



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ARAGÓN"**

**ESTUDIO SOCIO-JURÍDICO SOBRE LA
NECESIDAD DE REGULAR LA
PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S
PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A :
D I A N A L A U R A O R T E G A N A V A R R O

**ASESOR:
LIC. VELIA SEDEÑO CEA**

**BOSQUES DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO,
2008**





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.

A DIOS

POR PERMITIRME LOGRAR LA CONSUMACIÓN DE ESTA META, A LADO DE UNOS PADRES Y UNA FAMILIA MARAVILLOSA QUE TANTO AMO.

A MI UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

POR EL PRIVILEGIO Y ORGULLO DE PERTENECER A ELLA. GRACIAS POR TODO EL CONOCIMIENTO QUE ME OTORGO A TRAVÉS DE MIS QUERIDOS PROFESORES.

A MIS PADRES

MARGARITA NAVARRO GÓMEZ
JUAN CARLOS ORTEGA LAGUNAS

POR QUE NO TENGO EN LA VIDA CON QUE PAGARLES TODAS Y CADA UNA DE LAS COSAS QUE MA HAN DADO. POR SU INMENSO AMOR, CUIDADOS, SACRIFICIOS, DESVELOS Y MOTIVACIÓN, LOS CUALES HICIERON POSIBLE QUE PUDIERA ANDAR ESTE LARGO CAMINO Y REALIZAR UNO DE LOS ANHELOS MÁS GRANDES DE MI VIDA, QUE CONSTITUYE EL MEJOR LEGADO QUE PUDIERA RECIBIR.

POR ESTO Y MUCHO MÁS ES QUE ESTE LOGRO ES SUYO. LOS AMO, MIL GRACIAS.

A MI ESPOSO

CESAR ENRIQUE RIVERA GRANADOS

POR SER PARTE FUNDAMENTAL EN LA CULMINACIÓN DE ESTE GRAN TRAYECTO. POR TODO TU APOYO, COMPRENSIÓN Y COLABORACIÓN PARA LA ELABORACIÓN DE ÉSTA TESIS QUE ES LA CONSUMACIÓN DE UN ANHELO QUE COMPARTIMOS DESDE EL PRIMER INSTANTE MI AMOR Y QUE AHORA PERTENECE A AMBOS. GRACIAS POR IMPULSARME EN TODO MOMENTO PARA LOGRAR ESTE TRIUNFO. TE AMO.

A MI HIJO

CESAR SEBASTIÁN RIVERA ORTEGA

POR TU PRESENCIA QUE LLENA MI VIDA DE LUZ Y FELICIDAD, POR TU COMPRENSIÓN Y POR EL TIEMPO CEDIDO PARA QUE PUDIERA ALCANZAR ESTE SUEÑO.

GRACIAS MI VIDA POR SER LA MAYOR Y PRINCIPAL FUENTE DE INSPIRACIÓN Y MOTIVACIÓN QUE ME LLEVO A CONCLUIR ESTE ANHELO.

TODO LO QUE HAGO, LO HAGO PARA TI Y POR TI. TE AMO INMENSAMENTE.

A MIS HERMANOS

MARGARITA Y JUAN CARLOS ORTEGA NAVARRO

POR SER LOS MEJORES QUE DIOS PUDO HABERME DADO. GRACIAS POR ESE GRAN APOYO Y CARIÑO QUE ME HAN BRINDADO EN TODO MOMENTO Y AHORA SE VE REFLEJADO EN LA CULMINACIÓN DE ESTE SUEÑO. RECUERDEN QUE ESTA META ES SOLO UNA DE LAS TRES QUE TENEMOS POR ALCANZAR.

A MIS ABUELOS

REMEDIOS LAGUNAS ANTONIO

POR SER UN EJEMPLO DE FORTALEZA Y LUCHA INAGOTABLE.
GRACIAS POR TODO SU CARÍÑO Y SUS CONSEJOS QUE SIEMPRE ME
HAN IMPULSADO A SER ALGUIEN EN LA VIDA.

ROSENDA GÓMEZ CIENEGA +
SACRAMENTO NAVARRO SEGURA +

POR SU GRAN CARÍÑO, SUS CUIDADOS, SU APOYO Y PALABRAS DE
ALIENTO. GRACIAS POR ESTAR SIEMPRE A MI LADO, DONDE QUIERA
QUE ESTÉN.

A MI ASESORA

LIC. VELIA SEDEÑO CEA

CON ESPECIAL RESPETO Y GRATITUD POR SU DISPOSICIÓN PARA
GUIARME EN LA ELABORACIÓN DE ÉSTA TESIS A TRAVÉS DE SUS
CONOCIMIENTOS.

A MIS SUEGROS

JUANA GRANADOS RINCÓN
AGUSTÍN RAMÓN RIVERA PEÑA

POR SU APOYO EN ESTA ETAPA DE MI VIDA, PARA EL LOGRO DE
ESTA IMPORTANTE META.

A MIS PROFESORES

A TODOS Y CADA UNO DE ELLOS MI MAS PROFUNDO
AGRADECIMIENTO POR COMPARTIR CONMIGO SU INVALUABLE
CONOCIMIENTO.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS

POR ESTAR CONMIGO EN ETAPAS ESTUDIANTILES MARAVILLOSAS,
EN DONDE COMPARTIMOS SUEÑOS, SIENDO ESTE LOGRO UNO DE
ELLOS. GRACIAS POR DARLE UN SIGNIFICADO A LA PALABRA
AMISTAD.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	I

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES GENERALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.ANTECEDENTES.....	1
1.1.1. SUECIA.....	8
1.1.2. ESPAÑA.....	13
1.1.3. DINAMARCA	20
1.1.4. NORUEGA	22
1.1.5. INGLATERRA	24
1.1.6. ITALIA	28
1.1.7. FRANCIA	33
1.1.8. ALEMANIA	37
1.1.9. ESTADOS UNIDOS	40
1.1.10. MÉXICO	44

CAPÍTULO II

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.1 CONCEPTOS BÁSICOS APLICABLES A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA	49
2.1.1. GENÉTICA: INGENIERÍA GENÉTICA	54
2.1.2. LA GENÉTICA MODERNA Y ÉTICA: BIOÉTICA	59
2.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	63
2.2.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA	66
2.2.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA	68

2.3. FECUNDACIÓN IN VITRO	69
2.3.1. TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS	72
2.3.2. TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE EMBRIONES	74
2.4. TÉCNICAS DE MICROINYECCIÓN DE ESPERMATOZOIDES	78
2.4.1. INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DEL ESPERMATOZOIDE AL ÓVULO (ICSI)	79
2.4.2. INYECCIÓN SUBZONAL DE ESPERMATOZOIDES (SUZI)	80
2.5. MATERNIDAD SUSTITUTA O SUBROGADA	82
2.6. DONACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES	85
2.7. CRIOPRESERVACIÓN	87

CAPITULO III

MARCO NORMATIVO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

3.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	94
3.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	100
3.3. LEY GENERAL DE SALUD	104
3.4. REGLAMENTOS DE LA LEY GENERAL DE SALUD	112
3.4.1. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD, EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS.....	113
3.4.2. REGLAMENTO LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD	115
3.5. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	119
3.6. CÓDIGOS CIVILES ESTATALES	125
3.6.1. CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA	125
3.6.2. CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TABASCO.....	132
3.7. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	138

CAPITULO IV

ESTUDIO SOCIO-JURÍDICO SOBRE LA NECESIDAD DE REGULAR LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1. ASPECTO SOCIAL	147
4.2. ASPECTO RELIGIOSO	154
4.3. ASPECTO ÉTICO	160
4.4. ASPECTO JURÍDICO	171
4.5. PROPUESTA PARA REGULAR LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	191
CONCLUSIONES.....	204
BIBLIOGRAFÍA.....	211

INTRODUCCIÓN

El hombre ha alcanzado un nivel evolutivo que no imaginaba, los cambios científicos y tecnológicos en materia de Reproducción Humana han llegado a extremos inimaginables y se encuentran a la orden del día.

La problemática de la esterilidad y la infertilidad en nuestro país, para procrear de manera natural, puede resolverse con la ayuda de estos avances científicos, a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. De esta situación surge la importancia en este momento histórico de regular dichas Técnicas en especial en el Distrito Federal, como principal lugar de aplicación de éstas innovaciones; siendo este el tema del presente trabajo de investigación.

Tal investigación se divide en cuatro capítulos: el primero de estos se titula “Antecedentes Generales de la Reproducción Asistida”; Por ser la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida una realidad que se presenta a nivel mundial, se efectúa un estudio comparativo de los instrumentos jurídicos existentes a nivel internacional, desde los países pioneros en regular estos aspectos, como Suecia, Alemania y Francia, pasando por los países, más vanguardistas, como España e Inglaterra, hasta los países cuya legislación en el tema es de elaboración reciente, como es el caso de Dinamarca, Noruega, Italia y Estados Unidos.

El capítulo segundo es titulado: “Técnicas de Reproducción Asistida”, en éste se describen cuales son, en que consisten y de que forma se llevan a cabo todas estas Técnicas, ya que para el desarrollo de esta investigación es de gran importancia el conocer cada una de éstas, con el fin de comprender la necesidad de su regulación. Así mismo se establecen

conceptos básicos aplicables a la Reproducción Asistida como lo son la Ingeniería Genética y la Bioética.

A primera vista la Bioética y el Derecho son disciplinas distintas pero con un objetivo común, enfrentarse a los cambios producidos por los avances de la ciencia y la tecnología que tienen repercusión ya sea en forma directa o indirecta en el ser humano. De esta manera, el legislador debe regular este tema respetando las perspectivas bioéticas.

El capítulo tercero es el “Marco Normativo de la Reproducción Asistida”; En dicho capítulo se analizan todas las legislaciones que de alguna manera tienen relación con el tema y en orden de supremacía son: Constitución Política de los Estados Unidos, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Ley General de Salud (subdividiéndose ésta a su vez en dos de sus Reglamentos), Código Civil para el Distrito Federal, Códigos Civiles Estatales (Código Civil del Estado de Coahuila y del Estado de Tabasco; siendo éstos los más avanzados en la materia en toda la República Mexicana) y para finalizar el Código Penal para el Distrito Federal.

