cultivo semejante al del ambiente natural de la madre; el que hoy se utiliza está integrado con sangre, fluidos del sistema reproductivo y otros nutrientes naturales, conservados a temperaturas semejantes a la del claustro materno. El porcentaje de éxito en los

implantes embrionales hasta lograr el embarazo se considera no mayor del 20% aunque algunas clínicas lo fijan en un porcentaje mayor.

De cualquier manera, el sobrante de embriones es frecuente, y la única manera de conservarlos es mediante congelación llevada a cabo en las instalaciones especiales.

La experiencia ha demostrado que la actitud de muchas parejas respecto al destino de sus embriones sobrantes es de indiferencia y abandono, creando muy serios y graves problemas éticos, jurídicos y sociales. Recientemente las clínicas de fertilidad en Gran Bretaña han anunciado la destrucción de miles de embriones abandonados por sus progenitores, en cumplimiento de una disposición legal que establece su destrucción transcurrido cinco años desde su concepción, a menos que los extraños requieran expresamente una ampliación de dicho término, que no es frecuente.

En los Estados Unidos el primer ser concebido In Vitro fue logrado en 1982 en el Hospital General de Norfolk, Virginia; desde entonces muchos otros niños han sido concebidos utilizando el revolucionario procedimiento y las clínicas que ofrecen este servicio se han multiplicado en el mundo entero, incluyendo en nuestro país, en donde la procreación asistida ha sido insipidamente reglamentada por la Ley General de Salud.

1.2.1 Historia de algunas controversias judiciales (Caso de los esposos Del Zio)

El primer litigio en cuanto a la fecundación in vitro lo motivo la destrucción de un embrión cuya fecundación se logró en un hospital de la ciudad de Nueva York en el año de 1973, cuando aún no se perfeccionaba la técnica de in vitro, al ser retirado de la solución nutritiva sin el consentimiento de los progenitores. Registrado en los anales jurídicos como Del Zío vs Prebisterian Hospital. Los esposos Del Zío, aportadores de los gametos, reclamaron del Hospital los daños causados por la destrucción del embrión, en el cual tenían cifradas sus esperanzas de iniciar una familia. El jurado concluyó que la señora "había sufrido daño moral como consecuencia de haber sido destruido el

embrión sin su consentimiento” y la Corte resolvió que fuera indemnizada con cincuenta mil dólares, sin mayores explicaciones.

En los tiempos del sucedido la fecundación In Vitro no había sido utilizada con éxito; los conocimientos eran incipientes y no se contaba con la experiencia para la implantación del embrión. La razón de la destrucción del embrión de los esposos Del Zío se debió según alegó el Hospital, al temor de que su implante en el útero de la señora pudiese provocar peritonitis u otra enfermedad infecciosa en la paciente.⁶

1.2.2 Los embriones Ríos

El 18 de junio de 1984 se publicó en los principales periódicos del mundo la noticia del descubrimiento en el Queen Victoria Medical Center de Melbourne, Australia, de dos embriones congelados “pertenecientes a una pareja que falleció en un accidente de aviación en Chile y que podrían eventualmente convertirse en herederos de cuantiosa fortuna.

En el año de 1981 Mario y Elsa Ríos, residentes de la ciudad de los Ángeles California, participaron en un programa de fertilización in vitro organizado por dicho hospital, para que óvulos extraídos de la señora fueran fecundados con esperma de un donador anónimo y posteriormente los embriones resultantes le fueran implantados para su gestación.

Logrados los embriones, uno de ellos fue implantado sin éxito y los dos restantes los congelaron en espera de mejores condiciones para reintentarlo.

Antes de que el experimento pudiera continuar, la Señora Ríos y su esposo fallecieron en un accidente de aviación, sin dejar disposiciones respecto al destino de los embriones. En esas condiciones fue abierta la sucesión in testamentaria en la ciudad de los Ángeles California, a la

⁶ “Idem, p. 37”.

que concurrieron en la calidad de herederos un hijo del señor Ríos en matrimonio anterior y la madre de la señora entre quienes distribuiría la herencia de no haber otros herederos.

En alguna forma alguien hizo notar la existencia de los embriones congelados, que siendo “hijos” de la señora Ríos, autora de la sucesión, podrían tener el derecho a la herencia, por lo que el procedimiento sucesorio se paralizó en espera de una resolución legal al respecto.

La determinación de la situación legal de los embriones “huérfanos” motivó de la intervención del Procurador General de Australia y otras autoridades, y para su resolución se plantearon cuatro posibles hipótesis legales

- a) Considerarlos “propiedad de los esposos” Ríos e integrarlos a la masa hereditaria para ser adjudicados a los herederos de la sucesión para que determinen su destino.
- b) Reconocer su condición de personas y en consecuencia designarles un tutor que tomara las decisiones que procedieran en su beneficio.
- c) Constituirse un fideicomiso conforme a las leyes Australianas y designar al Queen Victoria Hospital como fiduciario para hacer lo que considerara conveniente.
- d) Que fueran implantados en el vientre de una mujer para su gestación hasta el nacimiento y aplicar las leyes en vigor para su filiación.

En el primer caso la dificultad consistía en que, para ser considerados como bienes susceptibles de ser heredados era menester asignarles un valor económico lo cual resultaba imposible de hacer por tratarse de “productos” humanos que no están en el comercio.

En la segunda hipótesis hubiese sido necesario reconocerles la calidad de personas, lo que, de conformidad con las leyes australianas era improbable, pues los embriones no eran considerados como tales.

Como consecuencia del incierto estado jurídico de los embriones el fideicomiso tampoco resultaba operante en tanto que los embriones no tenían una situación legal definida.

Solamente quedaba la posibilidad de su implantación, su probable viabilidad y nacimiento, pero esa eventual solución encontraba el obstáculo de que, el Nacional Health and Medical Research Council, organismo encargado de resolver los problemas éticos relacionados con las nuevas formas de procreación, en especial de los programas de la fecundación in vitro, habían establecido que el límite máximo para la conservación de los embriones sujetos a congelación quedarían determinados por la “necesidad o competencia” de la mujer a quien estuviese destinado, de tal manera que al sobrevenir una incapacidad o bien que la eventual madre superara sus problemas de infertilidad, los embriones serían destruidos.

Aplicadas estas normas al caso de la Señora Ríos, fallecida en el accidente que se ha mencionado, se daban los supuestos para la destrucción de los embriones congelados.

Muerta la señora, el problema de su esterilidad resultaba irrelevante, por lo que la destrucción de los embriones era inminente. En este sentido fallo la Corte, pero reconsideraciones posteriores aplazaron la destrucción, permaneciendo entre tanto, los embriones al cuidado del Hospital, hasta que su situación legal se aclarara. Hasta 1985 permanecían congelados en el hospital. “Se ignora su destino final”.

¿Qué hubiese sucedido si una tercera persona, en ese caso una madre “subrogada” hubiese sido contratada para gestar a los embriones?. De conformidad con la leyes australianas en vigor, semejantes a las de nuestro país en este aspecto, los niños nacidos hubiesen sido considerados como hijos de la “subrogada” y el padre desconocido, en tanto que el donador del semen fue un australiano anónimo. En caso el nuevo ser con tal filiación carecería de derecho a la herencia de la señora Ríos, pues conforme a las leyes actuales, en ningún momento se le hubiese podido reconocer como su descendiente.

En consecuencia, el juicio sucesorio continuó hasta su culminación en beneficio de los herederos legítimos reconocidos.⁷

⁷ “Idem, p. 38, 39, 40”.

1.2.3 EL embrión ¿persona o cosa? (Problema legal, científico, religioso o filosófico)

De todas las controversias surgidas con motivo de los avances de la ciencia médica y la tecnología en el campo de la biología, la más irreconocible ha surgido del manejo o manipulación del embrión.

Mientras que ciertos sectores de la ciencia tratan de demostrar por los medios a su alcance que un embrión humano no es una persona y por lo tanto no es ilícito tomarlo como materia de experimentación, la religión acude a sus principios antológicos para afirmar que cualquier intervención que se tenga en el embrión, que pudiera dañarlo o privarlo de su existencia, es ilícito e inmoral. Mientras tanto la comunidad científica se siente desorientada, indecisa y dudosa de legalidad de aquellos actos que considera vitales para la investigación médica y que solamente pueden realizarse con ayuda del embrión humano.

El planteamiento del problema no es nuevo. Se ha discutido aun antes de que la fecundación in vitro, la mayor generadora de embriones para experimentación, hubiese logrado el primer éxito de concepción extracorporal que aconteció en 1978.

En el año de 1974 tuvo lugar en Ginebra, Suiza, la primera conferencia sobre tecnología biomédica a la que concurrieron representantes de las comunidades científicas más adelantadas del mundo, moralistas, filósofos, religiosos, etc., y se planteo el problema de la consideración del embrión como persona. Resulta obvio que en un consenso al respecto resultaría imposible de lograr, en tanto de que la ciencia demostraba con argumentos biológicos de que la condición de persona del embrión no podría considerarse viable sino hasta pasados los 14 días de su existencia, la religión en especial la Católica Romana, insistió en la defensa absoluta del embrión desde el momento mismo de su concepción. Ciertamente ambos conceptos son irreconciliables.

La ciencia médica considera de vital importancia la manipulación del embrión para sus fines, principalmente el diagnóstico prenatal, o sea, la detección de enfermedades portadas por el embrión antes de su implante, o bien después de él mediante la amniocentesis, la biopsia, el ultrasonido y la fetoscopia. A través de estos procedimientos es posible detectar varias enfermedades y desordenes en el embrión.

Unos pueden ser tratados prenatalmente mediante terapia intrauterina; otros inmediatamente después del nacimiento. Todas estas operaciones son lícitas, siempre y cuando el embrión no sea considerado como persona, o bien se ignore si lo es o no. Es el caso del aborto y de la geneselección (ingeniería genética).

Por esta razón la determinación de la situación ético jurídica del embrión es tan importante para la comunidad científica dedicada a la investigación genética y la embriología, y se preguntan: ¿El problema de su determinación como persona es científico, religioso o filosófico.?

En su carta de los Derechos de la familia publicada el 15 de noviembre de 1983, la Iglesia Católica expresa su pensamiento sobre el embrión humano.

“Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre, la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado en el programa lo que será ese ser viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas”. Y se agrega: “Esta doctrina sigue siendo válida y es confirmada, en el caso de que fuere necesario, por los recientes avances de la biología humana, la cual reconoce que el cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo individuo humano.”

En consecuencia concluye el Catolicismo: “El embrión exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. Debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción, y, por eso a partir de ese mismo

momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida.”

En relación con la investigación médica sobre embriones y fetos humanos, la iglesia postula: “La investigación médica debe renunciar a intervenir sobre embriones vivos, a no ser que exista la certeza moral de que no se causará daño alguno a su vida y a su integridad ni a la de la madre, y sólo en el caso de que los padres hayan otorgado su consentimiento, libre e informado.”

El catolicismo rechaza todo tipo de manipulación experimental o explotación del embrión humano, así como la práctica de mantener con vida embriones, in vitro o in vivo, para fines experimentales o comerciales, por considerarla contraria a la dignidad humana. “Es inmoral, afirma, producir embriones humanos destinados a ser destruidos.”

En su Declaración Sobre el Aborto Procurado (1974). La “Congregación para la Doctrina de la Fe”, sostiene que la ciencia es incompetente para responder cuándo comienza a ser una persona, porque siendo un problema de carácter filosófico, está fuera de su campo y que en ese sentido la prohibición de darle muerte a un embrión es de carácter absoluto y establece: “Con la fecundación se inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar.”⁸

1.3 Antecedentes de la Madre Subrogada

No existe en la historia antecedentes de la subrogación de maternidad como hoy se práctica. Quienes se ocupan de este tema gustan de señalar como tales los casos de las mujeres de Abraham y Jacob, que imposibilitadas para concebir les dieron a sus esclavas para “procrear a través de ellas”. En el libro de Génesis se lee que Sara, la esposa de Abraham, ante la

⁸ “Idem, p. 41, 42, 43”.

imposibilidad de darle descendencia al patriarca, le ofreció a Hagar, su criada, para concebir a través de ella. “Yahveh me ha hecho estéril, dijo, quizá podré tener hijos a través de ella” dicen que dijo.

El caso se repitió en Raquel, esposa de Jacob, quien le dijo: “Dame hijos o me muero.” Ofreciéndole a Bilah, su esclava, Raquel respondió: Únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas.

1.3.1 Los primeros casos

Anuncio Insólito. “Marido con Hijos, casado con mujer infértil, desea obtener un hijo de probeta. La mujer de descendencia inglesa o del Noreste europeo que se interese en colaborar, deberá indicar los honorarios que pretenda y su edad”.

El anuncio que antecede fue publicado en The San Francisco Chronicle el día 15 de abril de 1975, y aunque se refería a test tube baby, en realidad lo que el anunciante pretendía era que una mujer de las características señaladas se prestara a ser inseminada artificialmente con los gametos del anunciante hasta embarazarse y al nacimiento su hijo le fuere entregado, renunciando la madre biológica a sus derechos maternos. La técnica de la fecundación in vitro, de donde provino el término “niños probeta” empleando en la solicitud, no había tenido aun éxito en seres humanos al tiempo del anuncio, siendo hasta 1978, con el nacimiento de Louise Brown, (como ya se explico anteriormente).

180 mujeres respondieron al llamado, y entre ellas fue seleccionada una del área de la bahía de San Francisco, quien por la suma de diez mil dólares entre honorarios y gastos, aceptó ser inseminada y al dar a luz al niño lo entrego a su padre renunciando a sus derechos conforme a lo pactado.

“El caso no tiene nada de extraordinario, declaro el abogado del anunciante, si se toma en consideración que desde hace muchos años se utilizan donadores anónimos para embarazar a las esposas de hombres estériles. El presente caso es la contraparte de la inseminación

artificial por donador; un hombre fértil casado con una mujer estéril que desea tener descendencia propia.⁹

El primer caso de un niño gestado por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria, tuvo lugar en los Estados Unidos en Louisville, Kentucky, en el año de 1980, cuando una mujer identificada como Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de tres hijos, recibió diez mil dólares por el servicio. Las mujeres casadas con descendencia son generalmente preferidas a las que no han tenido experiencia maternal.

En Knoxville, Tennessee, en 1980, Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado. "Fue un regalo de amor", declaró a la prensa la madre subrogada.

A partir de entonces cientos de niños o miles en los Estados Unidos y otras partes del mundo han nacido mediante contrato de subrogación, a pesar de la oposición de la sociedad al respecto y de los graves problemas legales y morales a que la práctica ha dado lugar.

Como en los casos anteriores ante la falta de legislación específica y adecuada que regule los avances en el campo de la tecnología de la procreación, los tribunales han tenido que resolver en conciencia, o bien, con aplicaciones novedosas de la legislación existente los casos que se les han planteado.

1.3.2 Algunos casos judiciales

En el año de 1981 Mary Roe fue contratada para ser artificialmente inseminada con esperma del esposo de una señora incapacitada para procrear por haberse ligado las trompas. De acuerdo con el contrato celebrado, recibiría cinco mil dólares por la promesa de gestar y dar a luz a un hijo que entregaría al padre biológico a su nacimiento.

Según los planes, antes del nacimiento el padre biológico daría a conocer su intención de reclamar la paternidad y al ser asentado lo reconocería como suyo. Por su parte la subrogada y su esposo

⁹ New York Times, Nov. 19 de 1976.

aceptarían que el contratante era padre de su hijo, renunciarían a su custodia y demás derechos sobre él y consentirían en que la esposa estéril lo adoptaría.

La ley que rige el procedimiento de adopción en el estado de Michigan, similar a la de otros Estados de la Unión, establece que “Excepto por concepto de gastos y honorarios aprobados por la Corte, nadie ofrecerá, dará o recibirá ni dinero ni otros bienes de valor en relación con ninguno de los casos siguientes: a) Poner un niño en adopción, b) Consentir la adopción.

Como esa ley impedía que el contrato fuera realizado conforme a lo planteado, los esposos contratantes iniciaron tendiente a que se declarara anticonstitucional la prohibición, por considerar que les impedía indirectamente procrear un hijo mediante el procedimiento de “subrogación de maternidad”, lo que juzgaran violatorio a su perjuicio del “derecho de privacidad, declarado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, como implícito en otros derechos constitucionales.

El fallo de la primera instancia la Corte declaró que “el interés del Estado expresado es evitar que el mercantilismo o afán de lucro afecte la decisión de una madre para otorgar su consentimiento para que su hijo sea adoptado. Es principio fundamental, agregó, que los niños no pueden ni deben ser materia de compraventa, y prosiguió: “Consideraciones mercenarias para crear una relación de parentesco y su impacto en la unidad de la familia afecta las bases mismas de la sociedad humana y ofende a la comunidad. La Corte de apelaciones a la que recurrió la pareja contratante rechazó la vista del caso y emitió su opinión diciendo: “La ley no prohíbe a los apelantes tener un hijo como lo planearon, sino hacer mal uso de los procedimientos de adopción establecidos por la misma. En efecto, el contrato celebrado revela la pretensión de usar la adopción como un medio de cambiar la situación legal del niño, y ese propósito se considera que no se encuentra dentro del ámbito de las garantías protegidas por el derecho constitucional a la privacidad.

Por su parte, el Procurador General del Estado de Michigan, declaró con motivo del caso planteado ante los tribunales:

“Pocas mujeres se prestarían por gusto a ofrecer el uso de su cuerpo por nueve meses si lo único que conseguirían fuera el placer de hacer a otros felices con la adopción de su hijo, por lo que, salvo los casos de excepción, el pago es el incentivo para que gesten el hijo que no desean concebir, lo lleven en el vientre por nueve meses, a pesar de que normalmente no lo hubiesen hecho, y lo entreguen a su nacimiento renunciando a todos sus derechos; es obvio que cuando lo hacen es a merced a la recompensa recibida. El contrato celebrado entre las partes resultó a la luz del derecho estatal.¹⁰

Otro caso más fue el del intento por manipular las leyes de adopción en el Estado de Michigan tuvo lugar en 1981 cuando un marido sin hijos contrato a una mujer casada, para que con el consentimiento de su marido fuera artificialmente inseminada con su esperma y gestar a un hijo suyo mediante la suma de diez mil dólares.

Cuando la señora se embarazó, el contratante pretendió ampararse en Paternity Act del Estado sobre filiación, solicitó que se declarará judicialmente que él era el padre del niño por nacer y que con el consentimiento de la madre se le garantizará la custodia después de su nacimiento. Y después solicitó una orden para que en el certificado de nacimiento apareciera como padre del niño.

La Corte solicitó la intervención del Procurador General del Estado en vista del interés público que revestían ambas solicitudes, resolviendo el funcionamiento que “en tanto la señora había sido inseminada con el consentimiento de su marido, el niño por nacer debía ser considerado, de acuerdo con la ley, como hijo legítimo del matrimonio y no del contratante.

Dos días después del nacimiento de una niña, producto de la inseminación artificial, la Corte Familiar desestimó la petición de que el contratante apareciera como padre de la menor en el certificado del nacimiento, aunque finalmente la niña fue entregada a los esposos estériles para su custodia, por considerar la Corte esa medida como “beneficiosa para la menor”, pero en el certificado del nacimiento no apareció el nombre del padre biológico o subrogante, como se pretendía.

¹⁰ “Idem, p. 17”.