Asimismo, son objeto de revisión instrumentos internacionales emitidos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y de la UNESCO, entre otros, de los que México es parte y en los cuales se reconoce fundamentalmente la dignidad del ser humano.

Por último el capítulo cuarto titulado “Estudio Socio-Jurídico sobre la Necesidad de Regular la Procreación Asistida en el Código Civil para el Distrito Federal, se subdivide en cinco apartados; de los cuales cuatro contemplan el aspecto social, religioso, ético y jurídico, todos ellos de gran

importancia para tener una referencia y crear una base que sustente cualquier intento de legislación: En el primero de estos se observa que la sociedad con el transcurso del tiempo ha sufrido cambios importantes, mismos que se han proyectado en el carácter y forma de pensar de cada individuo, que lo han llevado a aceptar los avances tecnológicos en materia de Reproducción Humana. El segundo, el aspecto religioso, determina que situaciones son permisibles por la religión católica y cuales no, para que el hombre se rija por las leyes de Dios y no caiga en situaciones reprobables y que lo afecten de forma interna, de igual forma, el aspecto ético deja al libre arbitrio del individuo el hacer o no, lo que según su propia moral y conciencia le permita, sin establecer parámetros o rangos de una actuación, por lo cual puede optar o no por el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida. El último aspecto que es el jurídico establece todas las cuestiones y situaciones que se pueden suscitar en el Derecho con la aplicación de éstas tecnologías. Son muchísimas las variantes y situaciones que se desprenden de cada una de las distintas Técnicas, por lo que se podrían escapar algunas de ellas, sin que esto sea excusa para hacer los lineamientos posibles que rodean al tema.

Como último punto se propone adicionar al Código Civil del Distrito Federal un Capítulo sobre Procreación Asistida, Maternidad Subrogada e Inseminación Post-Mortem con el cual se pretende solucionar el problema para aquellas parejas que decidan someterse a dichas Técnicas, contando con un respaldo jurídico.

Es bien sabido que tanto la vida como la muerte son dos grandes enigmas de la condición humana y repercuten no solo en el interior del hombre, sino también en las estructuras sociales; El derecho a la vida es uno de los derechos implícitos reconocidos en nuestra Constitución, es el Bien Jurídico Supremo; por eso es que este tema es de gran importancia.

Poseemos, como humanidad, la capacidad de intervenir en los procesos naturales como nunca antes la habíamos tenido, lo que con lleva a la aparición en el ámbito jurídico de nuevos términos y el surgimiento de situaciones que en su gran mayoría no se encuentran reguladas. El desarrollo de la Medicina, plantea así al Derecho un enorme desafío; asegurar el derecho de igualdad y equidad a todos los seres humanos.

El Derecho como orden regulador tiene el compromiso de incorporar los nuevos valores que se van generando y reconocer los cambios culturales como resultado del avance de la ciencia y la tecnología para proponer respuestas más o menos inmediatas, propiciando modificaciones y ajustes al orden jurídico.

Es así como las Técnicas de Reproducción Asistida crean un universo de situaciones jurídicas, tanto para los sujetos que se someten a ellas como para los resultantes de tales Técnicas y el personal profesional que interviene en el procedimiento. Por esto es que el Derecho no puede quedar obsoleto ante los avances médicos, puesto que esto traería consigo un sin número de hechos ilícitos.

Se puede decir que nuestro país participa poco en los estudios sobre los procedimientos que actúan sobre la Reproducción Asistida, y solo se limita a adoptar conocimientos de otros países, pero esto no es motivo para la falta de legislación ya que se seguirán aplicando dichas Técnicas en donde se encuentra en juego la vida humana, por lo cual no se puede seguir esperando regulación jurídica al respecto.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES GENERALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES GENERALES DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.1. ANTECEDENTES

La Reproducción Asistida está constituida por un conjunto de Técnicas, que han recorrido a través de la historia un camino distinto, e incluso existen notas históricas que nos demuestran que algunas de éstas llevan practicándose muchas décadas y que en su inicio se experimentaron con animales y ya una vez alcanzado el objetivo, se practicarían al ser humano.

A continuación se mencionarán algunos datos históricos de las Técnicas de Reproducción Asistida, con la salvedad de que no todos los datos están realmente documentados para ser considerados como verídicos.

La Inseminación Artificial es la Técnica más antigua que se conoce y en sus inicios se utilizó en animales, un ejemplo es que ...“las tribus árabes practicaban ya la inseminación artificial hace 200 años antes de Cristo, con el hurto, entre tribus rivales del esperma de sus garañones.”¹

El logro de la concepción de una vida humana, sustituyendo algunos de los procesos biológicos por la intervención técnica, se inicia con la Inseminación Artificial de reptiles, que tiene su origen científico en el

¹HEELEIN, Susanne. *Contribución al estudio de la inseminación artificial con esperma del cónyuge*. Editorial Universidad Autónoma de México. México, 1991. Pag. 7

intento de Spallazini en 1777, pocos años después en 1785, Hunter realizó la primera Inseminación Artificial Humana, con el nacimiento de un niño ese mismo año. En 1850 y 1900 se publicaron varios trabajos sobre Inseminación Artificial.

En 1884 se produce el primer embarazo resultante de una Inseminación Artificial realizada con semen de hombre distinto del cónyuge de la mujer inseminada. La realiza un ginecólogo llamado Pancoast, a la sazón profesor del Jefferson Medical Collage de la ciudad norteamericana de Filadelfia. Después de examinar numerosas veces a la mujer en cuestión, para tratar de determinar las causas de su infertilidad, el doctor Pancoast llegó a la conclusión de que ella era fértil, y de que el problema estaba en su marido, que no producía semen; por lo cual se depósito semen de un tercero en el útero, sin el consentimiento de la pareja.

Pocos años más tarde, hacia 1890, Dickinson comienza a realizar secretamente y de forma sistemática inseminaciones artificiales con semen de personas distintas del cónyuge de la mujer inseminada.

“En 1886 J. Marion Sims en Estados Unidos propuso la inyección del semen en el canal cervical y en 1872 Roubard de la Academia de Medicina de París, presentó una jeringuilla muy ventajosa para estas prácticas. Por la misma época se hacían en España los primeros ensayos de fecundación artificial y el catedrático de la Facultad de Medicina de Valencia, Dr. Sánchez Martín, presentó a la sociedad de Ginecología Española para este fin un aparato de su propia invención que fue desestimado por la sociedad por considerarlo contrario a la moral de la mujer, del hombre y del médico. Por su parte Girault, en 1883, refirió en

Francia diez casos de inseminación artificial mediante inyección de esperma en el cuello úterino, seguidos de éxito.”²

En 1890 se realizó la primera inseminación con donante de semen, aunque esta práctica no se publica oficialmente hasta 1904.

En 1973, después de varios años de práctica privada, se recomienda en Inglaterra que la Inseminación con donante se realice dentro del sistema de salud pública, lo que contribuyó a la extensión de estas prácticas. Posteriormente, se han desarrollado diversas variantes de Inseminación Artificial y de diversa complejidad técnica, pero que tienen en común que la fecundación se produce en el interior del cuerpo de la mujer, por lo que se denominan Técnicas de Fecundación *In Situ* o Intracorpóreas.

Las Técnicas de Reproducción Asistida donde la concepción del nuevo ser es extracorpórea, con posterior transferencia del embrión a la mujer para la continuación de su desarrollo hasta el nacimiento, se denominan Técnicas de Fecundación *In Vitro* o Extracorpóreas.

Los primeros intentos de Fecundación *In Vitro*, es decir, de Fecundación Extracorpórea, se realizaron sin éxito con gametos de animales a finales del siglo XIX; Schenk en 1878 intenta fecundaciones *In Vitro* con cobayas y conejos; El biólogo Hammond trató de cultivar embriones de ratón, pero no tuvo éxito; fue hasta que Mac Laren y Biggers utilizaron de manera completa en estos animales el procedimiento *In Vitro* con un gran número de logros que fueron registrados.

En 1930 Gregory Pincus publicó el primer experimento con éxito de Fecundación *In Vitro* en conejos, consiguiendo fecundar óvulos y

² LEMA Añón, Carlos. *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo Filosófico-Jurídico, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*. Editorial Trotta. Madrid, 1999. Pag. 31.

transferirlos a la trompa de Falopio. En los años sesenta, se pusieron a punto diversos procesos necesarios para lograr a gran escala la Fecundación In Vitro, y la transferencia de embriones al útero, con el fin de ser utilizada en veterinaria.

Las primeras tentativas de Fecundación In Vitro realizadas con gametos humanos las realizan los biólogos Rock y Merkin en 1944, con el resultado de cuatro embriones normales tras haber utilizado cien óvulos.

Durante esos años se desarrollaron Técnicas de cultivo y maduración de ovocitos para provocar la superovulación. También se perfeccionaron las técnicas de capacitación y selección de los espermatozoides, y se crearon medios de cultivo adecuados para la Fecundación In Vitro y las primeras divisiones del embrión.

La Inseminación Artificial experimento un importante impulso por la vía de la congelación del semen. En 1945 Jean Rostand la realizaba en batracios y cinco años después en bovinos, con resultados favorables.

Mientras que en 1953, Bunge y Sherman consiguen por primera vez tres embarazos gracias al esperma humano glicerado y congelado hasta la temperatura de solidificación del gas carbónico que es de -70° C y en 1952 se publica el primer trabajo realizado con semen congelado, consiguiéndose cuatro embarazos.

En Europa el belga Robert Schoysam es el pionero de la Inseminación en el continente; en 1960 funda en Bruselas el primer banco de semen.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la Procreación Artificial, toma un auge importante a nivel mundial, ya que dicha práctica la llevaban a cabo los soldados que por cuestiones de la guerra no estaban a lado de sus

parejas y por consiguiente no podían procrea, aunque no existía un severo control de las muestras.