La Corte de Apelaciones desestimó la revisión, y abogó porque se legislara en la materia diciendo: “Si el Estado de Michigan al fin y al cabo va a reconocer los contratos de subrogación, comprensiva legislación es necesaria para resolver el profundo interés de la sociedad en relación con los derechos, obligaciones e intereses de todas las partes involucradas en ellos.”¹¹

Uno de los casos más comentados en la literatura es el de Baby M. Según se sabe, el 6 de febrero de 1985 se celebró en los Estados Unidos un contrato de maternidad subrogada (suplente o sustituta) entre la señora Whitehead, su esposo y el señor Stern, padre natural o biológico. La señora Whitehead fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procreando un niño que nació el 27 de marzo de 1986. Establecida la controversia legal entablada por el señor Stern para obtener la patria potestad del menor, producto de la inseminación artificial, el tribunal inferior resuelve el 31 de mayo de 1987 que el contrato es válido, beneficiando así el padre biológico. Sin embargo, ante la apelación presentada por la señora Whitehead, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey resolvió el 3 de febrero de 1988, revocando unánimemente la decisión del Tribunal Inferior. En consecuencia, se declaró que la madre subrogada-biológica y gestante era la madre legal de la criatura. A su vez, la adopción de ésta por los señores Stern se declaró inválida e ineficaz.

Así, como el problema que enfrentaron los señores Stern al celebrar contrato de subrogación con señora Whitehead que fue declarado inválido, se ha planteado una serie de interrogantes de tipo ético, cuya solución dependerá en gran manera de la normatividad que cada país establezca para el efecto.

¹¹ “Idem, p. 17, 18”.

CAPÍTULO II

ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

2.1 Reproducción humana natural

La reproducción natural se consigue mediante la unión sexual entre hombre y mujer, a través del coito, es decir, por medio de la introducción del pene del varón en la cavidad vaginal de la mujer.

El pene erecto introducido en la cavidad vaginal, expulsa semen (millones de espermias), que enfrentaran el primer reto natural, de alcanzar el óvulo de la mujer, con el objeto de fecundarlo.

La mujer por otra en parte, en su aparato reproductor denominado vagina, hace que sus ovarios secrete óvulos cíclicamente; en promedio de veintiocho días, trasladándose el óvulo por las trompas de falopio, hasta llegar a la matriz, donde espera ansiosamente la llegada de un solo espermia, (de entre millones), para que éste logre fecundarla, y así originar, la concepción (la fusión entre espermia y óvulo); una célula, que en cuestión de tiempo, se convierte en un ser humano mortal.

2.2 Reproducción Humana Asistida

Procreación asistida, métodos artificiales de reproducción, fecundación artificial, fertilización artificial, etc.

Con estos nombres se conocen los distintos procedimientos que aportan una ayuda para la reproducción de las parejas, venciendo las causas de esterilidad que les afligen: La reproducción asistida es la que resulta de los siguientes procesos:

1. La inseminación artificial de una mujer con el esperma del marido, de su pareja estable o de un tercero.
2. La fecundación in vitro mediante los gametos de su pareja o de un tercero.
3. Cualquier otro procedimiento equivalente (como se vera en el contenido del la presente tesis).

2.3 La Esterilidad y sus alternativas

La esterilidad es algo negativo, una carencia. Esta carencia no queda reducida únicamente en el plano biológico; tiene repercusiones en la vida de la pareja y en la vida social. La carencia de hijos puede causar serias dificultades a las parejas humanas, tales como trastornos emocionales e inclusive puede ser una causa de divorcio.

Cabe destacar que existen alternativas terapéuticas, las llamadas técnicas de reproducción humana asistida. Todos los esfuerzos han sido encaminados a solucionar los problemas de la esterilidad¹.

La esterilidad es un problema de alguno de los miembros de la pareja, o bien puede ser de ambos.

La fertilidad que consiste en la capacidad biológica que tienen los seres humanos para reproducirse, no necesariamente significa, que toda mujer y hombre lo sean, pues no todos tienen esa capacidad natural para originar vida humana; esa incapacidad, a veces irreversible, es lo que los médicos denominan esterilidad.

Sin embargo, la esterilidad no sólo es un problema de carácter medico, sino también de carácter emocional. Millones de parejas que se forman y cohabitan todos los días, unen sus vidas, en la mayoría de los casos, con la intención de procrear. Esperan ansiosamente la llegada de un niño, sueñan apasionadamente, con ver crecer, educar y formar a un hijo. Un bebe, que se convierte en infante, en adolescente, joven y adulto.

¹ Javier Gafo, Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Biomedicina, Ética y Derecho, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid, Página 56.

La frustración emocional de la pareja de no poder concebir a un hijo, es causal de muchos problemas sentimentales que sin duda alguna, repercuten en el campo jurídico.

La esterilidad, es la forma en que se denomina médicamente, el problema que consiste en el impedimento de carácter natural, que hace difícil, y en ocasiones imposible, que pueda lograrse la concepción entre la célula esperma y óvulo.

El ser humano, que es el único animal racional en la tierra, capaz de cuestionar el mundo social y natural que le rodea, ha indagado sobre la teología, la filosofía, la ciencia. Ha podido formar con todo ello, un criterio para discernir lo que es la existencia de Dios, del ser, de la existencia y consistencia, del arte, y de los valores; del conocimiento cierto de las cosas por sus causas.

La ciencia conoce bien, cuales son esas causas de la esterilidad; y siendo el humano un ser racional, ha creado la tecnología para la solución de los problemas humanos, aplicando la ciencia, en estricto apego a los valores de la ética. Para poder de esa forma, solucionar el problema de esterilidad.

2.4 La Inseminación Artificial

La valoración ética de la inseminación artificial como la valoración ética de toda técnica, debe atender por una parte a lo que es la misma técnica, pero por otra debe también atender al uso que se haga de ella, a los fines para que se utilice y a las consecuencias que su utilización trae consigo.

La introducción en el aparato reproductor femenino de semen para conseguir la concepción, constituye un proceso técnicamente sencillo, pero con aspectos muy complejos desde otro puntos de vista. Y no debe olvidarse que en los últimos años parece que la inseminación artificial por

donador ha adquirido tal impulso que se ha convertido o puede convertirse, por lo menos desde un punto de vista numérico, en el método con mejores resultados para el tratamiento de la infertilidad.

Conceptualmente la inseminación artificial (IA) consiste en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos, mediante el dispositivo instrumental específico.

2.4.1 La Inseminación

El estudio previo de la mujer, la determinación de las fechas para hacer la inseminación y la realización de las mismas son aspectos que corresponden al ginecólogo. Habitualmente el esquema consiste en dos o tres días de la inseminación seguidos durante el periodo ovulatorio.

El hacer varias inseminaciones en un ciclo obedece a que el ginecólogo no puede obedecer con exactitud el día preciso de la ovulación, pues si así fuera sería suficiente hacer una sola inseminación por ciclo. El semen se deposita en el cuello uterino.

La inseminación es una técnica muy sencilla, se hace de forma ambulatoria, sin anestesia, pues no produce ninguna molestia y la mujer puede seguir haciendo su vida normal.

2.5 Inseminación Homóloga (IAH)

La que se practica utilizando semen de la pareja de la mujer inseminada cuando por razones físicas o de otra índole el varón está imposibilitado para depositar naturalmente sus células germinales en el tracto productivo de su mujer, generalmente se considera como una forma apropiada y aceptable de tratamiento cuando ha sido clínicamente recomendada y se pretende procrear un hijo dentro del contexto de una relación estable (matrimonio o unión de hecho, como lo es entre nosotros el concubinato), pues se trata simplemente de reunir sus gametos para que la fecundación se produzca.

Sin embargo se cuestiona en la práctica de que la mujer utilice el semen conservado del esposo después de la muerte de éste, post mortem, por los problemas que suele dar lugar.²

2.5.1 Inseminación Artificial con semen del marido

Al utilizar el semen del marido se eliminan varios de los aspectos que se dan en la IAD. Sin embargo, no puede olvidarse que el médico sigue representando un importante papel tanto práctico como ético, y por tanto, no se libera con éste método de responsabilidades legales. De producirse una infección pélvica o si el recién nacido presenta algunas malformaciones congénitas. Pueden producirse los mismos problemas legales que con la IAD.

2.5.2 Inseminación Artificial de una mujer viuda con semen de su marido difunto

Se trata de un caso peculiar que se ha dado en muchas ocasiones. En sentido estricto, al morir el marido cesa el vínculo matrimonial; se trata, pues, de un caso especial, en donde el donante es precisamente la persona con la que la mujer ha estado unida en matrimonio y a la que, presumiblemente, sigue unida por fuertes lazos afectivos. Para llevar a cabo este caso de inseminación artificial se requiere la conservación del semen por congelación, descongelándolo antes de ser utilizado.

La Inseminación Artificial de una mujer viuda con semen de su marido tras la muerte de éste no es propiamente un uso terapéutico. No es la esterilidad o el peligro de transmisión de enfermedades, sino la muerte del marido lo que hace recurrir a esta técnica.

² Hurtado Oliver. Op. Cit., p. 17.

El problema fundamental que este caso lleva consigo es que por este medio de programa de antemano el nacimiento de un hijo que va a venir al mundo sin un padre. Es algo que sucede en el caso del hijo póstumo o en el caso del hijo de una mujer soltera. Pero aquí se elige deliberadamente y con la colaboración de las instituciones médicas lo que en otros casos se asume como hecho.

2.5.3 La Inseminación Artificial en una pareja estable

¿Es moralmente aceptable que sea inseminada artificialmente la mujer unida a un hombre en lo que viene llamándose “pareja estable” con semen de éste? La definición de la situación descrita como pareja estable puede ser tanto la unión de hecho que en cualquier momento puede deshacerse sin obstáculo alguno y por iniciativa de cualquiera de los dos miembros de la pareja: pareja estable puede ser una forma de vinculación moral y social muy cercana al matrimonio.

Se dice que una pareja es estable por ejemplo, cuando llevan muchos años juntos, cuando el entorno social los considera pareja estable. En cambio la estabilidad que necesita el niño que va a nacer se refiere sobre todo al futuro y requiere ciertos elementos normativos que vayan más allá de una unión que de hecho ha durado mucho hasta ahora, pero que no se sabe lo que pueda durar en el futuro.

Al reclamar la aplicación de la inseminación artificial para parejas estables (se supone que por motivos terapéuticos) se están reclamando efectos jurídicos para una situación que deliberada y voluntariamente se sitúa en el terreno extrajurídico.³

2.6 Inseminación Heteróloga (IAD)

La que se hace utilizando gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el marido o el concubino no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades

³ Gafo. Op. Cit., p. 56.

genéticas, ha sido a través de la historia generadora de graves problemas de orden moral, legal y psicológico.

Es evidente que en esta clase de inseminación, entre el marido y el hijo gestado por la esposa no existe lazo de parentesco alguno, siendo por lo tanto ilegítimo a la luz del derecho tradicional, con todas las implicaciones sociales y legales que se derivan de esa condición, el cuestionamiento de las responsabilidades propias de paternidad que normalmente corresponderían al donador y no al marido.

Los casos de impugnación de paternidad cuando la pareja tiende a disolverse han sido frecuentes, dando lugar a las desagradables controversias.

Una de las más vehementes objeciones que se hacen a la inseminación por donador es la intrusión de un tercero extraño en la función procreativa de la pareja, privada por naturaleza: en la práctica opinan con frecuencia, es inmoral en si misma; el hecho de que el hijo sea solamente de la esposa, de que el marido no hubiese tenido intervención en su procreación, se considera una amenaza para la estabilidad del matrimonio y de hecho, lo ha sido en muchos casos. Sin embargo, a falta de otra alternativa, muchas parejas estériles recurren a ella para integrar a una familia.⁴

2.6.1 Indicaciones de la IAD

La indicación de IAD por esterilidad masculina está claro en caso de azoospermia de etiología no tratable, la debida a radioterapia y/o quimioterapia debe evaluarse teniendo en cuenta: dosis total y pauta de tratamiento, tipo de irradiación y quimioterápicos, tiempo transcurrido desde la última dosis de radioterapia y/o quimioterapia.

No toda azoospermia producida por estas dos etiologías es permanente. Entre las azoospermias obstructivas, las debidas a vasectomía o herniorrafia, y las congénitas a nivel de conductos eyaculadores, en su extremo uretral son las de mejor pronóstico.

⁴ Ibidem.

En los pacientes con espermatozoides anormales en el eyaculado puede ser asimismo muy clara la indicación de IAD.

Otra situación es la de hombres con 100 por 100 de espermatozoides inmóviles debido a alteración del flagelo. Estas patologías carecen de tratamiento.

La indicación de IAD puede no estar claramente definida en casos de oligoastenozoospermia o de astenozoospermia de diverso grado. No existe en términos numéricos un límite convenido que nos permita deslindar si ésta indicado o no la IAD. Hay que valorar en función de la clínica etiopatogenia, grado de alteración, respuesta a los tratamientos, tiempo de esterilidad involuntaria de la pareja, edad de la mujer, grado de motivación y actitud de la pareja ante la IAD. Algunas parejas cuyos varones tengan de baja calidad, puedan beneficiarse con la inseminación homologa intrauterina con espermatozoides capacitados o de la fecundación in vitro. En cualquier caso la decisión final debe ser tomada por la pareja tras un riguroso proceso de información. No esta indicado hacer la IAD si el estudio andrológico del hombre es incompleto.⁵

2.6.2 Contraindicaciones de la IAD

Existe un conjunto de circunstancias, no muy numerosas, que representan contradicción absoluta para llevar acabo una IAD, sea porque no se disponga de datos suficientes sobre el caso, o porque resulta improcedente su aplicación, y entre ellas:

- a) La falta de colaboración, o incluso negación, del marido para llevar a cabo los estudios necesarios que permitan establecer su patología.
- b) Alteraciones psicológicas o psiquiátricas del marido para que se insemine a su esposa.

⁵ Gafo. Op. Cit., p. 16, 17.

- c) Esterilidad femenina irreversible, e incluso endometriosis avanzada sin respuesta al tratamiento.
- d) En que la mujer sea portadora de enfermedad hereditaria con herencia dominante.

Como contradicciones relativas pueden considerarse, por ejemplo, la edad de la mujer, la presencia de procesos que disminuyen la fertilidad femenina.

2.6.3 Selección de Donantes

Deben quedar descartados como donantes quienes tengan peligro de transmitir enfermedades o deficiencias importantes. Para garantizar esto convendría someter a los donantes a un examen tanto clínico como genético. A la hora de dilucidar casos de deficiencias congénitas que pudieran presentarse puede ser muy útil disponer de un examen genético semejante hecho a la madre receptora.

Es perfectamente lógico y éticamente admisible que para cada caso de la IAD se seleccione semen de un donante con características fenotípicas lo más parecidas posible a las del marido de la mujer receptora. También puede y debe ser tenido el grupo sanguíneo y el factor RH. No es lícito, en cambio, atender deseos y preferencias de otro tipo que los padres pudiera demandar.

Los donadores de semen para IAD, pueden ser:

- a) Hombres casados, con hijos sanos, que al ser informados del problema de esterilidad que tienen otras parejas, aceptan dar su semen para ayudar a esas parejas estériles. Las ventajas de obtener de este grupo de hombres que han demostrado ser fértiles y que en los hijos no se han presentado anomalías hereditarias.
- b) Hombres casados con hijos, conocidos por la pareja que solicita la IAD.

c) Hombres solteros, mayores de edad, voluntarios, generalmente universitarios, a los que se les informa con toda claridad del destino del semen y se les somete a un estudio previo a su aceptación como donantes. Los inconvenientes que se les señala a este sistema son: que estos hombres no han demostrado su fertilidad pues son solteros sin hijos. En la práctica un semen con un volumen, recuento, movilidad y morfología espermáticos dentro de los límites normales, es un semen fecundante. Las ventajas de este sistema son varias. Los donantes son hombres jóvenes y generalmente sanos. Es posible conseguir muestras de semen suficientes para atender las peticiones de la IAD. Pueden conservarse congeladas muestras de semen para que, en caso de que la pareja solicite otros hijos mediante IAD, se pueda utilizar semen del mismo dador, manteniendo la homogeneidad genética de la descendencia.

Una vez informado el donante de la finalidad perseguida y de las condiciones exigidas, se le somete a un estudio médico que tiene por finalidad detectar cualquier antecedente patológico familiar o personal de causa hereditaria, conocer la normalidad del semen y recoger los datos morfológicos básicos: raza, talla, color del pelo y color de ojos, así como el grupo sanguíneo, sistema ABO y factor RH. Esto se consigue mediante interrogatorio minucioso de los antecedentes familiares y personales, una exploración física general y genital, análisis de sangre y análisis de semen. Lógicamente el donador puede ignorar algún antecedente importante pero en tal caso debe de mejor evitar que éste done y al mismo tiempo evitar un estudio analítico costoso y no siempre decisivo. Para ser donante se exige que el semen tenga, como mínimo, volumen de 2 a 6 ml, recuento espermático de 70 a más millones por mililitro, 70 por 100 o más espermatozoides con morfología normal, ausencia de leucocitos y de autoaglutinación espermática. La exigencia de requisitos de calidad espermática por encima de los límites inferiores de la normalidad, obedece a que no se usa el semen fresco sino que se congela y descongela, lo que produce pérdida de un 20 a un 40 por 100 de la movilidad espermática.⁶

⁶ Gafo. Op. Cit., p. 18, 19.

Una vez aceptado al donante, se obtiene una muestra de semen por semana, dándose una pequeña compensación económica por el tiempo que deben emplear en ir al laboratorio y los gastos de transporte que les ocasiona el donador del semen. Está comprobado que los principales motivos que inducen a los estudiantes universitarios a ser dadores de semen son la compensación económica, el estudio de fertilidad gratuito que se le hace y el deseo de ayudar a las parejas estériles. El dador deja de serlo por voluntad propia, o por decisión del banco de semen se han conseguido un máximo de seis gestaciones con su semen o el primer embarazo termina en aborto o en malformación.⁷

2.6.4. Congelación de Gametos. Bancos de Semen

El óvulo y el espermatozoide son células humanas cuya pluralidad consiste en que al unirse en las circunstancias adecuadas dan lugar a un nuevo ser humano; cada gameto aporta la mitad de carga genética que va a configurar decisivamente el desarrollo y las características del nuevo ser.

Al margen de la fecundación, los gametos pueden ser utilizados en la investigación para obtener un mejor conocimiento de los mecanismos básicos de la reproducción humana o de sus posibles anomalías. Es posible el uso de estas células en la fecundación el que hace necesario atenerse a criterios más estrictos: no debe hacerse con ellas nada que pudiera redundar en perjuicio del ser humano que pudiese engendrarse con gametos dañados en la manipulación; o si se prefiere, no deben utilizarse en la fecundación gametos de los que se suponga que hayan podido ser dañados de forma significativa para el ser que pudiera generarse a partir de ellos.

En algunos casos de la IAH y casi siempre en la IAD se requiere conservar el semen hasta su utilización en el momento oportuno, para ello se le somete a un proceso de congelación, procediendo a su descongelación en el momento conveniente. Los embriones concebidos y nacidos de los óvulos fecundados con semen que ha estado sometido a un proceso de congelación y descongelación no presentan mayor incidencia de anomalías que los embriones producidos con semen fresco. Por lo

⁷ Ibidem.

tanto, desde el punto de vista ético, no hay nada que objetar a la utilización de la inseminación artificial de semen que haya sido previamente congelado. Basta con que esta técnica sea llevada a cabo con las garantías que el caso requiere: que se practique por personal competente y en centros autorizados que reúnan los requisitos técnicos y administrativos convencionales.

La congelación de óvulos parece presentar mayores dificultades, pues dadas las características de esta célula, es más fácil que resulte deteriorada. Sin embargo ya existen informaciones de prensa que hablan del nacimiento de niños a partir de óvulos que habían pasado previamente por un proceso de congelación y descongelación. Desde el punto de vista ético, habría que aplicar criterios semejantes a los que se acaban de enunciar sobre la congelación del semen.

Mientras la técnica de congelación de óvulos no esté plenamente lograda y conlleve riesgos para el ser que llega a ser concebido por la fecundación de un óvulo que ha sido previamente congelado es irresponsable fecundar dichos óvulos.