En 1964 se obtienen las primeras gestaciones por medio del espermatozoides congelado en nitrógeno líquido a $-196\text{ }^{\circ}\text{C}$. A partir de esta fecha, los bancos de espermatozoides se generalizan en todo el mundo, haciendo posible su utilización, con el más alto nivel, en la Reproducción Asistida.

Durante la primera mitad de la década de los años setenta estaban trabajando simultáneamente en esta línea de investigación varios equipos en Gran Bretaña, Estados Unidos, Suecia y Australia. En esos momentos, las experiencias con los animales habían venido a demostrar la necesidad de que, para que se produjese la Fecundación, el óvulo tenía que haber alcanzado un determinado nivel de maduración, y que los espermatozoides tenían que haber sufrido también determinadas transformaciones.

A partir de 1971 Steptoe y Edwards concibieron la idea de un tratamiento hormonal destinado a estimular el crecimiento de los folículos ováricos y desde 1978 empezaron a conseguir fecundaciones de forma sistemática. En julio de ese mismo año, después de once años, consiguen sus objetivos con el nacimiento de Louise Brown, la primera bebé probeta, en el General Hospital de Oldham, en Inglaterra. La noticia tuvo resonancia mundial, conmovió a la humanidad y desató la polémica, ya que aunque sus resultados habían sido comunicados a Congresos Internacionales como los de Tokio en 1970 y Miami en 1977, muy pocos ginecólogos los conocían. Para unos se abría una etapa llena de esperanzas y para otros una llena de graves riesgos en lo que respecta a los derechos del ser humano y el futuro de la humanidad.

El tercer ser humano obtenido por este método nació unos meses más tarde; fue una niña que nació en Australia, con los doctores Lopata y Johnston que estaban también tratando de realizar esta Técnica.

En Francia, la primera niña nació en 1981 con el equipo de Testard y Papiernik y también en Estados Unidos ese mismo año se dio el primer nacimiento a través de esta Técnica.

Los primeros gemelos del mundo obtenidos por esta Técnica nacieron en junio de 1981 en Australia. En España, el primer nacimiento de un embrión congelado fue el 22 de julio de 1987. En 1985, se produce en Sudáfrica el primer caso de una abuela que paría a sus propios nietos.

“El siguiente hito destacable se producirá en 1984, cuando nace Zoe Leyland en Melbourne tras las experiencias de Trounson y Mohr: se trataba del primer nacimiento procedente de un embrión previamente congelado. Esto significaba el éxito de otra de las líneas de investigación de estas nuevas Técnicas: la crioconservación de embriones. Esta posibilidad venía siendo investigada en mamíferos desde 1952.”³

Por lo que respecta a la Transferencia Intratubarica de Gametos, los estudios iniciales se realizaron en 1955, cuando Skjerven describe la colocación de células germinales en el sitio donde ocurre la Fecundación en bovinos y observa que es factible esta Técnica, en virtud de que no existe riesgo para el animal.

“En el año de 1984 se dio a conocer la transferencia intratubarica de gametos, pero en humanos, efectuada por vía laparoscópica por el Dr. Ricardo Asch y J. Balmaceda. En esta modalidad de tratamiento se

³ Ibidem. Pag. 34.

extraen los óvulos, se mezclan con los espermatozoides y son introducidos a las trompas de Falopio.”⁴

Tras conseguir el objetivo del nacimiento de un ser humano por Técnica de Fecundación In Vitro, se han ido desarrollando múltiples variantes técnicas, que siguen apareciendo continuamente. Un nuevo paso en las técnicas de Reproducción Asistida ha sido la microinyección de espermatozoides, que se logró por primera vez en 1966, pero con ratones, mientras que con ovocitos humanos se realizó en 1981 y el primer ser humano mediante esta técnica nació en 1988.

Respecto a la Maternidad Subrogada, no hay gran documentación al respecto, existen pocos ejemplo en la historia; en la Biblia podemos encontrar el episodio de Raquel y Jacob, en donde ella era estéril y permitió que Jacob concibiera con Bala, sierva de Raquel, un hijo que al nacer se convertiría en prole de Jacob y Raquel.

“En 1983 se da a conocer la noticia de que en los Estados Unidos, la práctica de la maternidad subrogada es constante y adquiere valores económicos, toda vez que la madre subrogante cobraba alrededor de 10,000 00 dólares, más gastos originados durante los nueve meses de la gestación” ⁵.

Este mismo año el científico WH Utian y colaboradores obtienen el primer embarazo exitoso con la Transferencia de Embriones a una madre subrogada.

⁴ GAONA Arreola, Ranferi y Gerardo Villegas. Fundamentos de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva. Editorial Masson Doyma. México. 2003. Pags. 1 y 2

⁵ GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida. Editorial Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 1986. Pag. 90

“Se puede también destacar la fecha del 1 de octubre de 1987, en que una mujer sudafricana da a luz tres hijos procedentes de óvulos de su hija fecundados In Vitro, convirtiéndose así en madre-abuela. Al año siguiente se dan a conocer en los Estados Unidos varios casos en los que la mujer gestante es hermana de la que ha aportado los óvulos, y asimismo sale a la luz pública la existencia de una asociación de madres de sustitución.”⁶

En 1992 se da a conocer el primer reporte de embarazos obtenidos con la Técnica Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides.

Actualmente la utilización de éstas técnicas se ha multiplicado, habiéndose extendido en la opinión pública, la creencia de que la mayoría de las parejas estériles, están en condiciones de beneficiarse de éstas, lo cual ha determinado que hayan proliferado numerosas variantes Técnicas, y que surjan un sin fin de clínicas que las practican.

1.1.1 SUECIA

Este país cuenta con legislación específica vigente sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

“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 de, aquél con el que está casada o convive en relación análoga, como lo son el hecho de que el médico elegirá al adecuado

⁶ LEMA Añon, Carlos. Ob. Cit. Pag. 34.

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 madures tendrá derecho a acceder a los informes registrados en dicho libro. ..”⁷

Por lo anterior podemos deducir que en este país no existe el anonimato en cuanto a la donación de semen, puesto que creen que es de gran importancia que el niño conozca su origen biológico una vez que haya cumplido la mayoría de edad, aunque se considerará como padre biológico la pareja de la mujer sometida a la técnica y que haya dado su consentimiento para que se llevara a cabo.

También cuenta con la Ley de Diciembre de 1984 y la Ley de 1887, de las cuales hablaremos conjuntamente ya que la mayoría de su contenido es similar con excepción de las diferencias que mencionaremos. Estas leyes tiene como ámbito de aplicación a parejas heterosexuales estén casadas o no.

La ley sueca sobre Inseminación Artificial (IA) de 1984 dice: “el médico elegirá el adecuado donante de semen”. No obstante, las regulaciones y recomendaciones sobre aspectos de la Inseminación Artificial de 1988, aclaran más los criterios de selección: “el médico debe verificar que el donante no padece enfermedad detectable alguna que entrañe riesgos para la salud de la mujer y del hijo así concebido”.⁸ En estas

⁷ MOCTEZUMA Barragán, Gonzalo. *La Reproducción Asistida en México*. Un Enfoque Multidisciplinario, en Cuaderno del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Serie E: Varios, Número 64 Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1994. Pag. 5

⁸ Conferencia pronunciada en *el Simposium sobre el Embrión Humano: Cuestiones Éticas y Jurídicas*. Fundación Ramón Areces. Madrid, 7 de Noviembre de 2000.

recomendaciones se establece la determinación de anticuerpos frente al virus del SIDA en el semen del donante, con carácter obligatorio.

En Suecia, el informe del Comité gubernamental previo a la ley de Inseminación Artificial de 1984, considera que no debe utilizarse el semen de un mismo donante para la procreación de más de 6 niños.

Por lo que concierne a donación y criopreservación de embriones se acepta la investigación embrionaria con ciertos límites (fundamentada desde el punto de vista médico y hasta el día 14 después de la fecundación); pero bajo la regulación de normas éticas, no legales. Y la donación de embriones esta prohibida de forma implícita; por lo que en la Fertilización in vitro el huevo que se transfiera será transferido a la mujer de la cual proceda.

Por lo que respecta a las desviaciones en el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida, se prohíben expresamente: la clonación, la creación de híbridos y quimeras.

Las recomendaciones de la Academia Suiza de Medicina son también respetuosas con el embrión humano: prohíben la experimentación embrionaria y la congelación de embriones, si no es para ser transferidos. Dicha academia suiza cuenta con una Comisión de Ética Médica que constituye una forma peculiar de regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito europeo. Y establece que sólo se pueden realizar estas Técnicas en hospitales públicos y bajo la supervisión del médico con título y con especialización en ginecología y obstetricia.

La ley del 14 de junio de 1988, con respecto a la Fecundación in Vitro sólo la permite a los matrimonios y a las parejas que viven en concubinato,

pero utilizando sus propios gametos. Por tanto puede inferirse que la maternidad subrogada queda estrictamente prohibida.

Se expondrán a continuación algunos artículos de la Constitución de Suiza, aprobada recientemente, que son de interés en relación con el tema que estamos tratando.

Art. 119; 1º- El ser humano está protegido de los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética.

2º- La Confederación dicta prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito prevé la tutela de la dignidad humana, de la responsabilidad y de la familia y se atiene en particular a los siguientes principios:

Todos los tipos de clonación y las intervenciones en el patrimonio genético de células germinales y embriones humanos son inadmisibles.

El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano ni ser fundido con este último.

Las Técnicas de Procreación Asistida pueden ser aplicadas sólo cuando no existan otros modos para curar la infecundidad o para evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves, pero no para predefinir determinados caracteres en el nasciturus o para fines científicos; la fecundación de ovocitos humanos fuera del cuerpo de la mujer está permitida sólo en las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer pueden ser cultivados como embriones sólo tantos ovocitos humanos cuantos se puedan implantar inmediatamente.

La donación de embriones y toda otra forma de maternidad de alquiler son inadmisibles.

No puede comerciarse el patrimonio germinal humano ni los productos de los embriones.

El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado sólo con su consentimiento en base a una prescripción legal; por lo que toda persona tiene acceso a sus datos genéticos.

Art. 120; 1º- El ser humano y su ambiente están protegidos de los abusos de la Ingeniería Genética.

2º- La Confederación dicta prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético de los animales, plantas y de otros organismos. En ese ámbito tiene en cuenta la dignidad de la criatura así como la seguridad del ser humano, de los animales y del ambiente y protege la variedad genética de las especies animales y vegetales.

Suecia hoy por hoy, cuenta con las siguientes leyes:

“Ley núm. 114, de 14 de marzo de 1991, relativa a la Utilización de Determinadas Técnicas Genéticas en el Marco de los Exámenes Generales de Salud; Ley núm. 115, de 14 de marzo de 1991, relativa a las Medidas con Fines de Investigación o de Tratamiento en Relación con los Embriones”.⁹

⁹ ROMEO Casabona, Carlos María. *Código de leyes de Genética*. Editorial, Universidad de Deusto. España. Pag. 21.

Por lo que se ha establecido se puede considerar a Suecia como el país pionero en lo que se refiere a la creación de una legislación específica sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual abarca varios aspectos, destacando el hecho de que no existe el anonimato en lo referente al donador de gametos masculino y cuidando hasta cierto punto el número de veces que debe utilizarse el semen de un mismo donador estableciéndolo en 6 veces para prevenir futuras relaciones entre parientes. También se protege ampliamente al embrión prohibiendo cualquier tipo de manipulación después de los 14 días después de la fecundación, y prohibiendo la donación de éstos, así como la Maternidad Subrogada. En términos generales Suecia puede considerarse un país permisivista en cuanto a la aplicación de la Técnicas, con sus excepciones siempre en beneficio del menor producto de éstas.

1.1.2 ESPAÑA

En España, hasta el momento, la ley 35 del 22-11-1988, es pionera en este tema, ha contemplado extensa y detalladamente los diversos procedimientos de asistencia a la procreación.

“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 se establezca el requisito del matrimonio o de la relación de concubinato.

Las respuestas 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”.¹⁰ Este tipo de maternidad se prohíbe en el artículo 10º.

“La ley española dice explícitamente que “la ley, basándose en la tutela de los derechos de la mujer a crear una familia en los términos establecidos por los acuerdos internacionales sobre la igualdad de las mujeres, debe

¹⁰ MOCTEZUMA Barragán, Gónzalo. Ob. Cit. Pag. 9

eliminar cualquier obstáculo al deseo de procrear y de constituir la forma de familia que ella libremente y responsablemente elija”. La ley española es la única que señala explícitamente a las mujeres como las principales destinatarias de las nuevas tecnologías; Todas las mujeres, independientemente del hecho de que estén casadas o no”¹¹

La mujer sola que decida someterse a alguna Técnica, registrará a su hijo como sin padre, sin ninguna referencia a su origen biológico.

Por lo que respecta a la crioconservación, esta debe ser no mayor a 5 años y en cuanto al número de hijos que nazcan de un mismo donante, se limita a seis.

Conforme al estudio que debe practicarse al donante de semen, se contempla que deberán descartarse enfermedades hereditarias o infecciosas transmisibles. En una Orden legal de junio de 1988 se indica que se determinarán marcadores de VIH en el semen del donante y en la mujer receptora.

España considera en sus legislaciones que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación, se otorga el estatus biológico al embrión humano en esa fecha, en la que ha finalizado la implantación en un embarazo natural y en relación con la manipulación genética en embriones humanos, la prohíben de forma expresa cuando lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección.

Se prohíbe la selección de sexo en el embrión obtenido In Vitro cuando no exista el riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria ligada al sexo.

¹¹ TAMAR Pitch. *Un Derecho Para Dos*. Editorial Trotta. Madrid España, 2003. Pags. 66 Y 67.

La ley española trata de las infracciones y sanciones en el capítulo VI, enumerando lo que considera infracciones graves y muy graves (entre ellas las desviaciones en el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida). En el Código Penal Español se tipifican en los artículos 159 a 162 los delitos referentes a esta materia, castigándose la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana y a la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza. Hasta la promulgación del nuevo Código Penal, cuya discusión está en curso, no se tipificará penalmente como delito ninguna de estas infracciones.

Sobre el consentimiento informado, “La ley española, art. 2º. inc. 2 y 3, exige la “información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas Técnicas, o sean donantes...” Señala, al respecto, la responsabilidad de los equipos médicos y de los Centros Sanitarios, y agrega: “La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquella.”¹²

Esta ley, a la cual se le interpuso un recurso de inconstitucional, ha venido a causar gran polémica, precisamente por regular temas de actualidad, se ha criticado, ya que ha sido una ley en donde han participado más médicos que legisladores.

Puntos en discusión sería conforme a lo que indica la Constitución ya que en su artículo 10º se cita el derecho de la personalidad del nacido, pues la

¹² BARBERO Santos, Marino. Ingeniería Genética y Reproducción Asistida. Madrid, España. 1989. Pag. 20

persona humana nunca puede ser resultado de un proceso de manipulación técnica o biológica, sino fruto del amor y las nuevas técnicas derivan de que hay veces en las que el amor no es suficiente... Quien decide sobre el ser que viene a la vida es el equipo médico ya que decide que embriones son más viables para proseguir y lograr el desarrollo completo.

Aquí tenemos diferentes perspectivas y derechos; en primer lugar, el derecho a la vida debido a que las técnicas no son eficaces al 100%; en segundo lugar, el de los embriones que se obtienen para asegurar el embarazo y que sobran; teniendo en cuenta que tras la fecundación hay una vida humana y que sólo se considera su congelación 5 años. Otra perspectiva o punto de discusión es la desconsideración legal al matrimonio como institución social y jurídica, puesto que se permite la inseminación a mujeres solas con el consiguiente nacimiento de hijos que jamás podrán tener un padre legal.

Así se podrían citar numerosos puntos de conflicto que derivan de lo incompleta de la ley como las madres solteras, los donantes, la Fecundación Post Mortem... Por lo general la sociedad acepta estas nuevas Técnicas (no en el caso de la clonación), sin embargo, existen concepciones morales y religiosas contrapuestas.

El 25 de julio de 2003, se inició el curso reglamentario de la que habría de llegar a ser la ley 45/2003 cuando el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 35/1988, para tratar de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes, cuyo destino no estaba determinado; a la vez que se intento reducir la tasa de embarazos múltiples. Dicho anteproyecto fue aprobado como Proyecto de Ley por el Gobierno, y aprobado por el Congreso de diputados y senadores en noviembre de 2003. En

consecuencia la Ley fue sancionada por el Rey el día 21 de noviembre de 2003, entrando en vigor el día siguiente de su publicación.

La ley del 2003, intenta corregir o modificar de alguna manera la ley de 1988; trata de legalizar una situación creada por los científicos y clínicos que han acumulado miles de embriones congelados en los programas de fecundación in vitro; el semen podrá crioconservarse al menos durante la vida del donante; se autoriza la crioconservación de óvulos con fines de Reproducción Asistida; también se regulan los requisitos para la realización de experimentos controlados, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico congelado, relacionado con las técnicas de reproducción humana asistida. Se establece que los centros de Fecundación In Vitro deberán disponer de un seguro que garantice las compensaciones económicas en caso de accidentes que perjudiquen a los embriones crioconservados, aunque se tendrá como inconveniente la elevación en los costos de los programas de Fertilización In Vitro.

España es sino el que más, si uno de los países que cuenta con mayor legislación en cuanto a Técnicas de Reproducción Asistida, entre leyes y decretos reales, están:

“Ley núm. 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Real decreto núm. 412/1996, de 1o. de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y se regula la creación y organización del Registro de Nacimientos; Real decreto núm. 413/1996, de 1o. de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Real decreto núm. 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción

Humana Asistida; Real decreto núm. 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las Técnicas; Real decreto núm. 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida; Ley núm. 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos; Real decreto núm. 176/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa; Real decreto núm. 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes; Real decreto número 223/2004, de 6 de febrero, por lo que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

De esta manera se puede determinar que España es uno de los países más adelantados, permisionistas, extensos y desarrollados en lo que se refiere a legislación en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

1.1.3 DINAMARCA

En este país existe una ley conocida como, Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos que fue creada en el año de 1987, por El Consejo de Ética, el cual aconseja al Ministerio de Salud. Esta ley, trata dos temas, la experimentación de embriones y la Reproducción Asistida.

Respecto al ámbito de aplicación, en Dinamarca no se menciona nada de forma expresa; aunque la ley no contempla este apartado, las recomendaciones publicadas en 1990 por el Consejo Ético (establecido en la legislación sobre Reproducción Asistida), también aceptan el acceso de la mujer sola a las técnicas de Reproducción Asistida.

En lo que concierne a la donación y crioconservación de gametos, se acepta la donación de semen; en las donaciones e inseminaciones por donante se limitará el número de las inseminaciones realizadas por donante (no especifica la cifra), también se mencionan criterios médicos de selección de donantes para descartar enfermedades, sin especificar cuáles son éstos. Se acepta la donación de ovocitos. En cuanto a la donación y crioconservación de embriones, el Consejo acepta en sus recomendaciones ambos procedimientos.

La investigación genética de un óvulo fertilizado sólo puede llevarse a cabo en los casos en los que existe, de hecho, un riesgo sustancial de que el bebé nazca con una enfermedad hereditaria grave.

Además, esta ley determina que la investigación genética de un óvulo fertilizado sólo puede efectuarse en casos de tratamiento de Fertilización In Vitro de parejas incapaces de engendrar hijos por sí solos. Considerando que, en estos casos, si el óvulo se encuentra en el exterior del cuerpo, es legal examinar la existencia de anomalías en el cromosoma.

Expresa que tratándose de manipulación genética, queda prohibida, toda vez que lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección; y esta manipulación o experimentación y las desviaciones de la Fecundación In Vitro, serán sancionadas con pena de multa o prisión,

ya que se respeta la dignidad del embrión humano desde el momento de la fecundación.