Las garantías técnicas que debe tener la conservación del semen para su utilización posterior hacen muy conveniente la existencia de centros autorizados y homologados en los que, con personal competente y medios técnicos adecuados, se garantice la conservación del semen con todos los requisitos exigibles para el caso.

Estos bancos del semen deben estar sometidos al control público y a una normativa jurídica que garanticen también todos los derechos de las partes que intervienen o se ven afectadas por el hecho del depósito o donación del semen, sin olvidar el bien del futuro ser humano que pudiese llegar a nacer por la fecundación con el semen. En esta normativa habrá que determinar, entre otras cosas, qué se hace con el semen de un marido, depositado para llevar a cabo con él la inseminación artificial de su mujer, si durante la congelación sobreviniese la separación o divorcio entre marido y mujer o la muerte del marido.

También habrá que fijar el límite máximo de tiempo que el semen puede estar congelado antes de su utilización en la inseminación artificial; este límite debe atender, por una parte, a ofrecer plenas garantías sobre un buen estado, pero también a otras consideraciones jurídicas o sociales. Nunca debe mezclarse el semen de distintos donantes o depositarios. La donación del semen debe ser ajena a cualquier tipo de comercialización, no debe existir retribución económica por la donación del semen, a lo sumo una compensación por los gastos ocasionados.⁸

2.6.5 Anonimato de los Donantes

Por anonimato debe entenderse cosas muy diferentes. Los médicos, tanto en éste como en otros casos, están obligados a guardar el secreto profesional frente a terceros. Eso no significa que la pareja receptora y en su día el niño nacido por IAD no tengan derecho a informarse sobre las características sanitarias y fenotípicas del donante del semen. Nada de esto es objeto de discusión del anonimato del donante. Lo que se discute si es que la identidad del donante debe permanecer en el anonimato, en primer lugar, para la pareja receptora y, en segundo lugar, en su día, también para el niño nacido por IAD.

Se ha tomado una postura más extendida entre las comisiones de expertos de distintos países que se han pronunciado al respecto: debe quedar protegido el anonimato del donante de semen, eximiéndole de toda clase de derechos y deberes para con el niño que llegase a nacer por IAD.

Con ello no solo se logra que haya un mayor número de personas dispuestas a ser donantes, sino también se trata de evitar cualquier posible interferencia en las relaciones de la pareja receptora entre sí y con el niño nacido por el IAD.

2.6.6 Número Máximo de Donaciones de un Mismo Donante

⁸ Ibidem.

El riesgo de que con el tiempo hombres y mujeres nacidos por IAD pudiesen llegar a establecer sin saberlo relaciones sexuales teniendo el mismo padre genético y que pudiesen manifestarse factores genéticos recesivos es estadísticamente muy bajo a nada que se tomen precauciones mínimas limitando las donaciones o haciendo que éstas tengan lugar en ámbitos sociales poco comunicados entre sí. Estas garantías poco o nada consolarían en el caso concreto de una pareja a quien le cayera en suerte tan rara posibilidad. Si no se quiere eliminar el anonimato, cabría tener un registro en los que consten los hijos nacidos de un mismo donante. Otra posibilidad consistiría en que, una vez logrado el nacimiento de un niño IAD, ninguna otra mujer distinta de la que lo ha tenido pudiese volver a ser inseminada con semen del mismo donante.

2.6.7 Técnicas de Congelación

Una vez recibida la muestra del semen en el laboratorio, y tras esperar a que se licúe, se procede al estudio microscópico de movilidad y concentración espermática y determinación de volumen. Se añade a continuación el medio crioprotector y esta mezcla se introduce en los tubos de almacenamiento, denominadas pajuelas, de material plástico. Introducida la muestra de semen en la pajuela, se cierran los extremos de ésta mediante un tapón de gel de polivinilo a fin de mantener el aislado el semen de toda posible contaminación. Se procede seguidamente a congelar las pajuelas, siguiéndose un procedimiento en dos fases. Inicialmente se suspenden mediante una rendija, sobre la superficie del nitrógeno líquido, para posteriormente sumergirlos en el mismo, donde se mantienen a la temperatura de dicho medio: $-196,5^{\circ}\text{C}$. En los días siguientes a la congelación de una muestra se extrae una pajuela de la misma y tras mantenerla 20 a 49 minutos a temperatura ambiente, se corta, valorando al microscopio la movilidad espermática, que viene a tener una pérdida del 20 al 40 por ciento congelación-descongelación. Comprobando que la movilidad es buena, las demás pajuelas de esta muestra quedan clasificadas como aptas para la inseminación. La selección del semen para el tratamiento de una pareja la hará el banco de semen en función de las características físicas del

marido (raza, talla, color del pelo y color de ojos) y de los grupos sanguíneos de la pareja. Se remitirán tres dosis de semen pertenecientes al mismo donante, por razones obvias de congruencia genética.⁹

2.6.8 Problemas que se pueden dar por Inseminación por donador

El primer problema que se dio a causa de la inseminación artificial heteróloga se calificó como adulterio, los primeros hechos surgieron en Canadá, al resolverse en juicio una demanda de divorcio instaurada por un marido ofendido porque su mujer se inseminó con semen de un tercero desconocido, dando a la luz a un niño cuya manutención era reclamada por su cónyuge. El caso fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Ontario, dando como resolución la disolución del vínculo matrimonial en el año de 1921 por haber cometido la mujer adulterio.

Razonó la Corte:” La esencia del adulterio radica, no precisamente en la ofensa que implica el acto sexual de un cónyuge con un tercero, sino en el rendimiento voluntario de sus poderes o facultades de reproducción a un extraño a la pareja cualquier sumisión de esos poderes al servicio o placer de otra persona distinta del cónyuge, entra en la definición de adulterio. Por la posibilidad de introducir sangre extraña a su estirpe”. Al decir del Tribunal, la ofensa del adulterio no consistía precisamente en la inmoralidad del acto sexual con un tercero sino por ser oportunidad para que sangre extraña, espuria entre la estirpe familiar y la adúltere. Este caso sentó un precedente que motivó sentencias afines y contradictorias.¹⁰

2.6.9 El adulterio a través de los tiempos

⁹ Ibidem.

¹⁰ “Idem, p. 18, 19”.

El adulterio es un delito tan antiguo como la sociedad humana. A través tiempo ha sido considerado por las diferentes culturas como violación de la moral pública, como fuente de corrupción del linaje familiar, violación de los derechos del hombre sobre el cuerpo de su mujer, como afrenta a su dignidad y falta grave a los votos de fidelidad matrimoniales, etc. No se aclara cuál es el concepto de adulterio en el caso del hombre, pero por equidad se supone que sean los mismos agravios que reclaman para él.

Durante la Edad Media hasta el siglo XVIII, las cortes eclesiásticas asumieron jurisdicción para juzgarlo y se encargaron de castigar a los culpables. Bajo el derecho canónico fue definido como la relación sexual entre una persona casada y una persona distinta de su cónyuge, sin entrar en más detalle y consideró sus efectos como causa de infelicidad y desmoralización de la familia por quebrantamiento de los votos matrimoniales.

Bajo el Common Law Inglés (Derecho Común o consuetudinario). El adulterio no es considerado como un crimen sino como una ofensa civil, que llevaría a la adulteración del linaje del marido por la introducción del linaje del marido por la introducción de sangre espuria y la eventual situación de que un hijo de que no sea suyo, pudiera heredar algún día su fortuna. La Corte de Canadá que falló el caso del adulterio accediendo a conceder el divorcio, se fundó precisamente en este supuesto y no en la infidelidad de la mujer por haber tenido relaciones sexuales con un extraño, situación que daría lugar a otro tipo de ofensa; se fundó en los antecedentes del Derecho común.

(Common Law), que como se ha visto, el elemento principal es la adulteración de la estirpe¹¹, sin importar el medio por la que se hubiese consumado.

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos conceptúa el adulterio como una injuria inflingida a un marido al violarse su derecho de exclusividad de relaciones sexuales con su mujer y a que ésta procrea hijos suyos; "Este es un derecho de mayor jerarquía sobre el que descansa el orden social",

¹¹ Raíz y Tronco de una familia o linaje. Rafael de Pina, Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho. Porrúa, México 1998. Página 278.

sentenció. Como puede observarse esta conceptualización implica tanto el derecho de exclusividad al cuerpo de su cónyuge como la adulteración de la estirpe. Nada se dice acerca del adulterio del hombre, aunque se supone que en su caso se harían las adecuaciones necesarias.

La idea universal supone actualmente la unión sexual física del cónyuge ofensor, hombre o mujer, con un tercero.

2.6.10 Inseminación Artificial de una mujer sola

Para la mujer sola la Inseminación Artificial supone tener un hijo sin la relación sexual. Pero abarcando más a la cuestión que nos ocupa habría que decir que es éticamente deseable que todo niño venga al mundo y se críe dentro del seno familiar, en la que haya un hombre que es su padre y una mujer que es su madre. Es cierto que esto no ocurre de hecho siempre así; pero una cosa es lo que ocurre y otra lo que debe de ocurrir; y una cosa es lo que las personas concretas hacen por su cuenta y otra muy distinta que se pida la colaboración de la sociedad para traer al mundo a un niño sin padre. Cabe destacar que la adopción busca poner remedio a una situación ya producida, mientras que el caso que nos ocupa programaría la orfandad de antemano. El derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto, exigible al margen de cualquier consideración del bien de la sociedad y muy especialmente sin tomar en consideración la protección que requiere todo niño que va a nacer.

2.7 Fecundación In Vitro

La fecundación In Vitro consiste en la fertilización de un óvulo por el espermatozoide en un recipiente de laboratorio y la posterior implantación del embrión resultante en el útero de la mujer para su gestación. Como se explicó en el capítulo I el caso de Louise Brown, la madre padecía de los oviductos de las trompas de falopio, lo que le impedía concebir en forma normal.

Cabe señalar que la inseminación artificial (IA) puede ofrecer a las parejas la posibilidad de procrear cuando el marido es infértil o estéril, la fecundación in vitro (FIV), con transferencia del embrión (ET), tiene la posibilidad de que una persona con problemas para concebir pueda lograrlo y en muchos casos con éxito. Existe una diferencia muy marcada entre las dos técnicas: mientras en la inseminación artificial (IA) la fecundación del óvulo por el espermatozoide se realiza dentro del cuerpo de la mujer, en la fecundación In Vitro ocurre fuera de él, extracorporalmente.¹²

Constituye la FIVET (Fecundación In Vitro con transferencia de embrión), un sofisticado procedimiento que solo debe de ser realizado por médicos especializados, en clínicas equipadas y autorizadas para el objeto para no poner en riesgo la salud de la madre, cabe destacar que sus riesgos no son menores.

La variedad de alternativas que ofrece la nueva técnica es muy amplia:

- La donación de una mujer fértil a una estéril para ser fecundados con semen de su pareja
- La donación de embriones entre parejas, y el embarazo de una mujer por cuenta de otra, modalidad conocida como madre subrogada.
- Cada una de estas opciones trae consigo problemas legales y morales de diversa índole, no contemplados por el derecho tradicional, que ha tenido que improvisar soluciones y crear nuevas figuras e instituciones jurídicas.

2.7.1 Indicaciones de la FIV

Inicialmente orientada únicamente a resolver el problema de la paciente con obstrucción o ausencia de trompas, a FIV en el momento actual cubre varias otras indicaciones, y no estrictamente de patología genital femenina.

¹² Xavier Hurtado Oliver, El Derecho a la Vida ¿ Y a la Muerte?, Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas Éticos, Legales y Religiosos, Porrúa, México, 2000, Página 32.

Son estas indicaciones:

- a) Infertilidad masculina: Habida cuenta del proceso previo a que han de ser sometidos los espermatozoides para la FIV, esta manipulación puede ayudar a resolver problemas de subesterilidad masculina.
- b) Esterilidad de origen inmunológico: El rechazo por razones de defensa inmunitaria, por parte del organismo femenino, bien de los propios espermatozoides, comúnmente a nivel de conducto cervical mediante la formación de anticuerpos antiespermatozoide, bien mediante respuesta contra estructuras del huevo recién fecundado, produciéndose anticuerpo antizona pelucida.
- c) Infertilidad de origen inexplicado: Dentro del desconocimiento preciso de su mecanismo, agrupa hoy el 25 por 100 de total de las esterilidades femeninas, habiéndose observado cómo pueden beneficiarse muchas parejas de la FIV para resolver el problema.

2.7.2 La Fecundación In Vitro del Matrimonio Estéril (Caso simple)

Se denomina caso simple a la FIV que se realiza dentro de estos límites concretos:

- Se recurre a la FIV como solución terapéutica
- Por parte de una pareja casada infértil
- Utilizando gametos (óvulo y espermatozoide) de los propios cónyuges
- Implantar todos los embriones en el útero de la esposa

Para valorar moralmente esta práctica médica es preciso tener presente cuando ha sido expuesto anteriormente sobre la situación actual de las técnicas que en ella concurren: obtención de óvulos

y espermatozoides, fecundación in vitro y primer desarrollo del cigoto, traslado del embrión al útero para el ulterior desarrollo intrauterino. La consideración ética de estas técnicas es sensible el grado de seriedad científica que suponen, al porcentaje de éxitos alcanzados tanto en la fecundación como en la implantación en el útero y a la normalidad de la gestión.

Los reparos éticos que se hacen, de forma expresa y directa, a la FIV en el caso simple, pueden ser reducidos a tres: 1) La FIV es una práctica contraria al orden natural de la reproducción humana, 2) en la FIV no se respeta la calidad humana de los gametos y del embrión, 3) la práctica de la FIV deteriora la peculiaridad de la relación conyugal, ya que separa el aspecto procreativo del aspecto unitivo de la relación sexual.

Se cree que los reparos carecen de validez. La insistencia en el carácter artificial de la FIV, además de suponer una falsa consideración estática y antiprogresista de la historia humana, cae en las exageraciones de la argumentación deontológica. La correcta argumentación ética tiene en cuenta, además de la materialidad de la acción (el aspecto deontológico válido), los restantes significados que lleva consigo la intervención humana: consecuencias, finalidades, circunstancias.

El respeto a la calidad humana del embrión es un criterio válido. También ha de ser considerado para poner límites a la fecundación múltiple de óvulos, así como para valorar el rechazo en la implantación de embriones y los abortos después de ella. Sin embargo se cree que en la forma actual de realizar el caso simple de la FIV no se atenta contra la calidad humana del embrión. Por otra parte se considera como una extrapolación indebida al proyectar sobre los gametos humanos la categoría de dignidad personal.

En cuanto al reparo de la disociación entre el aspecto procreativo y el aspecto unitivo, se cree que en tal consideración se sobrevalora la unidad temporal o cronométrica frente a la unidad de significado realmente humano. Puede afirmarse que en la FIV intraconyugal la intención unitiva y

procreativa se encuentran muy integradas, y en muchos casos, de forma más perfecta que en la procreación natural.

El hijo nace en un contexto de amor donde la procreación y la unión conyugal constituyen, si no una unidad temporal, sino un todo realmente humano.

Solucionadas las tres objeciones que se esgrimen contra la FIV intraconyugal desde una consideración moral esencialista, resta someter a discernimiento otra serie de aspectos que integran la teleología o el significado real de ésta técnica de reproducción humana asistida y que se pueden resumir en los siguientes:

- El rechazo en la implantación y la consiguiente pérdida de embriones fertilizados
- El equilibrio entre el derecho del hijo y otros bienes individuales, familiares y sociales.

2.7.3 La Fecundación In Vitro con donación de gametos

La fecundación In Vitro intraconyugal puede combinarse con donación de gametos (óvulos, espermatozoides). De esta forma se soluciona la esterilidad que proviene de varias y diversas causas.

2.7.4 La Fecundación In Vitro fuera del matrimonio

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se pueden utilizar por personas y por parejas que viven sin vinculación matrimonial. ¿Qué pensar éticamente de esta posibilidad?

Puede deducirse que el recurso de la fecundación In Vitro no puede ser admitido en los siguientes casos y situaciones siguientes:

- En caso de mujeres solas (solteras, separadas, divorciadas o viudas)
- En el caso de parejas heterosexuales no casadas

- En el caso de parejas homosexuales.

Es necesario postular como exigencia ética el ámbito del matrimonio como lugar adecuado de la procreación. No se puede afirmar que cualquier individuo en cualquier estado civil tiene derecho a la procreación. Únicamente el matrimonio garantiza la coherencia ética de la procreación. El matrimonio es también el ámbito humano que necesita la persona para su primera y constitutiva figuración.

Aunque el matrimonio no garantiza totalmente la calidad del ambiente al que el hijo tiene derecho, no existe otro tipo de relación que se pueda reconocer como capaz de reemplazar convenientemente el ambiente que un buen matrimonio proporciona seguramente al niño.

La paternidad y maternidad ha de ser entendida y realizada dentro de la realidad del matrimonio. La fecundidad al margen del ámbito conyugal es una fuente de contravalores personales y sociales.

De esta afirmación se sigue que las intervenciones para vencer la esterilidad han de ser pensadas en relación con la pareja que se realiza dentro del matrimonio. Es éste un criterio ético que delimita el planteamiento exacto de la posible licitud moral de las intervenciones para favorecer la transmisión de la vida humana.

Para mantener la fecundación In Vitro dentro de la coherencia ética es necesario realizarla dentro de los límites marcados por el matrimonio. Solamente puede ser éticamente positivo el tratamiento de la fecundación In Vitro proporcionando a la pareja conyugal infértil o por razones terapéuticas.

Las razones de este límite, que se convierte al mismo tiempo en limitación, provienen del significado de la fecundidad humana. El deseo de maternidad/paternidad no tiene coherencia y sentido pleno sino se realiza y se vive dentro del horizonte humanizador de la pareja humana.

Además el hijo no es un bien útil que esta al servicio de los deseos o intereses de progenitor, por el contrario, es un valor por el mismo y la maternidad/paternidad está en función del hijo.¹³

2.7.5 Exigencias éticas de la FIV

2.7.5.1 No a la implantación de los embriones anómalos

No parece éticamente admisible implantar aquellos embriones cuyos defectos morfológicos aparentes hacen prever un anormal desarrollo intrauterino.

2.7.5.2 Embriones sobrantes

Se hace referencia al informe Warnock el cual establece que no deben de existir embriones sobrantes. Comprendiendo los motivos que han llevado a la Comisión a aceptar la teoría y la práctica actualmente casi universales de producir embriones en número mayor del que se requiere clínicamente para la transferencia inmediata a la matriz. Pero esos motivos no son suficientes para justificar el menosprecio de la dignidad humana y de los derechos que tal práctica conlleva inevitablemente.

Al manifestar esa exigencia ética ideal se recomienda a los profesionales que aceleren el perfeccionamiento de las técnicas empleadas y que, en todo caso, sacrifiquen el afán de éxito inmediato en aras de la dignidad humana:

¹³ Gafo. Op. Cit., p. 74, 75.

- Moderar el número en la obtención de óvulos
- No producir más embriones de los que se requieren para obtener un razonable éxito en la implantación
- Transferir a la paciente todos los embriones producidos

El perfeccionamiento en la técnica de congelación de óvulos puede ayudar a eliminar el deseo de producir embriones sobrantes.

Por lo demás en caso de que existan embriones sobrantes es preferible éticamente la donación de los mismos a las parejas necesitadas antes que destruirlos, utilizarlos para fines comerciales o de experimentación o congelarlos.¹⁴

2.8 Madre Subrogada

La subrogación es un término utilizado en el derecho de las obligaciones. Se dice que la subrogación real es cuando se sustituye bienes por otros bienes; mientras que la subrogación personal, es la sustitución de personas (especialmente del acreedor).¹⁵

En ese orden de ideas, llamemos maternidad subrogada, cuando la gestación del feto, se realiza por una tercera persona (hembra) quien presta su matriz, derivado de un contrato.

Así tenemos el caso, de dos maternidades. La madre biológica quien presta el óvulo y la madre sustituta, quien aporta la matriz y los nueve meses de gestación.

Esto puede complicarse aún más, cuando el óvulo es proporcionado por una “donante” y no precisamente por la “madre formal”.

¹⁴ Javier Gafo, Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Biomedicina, Ética y Derecho, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid, Página 75, 76.

¹⁵ Bejárano Sánchez, Manuel. Derecho de las Obligaciones. 3º Ed. Editorial Harla.. Página. 429.

La maternidad subrogada, de ser aceptada, tendría que ser regulada, a efecto de fijar las reglas mínimas para la investigación de la maternidad.

La subrogación de la maternidad es la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.

Se puede destacar que hay varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento:

1.- La más común es la subrogación mediante inseminación artificial: Cuando la madre gestadora es al mismo tiempo la madre genética, inseminada con semen proveniente del marido de la contratante.

2.- También es frecuente utilizar la fecundación In Vitro (FIVTE), donde tanto el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante, y el embrión es luego implantada a la gestadora.

En la práctica de la subrogación de maternidad está generalmente de por medio una paga que los contratantes hacen a la madre genética.

La novedad y gravedad de los problemas surgidos con motivo de esta práctica, ha sido causa de que se descalifique como aceptable la que es motivada por la convivencia de una mujer físicamente capaz de gestar que recurre a otra para embarazarse por ella. Esto implica el serio riesgo de permitir que surja la explotación comercial, por lo tanto, en varios países se ha legislado en el sentido de considerar un delito el funcionamiento de agencias de subrogación cuyo objeto sea el reclutamiento de mujeres que se embaracen por cuenta de otra, o llevar a cabo arreglos para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre gestadora.

Con respecto a los contratos de subrogación, generalmente son considerados ilegales e inexigible su cumplimiento ante los tribunales. La práctica es hoy conocida como “maternidad subrogada” y a ella recurren parejas en las cuales la mujer padece alguna de las causas de infertilidad irreversible, es eventual transmisora de enfermedades o defectos de origen genético, o bien, siendo sana o capaz, decide que otra se embarace por ella, argumentando las molestias y riesgos de la maternidad.

De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen dos casos de subrogación:

- 1.- Total: Cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos.
- 2.- Parcial: Cuando solamente es gestadora del embrión fecundado In Vitro que le ha sido transplantado.
- 3.- Comercial. Este tipo de subrogación ha dado lugar a la creación de agencias especializadas que se encargan de relacionar a los interesados, formalizar los contratos y vigilar su cumplimiento. Están integrados por médicos, psicólogos, abogados, y un catálogo de mujeres dispuestas a embarazarse por paga, y cobran una suma importante por su intermediación.

En los Estados Unidos y diversos países europeos abundan estas agencias que comienzan a invadir otras partes del mundo donde el nivel económico de las parejas permita el pago de sus servicios. Agencias norteamericanas han comenzado a instalarse en Japón donde esperan contar con clientela suficiente para su permanencia.

La subrogación de maternidad comercial ha sido rechazada universalmente. En algunos países solamente se permite que la mujer que se embarace por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios como médicos, psicólogos, alimentación especial, transporte, hospitalización,

etc. Y en algunos lugares por la paga de los abogados que intervinieron en la formulación del contrato. Se prohíbe recibir compensación por el servicio como medida para evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer.¹⁶

Otro tipo de clasificación que hace Javier Gafo es la siguiente:¹⁷

- a) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide, y óvulo de la pareja: Solo hay prestación del útero por parte de la tercera persona.
- b) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide u óvulo de donante con autorización permisiva. Se dona espermatozoide u óvulo por persona distinta a la pareja y se presta el útero por tercera mujer.
- c) Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento mutuo de los dos miembros de la pareja. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja y se presta el útero por tercera mujer.
- d) Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento mutuo de los dos miembros de la pareja con la peculiaridad de ser donante del óvulo la misma mujer que presta el útero. Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja y presta el útero tercera mujer como en el inciso c con la coincidencia de que la donación del óvulo y prestación del útero se realiza por esa misma tercera mujer.

Explicación de maternidad y paternidad biológica o genética:

¹⁶ Xavier Hurtado Oliver, *El Derecho a la Vida ¿ Y a la Muerte?*, Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas Éticos, Legales y Religiosos, Porrúa, México, 2000, Páginas 53, 54, 55.

¹⁷ Javier Gafo, *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Biomedicina, Ética y Derecho*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid, Página 91, 92.

En el caso a) se da maternidad/paternidad genética de la pareja y biológica de la prestadora del útero.

En la hipótesis b) se da maternidad/paternidad semigenética de la pareja y biológica de la prestadora del útero.

En el caso c) no se da maternidad/paternidad genética ni semigenética de la pareja, pero si biológica de la prestadora del útero.

Y en el caso d) tampoco se da maternidad/paternidad genética ni semigenética de la pareja, pero si biológica y, además, genética de la prestadora del útero.

2.8.1 Aspecto Social

Se puede anticipar objetivamente que la maternidad subrogada no goza de aceptación social. Más aún, que se encuentra muy lejos de un hipotético enraizamiento. En todo caso se produciría y se aceptaría la maternidad subrogada muy restringida y condicionalmente.

1.- Biológica y médicamente sólo se aceptaría en indicaciones precisas, que deberían cubrirse perfecta y totalmente por la ley como:

- Grave enfermedad en pelvis que no puede operarse
- Carencia de útero: de forma congénita (síndrome de Rokitanski) o porque ha sido extirpado
- Abortos de repetición (infertilidad)
- Afección o enfermedades que desaconseje médicamente el embarazo.

CAPÍTULO III

3. ÉTICA, RELIGIÓN, POLÍTICA Y DERECHO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En éste capítulo se abre un espacio a la ética, la religión, la política y por último al Derecho, ya que cada una de estas ramas tienen un concepto diferente respecto a la cuestión a tratar. Es necesario que se conozcan las posturas antes mencionadas para poder tomar una postura jurídica respecto al tema comentado: La Reproducción Humana Asistida, ya que como sabemos en nuestros tiempos esta práctica se lleva acabo día con día, pero hay que tener en cuenta que la legislación en este aspecto es muy escasa y para ser sinceros un tanto deficiente.

3.1 Ética

La Ética es una rama de la filosofía, que estudia lo “bueno” y lo “malo”; las virtudes y los vicios. La libertad de todo ser humano, para aplicar sus virtudes a las causas “buenas”.

Es difícil para la ética realizar juicios universales para poder clasificar lo bueno y lo malo, debemos tener en cuenta que hay actitudes humanas que se hacen con toda la intención del mundo. El objeto de la ética es el estudio y entendimiento de la conducta humana, lo que es bueno y lo que es malo. El ser humano decide sus acciones, por ello seria muy difícil realizar un código de lo bueno y lo malo, por tal causa se considera que el ser humano elige sus propias decisiones.

Cabe destacar que la moral y la ética no es lo mismo. La ética es un juicio de valor que impone la sociedad es un espacio y tiempo determinado, y la ética es un juicio individual, que una persona ejerce sobre una situación particular. En la ética opera la libertad de las personas para que pueda decidir sobre una determinada situación.

Por tal motivo es necesario destacar que para poder tener libertad se necesitan realizar actos de manera responsable y no caprichosa, la libertad es el principal factor para que una persona pueda decidir, dicha libertad debe de tener una manifestación externa y racional de ser humano.

La libertad en pocas palabras, es la actitud que toma una persona, para decidir, “sí” o “no”; “lo hago o no lo hago”. ¡Eso es la libertad!.¹

Podemos concluir que la ética, es la libertad de la persona humana para que esta pueda vivir bien. La ética es una actitud del ser humano frente a otros seres humanos, estamos en presencia de una postura humanista. La cual nos enseña a ponernos en lugar de otra persona.

En síntesis, la ética nos enseña lo que el bien y el mal, la libertad, la responsabilidad y sentirnos humanos.

Ya que hemos visto de manera muy general lo que a la ética se refiere, ahora hay que preguntarse que relación tiene con las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El poder ayudar a una pareja que tenga problemas de esterilidad , que pueda llegar a la fecundación y procreación, no es malo y por ello podemos destacar que de hecho esta es la función de la ciencia utilizando la tecnología para el beneficio de la sociedad siempre y cuando esta ayuda sea con causa justificada.

Por lo tanto cabe mencionar que ayudar a una pareja fértil para que se apoye en las técnicas de Reproducción Humana Asistida estaríamos frente a una causa injustificada, la tecnología debe de solucionar los problemas y no satisfacer deseos caprichosos.

¹ Savater, Fernando. Ética para Amador. Editorial Ariel. México 2000. Página 50.

Los científicos tienen la libertad de investigar y perfeccionar las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Las investigaciones realizadas por los científicos ayudan a combatir un problema social que es la infertilidad.

Todos los adelantos e investigaciones que realice lo científicos nunca deben ser encaminados a la destrucción de la sociedad, por ello dichos investigadores deben de llevar acabo todos sus estudios con conciencia y sobre todo con bastante ética.

La ética trae consigo el humanismo, que nos hace sentir humanos y ponernos en lugar de otro, por ello nos preguntamos si a un feto o un embrión los podemos tratar como a personas.

Contestando a esta interrogante estaríamos frente a una situación compleja porque la ética nos enseña a ser humanos no a ser dioses, jamás podremos igualarnos a Dios aunque el hombre por ser pensante y razonante haga uso de la ciencia y la tecnología. (El estudio de Dios corresponde a la teología). Sabemos que el hombre es el único ser capaz de modificar su entorno y su convivencia. Por estas razones se pueden dar otros cuestionamientos como por ejemplo ¿el ser humano es capaz de elegir que espermatozoide fecundara al óvulo y ¿qué embriones son los que deben de congelarse ?

En la reproducción natural el mejor esperma es el que llega a fecundar el óvulo, sin embargo en la reproducción asistida no suele ser así, no es una cuestión de aptitud sino de suerte, por ello debemos de cuestionarnos si podemos tratar a un espermatozoide como humano o como cosa, ya que estamos en la presencia de la voluntad del hombre (reproducción natural), no de la naturaleza (reproducción asistida).

Cabe señalar que la ética juega un papel muy importante dentro del tema tratado, como se menciono en líneas atrás la ética no trata de realizar juicios universales, sino en el ser humano

esta el como actuar, diferenciar lo bueno de lo malo para poder tener un juicio sobre un caso en particular.

Esta rama juega un papel muy importante, en primer lugar porque se debe de realizar conciencia en las personas que deseen recurrir a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida ya que estas deben de ser personas que en realidad se encuentren en imposibilidad de procrear naturalmente y no busquen un lucro y mucho menos por capricho de las mismas quizá por no sufrir los padecimientos del embarazo, por no perder su figura, o simplemente por obtener un beneficio de terceras personas (como por ejemplo la instalación de agencias que cuentan con un grupo de mujeres que se embaracen con la ayuda de la Reproducción Asistida para después entregarlos a sus padres adoptivos o bien venderlos sin ningún remordimiento como a una cosa u objeto).

En segundo lugar y como ya se comento los científicos e investigadores juegan un papel importante ya que sus conocimientos de ciencia y tecnología deben de estar encaminadas al beneficio del interés público y no para la destrucción de la misma.

3.1.2 Cuestionamiento ético

La ciencia pone al alcance de los matrimonios infecundos, en la actualidad, el recurso de la fecundación artificial. Esta constituye una técnica, un método, que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser ésta estéril. Así por ejemplo trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides, aplasia ovárica, atresias vaginales que impiden la introducción adecuada del pene, entre muchas otras. No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido.

Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En este caso la inseminación no solo es una técnica o un método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar. En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga, con semen del marido) los componentes genéticos óvulo y espermatozoide fértil existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial facilita su encuentro apto para lograr la fecundación. En el segundo caso uno de los componentes genéticos de la fecundación esperma fértil está ausente. La inseminación lo aporta, lo introduce “desde fuera” (inseminación heteróloga).

Tanto la inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan de un carácter común: la fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado (se introduce) mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino: A partir de este procedimiento se analizarán los cuestionamientos éticos que ha merecido la inseminación.

3.1.3 Criterios Éticos Generales

3.1.3.1 El Paradigma de Racionalidad en Bioética

La debilidad y la fuerza de la bioética dependen en gran medida de la teoría ética general en que se sitúan los planteamientos y las orientaciones. La bioética funciona dentro de un paradigma de racionalidad ética, el cual le proporciona el marco de referencia para los discernimientos y para las propuestas operativas.

Existen tantos paradigmas de racionalidad ética cuantas son las teorías filosóficas sobre la moralidad.

En la bioética son aplicadas varias de dichas teorías con mayor o menor éxito.

a) Paradigmas Teleológicos

En el mundo anglosajón prevalecen dos paradigmas: el consecuencialista o utilitarista y el de la ética evolucionista. Según el paradigma consecuencialista, la moralidad se mide por los resultados de la acción, es decir, por la utilidad individual y social que resulta de una determinada acción.

El paradigma de la ética evolucionista hace coincidir la moralidad con aquellas condiciones que minimicen el sufrimiento humano y maximicen aquellos valores humanos que eleven la supervivencia de la comunidad humana, la calidad de vida para toda la sociedad y el nivel del potencial humano para cada individuo.²

b) Paradigmas Deontológicos

Son aquellos sistemas que apoyan la racionalidad ética sobre un orden previo a la acción e independiente de las consecuencias de ésta. La teoría clásica de la ley natural y el formalismo moral son ejemplos cualificados del sistema moral deontológico.

c) Hacia un Paradigma Pragmático con funcionalidad Pública

Sin necesidad de dirimir la discusión académica sobre el uso de uno u otro de los paradigmas éticos, la bioética necesita optar por un marco referencial más concreto y con funcionalidad pública. De acuerdo con la situación secular y pluralista de la sociedad democrática, la bioética ha de ser planteada dentro de una racionalidad ética demarcada por los parámetros de la democratización, del dialogo pluralista y de la convergencia integradora.

² Gafo. Op. Cit., p. 49.

Este paradigma de ética racional y civil puede ser concretado en un conjunto de vigencias éticas y de orientaciones estimativas que tienen funcionalidad directa en el campo de la biomedicina.

Vigencias éticas: Se puede constatar una serie de valores que son generalmente admitidos como orientaciones básicas para el juicio ético en el campo de la bioética. Así. Por ejemplo, el principio de buscar siempre el bien del sujeto o, en formulación negativa, no causar daño al sujeto. En el mismo nivel de este criterio hay que situar otros, como el principio de libertad de todo sujeto racional y el derecho de todos a una justa distribución de los beneficios y de las cargas en el ámbito del bienestar vital.

Orientaciones estimativas: Las intervenciones humanas en el terreno de la biomedicina están sometidas a orientaciones éticas específicas, y a continuación se enumeran las más decisivas.³

- En primer lugar, las formulaciones éticas de la biomedicina han de liberarse de los residuos tabuísticos de una moral excesivamente temerosa ante las intervenciones del hombre en este ámbito de su realidad.

- De una moral naturalista es necesario pasar a una moral en la que el criterio fundamental sea la persona, para ello es necesario entender la comprensión normativa de persona dentro de una visión integral. La moral del futuro está buscando un concepto de totalidad que abarque todo: la dignidad, el bienestar del hombre en cuanto persona en su relación esencial para con Dios, para con el hombre y para con el mundo que lo rodea.

Este personalismo moral no ha de entenderse en clave individualista y privatista; se trata de un personalismo entendido y valorado desde la alteridad.

³ "Idem, p. 50".

- Liberada de los residuos tabuísticos de un orden natural sacralizado y proyectado sobre el principio básico de la persona como realidad normativa conviene entender la ética de la biomedicina como la instancia normativa del proceso de humanización ascendente. La influencia del hombre y de la sociedad sobre la condición corporal humana tiene la clave de interpretación y de normatividad preferentemente en el futuro: en la idea de hombre que deseamos realizar. La bioética se plantea dentro de las claves de la esperanza y de la autentica planificación humana.

- No todo progreso técnico ha de inscribirse sin más dentro del proceso de humanización. La moral de la biomedicina se encuentra emplazada entre la manipulación y la humanización, ¿Cuáles son los criterios para discernir entre la una y la otra? Los criterios de discernimiento han de ser señalados en relación con cada práctica biomédica concreta.

- Se ha hablado en los últimos años de la necesidad de formular la moral en términos provisionales al estilo de la moral aceptada por Descartes durante la duda metódica. Este carácter de provisionalidad y de búsqueda tiene su aplicación en el terreno de la bioética.

Como dice Sporken: Las intuiciones éticas que se nos han transmitido aparecen hoy día, debido a la mutación de nuestra idea del hombre y del mundo, sometidas a una profunda revisión crítica, esto ha de decirse aún con más énfasis en lo que respecta a la ética médica, dado que la investigación médica y la asistencia facultativa se encuentran en un desarrollo progresivo extraordinariamente rápido.⁴

3.2 Religión

La religión es un concepto con principios doctrinarios, que se encuentra estructurada de manera jerárquica, es decir, la religión son los deberes que todos los hombres tienen hacia con Dios, estos deberes se deben de difundir y vigilar su cumplimiento.

⁴ "Idem, p. 51".

3.2.1 La Religión Católica Romana

Para la ética católica las funciones orgánicas y sexuales en el matrimonio son inseparables. Por tal razón, la licitud ética de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la cópula perfecta. Lo contrario lo considera una violación de la ley natural.

Reconoce en la esterilidad una calamidad que afecta emocionalmente a la pareja humana, pero no reconoce la existencia de un derecho absoluto a la descendencia, por lo que la esterilidad o infertilidad, cualquiera que sea la causa, no afecta la santidad y validez del matrimonio cristiano, si bien los cónyuges pueden acudir a la ciencia y la tecnología para subsanar esa contingencia, siempre y cuando los recursos empleados no afecten la naturaleza. "Muchos investigadores se han esforzado en la lucha contra la esterilidad salvaguardando plenamente la dignidad de la procreación humana.

Existen resultados que anteriormente parecían inalcanzables" y concluyen "Se debe de impulsar a los hombres de ciencia a proseguir sus trabajos de investigación, con objeto de poder prevenir y remediar las causas de la esterilidad, de manera que los matrimonios estériles consigan procrear respetando su dignidad personal y la de quien ha de nacer.

Rechaza la "procreación asistida", por considerar que sustituye al acto conyugal con la técnica, y se convierte a la descendencia en un medio de lograr la satisfacción de los cónyuges y no en un fin que es la dignidad del ser susceptible de ser creado.

La procreación, es un acto personal de los cónyuges entendidos éstos como la pareja unida por el vínculo del matrimonio. La labor del médico no debe de ir más allá del empleo de su ciencia y de su técnica para hacer posible el acto natural tendiente a la procreación cuando la pareja es fértil. Cuando es estéril, lo cual no afecta la validez del matrimonio, la intervención de un tercero para suplir la deficiencia del cónyuge, es inadmisibile.

La Iglesia Católica Romana solamente aprueba, con ciertas reservas, la inseminación artificial homóloga, es decir, la que se lleva a cabo utilizando el semen del marido, pero definitivamente rechaza la heteróloga (IAD), bien que se utilice esperma de un donador o bien el óvulo de una tercera persona. Descalifica la fecundación In Vitro y la considera una técnica moralmente ilícita, porque priva a la procreación humana de la dignidad que le es propia y connatural, por considerar que el niño no será producto propiamente del acto conyugal sino de la intervención del médico. Ciertamente la fecundación homóloga, opina la iglesia, no posee toda la negatividad ética de la procreación extraconyugal; la familia y el matrimonio siguen constituyendo el ámbito del nacimiento y de la educación de los hijos. En otras palabras, la inseminación artificial homóloga no está prohibida por la iglesia.