Las leyes nacionales danesas son elaboradas por los ministerios competentes. En los casos de fertilización artificial, la ley depende del Ministerio de Salud. Para efectuar una investigación biomédica con seres humanos vivos, óvulos humanos y esperma, óvulos humanos fertilizados, embriones y fetos, es necesaria una autorización, emitida por uno de los "Comités de Ética Científica". Existen ocho comités regionales y uno central. La tarea de los Comités de Ética Científica es la de garantizar la protección de los sujetos envueltos en proyectos de investigación, al mismo tiempo que hace posible el desarrollo de un conocimiento nuevo y valioso. La legislación nacional danesa sobre un sistema de Comités de Ética Científica y la realización de proyectos de investigación biomédica entró en vigor en 1992 (ley relativa investigación biomédica de 1992).

En Dinamarca al igual que en otros países como Suecia, se procura por el bien del hijo que se considera un ser humano desde el momento de la concepción, sin embargo, existen varias lagunas en varios aspectos del tema a tratar como el referente a la Maternidad Subrogada en donde no se establece nada, por lo que se puede deducir que a pesar de existir leyes correspondientes a las Técnicas, son un tanto incompletas en su contenido.

1.1.4 NORUEGA

Noruega cuenta con la Ley sobre Fertilización Artificial de 1987 y Ley sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina de 5 de agosto de 1994, la cual regula la Inseminación Artificial y la Inseminación In Vitro; en

las cuales el ámbito de aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, se reduce al matrimonio legal.

Con respecto a la donación y crioconservación de gametos, éstos han de proceder de la propia pareja que se somete a la Técnica, pudiendo se llevar a cabo sólo en la Inseminación Artificial. En la ley puede leerse: "es competencia del médico la selección del donante".

Por lo que concierne a la congelación y donación de óvulos, la ley noruega prohíbe la congelación y de forma implícita la donación de óvulos, ya que sólo se realizará la Fecundación In Vitro gametos de la pareja que lo solicite, como ya se dijo anteriormente.

En lo referente a la donación y criopreservación de embriones, se prohíbe de forma expresa la donación de éstos, permitiendo la crioconservación de los mismos durante un período no superior a 12 meses y con el fin de ser transferidos. Con lo anterior tenemos que también la Maternidad de Sustitución se prohíbe de forma implícita.

Respecto a la experimentación embrionaria, se prohíbe de forma coherente y en un sentido amplio, ya que se respeta la vida humana desde la fecundación, y por lo tanto no se permite la manipulación genética.

Se contemplan pena de prisión hasta tres años y multa o prisión no superior a tres meses respectivamente, aplicables a las personas que incumplan la ley.

En las leyes de este país, se establece un punto muy importante, el referente al tiempo que se deben crioconservar los embriones

estableciéndose en 12 meses, no más, siendo esto algo que no se establece en otras legislaciones, además abarcan el aspecto correspondiente a las sanciones, es decir, al Derecho Penal, estableciendo las penas que se aplicarán a los que incumplan con las leyes.

1.1.5 INGLATERRA

El procedimiento de Fertilización In Vitro, de formación de embriones en laboratorio, tuvo su primer éxito, en 1978 en Gran Bretaña, como ya se mencionó anteriormente, surgiendo así la necesidad de comenzar a regular al respecto.

“En el mes de junio de 1982, el Gobierno creó una comisión especial que acometería el estudio de la fertilización humana y la embriología: esta comisión estaba presidida por la señora Warnock y estaba formada por quince miembros, entre los que se incluían médicos, juristas y personas con experiencia en política familiar y protección a la infancia, con una gran diversidad de ideologías y criterios. Esta comisión dio a conocer en el mes de julio de 1984 el denominado Informe Warnock.”¹³

“Dicho Informe en sus recomendaciones, con respecto a la impugnación de la paternidad indica que en caso de inseminación con semen de dador, mediando consentimiento del marido, surge definitiva e irrevocablemente un vínculo paterno-filial entre el hijo y el marido de la madre y no es posible reclamar por el establecimiento de un vínculo entre el hijo y el donante de semen. En materia de maternidad Subrogada la Comisión

¹³ HERNÁNDEZ Ibáñez, Carmen. *Los Aspectos Jurídicos de la Técnicas de Reproducción Asistida: Ley Española y Marco Europeo*. Revista de Derecho. No. 193, año LXI, Enero-Junio, 1993.Pag 13.

Warnock sin prohibir esta práctica, señala que las legislaciones deben otorgar la maternidad a la mujer de quien nazca el niño y la donante del óvulo no debe ostentar derecho ni obligación alguna en relación con ese niño.”¹⁴

A partir del día 14 tras la fecundación el embrión humano adquiere, según dicho Informe, el estatuto jurídico. Esto se traduce en las recomendaciones que prohíben la experimentación en embriones humanos después del día 14 tras la fecundación, o simplemente el mantener un embrión vivo in vitro a partir de esa fecha. Tratándose del límite en el número de donaciones e inseminaciones por donante el Informe limita el número de las donaciones a 10 por donante.

Indica que por regla general es mejor para los hijos nacer en una familia con padre y madre, esto en su capítulo II. Otro punto al que hace referencia, es el supuesto del hijo que nace por fecundación post mortem el cual no tiene derecho a la herencia de su padre.

Este reporte ha orientado el criterio de otros países de Europa en este campo de la investigación ya que su contenido es extenso y certero.

La legislación inglesa cuenta con una Ley sobre Fertilización Humana y Embriología de 1991, en la cual se legisla sobre Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación, esta ley no pronuncia nada. En cuanto a la donación y crioconservación de gametos, tenemos que se acepta la donación de semen, pero no se menciona nada respecto al límite en el número de donaciones e inseminaciones por donante. El

¹⁴ FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. *Derecho Civil de Nuestro Tiempo*. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Editorial. Gaceta Jurídica y Editores. Perú, 1995. Pag 111.

donador de semen cuenta con el derecho al anonimato, y solamente se contempla el acceso a información sobre él, por parte del hijo, cuando requiera de información general sobre identidad genética, esto una vez que haya alcanzado la edad de 18 años.

Respecto a la congelación y donación de óvulos, son aceptadas en la ley inglesa, además de que considera que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación. Se aceptan la congelación y donación de embriones de forma expresa, se contempla que el período durante el cual podrán mantenerse congelados los embriones no ha de ser superior a 5 años.

También se autoriza la investigación en embriones In Vitro hasta el día 14 tras la fecundación, con fines diagnósticos o terapéuticos, o si está encaminada al avance en el control de la fertilidad. Y no se prohíbe de forma expresa la creación de embriones mediante Fertilización In Vitro destinados a la investigación. En relación con la manipulación genética en embriones humanos, se prohíbe de forma expresa cuando lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección.

Por lo que respecta a la Maternidad de Sustitución, Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre este punto: Acta de acuerdos o disposiciones de subrogación de 1985. En ella condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí (es decir, no prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios). La ley de 1991 reconoce como madre legal a la mujer que alumbró al niño, siendo el padre del niño responsable legalmente de él, a no ser que aquel pueda probar que el niño nació sin su consentimiento.

Cualquier actividad que contravenga lo establecido en la ley, se considerará un delito

Actualmente en el Reino Unido, es legal escoger un embrión por sus genes. Una técnica denominada diagnóstico genético de pre-implantación es utilizada para rastrear diversas enfermedades genéticas. Los médicos seleccionan solo los embriones sanos y los implantan en el útero de la madre.

Un órgano importante en Inglaterra que emite normas sobre las Técnicas de Reproducción Asistida es La *Human Fertilisation and Embriology Authority* (HFEA), fundada en 1991; ésta garantiza que todas las clínicas de tratamiento británicas que tienen a su disposición la Fecundación In Vitro, la Inseminación Artificial o el almacenamiento de óvulos, espermatozoides o embriones, cumplan elevados requisitos médicos y profesionales y sean inspeccionadas con regularidad. Reúnen datos exhaustivos sobre esos tratamientos y facilitan información detallada y consejos al público.

La HFEA también autoriza y controla toda investigación sobre embriones humanos, fiscalizando la investigación controlada para el bien de la Humanidad. Igualmente tiene en cuenta las implicaciones éticas y otros aspectos importantes.

La responsabilidad final de aprobar las leyes antes mencionadas son responsabilidad tanto del Consejo como del Parlamento, es decir, es una co-decisión).

Inglaterra cuenta con las siguientes leyes al respecto además de las ya mencionadas y las cuales son responsabilidad final de aprobación tanto del Consejo como del Parlamento: “Ley de Justicia Penal y Orden Público, de 3 de noviembre de 1994; Human Reproductive Cloning Act of

December 4th, 2001 y Statutory Instruments núm. 188, Human Fertilisation and Embryology Act of January 24th, 2001”¹⁵

El Derecho de este país pertenece a la corriente de que éste no debe considerarse un obstáculo del progreso biotecnológico, sino que debe adecuarse a la evolución científica, porque el avance de las ciencias beneficia a la sociedad y contribuye al mejoramiento de la calidad de vida del individuo. Las Leyes de Inglaterra se distinguen por su liberalismo tanto en materia de acceso a las técnicas, como respecto a la experimentación. El modelo inglés se basa sobre un sistema de autorizaciones que gira precisamente alrededor de la responsabilidad, y por tanto en torno al poder discrecional de los médicos.

1.1.6 ITALIA

Como primer punto tenemos que establecer que Italia no cuenta con una legislación sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

En Italia, en las décadas de los cuarenta, y hasta los tardíos cincuenta, el Tribunal de Roma, consideró a las mujeres que permitieran prácticas inseminatorias en su cuerpo, con semen que no fuera de su esposo, o bien, que se usará la fuerza para llevar a cabo la inseminación en contra de ella misma, como responsables de un delito. Un proyecto de Código Penal de 1958 establecía castigo de prisión tanto a la mujer que se sometía a las prácticas inseminatorias, como para el marido que las consentía, pero también para el donador del semen y para aquellos que practicaran la inseminación.

¹⁵ ROMEO Casabona, Carlos. Ob. Cit. Pag. 335.

La legislación italiana de esas épocas, como todas aquellas que consideran a la Inseminación Heteróloga como un delito, pretenden proteger, a través de esa figura delictiva, la pureza de sangre de la familia. Inseminar a una mujer casada con esperma de un tercero implica introducir a la familia una carga genética distinta. Para Chiaroti, autor italiano que analizó el tema, el adulterio no se concreta solamente a la lesión que se causa al honor del marido, sino de modo fundamental, en el interés social de la certeza de la descendencia.¹⁶

Otras corrientes doctrinales, en cambio, han considerado en la misma Italia que la Inseminación Heteróloga no constituye un adulterio. Giandomenico Milan¹⁷ señala que es característico del adulterio la unión de los sexos, en consecuencia, la Inseminación Artificial no cae en ese supuesto, falta el elemento material, personalización del sexo y el psicológico. El fundamento del adulterio es una falta al deber de fidelidad y la lesión del derecho de exclusividad sexual que pertenece al marido.

Incluso hasta en algunos casos en que se llevara a cabo la inseminación artificial homologa de la mujer, con consentimiento del esposo, se castigaba; por lo que hoy en día se busca establecer normas en las que se manejen los actos relevantes y su actualización.

También en este país, se sancionan conductas que lesionen a los embriones que se utilicen con fines distintos al de procreación y la gestación por sustitución.

¹⁶ Citado por Cuello Calón, Eugenio, *En torno a la Inseminación Artificial en el Campo Penal*, Revista Jurídica Veracruzana, Jalapa, Veracruz, tomo. XII, núm. 3, 1961. Pag. 129.

¹⁷ Citado por García Aguilera, José Antonio, *Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial*, Revista de Derecho Judicial, México, 1972. Pag. 194

“Por parte gubernamental, un Decreto del Ministro de Sanidad de 31 de octubre de 1984, crea una Comisión para el estudio de los problemas relativos a la inseminación artificial en el ámbito de la familia, presidida por el magistrado F. Santosuasso”¹⁸, que no paso de ser eso, simplemente una Comisión.

Debemos tener en cuenta que los problemas judiciales en Italia, en resumen, se tratan en el Parlamento antes que en los tribunales, y es aquí más fuerte la preocupación por facilitar una regulación general y completa.

La Comisión presento como primeros trabajos una circular el 1 de marzo de 1985; en donde se presentaban tipos de propuestas legislativas en cuanto a la Reproducción Asistida.

Existen tres propuestas de ley:

La primera recoge el mayor número de propuestas, fuertemente prohibicionistas, basada sobre dos aspectos de fondo: la definición de las Técnicas como tratamiento contra la esterilidad y el objetivo prioritario de la tutela de la salud femenina, la prohibición de acceso a las Técnicas es para todos, excepto a las parejas debidamente casadas, en edad (la mujer) convencionalmente fértil. Además se admite sólo la fecundación con gametos de la propia pareja. Se prohíbe expresamente la maternidad por sustitución y el embrión es considerado persona humana desde la concepción.

La segunda, del 4 de julio de 1996, es aquella que define las Técnicas también como tratamiento contra la esterilidad, asocia al objetivo de la tutela del nasciturus la defensa de la salud de las mujeres y da lugar a una

¹⁸ HERNÁNDEZ Ibáñez, Carmen. Ob. Cit. Pag. 63

reglamentación menos prohibicionista; intenta tener presente la pluralidad de los modelos de relaciones familiares. Por timidez, tiene una reglamentación ambigua y contradictoria. El acceso a las Técnicas no está limitado a las parejas: los destinatarios son explícitamente las mujeres, casadas o solteras, con tal de que sean estériles. Si las mujeres están casadas o “establemente” emparejadas con un varón, su demanda sólo será aceptada previa obtención del consenso de este último. La donación de ovocitos se admite, pero la maternidad por sustitución está prohibida, y la madre es exclusivamente aquella que pare.

Más coherente, y más permisivo, el tercer tipo, (1304, 30 mayo 1996, y no. 1560, 19 de junio de 1996), cuyo objetivo es prioritariamente la tutela de la salud femenina y en el que se niega que las técnicas sean un tratamiento en contra de la esterilidad. Aquí se concede el acceso a todas las mujeres, y se establece que no es competencia de esta ley intervenir con autoridad sobre modelos de relación familiar ya considerados plenamente legítimos por otras leyes, el hijo que nazca será hijo legítimo de ambos. La Maternidad por Sustitución está prohibida, así como la donación de ovocitos, permitiéndose solamente la donación de embriones sobrantes.

La Maternidad por Sustitución, por tanto, en todas las propuestas, resulta simplemente prohibida, la madre jurídica es la madre gestante. La prohibición de subrogación implica una consideración privilegiada de la maternidad gestacional sobre la genética.

Las mujeres estériles podrían llegar a ser madres sociales, sólo si su óvulo hubiese sido fecundado con semen de su pareja, que se convertiría en el padre jurídico y obtendría la custodia si la madre gestante no reconociese al niño. Y en cuanto a la donación de óvulos se prohíbe en consideración

de la compleja demanda de intervención y del número limitado de ovocitos disponible por cada mujer.

En todas las propuestas prevalece un esquema que tiende no sólo a reproducir las concepciones tradicionales de la familia, sino que avala un modelo de maternidad en el que las mujeres que piden el acceso a las técnicas deben mostrar su adecuación: y es, a menudo, una maternidad que exige la presencia de un padre jurídico.

Con esta variedad de legislaciones se creó el texto del proyecto de ley unificado, en Marzo 1990, el cual indica que el acceso a las mismas está limitado a las parejas de adultos de sexo diverso, casados o establemente ligados por la convivencia, en edad potencialmente fértil y en cualquier caso no superior a los cincuenta y dos años.

Hasta ahora, los centros públicos no pueden practicar la Fecundación Heteróloga, y no están por tanto equipados para recoger y almacenar gametos: el proyecto de ley unificado, por el contrario, limita a los centros públicos precisamente la conservación y obtención, mientras que los centros privados pueden sólo hacer las intervenciones.

La Cámara del Parlamento Italiano aprobó el 19 de junio de 2004 el proyecto de ley sobre Procreación Asistida. De acuerdo con éste, quedan prohibidas: la Fecundación Heteróloga, la clonación, las alteraciones dirigidas a alterar el patrimonio genético de los embriones, la congelación de los mismos, así como su destrucción. Se permite el empleo de las Técnicas de Reproducción Asistida a las parejas de hecho, pero no a los solteros o a los homosexuales, se limita la producción de embriones en número superior al estrictamente necesario para la implantación en procedimiento único, sin exceder de tres.

Podemos ver que en Italia existe un gran rezago en el tema de Técnicas de Reproducción Asistida a diferencia de otros países del continente europeo, falta un arduo trabajo por parte de los legisladores para unificar criterios y crear una ley que contemple por lo menos los principales aspectos del tema, de la manera más coherente y ubicados en la realidad de nuestro tiempo.

1.1.7 FRANCIA

“En Francia debe destacarse el Proyecto de Ley presentado a la Asamblea Nacional el día 18 de Mayo de 1984, cuyo principio fundamental es la configuración y reconocimiento de la personalidad jurídica del hijo desde el momento de su concepción. El interés del hijo concebido nunca deberá ser desconocido, teniendo derecho a la protección de su patrimonio genético”.¹⁹

“En Francia, en 1988, el Consejo de Estado produjo un informe titulado “Ciencias de la vida, de la ética al derecho”; que junto al estudio sobre la intervención sobre el ser humano, la procreación y el cuadro institucional, propone textos legislativos. a petición del primer ministro y en 1989 se complementó dicho informe, redactando un anteproyecto de ley referido a “La Ciencia de la Vida y los Derechos del Hombre”, que incluye un estudio y textos legales a insertar en el Código Civil y en el Código de la Salud”.²⁰ Fue así como surgió el Decreto Ley de abril 1988 relativo a las actividades de la Procreación Asistida médicamente; este Decreto lleva consigo la creación de la Comisión Nacional de Medicina y Biología de la Reproducción.

¹⁹ GONZÁLEZ Morán, Luis. *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*. Ediciones Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1988. Pag. 115

²⁰ FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. Ob. Cit. Pag.112.

También existían ordenamientos que trataban de manera un tanto indirecta lo concerniente a las Técnicas así el Código Penal Francés, prevé una pena severa para quienes llevaran a cabo prácticas de selección de persona y prevé como una de las finalidades de la Procreación Asistida la de "... evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave...".

En efecto la ley admite el diagnóstico preimplantatorio, al respecto el Artículo 152-8 del Código de Salud Pública establece: la experimentación, es decir, las manipulaciones sin finalidad terapéutica para el embrión están prohibidas. En cambio, los estudios, que deben tener una finalidad terapéutica y no afectar al embrión están permitidos. La violación de esta norma es sancionada penalmente (por el Art. L. 152-17 Código de la Salud pública y Art. 511-19 Código Penal Francés).

Posteriormente tenemos la Ley relativa al respeto del cuerpo humano y la Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal del 29 de julio de 1994.

Estas leyes legislan en materia de Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro.

En cuanto a las personas que tendrían acceso a las técnicas son: el hombre y la mujer que forman la pareja y deben estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de aportar pruebas de una vida en común de al menos dos años.

En la inseminación con semen de dador, una vez dada la aprobación del marido, surge un vínculo paterno-filial entre el hijo y el marido de la madre

y no es posible reclamar algún vínculo entre el hijo y el donante de semen, es decir, el donante no crea ningún lazo con el niño que nació de la inseminación donde se utilizó su semen.

Por lo que respecta a donación y crioconservación de gametos; se acepta la donación de semen. La donación y criopreservación de embriones, se acepta de forma expresa y se contempla que el período durante el cual podrán mantenerse congelados los embriones no ha de ser superior a 5 años, al igual que en España, y se prohíbe la experimentación embrionaria.

También se prohíbe la selección del sexo en el embrión obtenido in vitro cuando no exista el riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria ligada al sexo. Al respecto, Si el riesgo para una pareja de tener un niño con una afección genética fuera elevado, puede optar por recurrir a un proceso de Fecundación In Vitro. Así, los embriones pueden ser examinados para que sean implantados en la madre sólo embriones sanos.