“La fecundación artificial heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio”, y explican: La fidelidad de los esposos en la unidad del matrimonio, comporta el recíproco respeto de su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente uno a través del otro”.

El recurso de los gametos de una tercera persona para disponer del esperma o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad.

La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad; opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y la responsabilidad educativa.

Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia, tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenaza la dignidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, desórdenes e injusticias en toda la vida social.

Estas razones determinan un juicio moral negativo de la fecundación artificial heteróloga. Por tanto es moralmente ilícita la fecundación de una mujer con el espermatozoides de un donador distinto de su marido así como la fecundación con el espermatozoides del marido del óvulo no procedente de su esposa. “El deseo de tener un hijo y el amor entre los esposos que aspiran a vencer la esterilidad no superable de otra manera, constituyen motivaciones comprensibles, pero las intenciones subjetivamente buenas no hacen que la fecundación artificial heteróloga sea conforme a las propiedades objetivas e inalienables del matrimonio, ni que sea respetuosa de los derechos de los hijos y de los esposos.

En términos generales, la Iglesia Católica rechaza toda procreación humana que no proceda del matrimonio, sea porque se den en la mujer soltera o se utilicen gametos masculinos o femeninos o vientre de terceras personas ajenas, para la gestación. Considera que es un derecho de toda persona ser concebida por una pareja unida en matrimonio, nacer de ella y dentro de ella, y ser educada por la pareja que la procreó. Por la misma razón de su dignidad, rechaza cualquier experimentación sobre embriones humanos, a menos que sea en su beneficio.

Rechaza también, por ser contrario a los principios anteriores, la división arbitraria de embriones mediante la fisión gemelar y la clonación de seres humanos por implantación nuclear u otro medio disponible.

El juicio del catolicismo sobre la fecundación extracorporal del óvulo queda así resumido: “Los progresos de la técnica hacen posible en la actualidad una procreación sin unión sexual, mediante el encuentro In Vitro de células germinales extraídas previamente del varón y de la mujer. El acto médico no se debe de valorar únicamente por su dimensión técnica, sino también por su finalidad, que es el bien de las personas y su salud corporal y psíquica. Los criterios morales que regulan la

intervención médica en la procreación se desprenden de la dignidad de la persona humana, de su sexualidad y de su origen.

La medicina que desee ordenarse al bien integral de la persona debe respetar los valores específicamente humanos de la sexualidad. El médico está al servicio de la persona y de la procreación humana; no le corresponde la facultad de disponer o decidir sobre ellas. El acto médico es respetuoso de la dignidad de las personas cuando se dirige a ayudar al acto conyugal, sea para facilitar su realización, sea para que el acto normalmente realizado consiga su fin.

Sucede a veces, por el contrario, que la intervención médica sustituye técnicamente al acto conyugal para obtener una procreación que no es su resultado ni su fruto: en este caso el acto médico no está como debería al servicio de la unión conyugal, sino que se apropia de la función procreadora y contradice de este modo la dignidad y los derechos inalienables de los esposos y de quien ha de nacer.

La concepción In Vitro, se realiza fuera del cuerpo de los cónyuges por medio de gestiones de terceras personas, cuya competencia y actividad técnica determina el éxito de la intervención, confía la vida y la identidad del embrión al poder de los médicos y de los biólogos, e instaura un dominio de la técnica sobre el origen y sobre el destino de la persona humana. Tal relación de dominio es en sí contraria a la dignidad y a la igualdad que debe ser común a padres e hijos.

En la fecundación In Vitro es frecuente que los embriones no utilizados sean explotados como material biológico disponible.

La maternidad sustitutiva o subrogada como popularmente se le ha llamado, no es lícita para la iglesia, “por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana”. Por “madre sustitutiva” la iglesia entiende:

- 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 el hijo inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación.

- b) La que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con el espermatozoides de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.

“La maternidad sustitutiva, representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable, ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen”.

La técnica de la fecundación In Vitro puede hacer posible otras formas de manipulación biológica o genética, como son los intentos y proyectos de fecundación entre gametos humanos y animales y la gestación de embriones humanos en útero de animales; y la hipótesis y el proyecto de construcción de úteros artificiales para el embrión humano. En torno a esto la iglesia opina:

“Estos procedimientos son contrarios a la dignidad del ser humano propio del embrión y, al mismo tiempo, lesionan el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio. También los intentos y las hipótesis de obtener un ser humano sin conexión alguna con la sexualidad la llamada “fisión gemelar”, clonación, deben ser considerados contrarios a la moral en cuanto que están en contraste con la dignidad tanto de la procreación humana como de la unión conyugal.

Por lo que respecta a los procedimientos eugenésicos, tendientes a la procreación de genotipos previamente determinados, así como a la posibilidad de la selección del sexo del niño por nacer, la iglesia las juzga contrarias a la dignidad del ser humano, a su integridad y dignidad. Cada persona merece el respeto por si misma, en esto consiste la dignidad y el derecho del ser humano desde su inicio.⁵

3.2.2 Opinión de Juan Pablo II

En el discurso que pronunciaría el Papa Juan Pablo II ante los participantes de dos congresos médicos,⁶ al referirse al tema de la experimentación humana en relación con la procreación y a la experimentación con embriones, fijó su postura en los siguientes términos:

- a) El progreso tecnológico permite al hombre tomar las riendas de su propio destino, pero puede llevarle a sobrepasarse en el dominio de su propia naturaleza, poniendo en peligro la supervivencia y la integridad de la persona humana.
- b) La ciencia no es el valor más alto al que deben subordinarse todos los otros valores. Hay que poner en un nivel más alto al derecho personal del individuo a la vida física y espiritual, a su integridad psíquica y funcional. El reconocimiento de la dignidad de la persona está por encima del valor de la investigación científica.
- c) Deben tomarse precauciones en la experimentación farmacológica para garantizar la inocuidad (cuidado) de la experimentación. Debe preceder una investigación preclínica a la realizada en la persona humana.
- d) Debe de existir un consentimiento informado por parte del sujeto que va a someterse a una experimentación.

⁵Hurtado Oliver. Op. Cit., p. 103, 104, 105, 106, 107, 108.

⁶ Discurso a los participantes en el Simposio Sobre la Experimentación en Biología, promovida por la Pontificia Academia de las Ciencias el día 23 de octubre del año de 1982 y ante la Asociación Médica Mundial el 29 del mismo mes y año.

- e) La experimentación se justifica en primer lugar por el interés del individuo, no por el de la colectividad. Esto no excluye que, sin atentar contra la integridad sustancial del sujeto, éste pueda asumir ciertos riesgos para contribuir al progreso de la ciencia médica y al beneficio de la colectividad.

Juan Pablo II condena “del modo más explícito y formal” las manipulaciones experimentales del embrión humano, ya que el ser humano desde su concepción, hasta su muerte, explica, no puede ser instrumentalizado para ningún fin.

3.2.3 Opinión del Protestantismo

Debido a que la interpretación de la Biblia es el fundamento de las enseñanzas de las diversas ramas del protestantismo, y causa de su desunión, la posición de una a otra secta varía considerablemente.

No existe un criterio unificado respecto a la “procreación asistida”. La mayoría de las iglesias protestantes dejan en libertad a sus asociados para que en conciencia decidan la conducta a seguir a ese respecto.

La ética protestante difiere según proceda del grupo conservador o del liberal. La rama conservador o del liberador. La rama conservadora sostiene que aquellos actos específicamente considerados en la Biblia como obligatorios deben ser cumplidos por todos.⁷

3.2.4 La ética Judía

⁷ Hurtado Oliver. Op. Cit., p. 109.

Entre el judaísmo, el criterio sobre la inseminación artificial y procedimientos afines no es unánime, y varía en amplio espectro desde la condenación de su práctica por parte de judíos ortodoxos conservadores hasta la aprobación por parte de algunos grupos liberales.

Bajo las leyes judías, una mujer que participe en la IAD no es culpable de adulterio. El hijo nacido de la inseminación artificial por donador es considerado legítimo, sin importar si la madre es casada o soltera. Solamente cuando ha quedado establecido que el hijo es producto de una relación adúltera o incestuosa, será tenido por ilegítimo. Existe una fuerte presunción en contra del adulterio y el incesto. De hecho es virtualmente imposible que una concepción fue adúltera o incestuosa en tanto que el marido es siempre presumido ser el padre de los hijos de su esposa.

El rabino Nissim, estableció que los hijos nacidos a la pareja como consecuencia de la inseminación artificial, serían reconocidos por la religión judía como legítimos. Sin embargo el donador de gametos en un acto de inseminación artificial, aunque no resulta estigmatizado por su acto, permanece como el padre natural del niño, aunque sea relevado de las obligaciones civiles en relación con mantenimiento y herencia en relación con él.

Voceros de la Ortodoxia judía están de acuerdo en considerar la inseminación homóloga como recurso para parejas estériles, después de que hubiesen transcurrido diez años sin descendencia y hubiesen empleado otros recursos sin éxito. La necesidad de su uso debe ser atestiguada por los médicos y atestiguada por un rabino.

La posición judía ortodoxa confunde a quienes no pertenecen a esa religión. Mientras que los niños nacidos de la inseminación artificial son considerados legítimos, la práctica es prohibida.

El esposo cuya mujer gesta un niño concebido por inseminación sin su consentimiento, puede demandar el divorcio, aunque el acto de la mujer no se considere pecaminoso, sino existe intento de adulterio.

Uno de los más prestigiados voceros del judaísmo moderno resume así su punto de vista: “La inseminación artificial por donador destruye la relación que debe existir entre la procreación y el matrimonio, considerará como la básica y sagrada institución de la sociedad humana para la unidad de la familia, y posibilitaría a la mujer su vocación por la maternidad sin necesidad de hogar y marido.”⁸

3.3 Política

La política es el arte de gobernar, de utilizar el poder público, en beneficio de la colectividad, la política es vista como un producto social derivada de la actividad humana que previene y da solución a los conflictos que pudieran surgir dentro de la sociedad.

La política se rige por las leyes e instituciones creadas por los hombres destinados a personas quienes se encargan de mandar y otras de obedecer, personas que deciden participar en los asuntos políticos de una sociedad.

La política trata de que la sociedad viva sin conflictos, en donde todos podamos vivir de acuerdo, pero como es de saberse una sociedad humana no puede vivir sin conflictos, es difícil vivir sin conflictos, la política busca el bien común para toda la sociedad.

Dentro de la política existen dos corrientes ideológicas, una que supone que el bien común es para el individuo, y otra que se opone al individualismo, presumiendo que el bien común es para todos.

Por ello debemos entender que lo que nos conviene a todos parte de la decisión de la voluntad mayoritaria y de la minoría. El dialogo y la tolerancia entre todos los sujetos participantes de una sociedad, para la obtención del consenso.

⁸ Ibidem.

Dentro de la sociedad existen parejas con problema de esterilidad, madres solteras, mujeres profesionistas, niños abandonados o de la calle y una gran desigualdad social.

Existen varios tipos de comunidad, cada una de ellas producto de sus circunstancias políticas, económicas y sociales. No podemos comparar las comunidades europeas con las latinoamericanas, las primeras se desarrollan en sistemas económicos de "primer mundo", con estabilidad política, con problemas históricos como el de vivir guerras mundiales o civiles, así como con una población predominantemente adulta; mientras que el segundo tipo de comunidades son países "subdesarrollados", con pobreza extrema, sin problemas de guerra, con estabilidad o inestabilidad política, con población predominantemente joven.

El buen político tiene que aprender a diferenciar en que tipo de comunidad vive, pues la forma de hacer política y encontrar el bien común en un lugar, no es el mismo que en otro.

En México se deben tomar en cuenta que problemas se deben de prevenir o solucionar en torno a Reproducción Humana Asistida.

Tenemos que tomar en cuenta que el problema de esterilidad en México no es el mismo que se presenta en Europa, por ello la gente involucrada en esto como filósofos, sacerdotes, legisladores, científicos y hasta los propios políticos, no consideran como un asunto prioritario y sobre todo de interés social, poniendo como ejemplo a Europa en donde existe un problema más grande de esterilidad, no dejando atrás que en México existe gente que recurre a la Reproducción Humana Asistida solamente que nuestra cultura es más conservadora. Pero no hay que dejar tomar en cuenta que debido a la falta de legislación o lagunas en la ley existen o pueden existir problemas legales respecto a la cuestión tratada.

Democráticamente, tendrían que intervenir en la discusión los religiosos con su opinión del alma, de los pecados, así como de los deberes del hombre con Dios; con los filósofos, por lo que se

refiere a la moral, a la ética, a la libertad y responsabilidad del hombre; con los científicos que propugnan por no impedir ni limitar el avance de la ciencia. Sin omitir desde luego, las opiniones de las relaciones de pareja no matrimoniales, tales como las mujeres solteras o profesionistas que desean procrear pero no embarazarse, o de las parejas lesbico-geys.

En conclusión, podemos finalizar diciendo que la política interviene en este tema, porque será la mediadora entre los filósofos, religiosos, científicos, familias y mujeres, por lo que se refiere a la discusión de permitir la Reproducción Humana Asistida; cualquier solución que encuentren los políticos, debe ser producto de la democracia pura y no de la demagogia.

3.4 Derecho

Al popularizarse la inseminación artificial y la posibilidad de congelar células germinales masculinas para su uso posterior, las presunciones del derecho tradicional se tomaron obsoletas, para procrear ya no es necesario el "contacto carnal" cuya prueba existen los viejos códigos para reputar cierta la paternidad. Los esposos pueden estar en lugares opuestos y aun haber muerto el cónyuge, y la mujer es susceptible de embarazarse con semen del marido depositado o en un congelador; un examen del DNA puede establecer la procedencia genética y dejar establecida la paternidad, sin lugar a dudas, sin largos, molestos y costosos procesos judiciales. De la misma manera, la prueba es idónea para demostrar lo contrario, pero siendo común que la inseminación de la esposa con semen de un tercero extraño se lleve a cabo con el consentimiento del esposo, el derecho moderno ha dado valor definitivo a ese consentimiento para determinar la filiación al margen del lazo de sangre entre el marido y el hijo gestado por la esposa, como es tradicional.

Dentro del mismo contexto se encuentra la determinación de la maternidad. En efecto, antes de que la fecundación In Vitro se popularizara, la situación era muy clara: *portus sequitur ventem*, madre es la que pare, reza la vieja doctrina latina, como también *pater est quem nuptias demonstrant*, padre es el marido de la madre, antigua presunción del derecho familiar, cuya finalidad era proteger a la prole de la pareja unida en matrimonio. El derecho tradicional sigue

guiándose de estos ancestrales principios cuya validez ahora se torna cuestionada con los nuevos procedimientos: inseminación artificial heteróloga, donación de óvulos, maternidad subrogada, transferencia de embriones producidos en el laboratorio, etc. En tales casos ¿Quién es la madre? ¿La que gesta y pare aunque no hubiese aportado elementos genéticos? ¿La madre biológica que no gestó ni parió? ¿La que pagó para que otra mujer se embarace por ella?

La fecundación In Vitro ha creado problemas creados problemas jurídicos que el Derecho debe aclarar: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del embrión? ¿Es una persona desde el momento que es concebido? ¿O desde cuando? ¿De quien es el embrión antes de ser transplantado? ¿Quién tiene el derecho de decidir su destino?, esta y otras muchas cuestiones deben de ser aclaradas por el derecho.

Por ejemplo el depósito de células germinales originan otros problemas: ¿Cuál es la naturaleza de la célula germinal? ¿Es legal su comercialización? ¿Qué responsabilidad asumen quienes las aportan? Y en relación a este comercio, ¿tienen las mujeres y hombres solteros o parejas homosexuales derecho a utilizarlas y traer al mundo seres que no nacerán en el seno de una familia?

El trabajo jurídico debe hacerse más dinámico. No hay que olvidar que el Derecho es una cultura que se nutre en experiencias de la vida social, y que el jurista, en última instancia, no solamente tiene como función pensar en un caso particular como comprendido en un concepto general, encasillando el presente en el pasado, sino estar alerta a las transformaciones de la sociedad en general a la que sirve y de la que forma parte, y promover el cambio cuando perciba su necesidad.

El derecho es una disciplina importante dentro de la Reproducción Humana Asistida, ya que este debe de establecer principios y reglas, que ordenen jurídicamente, la licitud de la conducta humana, estableciendo expresamente permisiones y prohibiciones sobre esta materia, a efecto de no dejar alguna laguna que pueda agravar el problema, por ello se puede argumentar que cuando

los filósofos, religiosos y políticos, se pongan de acuerdo en la postura de la Reproducción Humana Asistida se podrá realizar una reglamentación apropiada.⁹

3. 4. 1 Elementos personales y reales de la reproducción asistida

Como elementos personales de la Reproducción Humana Asistida, tendríamos en primer lugar a la pareja de hombre o mujer. Pueden ser una pareja unida en matrimonio o en concubinato, e inclusive puede darse el caso, de que ninguna de las dos partes se llegue a conocer. Puede darse también el caso de la aparición de “terceras personas”, uno que aporta el “material biológico” y la otra, preste su matriz. Este tipo de relaciones, tendrían que ser regulados tanto por el derecho familiar, como por el derecho público.

Como otro segundo elemento (real), tendríamos el espermatozoides y el óvulo, la principal fuente de energía, que permite en términos científicos, la procreación de un ser humano. El espermatozoides es la célula que secretan los testículos del hombre, como lo son los óvulos en los ovarios de la mujer. Éste “material genético”, (espermatozoides y óvulo), es el requisito indispensable para la creación de un ser humano. Cuando se unen los dos gametos, se forma una célula fecundada, también conocido como cigoto, o “concepción”.

3.4.2 Naturaleza jurídica de los elementos reales de la reproducción asistida

Sobre este hecho, al Derecho le corresponde, definir a partir de que momento, puede esa célula fecundada, si es antes o después de su concepción, ser sujeto de la tutela legal.

⁹ Ibidem.

La discusión de la existencia del gameto, preembrión y embrión, no se limita ahí nada más, sino que también va más allá, definir de que forma podemos tratar a un espermatozoides o a un óvulo, si como “cosas” o “personas”.

Esto es realmente importante, porque desde un punto de vista clásico, la relación jurídica que puede existir entre una persona y una cosa, vendría siendo un derecho real, donde los titulares del espermatozoides o del óvulo, pueden hacer con ello, lo que quieran, inclusive, hasta destruir la “cosa”.

Pero si la relación jurídica es vista desde un punto de vista de derecho personal, ¿que derechos y obligaciones tendría las personas que secreten sus espermatozoides y óvulos, con estos mismos?. ¿Tendría derechos los gametos?, ¿Quién sería el representante legal de un espermatozoides o un óvulo?, sin animo de comicidad alguna, ¿la destrucción de un espermatozoides, sería espermatocidio?.

3. 4. 3 Naturaleza jurídica del “donante” del material genético

El “material genético”, o gametos, pueden ser aportados tanto por el hombre o mujer fértil que tiene interés en la procreación de un ser humano, o bien, puede ser el mismo aportado por un “donante”. La aparición de esta persona, llamada “donante”, impone al legislador, la carga de regular, los derechos y obligaciones de esta persona.

Cuando en una pareja es infértil o uno de ellos, se necesita la “colaboración” de una tercera persona que aporte el gameto necesario, para la fecundación. Esa tercera persona, sería el “donante” y entregaría su gameto, para contribuir en la reproducción asistida.

La aparición del “donante” genera un conflicto de paternidad biológica y formal, entre el padre o la madre biológica portadora del gameto, y el padre o madre quien reciba ese parentesco formal y socialmente.

Es decir, X persona no puede tener a Y hijo. Aparece un donador Z quien aporta el gameto para que Y pueda concebirse. La fecundación y la gestación de Y se da exitosamente, Y es hijo de X porque así lo reconoce el Derecho Familiar. ¿Podría el legislador otorgar derechos y obligaciones a Z respecto a Y?, ¿podríamos adjudicar un parentesco de paternidad entre Z y Y?, ¿De que forma podrían resolverse los conflictos entre X y Z?.

¿Podría regularse la relación jurídica del “donante” y el gameto “donado”, como si se tratara de un contrato de donación?.

3. 4. 4 Regulación de las clínicas de reproducción asistida

Esto tendría que regularse por un tipo de normas jurídicas diferentes al derecho privado, toda vez que al tratarse de un asunto de interés público, obliga al legislador, la necesidad de establecer o de instituir la aparición de una tercera persona o corporación pública (de salud), encargada de velar porque las normas que regularice la reproducción asistida sea vigilada y cumplida eficazmente.

Esto conllevaría, a considerar la inseminación artificial o la fecundación In Vitro como una vía para la procreación, además de un derecho de la familia o de las mujeres; quedando a cargo del Estado por conducto de las instituciones públicas a las que hicimos referencia, monopolicen el servicio público de inseminación artificial. ¿o bien, puede permitirse que el servicio sea proporcionado por los particulares, de manera libre o restringida?.

El Derecho tendría que regularizar las relaciones jurídicas entre las parejas o mujeres infértiles, los “donantes” y las instituciones médicas especializadas en la reproducción asistida. Pero regularizar este tipo de relaciones jurídicas, se verían influenciadas por el poder económico de los solicitantes del servicio.

Si el servicio de Reproducción Humana Asistida, es proporcionado por una institución médica privada, el costo del mismo, lo haría inaccesible para miles de familias o mujeres.

En cambio, si el servicio lo proporciona una institución pública, esta impondría criterios “socioeconómicos”, para beneficiar o negar el servicio a los solicitantes. La línea política del Estado recordaría las ideas del prolefbico Roberth Malthus, que decía que únicamente los ricos pueden engendrar a sus hijos, los pobres no.

De aquí la necesidad deontológica del Derecho, de legislar bajo un criterio de justicia y equidad, que garantice a los solicitantes de servicio, igualdad de oportunidades en el acceso del servicio, sin prejuizar su situación económica, ni mucho menos, vulnerando sus más elementales derechos humanos, como lo es el de procreación.

3. 4. 5 ¿Existe un derecho a la procreación?.

Uno de los problemas, que enfrenta la Filosofía del Derecho, es determinar si existe un derecho a la procreación.

Para eso, algunos doctrinarios sostienen que la mujer tiene un derecho fundamental a procrear, que se trata de un derecho humano tan importante, como lo es el derecho a la vida y a la libertad. Lo que lo convierte para algunos otros doctrinarios, en un derecho de la personalidad.¹⁰

Sin embargo, resulta que en las Declaraciones de Derechos Humanos no se encuentra una formulación explícita sobre el derecho a la procreación. A lo más que llegan tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 como en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 16.1 y 23 apartado 2° respectivamente, es establecer el derecho a fundar una familia, más no a procrear.

¹⁰ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *La Fecundación In Vitro y la Filiación*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1993. Pág. 41.

Esto genera fuertes discusiones, al generarse un debate, sobre el conflicto y conciliación de derechos, entre la madre o pareja de querer procrear para tener descendientes, con los derechos de los hijos a venir al mundo.

Por su parte la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo cuarto que "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

Consideramos que la Constitución si establece claramente ese derecho a la procreación, mientras que por otro lado, en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, si bien es cierto no dispone expresamente ese derecho, se entiende por implícitamente puesto, dentro del derecho a fundar una familia.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO RESPECTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

4.1 Principios generales de legislación comparada

A continuación se mostraran algunos de los lineamientos que se encuentran contemplados en diferentes legislaciones como en España, Italia, Inglaterra, Francia; sin olvidar los criterios jurisprudenciales de los Tribunales de los Estados Unidos de América, Australia.¹

En tal orden de ideas, se señala como principales lineamientos, los siguientes:

4.1.1 Necesidad de regular la reproducción humana asistida.

Es necesario regular la reproducción humana asistida, ya sea para regularlo o para prohibirlo. Sin embargo, nuestro país, carece de normatividad jurídica al respecto.

4.1.2 Casos en que debe emplearse la reproducción humana asistida.

La reproducción humana únicamente debe emplearse en casos de esterilidad. Siempre y cuando, la pareja haya agotado todos los medios terapéuticos, quedando acreditada la imposibilidad de fecundar por otros medios.

La reproducción humana asistida, también podrá emplearse con la finalidad de prevenir y tratar enfermedades de origen genético o hereditario.

¹Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia. *Código de Leyes sobre Genética*. Universidad de Deusto. Bilbao España. 1997.

4.1.3 A que tipo de mujeres, se debe emplear las técnicas de reproducción asistida

La reproducción humana asistida, será únicamente aplicada en aquellas mujeres que tengan posibilidades de que pueda lograrse la operación, sin que pongan en riesgo su salud, debiendo contar con capacidad jurídica, estar además informadas y aceptado libre y conscientemente, la reproducción asistida.

Si la mujer es casada, debe contar con el consentimiento del marido. En todo caso, el consentimiento del marido, debe ser libre e informado.

4.1.4 Finalidad de la reproducción humana asistida.

La reproducción humana, debe ser únicamente para fines de procreación.

4.1.5 Elección del gameto o preembrión que se utilizara en la reproducción humana asistida

Corresponde al Centro Autorizado elegir el gameto o preembrión del donante y no a la usuaria de la técnica. Dicha elección deberá cumplir con la máxima similitud fenotípica e inmunológica, y máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

Se transferirá al útero, solamente el número de embriones considerado científicamente como el más apto para asegurar razonablemente el embarazo.

4.1.6 Deber de Información

La información de la reproducción humana asistida, debe ser dirigida ante la pareja que solicita el servicio, como también a los donadores de gametos y embriones. Debiendo incluir dicha información, las consecuencias de orden biológico, jurídico, ético o económico, que implica el acto.

Tienen derecho de información los hijos nacidos bajo éste sistema, así como también las mujeres receptoras de gametos. Acerca de la información general del donante, pero no de su identidad.

Únicamente el juez puede autorizar mediante circunstancias extraordinarias, revelar la identidad del donante. Este derecho, únicamente lo tienen los hijos.

El reconocimiento de la identidad del donante, no implica la filiación.

4.1.7 Confidencialidad.

Estricta confidencialidad de las parejas estériles y de los donantes. La confidencialidad de los donantes de gametos, debe ser celosamente custodiada. Debiéndose guardar la identidad del donante, en el Banco respectivo y en un Registro Nacional de Donantes.

4.1.8 Contrato de donación de gametos

El contrato debe ser gratuito, formal, secreto, con plena información del donante, sobre las consecuencias éticas, biológicas, jurídicas, económicas, del acto que desea realizar.

El contrato al ser gratuito, no puede tener el carácter de lucrativo o comercial.

Al ser secreto el contrato entre el donante y el centro autorizado, el Centro Autorizado debe guardar la identidad del donante, observando la confidencialidad de los datos que tenga, salvo en los casos en que la autoridad judicial ordene lo contrario.

El contrato únicamente lo deben realizar el donante y el Centro autorizado.

El donante además de tener capacidad jurídica, no debe de padecer de enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles.

El contrato podrá ser revocado por el donante, siempre y cuando exista esterilidad superveniente al donador; puede sumarse también, la obligación del donante de indemnizar los gastos realizados por el Centro autorizado.

No podrán nacer seis hijos de un mismo donante.

4.1.9 Filiación

No podrá asentarse en el acta de nacimiento, que tipo de reproducción se empleo para la fecundación del quien se registra.

No tiene acción de filiación el donante, respecto a los hijos nacidos de la mujer o pareja beneficiada de la reproducción asistida.

En caso de conocerse la identidad del donador del gameto, no implica ese hecho, filiación alguna. En caso de existir gestación subrogada, y con ello, la maternidad. La filiación se daría entre la madre "sustituta" con el menor. Y no con otras personas.

4.1.10 Bancos de Gametos y Preembriones

Los bancos podrán conservar los gametos durante un tiempo máximo de cinco años.

Los preembriones sobrantes de una fecundación In Vitro, no transferidos al útero, se crioconservaran en los bancos autorizados por un tiempo máximo de cinco años.

4.1.11 Fecundación Posmortem

Queda prohibida la fecundación posmortem.

Únicamente se autorizara la fecundación posmortem, cuando exista escritura pública o disposición testamentaria del cuius, que así lo determine. En todo caso, la vigencia de dicha autorización posmortem, será de seis meses improrrogables y se tendrá efectos jurídicos de filiación.

4.1.12 Madre Subrogada

Quedar prohibido el contrato de gestación subrogada. (gratuito u oneroso)

4.2 Ley Sueca de Inseminación Artificial

Dentro de la legislación internacional tenemos la primera legislación específica sobre esta materia fue la Ley Sueca de Inseminación Artificial del 22 de diciembre de 1985, en la que regula la inseminación homóloga y heteróloga; que la mujer receptora esté casada o tenga una relación estable como si lo estuviere; asimismo establece ciertas características especiales cuando el semen provenga de un hombre distinto del aquél con el que está casada o convive en relación análoga, como lo son el hecho de que el médico elegirá al adecuado donante de semen y que los informes sobre éste se registrarán en un libro especial de memoria clínica que se conservará durante un tiempo no inferior a setenta años. El niño engendrado cuando haya alcanzado la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en dicho libro.

Refuerzan los postulados de dicho ordenamiento la Ley del Cambio en el Código Civil de Título Relativo a la Paternidad, redactada el 20 de diciembre de 1984, con la que se incorporó una disposición la cual señala que:

Si la inseminación se ha realizado en la madre con el consentimiento de su marido o del hombre con quien convive en relación similar al matrimonio, y si es posible, tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias, que el niño haya sido engendrado por esa inseminación se considerará padre de éste, aquél que haya dado su consentimiento [...] (artículo 60).

Así como la Ley de la Modificación de la Ley del Secreto, redactada también el 20 de diciembre de 1984, en donde se establece que el secreto se mantendrá dentro de la atención médica y de la salud, entre otras materias, para el caso de la inseminación artificial.

4.3 En Alemania: La Ley sobre la Proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para Proporcionar Madres Sustitutas

En Alemania existe la Ley sobre la Proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para Proporcionar Madres Sustitutas del 30 de noviembre de 1989, en la cual se regula la maternidad sustitutiva y contiene las disposiciones penales respecto a inseminación artificial, así como la regulación para mujeres que se prestan como madres sustitutas.

El Gabinete Federal de dicho país ha sugerido que la manipulación de embriones humanos así como su utilización para fines de investigación científica, deben ser penadas por la ley, es por ello que se propuso un proyecto de Ley de Protección de Embriones, en la cual se establecen regulaciones especiales para:

- A. El abuso de las técnicas de reproducción.
- B. La utilización abusiva de embriones humanos.
- C. El abuso en la determinación del sexo del embrión.
- D. La fertilización arbitraria y trasplante artificial de embriones.
- E. La alteración artificial de genes humanos.

F. Los clones

G. La creación artificial de quimeras e híbridos.

4.4 En España existe la Ley sobre Técnica de Reproducción Asistida

En España existe la Ley sobre Técnica de Reproducción Asistida, aprobada definitivamente por el Congreso el 31 de octubre de 1988.

Esta Ley que cuenta con 21 artículos es muy precisa en cuanto a la materia que regula puesto que al determinar el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, señala que las mismas consistirán en:

A. La inseminación artificial (IA) B. La fecundación in vitro (FIV) C. Con transferencia de embriones (TE), y D. La transferencia intratubárica de gametos (TIG).

Las cuáles podrán ser practicadas siempre que estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, así como por equipos especializados.

La ley señala que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces, asimismo podrán utilizarse las técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible reforzar aquéllas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas.

Esta ley prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana y señala que la donación de gametos y preembriones es un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado, por lo que la donación sólo será revocada cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles.

Hay otras reglas especiales para la donación como lo son el que ésta será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes; sin embargo, los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad; derecho que le asiste a las receptoras de los gametos.

Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley, siempre que hayan otorgado su consentimiento a su utilización de manera libre, consciente, expresa y por escrito, debiendo tener al menos 18 años y plena capacidad de obrar, sin que establezca el requisito del matrimonio o de la relación de concubinato.

La respuesta que la ley española da a la fecundación post mortem consiste en que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en la ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón; sin embargo, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal situación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

De igual manera, establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero y que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

4.5 Principios básicos de la declaración de Helsinki (1975)

1. La experimentación en un ser humano debe respetar los principios morales y científicos que justifican la investigación en medicina humana. La experimentación en un ser humano debe estar basada en exámenes de laboratorio, en pruebas sobre animales, o sobre cualquier otro dato científicamente establecido.

2. La experimentación en un ser humano debe ser conducida por personas científicamente calificadas y bajo la supervisión de un medio idóneo.

3. La experimentación no puede ser llevada al cabo legítimamente si la importancia del objeto buscado no está en proporción con el riesgo inherente.

4. Antes de realizar un experimento, deben evaluarse cuidadosamente los riesgos y los beneficios previsibles para el sujeto o para otros.

5. El médico debe utilizar una especial prudencia cuando emprende un experimento en el curso del cual la personalidad del sujeto puede ser alterada por los medicamentos o los procedimientos experimentales.

4.6 El Reporte Warnock

En el año de 1982 el gobierno inglés designó una Comisión encabezada por Dame Mary Warnock con la finalidad de “considerar y reciente y potencial desarrollo de la medicina y la ciencia en relación con la reproducción humana asistida y la embriología: considerar que políticas y salvaguardas deben ser aplicadas, incluyendo consideraciones sobre sus aplicaciones éticas, sociales legales, haciendo las recomendaciones pertinentes”.

El informe de esta comisión conocido como Reporte Warnock en honor a la dama que la presidió fue dado a conocer por el Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra en el año de 1984, y su criterio indudablemente ha orientado el de otros países de Europa en este campo de la investigación. Su interesante contenido es a la vez extenso, por lo que me concretaré a reproducir en este trabajo una síntesis de los que yo considero necesario para su unidad y comprensión.

Comienza el comité haciendo una reflexión general sobre los problemas que motivaron los avances de la ciencia en el campo de la reproducción humana asistida, sus posibles consecuencias sociales, éticas, legales, etc; y el criterio de la mayoría de los integrantes, lo que

serviría de fundamento a las recomendaciones que posteriormente emitirían sobre cada aspecto en lo particular.

4.6.1 Esterilidad y Adopción

Comienzan por reconocer que el deseo de las parejas a perpetuarse a través de sus propios genes no encuentra por lo general alivio en la adopción. A los argumentos de que piensen que las parejas infértiles no deben ser ayudadas a tener descendencia por ser la infertilidad una forma natural de control de la población, responde diciendo que el número de niños nacidos como consecuencia de las nuevas técnicas de procreación artificial resulta insignificante en relación con los naturalmente creados, por lo que no justifica el sacrificio de quienes desean tener descendencia propia.

Calculan que en el Reino Unido, por lo menos, una de cada diez parejas son infértiles y que el problema es causa de trastornos psíquicos en quienes padecen esterilidad, por lo que consideran preferible corregir las deficiencias primarias que tener que enfrentarse a problemas más complejos en el futuro, que necesariamente afectarían a la sociedad.

4.6.2 Los embriones y la investigación

La Comisión se preguntó si los embriones humanos debieran o no ser utilizados en la investigación científica y para responderse comenzó por narrar el desarrollo de un ser humano a partir de la fertilización del óvulo por el espermatozoide.

En la fertilización el huevo y el espermatozoide se unen para formar una sola célula que contienen los cromosomas que provienen de ambos padres. Esta sola célula es totipotencial, derivándose de ella el desarrollo de todos los tipos de tejidos y órganos que forman el cuerpo humano así como los

que se convierten en la placenta y las membranas fetales durante el desarrollo intrauterino. Una vez que la fertilización ha ocurrido, el proceso de desarrollo pasa de una etapa a otra en forma espontánea, sistemática y ordenada.

Con motivo de la técnica de la fecundación in vitro, surge la posibilidad de que un embrión procreado no tuviera oportunidad de ser implantado en el útero para continuar su desarrollo hasta devenir en un ser humano. Tal oportunidad queda en manos del equipo a cargo del experimento. (Esta disposición del embrión por parte del equipo médico, para determinar si es procreado, si continuara o no su desarrollo, derecho de vida o muerte, es una de las más graves objeciones que la Iglesia Católica Romana hace a la técnica de la fecundación in vitro.

“Alguna gente sostiene: Dice la Comisión que un embrión humano vivo no debe ser privado de la oportunidad de desarrollarse para ser utilizado como material de investigación, por lo que la técnica de la fecundación in vitro podría considerársele fundamentalmente lícita solamente en el supuesto de que cada uno de los embriones producidos fuera implantado en el útero para su desarrollo”.

“Otros opinan: sin negar que un embrión sea un ser viviente, sostienen que todavía no es una persona y que si pudiera determinarse el momento en que se convierte en tal, podría decidirse cuándo en la investigación sería permisible o no.”

La Comisión decidió no dar respuesta a los interrogantes respecto al momento en que un ser humano en desarrollo deba ser considerado persona para los efectos éticos y legales por la complejidad del tema y prefirió ir directamente a la determinación de “cómo sería correcto tratar al embrión humano”. (El concepto de persona no es unánime. Generalmente quienes deben de decidir su naturaleza jurídica evaden hacerlo para no enfrentarse a intereses creados. La Comisión no fue la excepción.

Después de clasificar la investigación en pura y aplicada, la primera encaminada a aumentar y desarrollar el conocimiento de los primeros estadios de la vida humana, y la segunda dirigida a

diagnóstico directo y al alivio de la infertilidad en general, expone los argumentos en pro y en contra de la investigación que fueron aportados como elementos de juicio para tomar una decisión.

“Resulta obvio que la objeción central para el uso de embriones humanos en la investigación se funda en los principios morales”, dice y añade: “El principal argumento es que el uso de embriones para la investigación es inmoral por el solo hecho de tratarse de un ser humano, y mucha de la evidencia que nos fue aportada refuerza este argumento. El embrión se considera y tiene los mismos derechos de un niño o un adulto por virtud de su vida potencial. El derecho a la vida es el fundamental de los derechos humanos y sino respetarlo resulta aberrante, quitarle la vida a un inocente resulta especialmente inmoral.

“La primera conclusión derivada del argumento anterior, es que el embrión utilizado para investigación no tendría oportunidad de desarrollar su vida potencial, por lo que no debe ser permitida.

“Todos están de acuerdo en que es inaceptable que una persona, un adulto o un niño, sea objeto de una investigación que pudiera causarle daño o la muerte, sin haber sido plenamente informado de los riesgos y haber obtenido su consentimiento. “Los embriones aducen los que sostienen los argumentos en contra de la investigación, están en ese supuesto.”

4.6.3 Los Embriones Humanos y los Híbridos

Vehemente oposición ha generado también la actitud de algunos investigadores que utilizan los embriones para la producción de híbridos y experimentación genética que es calificada de inescrupulosa, y sostienen que es preferible prescindir de la información que pudiera resultar tanto de la investigación pura como de la aplicada, que incurrir en esos actos inmorales. Los que apoyan la investigación cuestionan la condición de persona en un embrión y consideran que solamente las personas deben ser respetadas; siendo los embriones solamente un conjunto de células que a menos que se implanten en el útero crecerían de vida potencial, no existe razón para prohibirla. “Si pueden obtener beneficios de la investigación, argumentan, entonces debe ser permitida”.

“La posición generalmente sostenida dicen los miembros de la Comisión es que si bien al embrión deben dispensársele mayores consideraciones y respeto que los que se han acordado para los embriones de animales inferiores, ese respeto no puede ser absoluto y debe balancearse contra los beneficios derivados de la investigación, pues si bien muchos experimentos pueden ser realizados con embriones de animales y luego aplicarse a seres humanos, en algunas áreas el embrión humano es indispensable, como por ejemplo en la investigación en torno al síndrome de Down y el efecto de ciertas drogas y tóxicos en el tejido humano.