La ley francesa castiga con penas de siete años de prisión y multa la concepción in vitro de embriones humanos con fines industriales o comerciales, de investigación o experimentación, así como su utilización con fines comerciales.

En julio de 1994, fue constituido por ley un Comité Consultivo Nacional sobre Ética para la Salud y las Ciencias (CNCE). Este comité es un órgano consultivo que analiza asuntos como la donación y utilización de partes y productos del cuerpo humano, Reproducción Asistida por medios médicos y diagnósticos pre-natales.

La fundación CNCE se encarga de "opinar sobre problemas relacionados con el progreso del conocimiento en las áreas de la biología, medicina y

salud, así como publicar recomendaciones sobre estos asuntos propuestos".

Desde 1994, han sido preparadas y propuestas por el Comité de Ética (CNCE) nuevas leyes en esta área, a su vez, promulgadas por el parlamento francés. Siendo así Francia la nación donde la discusión de Proyectos en el Parlamento es inminente.

La existencia de éste Comité, puede ser la causa de que no exista una ley que rija en específico las Técnicas de Reproducción Asistida; este caso de Francia constituye un ejemplo de cómo una regulación de tipo ético a nivel nacional puede no ser suficiente en la práctica para fijar los límites en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Sin embargo, "Francia es uno de los países europeos donde existe mayor organización a nivel médico administrativo (en lo referente a la Inseminación Artificial, a través de la Federación francesa de los CECOS Centros para la Conservación y el Estudio del esperma, el primero de los cuales data de 1973²¹; en los registros nacionales de los niños nacidos mediante Fertilización In Vitro y otras Técnicas, a través de encuestas en los Centros especializados al respecto."²¹

Las limitaciones de acceso a las Técnicas nos hacen calificar de prohibicionistas las leyes de Francia. Esta reglamentación, mientras deslegitima la maternidad (individual), refuerza la filiación y descendencia masculina. Ningún niño nacerá sin padre, a ningún varón le será negado un niño legítimo. Entre las fácilmente previsibles consecuencias de una regulación prohibicionista está la creación de un mercado negro de esperma. Es probable que se desarrolle un mercado ilícito ya existente de

²¹ Idem.

la maternidad por sustitución, sin garantías para la mujer y escasa tutela para los niños implicados.

1.1.8 ALEMANIA

“En Alemania se publicó en el año de 1976 una Ley Sobre Contratos de Adopción, y a finales de abril de 1985 se publicó un Anteproyecto de Ley Sobre Protección al Embrión con disposiciones relativas a la producción mediante Fecundación in Vitro de embriones sobrantes no destinados a ser transferidos a la mujer, desarrollo de embriones in Vitro más allá del décimo cuarto día, experimentación embrionaria, etc. En la discusión constitucional la opinión dominante fue considerar que, en el orden jurídico, la vida humana comienza desde la concepción del embrión, ya sea a través de medios naturales o mediante Fecundación in Vitro. Desde ese momento, la vida y la salud del embrión, y el derecho a la protección de su dignidad como persona humana son garantizados por la Constitución”²²

En Noviembre de 1989 se incorporó una enmienda a la ya citada Ley sobre contratos de adopción de 1976 con el nombre de “Ley sobre contratos de adopción de niños y sobre la prohibición de los contratos de maternidad por subrogación. Posteriormente nació 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.

²² GUERRA, María J. *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*. Ediciones Universidad Pontificia. Madrid, España. 1998. Pags. 114 y 115.

Alemania, cuenta con legislación específica; una Ley sobre protección del embrión humano que entró en vigor el 13 de diciembre de 1990 “Embryonenschutzgesetz”, la cual regula sobre la Inseminación Artificial, la Fecundación In Vitro y las Técnicas de Micromanipulación. En cuanto al ámbito de aplicación, no se pronuncia nada al respecto. Prohíbe la Inseminación Artificial Post-mortem de forma expresa.

Por lo que respecta a la donación y crioconservación de gametos, se acepta la donación de semen, mientras que en el caso de los embriones no se especifica. La congelación y donación de óvulos se prohíbe expresamente.

Respecto a la experimentación embrionaria, este aspecto fundamental relacionado con la Reproducción Asistida, cabe señalar que se prohíbe de forma coherente. La ley alemana se limita a establecer qué es el embrión y a prohibir coherentemente toda clase de prácticas no encaminadas a obtener nacimientos: producir más embriones de los que se van a implantar, o emplearlos para cualquier otro fin distinto de implantarlos a un matrimonio estéril. Esta ley se enfoca directamente al establecimiento de la protección del embrión, y no se pronuncia sobre la Fecundación In Vitro; al establecer el origen de la vida humana en la concepción, tiene un argumento para prohibir ciertas prácticas que atentan contra el embrión, por lo que es por demás el decir que prohíbe también la manipulación genética. Se prohíbe la maternidad de sustitución, sin embargo, no sanciona a la madre sustituta ni a los padres.

En cuanto a las sanciones, se contemplan pena de prisión hasta tres años y multa o prisión no superior a tres meses respectivamente, aplicables a las personas que incumplan la ley. “En su artículo art. 4º, se establece pena con reclusión o multa a quien fecunde un ovocito sin que hayan dado su

consentimiento la mujer de quien aquél proviene y el hombre cuyo espermatozoide se empleó para la fecundación. No contempla el consentimiento del marido, pero, en cambio, pena con reclusión o multa a quien practique la fecundación artificial con el espermatozoide de un hombre que no ha dado su consentimiento, además de penar a quien fecunde un ovocito sin el consentimiento de la mujer de quien provino”²³

En Alemania, la autoridad legal es el Deutsche Bundestag, el Parlamento Alemán, dos Consejos de Peritos, el "Comité Enquete del Deutsche Bundestag para la Ley y la Ética en la Medicina Moderna" y el "Comité Nacional de Ética", adscrito al gabinete del canciller, los cuales proporcionan consultoría científica. No existe una comisión especial que controle estas leyes, aunque se está discutiendo si tal comisión debería existir en el ámbito de un formato alterado de la Ley de diciembre de 1990.

Alemania además de la ley ya mencionada, tiene la “Ley de Garantía de la Protección del Embrión en Relación con la Importación y la Utilización de Células Troncales Embrionarias de Origen Humano (Ley de Células Troncales), de 28 de junio de 2002 y el Código Procesal Penal Alemán”.²⁴

La doctrina de ese país cree que es conveniente establecer en la Constitución temas como el de la fertilización de seres humanos, estableciendo sanciones a quienes realice investigaciones sin tener el conocimiento científico suficiente. El modelo alemán, que elige la ley es uno de los más exigentes, ya que está revestido de sanciones por el uso ilícito de las nuevas tecnologías reproductoras, del que se deriva que “lo permitido es lo que no está prohibido”.

²³ FERNÁNDEZ Sesarrego, Carlos. Ob. Cit. Pag. 97.

²⁴ ROMEO Casabona, Carlos. Ob. Cit. Pag. 79.

A diferencia de otras leyes como la española, la ley Alemana no se detiene a prever con detalles los procedimientos médicos y los límites o características que deben asumir, sino que, principalmente, establece sanciones penales para prácticas que considera inadmisibles, está es una de las principales razones por las cuales algunos médicos especialistas en la materia, deciden trasladarse a otros países.

1.1.9 ESTADOS UNIDOS

En 1940, se establece en Estados Unidos por primera vez un bando de semen y durante la Segunda Guerra Mundial, se practicó la inseminación artificial en gran cantidad, por los soldados que se encontraban en la guerra y que deseaban tener hijos.

“En 1899 Dickinson concreto la primera inseminación con semen de donante. Finalmente, la moderna historia del tema arranca en 1953, cuando los doctores Bunge y Sherman lograron concretar los primeros embarazos utilizando esperma humano congelado. A partir de entonces, la práctica de la inseminación se ha difundido con intensidad en Estados Unidos, donde en 1977, se estimó que habían nacido ya 250,000 niños por inseminación”²⁵.

En 1978 se calculó que aproximadamente 10,000 niños al año nacían como consecuencia de la inseminación artificial con donante.

Este país no cuenta con una ley federal, como el resto, que trate ampliamente la Reproducción Asistida, sino que cada Estado ha dictado sus disposiciones al respecto; unos optan por una postura y otros la imitan o cambian totalmente. Así la solución de los conflictos que se desprenden

²⁵ FERNÁNDEZ Sesarego, Carlos. Ob. Cit. Pag 94.

de dichas actividades de Reproducción Asistida se ven sometidas a fallos judiciales. Por esto, es que este país presenta una gran variedad legal al respecto, puesto que en cada Estado el criterio cambia.

“La aparición en ese país de una propuesta legislativa que intenta uniformar la legislación de la familia de los distintos Estados, llamada “Uniform Parentage Act”, contiene en su sección cinco un expreso reconocimiento jurídico a la Inseminación Artificial Heteróloga conyugal y constituye la relación filiativa, en estos casos, a partir del consentimiento. Esta recomendación ha sido aprobada por más de 16 Estados, sin introducirle cambios. Otros estados las han incorporado a sus legislaciones con algunas modificaciones.

Más de 29 Estados han aprobado alguna clase de normas que atribuyen la paternidad al marido que otorga su consentimiento para que la inseminación se efectúe con donante”²⁶

La mayor parte de las legislaciones de los diferentes estados sancionan como delito la entrega de dinero o de otra clase de bienes materiales por la adopción de menores de edad. Con esto se puede considerar que la Maternidad Subrogada esta prohibida.

“En Enero de 1981, el Procurador General de Kentucky manifestó su tesis de la ilegalidad de tales contratos, apoyándose en la propia política del Estado contraria al pago de dinero como remuneración por la adopción de un menor y sobre todo en una específica y concreta Ley que veda el consentimiento para el convenio de adopción antes del nacimiento de la

²⁶ ROCA Trías, Encarna. *La incidencia de la Inseminación-Fecundación Artificial en los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional, en la Filiación del Siglo XX*. II Congreso Mundial Vasco, Gobierno Vasco, Universidad del País Vasco, 1987. Pag. 23.

criatura. Manifestaciones parecidas realizó en Junio de 1982 El Procurador General de Kansas.”²⁷

Uno de los casos más comentados sobre maternidad subrogada es el de 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 han planteado una serie de interrogantes de tipo ético, cuya solución dependerá en gran manera de la normatividad que cada país establezca para el efecto.