4.6.4 Los embriones y su situación legal

Con respecto a la situación de los embriones en el Reino Unido, la Comisión encontró que carecían de status legal, aunque algunas leyes le dan cierto nivel de protección, el aborto es criminal, salvo las excepciones fijadas por la ley. Otras leyes tienen como propósito la protección de un niño capaz de nacer vivo y bajo las normas civiles tanto en Inglaterra como en Gales, permiten en ciertas circunstancias la reparación del daño causado a un embrión o a un feto in útero por negligencia de terceras personas. Por último la situación legal del embrión bajo el Common Law es similar tratándose de embriones in vivo, sin que se distinga al embrión in vitro.

“De todas maneras añaden, recomendamos que a los embriones humanos se les proporcione cierta protección en la ley y la mayoría estamos de acuerdo en que la investigación continúe aunque sujeta a control, para la cual recomendamos que la investigación en embriones humanos producidos in vitro y su manejo, solamente se permita bajo licencia y que cualquier uso no autorizado de ellos se detenga por una ofensa criminal.” (A pesar de la recomendación de la Comisión para que el embrión fuera protegido legalmente recientemente fueron “eliminados” varios miles de ellos que se encontraban en estado de congelación, atendiendo a la ley que prohíbe conservarlos por más de cinco años).

La legislación actual en materia de investigación con embriones en el Reino Unido y en otras partes del mundo, establece el límite de catorce días como el máximo para llevar a cabo

experimentos con un embrión, antes que sea implantado en el útero para su desarrollo. La razón de este límite lo explica la Comisión Warnock.

“Como hemos visto, la objeción del uso de embriones en la investigación es por tratarse de un ser humano potencial, pero siendo necesarios para la investigación a juicio de la mayoría de sus miembros, recomendamos que ningún embrión vivo procedente de la fecundación in vitro congelado o no, pueda ser conservado vivo, sino es transferido a una mujer, más allá del decimocuarto día siguiente al de su concepción. Este tiempo no incluye el que hubiese estado congelado. Se recomienda que se tenga por ofensa criminal el manejo o el uso del embrión después de ese límite, y que se prohíba que cualquier embrión que hubiese sido sujeto a experimentación sea posteriormente implantado para su gestación. La razón de los catorce días radica en que a partir de ese momento, se inicia la cresta neural que dará lugar al sistema nervioso central, al cerebro y otros órganos vitales, lo que permiten el embrión tener sensibilidad; antes de ese día el embrión es insensible a las manipulaciones humanas”.

Tomando en consideración que mediante la fecundación in vitro no todos los embriones producidos son utilizados, recomiendan que estos embriones “sobrantes” sean destinados para la investigación, sino fueran necesarios para la implantación, y abre también la posibilidad que sean procreados expresamente para esos fines con óvulos y esperma procedente de donadores anónimos.

Por último la Comisión recomienda que ninguna investigación en embriones “sobrantes” sea realizada sin el informado consentimiento de la pareja para quienes los embriones fueron producidos cuando esto sea posible.

La decisión de ampliar el uso de embriones para investigación hasta aquellos producidos expresamente para ese objeto, generó la oposición de algunos de sus miembros, por considerar que existía una diferencia moral entre el uso de embriones “sobrantes” y los expresamente concebidos, además de que destinarlos a su destrucción estaba en contradicción con el acuerdo de brindarles protección.

Otros razonaron que una vez autorizada la investigación en embriones vivos, el hecho de que procedan de los sobrantes o bien se procreen expresamente no hacía diferencia moral alguna. También se opinó, que prohibir la procreación deliberada de embriones para la investigación limitaría ésta y en ciertos casos la impediría, pues al perfeccionarse la técnica de la congelación de embriones las parejas que los produjeran preferirían conservarlos para el futuro, además de que los “sobrantes” no son los mejores para la investigación pues los que se implantan son los que muestran estar en mejores condiciones, los demás se descartan, lo cual afectaría los resultados.

“A pesar de la división concluyen, la mayoría sostuvo la recomendación de que la legislación debe ser en el sentido de que la investigación pueda ser realizada en embriones producto de la fecundación in vitro, cualquiera que sea su procedencia, aún más allá de los catorce días de su existencia, pero sujeta a las restricciones que imponga la licencia expedida por el órgano de control”.

A más de diez años de publicados los resultados y recomendaciones del Reporte Warnock, y de los proyectos de legislación para su aprobación por el Parlamento Británico, parece improbable que un plazo breve la legislación sobre el uso de embriones para la investigación se ponga en vigor, sin embargo, la situación no es anárquica, las recomendaciones han sido tomadas en cuenta en forma voluntaria por la comunidad científica británica, si bien el destino de los embriones excedente quedó determinado por la ley que establece que no podrán estar congelados por más de cinco años; al concluir dicho término sin que los progenitores o sus representantes lo reclamen o soliciten una ampliación del término, serán destruidos, o más bien, parece ser, destinados a la investigación.

Mientras los legisladores no se ponen de acuerdo la comunidad científica fortalece su posición. Científicos de la Universidad de Cambridge aseguran que cuentan con la tecnología para reemplazar las células óseas destruidas por la radiación en el tratamiento del cáncer con células tomadas de embriones humanos de doce días de edad. En la Conferencia Internacional que sobre la materia se llevó a cabo en Melbourne, Australia, en el año de 1985, se reportó también que los

investigadores “estaban listos” para iniciar las pruebas en embriones humanos para remediar defectos genéticos” pero, puntualizaron, no lo harían sin que el gobierno y la opinión pública dieran su aprobación.

El doctor Robert Edwards, quien juntamente con Steptoe tuvieron el mérito de ser los primeros en aplicar con éxito la fecundación in vitro, al conocer los resultados de la Comisión Warnock opinó que el término de catorce días fijado como máximo para mantener vivo un embrión, resultaba demasiado estrecho y debía fijarse un acuerdo más flexible. Culpó “ a los políticos”, de que la comunidad científica tenga que trabajar sin leyes que apoyen su labor.

Algunos opinaron que los embriones humanos pudieran ser utilizados para probar los efectos de nuevas drogas y otras sustancias tóxicas que pudieran localizar anomalías en el feto. Esta posibilidad causó profunda preocupación entre los participantes, por la posibilidad de que generara una producción en masa de embriones para estos propósitos, tal vez con intenciones comerciales, por lo que consideraron la posibilidad como inaceptable, salvo casos especiales, recomendando que esta rama de la investigación exista una estricta vigilancia y se requiera licencia específica.

También causó preocupación la posibilidad de que embriones humanos pudieran ser implantados en úteros de animales para su gestación, y aunque se descartó la posibilidad de que ésta pudiera tener éxito, más no que pudiese ser intentado, recomendó que “el implantar embriones humanos en el útero de otras especies para su gestación debe ser considerada una ofensa criminal”.

Sin embargo, reconoció que es un procedimiento aceptable cuando forma parte de un programa para aliviar la infertilidad o se utiliza en el diagnóstico de sub-fertilidad, siempre y cuando esté sujeta a ciertas restricciones, entre ellas que no se permita al embrión resultante sobrevivir más allá del estado bicelular por lo que su recomendación es que en el sentido de que “cuando la fertilización transespecies sea utilizada como parte de un programa para aliviar la infertilidad o para el diagnóstico de la sub-fertilidad, debe el procedimiento estar sujeto a licencia y el requisito para obtenerla sea garantizar que el desarrollo de cualquier organismo híbrido concluirá en la primera división del embrión. Cualquier uso de esta técnica sin licencia debe tenerse como ofensa criminal”.

4.6.5 Acerca de la Ectogénesis

Consideró también la posibilidad futura de la ectogénesis, el desarrollo completo de un ser humano fuera del cuerpo femenino, es decir, de un nacimiento in vitro. “Dicha técnica, dicen, haría posible el estudio detallado del desarrollo normal y anormal de un ser humano en sus etapas embrionaria y fetal, pero considerando lo delicado de tal situación, reiteraron que el uso de embriones más allá de los catorce días siguientes a su fertilización debe respetarse”.

“Partenogénesis, asienta el informe, es término usado para describir el proceso reproductivo mediante el cual un gameto femenino se desarrolla espontáneamente sin fertilización. Esta forma de reproducción ocurre en algunas especies de animales invertebrados y en las plantas. Aunque es sabido que la aplicación de algunas sustancias, por ejemplo el alcohol, a un huevo de mamífero no fertilizado, puede inducirle a iniciar cierto desarrollo, consideramos que no existe posibilidad en el presente para provocar la partenogénesis en los seres humanos, o el nacimiento de una virgen como es comúnmente conocida, ni la habrá en un futuro previsible.

CAPÍTULO V

MARCO JURÍDICO MEXICANO EN TORNO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

5.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establecen los derechos a la vida y a la conservación de la salud, las cuales son garantías individuales de los artículos 4ª y 14 que a la letra dicen:

Art. 4º “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad en general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución. (El Congreso de la Unión tendrá la facultad de dictar leyes sobre salubridad general de la República).

La Constitución si establece claramente ese derecho a la procreación en la primer parte transcrita, por ello considere necesario mencionar este artículo ya que emana de la Ley de Leyes y que jerárquicamente es donde se crean todas las demás.

A su vez, el párrafo segundo del artículo 14 expresa: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades , posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El individuo, comprendidos hombres y mujeres, puede actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. En este supuesto,¹ El derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Sin embargo, no es un derecho absoluto, es un derecho con límites, si bien, éstos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad y de la libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los derechos de los demás.

¿Hasta dónde el derecho a la reproducción es un derecho autónomo o en dónde empiezan los derechos de los demás? Ya se ha apuntado que en el proceso inseminatorio interviene una variedad de sujetos que deben ser tomados en cuenta, amén de los derechos del nacido. Y Resulta imprescindible regular el reconocimiento jurídico de todos los sujetos que participen en la generación de un nuevo ser.

El ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad. Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos, La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por las técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso de la mujer, ella tiene derecho a ser inseminada con espermia ya sea de donador conocido o anónimo, pero en el caso del hombre ¿cómo se hará efectivo su derecho a la procreación? ¿tiene derecho a que se le proporcione un útero para que gaste su carga genética cuando sea soltero o, si es casado, y su esposa esté incapacitada médicamente para llevar a cabo una gestación. "En un intento de mejorar la situación del hombre respecto a su derecho a reproducirse, debería defenderse su derecho a proveerse de la posibilidad de alquilar úteros para gestar hijos de su propia espermia" y sólo así podremos referirnos a un igual derecho a la reproducción, reconocido a hombres y a mujeres.

5.2 Ley General de Salud, Reglamentaria del artículo 4º Constitucional párrafo 3º

¹ Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida", Revista de Derecho Político, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 26, 1988, p. 113.

El 26 de diciembre de 1983 el Congreso de la Unión aprobó la Ley General de Salud reglamentaria del párrafo tercero del artículo 4º Constitucional, la cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, en la cual se definen las modalidades para el acceso a los servicios de salud, la integración, objetivos y funciones del Sistema Nacional de Salud y se establece la distribución de competencias entre la federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad en general.

El día 20 de febrero de 1985 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos”.

El 27 de mayo de 1987 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de Reformas y Adiciones a la Ley General de Salud, en que, entre otros aspectos, se establece en control del Estado sobre la sangre, la voluntariedad y gratuidad de su aportación.

Por último, el día 26 de noviembre de 1987 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que reforma nuevamente el Reglamento mencionado que, de conformidad con lo expresado en el artículo 1º reformado, tiene por objeto “proveer en la esfera administrativa al cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia. También declara que la ley es de aplicación en toda la República Mexicana y sus disposiciones son de orden público e interés social”.

La Ley General de Salud en su amplio espectro, como lo es la salud misma. Entre los numerosos aspectos que regula se encuentran la organización, coordinación y vigilancia de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud (Art. 3, Fracc. VII), la prevención y el control de las enfermedades transmisibles y no transmisibles (Art. 3, Fracc. XV y XVI); el control sanitario de la

disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, sus derivados y productos (Art. 3 Fracc. XXVI), el impulso al desarrollo de la comunidad y la familia, así como a la integración social y el crecimiento físico y mental de la niñez (Art. 6º Fracc. IV) y dicta las normas técnicas a que se sujeta la prestación de servicios de salud en todo el territorio nacional (Art. 13, A-I).

A través de los órganos administrativos que instituye, interviene en el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especializaciones que requiera el desarrollo nacional en materia de salud (Art. 17, Fracc. IV), procura el apoyo y fomento de la investigación entre otras, en materia de anticoncepción, infertilidad humana (Art. 68, Fracc. IV), reglamenta el ejercicio de profesiones relacionadas con la salud (Arts. 78 y 79); la investigación para la salud que comprende el conocimiento de los procesos biológicos, psicológico, etc., en seres humanos (Arts. 98 y 100), etc.

5.2.1 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud

La fertilización asistida se menciona en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud:

Artículo. 40 Fracc. XI. Fertilización asistida.- Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

El reglamento en comentario si establece que se necesita de un consentimiento informado:

Artículo. 43. Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivo o muertos; de 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 20, 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

Se entiende por consentimiento informado:

Artículo 20. Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

Artículo 21.- Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos: (Solo se explicaran los requisitos encaminados a la Fertilización Asistida, este termino lo maneja el reglamento en comentario, pero como se podrá observar aquí se maneja como Reproducción Humana Asistida a los largo de la presente tesis).

I. La justificación y los objetivos de la investigación (En el caso de fertilización asistida, la explicación deberá versar acerca de porqué se recurre a ese medio alternativo de procreación y qué efectos tendrá la inseminación artificial en su cuerpo, cuál es el motivo por la que se utiliza la clase de inseminación a la que será sometida, etc. La paciente y su pareja deberán entender la causa y razón del procedimiento).

VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento. (En relación con la fertilización asistida, este precepto puede interpretarse, como el derecho de la mujer o de la pareja a interrumpir el procedimiento, sin perjuicio que su tratamiento de la infertilidad por otros medios continúe).

VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad. (Tiene derecho la pareja a que se guarde la mayor discreción respecto a su infertilidad, al tratamiento que recibe para superarla y demás por menores que podrían invadir su privacidad).

IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando. (Recibir información acerca del curso de su tratamiento, de sus problemas y de sus posibles resultados, a fin de que la pareja decida si continúa con él o lo abandona).

Artículo 22. El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría.

II.- Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la Institución de atención a la salud.

III.- Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación.

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe.

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

¿Cuándo será admisible la fertilización asistida?

Artículo 56. La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador. (Suele acontecer que la cultura, creencias, religión, etc., de la inseminada o de su familia no permitan ciertas intervenciones. En ese caso, podrán rechazar el procedimiento).

El reglamento también menciona quiénes pueden dedicarse a prestar servicios relacionados con la fertilización asistida y el artículo 14 se define así:

Artículo 14 Fracc. VI. Deberá ser realizada por profesionales de la salud a que se refiere el artículo 114 (Se consideran profesionales de la salud aquellas personas cuyas actividades relacionadas con la medicina, odontología, veterinaria, biología, bacteriología, enfermería, trabajo social, química, psicología, ingeniería sanitaria, nutrición, dietología, patología y sus ramas y las demás que establezcan disposiciones legales aplicables, requieren de título profesional o certificado de especialización legalmente expedido y registrado por las autoridades educativas competentes), con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación. (En este caso la mujer sujeta a los procesos de fertilización asistida).

5.3 Código Penal para el Distrito Federal

El Código Penal para el Distrito Federal contempla un capítulo nombrado de la siguiente manera: Procreación asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética el cual contiene las siguientes disposiciones:

5.3.1 Procreación asistida e inseminación artificial

Artículo 149 A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrá de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o a un con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma 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 parta resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el Capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión, o en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Artículo 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

5.3.2 Manipulación genética

Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Artículo 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

5.4 Código Civil para el Distrito Federal

En el siguiente capítulo se analizarán los artículos relacionados del Código Civil para el Distrito Federal respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

CAPÍTULO VI

CLASIFICACIÓN POR ESTADO FAMILIAR Y ARTÍCULOS RELACIONADOS DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL RESPECTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

6.1 Clasificación por estado familiar

Sin duda alguna, los principales efectos jurídicos que se pudieran producir con la reproducción humana asistida, son los del estado familiar, que consisten básicamente las diversas relaciones jurídicas que pueden sostener las distintas personas que participan en una inseminación artificial, entre estos mismos y con el ser fecundado.

Para eso expondrán las distintas hipótesis que pudieran darse, en la cual manifestamos el tipo de esterilidad, así como los portadores del esperma, óvulo y del útero, a fin de especular sobre el posible parentesco que pudiera surgir.

TIPO DE ESTERELIDAD	ESPERMA	OVULO	UTERO
Madre estéril con capacidad de concebir	Padre	Madre	Madre
Padre estéril. Madre con capacidad de concebir	Donante	Madre	Madre
Madre estéril capaz de gestar	Padre	Donante	Madre
Pareja estéril . Madre capaz de gestar	Donante	Donante	Madre
Madre estéril e incapaz de gestar	Padre	Donante	Sustituta
Pareja estéril y madre incapaz de gestar	Donante	Donante	Sustituta
Pareja fértil y madre incapaz de gestar	Padre	Madre	Sustituta
Madre fértil e incapaz de gestar. Padre estéril	Donante	Madre	Sustituta

a) Madre estéril con capacidad de concebir, con esperma del padre y óvulo de la madre, en el útero de la madre: Esta situación no produce tantos efectos jurídicos ni problemas tecnológicos de inseminación artificial, toda vez que la esterilidad de la madre puede ser tratada por diversos medios, sin necesidad de llegar a la reproducción asistida.

Razón por la cual al lograrse la fecundación por distintas vías a la inseminación artificial, el parentesco que existiría entre el ser fecundado con la de sus padres, es la misma que reconoce el Código Civil, la de padre, madre e hijo.

b) Padre estéril, madre con capacidad de concebir, con esperma del donante y óvulo de la madre, en el útero de la madre: En éste caso, se necesita de una tercera persona, quien es el “donador” portador del esperma.

El debate científico, ético, jurídico, sería definir el parentesco que existe entre el ser fecundado con la del “donador” portador del esperma, quien en términos científicos, sería su “padre biológico”.

Por otra parte, de conformidad a la tradición clásica del parentesco familiar, tenemos que la relación paternal-filial, se sostendría con el ser fecundado y con el padre estéril, sin tomar a consideración su incapacidad (esterilidad) para fecundar.

c) Madre estéril con capacidad de gestar, con esperma del padre y óvulo de la donante, en el útero de la madre: En éste caso, tenemos que la madre es incapaz de fecundar, más no de gestar; es decir, puede la madre del ser fecundado, encontrarse en estado de gravidez, sin que la misma haya aportado el gameto para la concepción.

Es el caso inverso del padre estéril, sólo que aquí la esterilidad de la madre no implica forzosamente la capacidad gestar.

Por otra parte, el debate científico, ético, jurídico, sería definir la maternidad del menor, toda vez que la donadora del óvulo, sería en términos científicos la “madre biológica”.

Siguiendo el parentesco tradicional del derecho familiar, la maternidad sería únicamente entre la madre que alumbró en el parto al menor, sin importar quien haya sido la donadora del óvulo.

d) Pareja estéril con capacidad de gestar de la madre, con espermatozoides y óvulo de donadores, en el útero de la madre: Este caso es más complicado que los anteriores, toda vez que en éste, los “padres biológicos” son los portadores del semen y el óvulo, con el cual se logra la fecundación.

Sin embargo, dentro del parentesco tradicional, el parentesco entre el hijo respecto a sus padres, sería el que reconoce el Código Civil, sin importar si ambos fueron o no, portadores de los gametos. Aunado a que formalmente, la madre que alumbró en el parto, se le imputa la maternidad.

e) Madre estéril e incapaz de gestar, con espermatozoides del padre y óvulo de la donante, en el útero de la sustituta: Este caso socialmente es difícil que pueda darse, toda vez que el padre puede lograr la reproducción humana, procreando naturalmente con otra mujer en unión libre, distinta a su pareja (matrimonial o concubinaria), e inclusive negociar ilícitamente, con la madre del menor, para registrarlo como hijo de su pareja formal.

f) Pareja estéril con madre incapaz de gestar, con capacidad de concebir, con espermatozoides y óvulo de los donadores, en el útero de la sustituta: Un caso quizás absurdo por los requisitos que se mencionan y que bien, pudiera encontrar una vía alterna, como lo es la adopción de un menor que pueden contraer una pareja.

g) Pareja fértil con madre incapaz de gestar, espermatozoides y óvulo del padre y madre, en el útero de la sustituta: Un caso social concurrido y que puede darse constantemente, al existir el deseo de los padres de lograr la fecundación con sus propios gametos, pero con la ayuda de una madre sustituta.

Los problemas jurídicos que pudieran precisamente originarse, es la situación del menor creado con respecto a la “madre sustituta” y con su madre portadora del óvulo.

Siguiendo los lineamientos del parentesco familiar, la maternidad le correspondería a la llamada “madre sustituta” por alumbrar en el parto, sin importar si la misma fue o no, donadora o portadora del óvulo.

h) Madre fértil e incapaz de gestar, padre estéril con espermatozoides del donador, óvulo de la madre, en el útero de la sustituta: Otro caso que pudiera ser común, independientemente de que la madre tenga capacidad o no de gestar, toda vez que en esta situación se buscaría a la “madre sustituta”, para la gestación del ser fecundado.

Siguiendo de nueva cuenta, los lineamientos del parentesco, no existiría vínculo jurídico entre los padres del menor, toda vez que la maternidad le correspondería a la madre sustituta.

6.2 Derecho a la procreación asistida.

El artículo 162 del Código Civil del Distrito Federal, extendiendo aún más la garantía individual reconocida en el artículo cuarto constitucional, que :

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número de 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.

Dicho artículo recoge el derecho de índole familiar, la libertad de procrear, lo que significa también, su congruencia con los artículos primero de la Constitución (Párrafo 1 en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y las condiciones que esta misma establece)

y segundo del Código Civil del Distrito Federal, al manifestarse la igualdad de todas las familias, independientemente de su situación económica, a acceder a los tratamientos de reproducción asistida, cuando sus circunstancias biológicas naturales no se los permitan.

6.3 Reproducción asistida y parentesco

El artículo 293 del Código Civil del Distrito Federal, amplía la descripción del parentesco familiar, en los siguientes términos:

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

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

Aquí debemos observar que el precepto está dejando a un lado la paternidad y filiación de entre los donadores del esperma y del óvulo como producto de la reproducción asistida.

6.4 Reconocimiento de la paternidad

Artículo 326 del Código Civil del Distrito Federal: El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque está declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que se demuestre que no tuvo relaciones dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

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.

Artículo 329. Las cuestiones relativas a la paternidad de hijo nacido después de trescientos días de la disolución de matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en el Código Civil del Distrito Federal, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación: pero esta acción no prospera, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

El artículo 382 del Código civil consigna que la persona que tenga a su favor un principio de prueba -y el contrato de donación y la inseminación lo serían- puede llevar a cabo una investigación de la paternidad. Si llegara a establecerse la paternidad en el juicio, surgiría, aunque esa no hubiera sido la intención del donante, una filiación con respecto al nacido con todos los efectos jurídicos.

6.5 Causal de divorcio

El artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, en su fracción XX establece como causal de divorcio la siguiente:

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

El anterior artículo tiene relación con lo dispuesto en los numerales 146 y 162 del citado Código

Artículo 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. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que la ley exige.

Artículo 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 establece la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Los dos artículos transcritos tienen relación ya que la procreación debe ser por decisión de los dos cónyuges, y si alguno de los cónyuges no consintió la procreación asistida la ley le permite ejercitar la acción de divorcio.

El precepto tratado puede discutirse éticamente, religiosamente y moralmente, pues la ley protege la libertad de los cónyuges a decidir cuando procrean a sus hijos, también lo es, que se deja sin protección alguna, al producto de la fecundación, lo que significa, dejar a un futuro niño con una familia disuelta, en contravención a las diversas disposiciones jurídicas de orden nacional e internacional que protegen a la infancia.

6.6 Fecundación Posmortem (Filiación)

El Código Civil del Distrito Federal permite en el artículo 329 la fecundación posmortem, en los siguientes términos:

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 el Código en comentario, 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.

La disposición normativa establece de una deficiencia legislativa, toda vez que de una interpretación al Código Civil, se entiende por consentimiento expreso, el que se señala en el

artículo 1803 del citado Código, como aquél que se “manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos”.

Derivado de lo anterior, puede uno de los cónyuges procrear asistidamente, basándose en la manifestación verbal, escrita o por signos inequívocos, que puede hacer uno de los cónyuges en vida, lo que generaría una serie de conflictos judiciales, ante la ineficiencia del legislador, al no señalar concretamente, mediante que forma legal debe extenderse ese consentimiento expreso, siendo la forma recomendable, la escritura pública, un juicio de jurisdicción voluntaria, o bien, una disposición testamentaria que así lo señalara.

Por otra parte, incurre nuevamente el legislador ante otra deficiencia aberrante, al no señalarse término mediante el cual, la cónyuge supertiste pueda hacer valer su derecho de fecundar con los espermas del marido muerto, pues deja abierta que lo pueda hacer en cualquier tiempo, lo que significaría también, inseguridad jurídica en el derecho sucesorio. Pues dicha disposición normativa, en vez de conceder un derecho a la procreación, esta generando una inseguridad jurídica a la sociedad, especialmente a la familia y a los menores productos de la reproducción asistida.

Dicho precepto legal, debe prescribir que el consentimiento sea manifestado ante una forma legal, que no sea ni la verbal, ni por signos inequívocos, ni por escritura privada; debiendo señalar como plazo para ejercitar éste derecho a la cónyuge supertiste, un término de seis meses a partir de la muerte del difunto, para no dejar en estado de indefensión al menor, por lo que respecta a los derechos derivados del parentesco de su padre.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Como sabemos las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son un medio alternativo para las parejas infértiles, existen diferentes técnicas aplicables a los diferentes casos y padecimientos.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida consisten en aplicar métodos específicos a hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización. En vista de la variedad de personas que pueden intervenir en ellas y del distinto papel que desempeñan su aplicabilidad depende de las perturbaciones físicas de los sujetos.

SEGUNDA: Desde tiempos remotos se dieron intentos por la reproducción humana asistida, uno de los logros más importantes fue el que se dio en el año de 1978 con el nacimiento de la niña Louise Brown en Inglaterra en el Hospital de Oldham el logro de la reproducción humana extracorpórea fue realizado por los médicos ingleses Patrick Christopher Steptoe y Robert Geoffrey Edwards, y a partir de este momento muchos médicos tomaron de base esta experiencia para seguir investigando acerca del tema en cuestión.

Desde siempre han surgido controversias en cuanto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ya que como se vio en el contenido de la presente se dan cuestiones que la legislación no ha podido resolver, México es uno de los países con más deficiencia en su legislación.

TERCERA: La inseminación homóloga de una mujer casada con el espermatozoides de su esposo no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella, es hijo del matrimonio, su filiación y su consecuente situación jurídica está previsto en la mayoría de las legislaciones. Existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal, la condición jurídica del menor está reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar.

Como presupuesto para llevar a cabo la inseminación artificial homóloga, se requiere el consentimiento de la mujer, integrado con el del marido, en el caso de la mujer, unida en matrimonio o de la pareja.

La inseminación heteróloga es aquella donde interviene un tercero que aporta el espermatozoides que no es del marido. Las opiniones más radicales incluso han llegado a afirmar que esta inseminación configura un delito de adulterio y que como tal debe de ser tratado.

CUARTA: La fecundación In Vitro es una técnica que aparece en la década de los años 70. Esta técnica es un remedio en los casos en que la mujer presenta una lesión irreparable de las trompas que impide el transporte de los gametos.

En 1978 se logra en Gran Bretaña, la primera fecundación de un ser humano fuera del vientre humano. Excluyéndose con ello el acto sexual, lográndose la concepción del espermatozoides y el óvulo en una placa de laboratorio.

QUINTA: Llamemos maternidad subrogada, cuando la gestación del feto, se realiza por una tercera persona (hembra) quien presta su matriz.

Así tenemos el caso, de dos maternidades. La madre biológica quien presta el óvulo y la madre sustituta, quien aporta la matriz y los nueve meses de gestación.

Esto puede complicarse aún más, cuando el óvulo es proporcionado por una "donante" y no precisamente por la "madre formal".

La maternidad subrogada, de ser aceptada, tendría que ser regulada, a efecto de fijar las reglas mínimas para la investigación de la maternidad.

SEXTA: La ética juega un papel importante ya que su objetivo primordial es, el entendimiento de la conducta humana, lo que es bueno y lo que es malo, el ser humano toma sus propias decisiones y por ello decide si se somete o no a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida al encontrarse ante la imposibilidad de procrear naturalmente, debe de decidir de manera libre y sin presiones de ningún tipo, debe tener conciencia de los efectos de la aplicación de las técnicas en cuestión, efectos físicos, médicos, sociales y jurídicos.

Las personas que deseen la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe decidir de manera libre, consiente y no caprichosa, es decir, que por no enfrentarse a nueve meses de embarazo prefieran acudir a una madre sustituta subrogada por no sufrir durante la gestación del bebe o bien durante su nacimiento o más aún por cuestiones de estética y vanidad.

Para los profesionales de la salud debe prevalecer el término ética ya que estas personas ayudan a combatir los problemas de esterilidad, nunca debe de realizar actos que lleven a la destrucción de la sociedad y por ello debe de realizar sus investigaciones de forma cautelosa y consiente.

SÉPTIMA: Para la iglesia Católica Romana las relaciones sexuales en el matrimonio son indispensables para la procreación humana, a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida las considera como a una violación a ley Natural, y considera que si es una desgracia que la pareja unida en matrimonio no pueda procrear pero esto no quiere decir que tenga que afectar dentro de las relaciones matrimoniales. En ciertos casos y con ciertas reservas la Iglesia Católica si acepta la inseminación homóloga, pero a la heteróloga la considera algo nefasto.

OCTAVA: Juan Pablo II ante un congreso de médicos, mencionaba que el hombre es libre de elegir su propio destino, pero no puede pasar su dominio sobre su propia naturaleza poniendo en peligro su integridad propia, para el la dignidad de las personas esta por encima de las investigaciones científicas, por ello y por cuestiones que argumento rechaza completamente las Técnicas de la Reproducción Humana Asistida.

NOVENA: Dentro de la ética judía existe una división de dos grupos: los que condenan a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (judíos ortodoxos) y algunos de los grupos que si aprueban la aplicación de estas técnicas (grupos liberales).

DÉCIMA: En cuanto a la política como ya se sabe previene y da soluciones a los conflictos que se puedan dar dentro de la sociedad y busca un bien común para todos, por ello la política debe solucionar los problemas relacionados a la esterilidad, debe de buscar el dialogo y el consenso sobre este tema y ver que grado de esterilidad existe en México y que tan utilizable son las técnicas en cuestión para poder determinar la creación de instituciones y leyes que regulen este tema, es decir, buscar soluciones y propuestas de tal forma que la aplicabilidad de Técnicas Reproducción Humana Asistida no rebasen limites éticos, religiosos y jurídicos.

DÉCIMA PRIMERA: El Derecho juega un papel sumamente importante dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el derecho establece principios y reglas que regulan la conducta humana, es el que regula los actos humanos dentro de un marco legal, es decir, el que permite o prohíbe.

DÉCIMA SEGUNDA: El derecho comparado nos puede dar lineamientos para establecer un reglamento que regule aspectos tales como: la necesidad de regular la reproducción humana asistida, los casos en que debe emplearse la reproducción humana asistida, a que tipo de mujeres se debe emplear las técnicas de reproducción humana asistida, la finalidad de la reproducción humana asistida, la elección del gameto o preembrión que se utilizara en la reproducción humana asistida, el deber de Información, confidencialidad, el Contrato de donación de gametos. la filiación, bancos de Gametos y Preembriones, todo ello lo contemplan algunas legislaciones de España, Italia, Inglaterra, Francia; sin olvidar los criterios Estados Unidos de América, Australia, entre otros más.

En cuanto al derecho de la Reproducción Humana Asistida El artículo 4º constitucional establece: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...", pero, como todo derecho, éste se extiende hasta donde no se vulnere otros derechos reconocidos.

La Ley General de Salud es reglamentaria del párrafo tercero del artículo 4º Constitucional la cual reglamenta a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud el cual establece que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida necesitan para llevarse acabo un consentimiento informado y este consentimiento se debe de dar por un acuerdo escrito. Los sujetos sometidos a estas técnicas deben de estar plenamente informados de los procedimientos y riesgos que se pueden presentar, deben de contar con capacidad libre de elección y sin coacción ninguna, deben de recibir una explicación clara y completa de forma fácil de tal forma que se pueda comprender que en cualquier momento tiene la libertad de retirar su consentimiento y de explicarles cual es el objetivo y la justificación por las cuales se someterá a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, habrá confidencialidad de la información obtenida, recibirán información acerca de su tratamiento, de sus problemas y de sus posibles resultados.

Como se menciona en el presente trabajo las Técnicas de Reproducción Humana Asistida solo serán aceptadas en caso de problemas de esterilidad que no puedan resolverse de otra forma.

Estas Técnicas deben de ser llevadas acabo por profesionales de la salud, es decir todas aquellas personas que cuenten con un certificado o título profesional que avale sus conocimientos, y sobre todo que busquen el bienestar y no un beneficio personal lucrativo de las personas sujetas a estas técnicas.

Mientras tanto el Código Penal Para el Distrito Federal si hace referencia a las técnicas en cuestión, así como también a los delitos tipificados en el mismo.

PROPUESTAS

PRIMERA: Que dentro del Código Penal para el Distrito Federal En el libro segundo parte especial y dentro del Título segundo se integre el artículo 466 de la Ley General de Salud que a la letra dice: Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si está fuera menor o incapaz, realice en ella una 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 de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Se propone que esté artículo quede dentro del Capítulo Primero y que se enumere como artículo 154.

SEGUNDA: Se propone la creación de un Reglamento que contenga única y exclusivamente la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es decir, que englobe todos los aspectos relacionados a la aplicación de la nueva tecnología, independientemente del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Que en dicho reglamento se integren requisitos como:

- Que haya solicitud por escrito de una pareja heterosexual que requiera algún tratamiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Que la pareja este unida en vínculo matrimonial, o que se mantenga estable y que haya convivido por lo menos durante los cinco años anteriores a la solicitud.
- Que se haya comprobado que existe esterilidad en algunos miembros de la pareja, y que exista indicación médica.

- Que se de información plena a las parejas que deseen someterse a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es decir, que se le informe claramente del tratamiento al que vayan a ser sometidos.

TERCERA: Regular estrictamente dentro del Código Penal para el Distrito Federal las sanciones para las agencias que se dediquen a la comercialización de gametos femeninos y masculinos, así como también el alquiler de mujeres que se presten para gestar al producto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y todo aquel acto ilícito que implique un lucro, es decir, que se tome como negocio el pagar para procrear artificialmente y después vender el producto al mejor postor dentro y fuera del país.

CUARTA: Que el Código Civil para el Distrito Federal establezca en el caso de la maternidad subrogada quien es la madre con derecho al hijo si la biológica o la que gesta ya que en la actualidad este medio de procreación asistida es un hecho real sin regulación legal alguna.

QUINTA.- Tratándose del caso de la fecundación posmortem, es importante establecer un plazo de seis meses, para que la cónyuge o concubina supérstite, pueda concebir con los gametos congelados.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BAQUEIROS, Rojas Edgar, BUEN ROSTRO BAEZ. *“Derecho de Familia y Sucesiones”*, Editorial Harla, 1990, p. 493.

BEJÁRANO, Sánchez Manuel. *“Derecho de las Obligaciones”*, 3º Ed. Editorial Harla, p. 429.

BERGER, Stender Jaime. *“La Inseminación Artificial desde el punto de vista médico, Jurídico, Religioso”*, Instituto de Cuauhtlatohuac, Tijuana, B.C., 1975, p. 7.

BUSTOS, Pueche José Enrique. *“El Derecho Civil Ante los Retos de la Nueva Genética”*, S.e. Editorial Dikinson. España 1996, p. 236.

CARCABA, Fernández María. *“Los Problemas Jurídicos Planteados por la Nuevas Técnicas de la Procreación Humana”*, J.M. Busch Editor, Barcelona 1995, p. 190.

CÁRDENAS, Quiroz Carlos. *“Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina”*, Derecho, Facultad de Derecho Pontificia, Universidad Católica de Perú, núm. 45, pp. 9-44 y 18.

CORDOBA, Jorge Eduardo. SANCHEZ Torres, Julio César. *“Fecundación Humana Asistida, Aspectos Jurídicos y Emergentes”*, Ediciones Alveroni lecciones y ensayos año 2000, P. 67.

CHÁVEZ, Asencio Manuel. *“La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales”* 4ª Editorial Porrúa, México, 2001, p. 419.

DE IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*, 4º Edición, Editorial Porrúa, México 1993, p. 334.

GAFO, Javier. *“Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Biomedicina, Ética y Derecho”*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid, p. 56.

GÓMEZ DE LA TORRE, Vargas Maricruz, *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1993. p.41

GUERRA, Díaz Diana. *“Como Afrontar la Infertilidad”*, Editorial Planeta, México 2000, p. 1225.

GUTIERREZ, y González Ernesto. *“Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa”*, Editorial Porrúa. México 1995. p. 254.

HURTADO, Oliver Xavier. "El Derecho a la Vida ¿ Y a la Muerte?, Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas Éticos, Legales y Religiosos", Editorial Porrúa, México, 2000, p. 11.

LLEDÓ, Yagüe. "Breve discurso sobre bioética y derecho, La revolución biogenética versus sistema familiar", Estudios de Deusto, Universidad de Deusto, vol. 34, núm. 2, pp. 341-367.

MAGALLON, Ibarra Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil". T. III, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1988.

MARTÍNEZ, Calcerrada Luis. "La Nueva Inseminación Artificial". (Estudio Ley 22 de Noviembre de 1988). Madrid, España 1989, p. 33.

PÉREZ, Duarte Alicia Elena. "¿La maternidad es siempre cierta? La modernidad del derecho frente a los avances médicos", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM-IIJ, mayo-agosto de 1989, vol. 22, núm. 65, pp. 497-500.

PANTALEÓN, Fernando. "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", Revista de Jueces para la Democracia, España, 1988, pp. 19-36.

PÉREZ, Peña Efraín. "Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción un Enfoque Integral", 2ª edición, Ciencia y Cultura Latinoamericana, S.A. de C.V. Una empresa de JGH editores México, p. 481.

SAVATER, Fernando. "Ética para Amador". Editorial Ariel, México 2000, p. 50.

SOTO, Lamadrid Miguel Ángel. "Biogenética, Filiación y Delito", Editorial Astrea, Barcelona, S.A., p. 573.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de Salud

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud
Código Civil Para el Distrito Federal

Código Penal Para el Distrito Federal

OTRAS FUENTES

Avances recientes en Ginecología y Obstetricia. Ediciones Médicas de la Asociación de Ginecología y Obstetricia México 1967.

Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos (Instituto de Investigaciones Jurídicas) UNAM 1994.