La ley de Texas de Estados Unidos, es otra de la leyes que aborda el tema a tratar; indica que en el caso de inseminación con dador, una vez llevada a cabo bajo la aprobación del esposo o de la pareja de la mujer

²⁷ LEONSEGUI Guillot, Rosa Adela *La Maternidad Portadora, Sustituta, Subrogada o de Encargo*. Boletín de la Facultad de Derecho. Madrid España, segunda época, No 7 Invierno 1994. Pag.326.

que se somete a la Técnica, se considerará padre a aquél que dio su autorización y no al hombre de donde provenga el espermatozoide que se utilizó para fecundar el óvulo.

Existe una Sociedad Americana de Fertilidad, la cual ha sido adoptada como ley por diversos estados de los Estados Unidos, con variantes y diversos temas tratados, 25 estados han aprobado ya textos legales sobre la procreación. Donde se establece que dichas técnicas son dirigidas a mujeres que se encuentren casadas legalmente.

Con respecto a los requisitos del donante debe existir una reglamentación que sancione a los médicos que no lleven a cabo exámenes médicos a los donantes, esto se advierte con mayor nitidez si se tiene en cuenta que solo el 28.8% de los médicos encuestados realiza algún tipo de prueba bioquímica de los donantes de semen.

Otras leyes con las que cuenta Estados Unidos, que tienen relación con las Técnicas de Reproducción Asistida son: "The Human Cloning Prohibition Act of February 2nd, 2003; The Stem Cells Research Act of California State of September 24th, 2003 y The Concerning Human Stem Cell Research Act of State of New Jersey, of February 1st, 2004"²⁸

Como se puede ver, Estados Unidos no cuenta con una ley a nivel Federal al respecto; esto podría traer un sin fin de problemas de índole jurídico, ya que las leyes estatales se pueden ser en ciertos aspectos distintas entre sí, provocando incertidumbre en los sujetos que se someten a ellas y el individuo resultado de dichas Técnicas, ya que algunas pueden resultar demasiado restrictivas y otras permisivas, lo que provocaría que de un mismo tipo de situación se suscitaran distintas soluciones.

²⁸ ROMEO Casabona, Carlos. Ob. Cit. Pag. 437.

1.1.10 MÉXICO

En México, hasta este momento, no se ha dado una ley que regule los logros científicos y tecnológicos que existen en materia de Reproducción Asistida.

En nuestro país la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida toman un gran auge y el número de casos que se presentan cada año aumentan considerablemente, por ello es de vital importancia, que se tome conciencia sobre hecho de legislar la materia; toda vez que los riesgos y aberraciones que se presentan con el uso de algunas de estas Técnicas son un gran peligro para todos.

En el país son escasos los antecedentes legislativos sobre la Reproducción Artificial, sólo existen dos proyectos que retoman estos temas con interés, aunque sus conceptos no sean los más apropiados y ninguno de ellos haya logrado quedar vigente.

En 1958, el Presidente Adolfo Ruiz Cortines, envía al Congreso de la Unión el proyecto denominado “Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, sus aparatos, órganos o fluidos.”

Dicho proyecto consta de 33 artículos distribuidos en 4 capítulos; a través de ellos se pretendía regular un poco la Reproducción Asistida, desde los ámbitos civil, penal y administrativo. En el artículo segundo de dicho proyecto, se considera lícita la fecundación artificial entre esposos, cuando por imposibilidad física de alguno de ellos, éste sea el único medio para lograr la procreación de los hijos. En el siguiente artículo se declara ilícita la Fecundación Artificial hecha a la mujer cuando el semen no sea de su

esposo legítimo o cuando no exista la imposibilidad física exigida para la aplicación de este medio. Es decir, se prohibía la Fecundación Artificial Heteróloga. Cabe señalar que este artículo no hace referencia a un delito especial, ya que sólo utiliza aisladamente la palabra “ilícito”.

En los artículos 20, 21, 22 y 23 del proyecto en estudio, se intenta regular el procedimiento y la infraestructura para hacer uso de la Inseminación Artificial, sin embargo, no menciona nada acerca de las otras Técnicas y procedimientos.

Este proyecto que se pretendía aplicar en toda la República, nunca fue aprobado por el Congreso de la Unión, no obstante, debemos reconocer que es el primer intento en México, para normar la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

“En 1989, el tratadista Ernesto Gutiérrez y Gonzáles, elabora un Anteproyecto de Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León”.²⁹

En éste, trata de abordar, además de otros temas, la problemática de la Fecundación In Vitro, la Clonación y la Inseminación Artificial. Este anteproyecto que no entró en vigencia, ocupa 29 artículos para definir y clasificar estas Técnicas, señalar los requisitos para realizarlas y establecer una infraestructura médica para poder aplicar los procedimientos.

“En los artículos 391 y 402 se menciona la responsabilidad penal de los médicos que intervienen en la práctica de la Inseminación Artificial y la

²⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Anteproyecto de Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León*. Pags.264 y 265.

Fecundación In Vitro, la cual resulta de la comisión de los delitos de lesiones y revelación de secretos, en consecuencia, el autor nos remite al Código Penal del Estado para sancionar estas conductas delictivas”³⁰

Este anteproyecto del Código Civil, intenta ser innovador porque regula de manera compleja, temas que no habían sido tratados por nuestra legislación.

También la Legislación Sanitaria es pionera en las cuestiones relativas a la Reproducción Asistida pues entre otros ordenamientos, la ley General de Salud, desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación, contempla la práctica de la Inseminación Artificial sancionando únicamente su realización cuando no existe consentimiento de las partes involucradas, además indica que las Técnicas de Reproducción Asistida, por su propia naturaleza deben realizarse en lugares que cuenten con la infraestructura especializada para ello; La Secretaría de Salud tiene la facultad de vigilar y controlar la creación y funcionamiento de todo tipo de establecimientos de servicios de salud y fijará las normas a las que deberán sujetarse, ya que realizan extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células.

La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de las investigaciones en materia de anticoncepción, infertilidad humana y planificación familiar. Las reformas a la Ley de 1991 contiene algunas definiciones y normas de carácter muy general sobre autorizaciones y registros. Con fecha de enero de 1987, se publicó el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud en el cual se consagran en un capítulo la Fertilización Asistida y se incluye el concepto

³⁰ Ibidem. Pag.266

de Fertilización In Vitro, se regula, aunque de manera incompleta la Inseminación Artificial.

En la legislación mexicana la Inseminación Heterologa esta permitida a diferencia de lo que sucede en otros países; la Ley General de Salud, la regula, siempre que ésta se practique después de haberse obtenido el consentimiento de la mujer y el esposo, así como también se sanciona al que practica una inseminación sin el consentimiento del esposo. Por lo que se impide a la mujer libre de matrimonio, capaz y mayor de edad ejercer su derecho a recurrir a la Inseminación Artificial, si cuenta con el consentimiento de su pareja estable. Se establece así la filiación materna y paterna respecto del menor y los efectos jurídicos que de ella derivan, derecho al nombre, a la patria potestad y a los derechos alimentarios y sucesorios.

No existe texto legal que prohíbe la subrogación de vientre, por lo que tenemos que acudir a la Teoría General del acto jurídico. Al hablar de subrogación de vientre, el objeto del acto jurídico que fundamentara la aplicación de las técnicas sería ilícito, por que el cuerpo humano no es materia de comercio.

Con fecha de 24 Mayo 2000, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal diversas reformas al Código Civil para el Distrito Federal, con estas modificaciones, no se permite al marido desconocer al hijo nacido por Inseminación Heterologa.

También existe la Comisión Nacional de Bioética, que es la encargada de promover el estudio y observancia de valores y principios éticos para el ejercicio tanto de la atención médica como de la investigación en la salud.

La Inseminación Artificial no es una actividad prohibida por la ley, sin embargo de este tema se derivan más actividades que si ponen en riesgo la salud pública, sino se regulan y controlan legal y medicamente; entre éstas actividades están la investigación y experimentación en seres humanos, el tráfico y manipulación de embriones, la compra y distribución de células germinales.

La Reproducción Asistida esta en constante avance y se aplica como medio de solucionar determinados problemas fisiológicos, pese a ello se sigue considerando como investigación, que de hecho lo es, por su permanente perfeccionamiento, pero no deja de ser una práctica que debe regularse.

Se tiene la seguridad de que en México se practican en el sector privado algunas de las Técnicas de Reproducción Asistida, ya hay varias clínicas en la República que se dedican a ésta actividad. El costo de estas prácticas es alto, por lo cual muchas parejas que tienen algún problema de fertilidad, que no cuentan con los recursos económicos suficientes, deben quedarse con su deseo reprimido de tener hijos y formar una familia, a menos que opten por la adopción.

Los legisladores mexicanos tienen que afrontar esta realidad que se está dando con las mejoras en materia de Reproducción Humana, y tener presente que el Derecho, como disciplina que emerge de la sociedad, debe estar a la altura de la ciencia y la tecnología, ya que se corre el riesgo de que existan lagunas y por lo tanto provocar una inseguridad jurídica que no debe generarse.

CAPÍTULO II

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

CAPÍTULO II

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.1. CONCEPTOS BÁSICOS APLICABLES A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Para entender en que consisten las Técnicas de Reproducción Asistida, debemos definir de forma clara y precisa lo que es la reproducción asistida, de tal manera que:

Por reproducción entendemos: “El proceso mediante el cual ciertos cuerpos organizados producen otros seres de características semejantes”³¹.

La catedrática Alicia Romo Román menciona que: “Es un proceso de formación de un nuevo ser humano,”³² al respecto indica que es difícil en este caso hablar de un acto de concepción o procreativo, ya que se fabricar o produce una persona por lo que es correcto indicar el término reproducción ya que se manipula con las células reproductivas.

Por otra parte el término asistir tiene una serie de acepciones: “La asistencia se define como, socorro, favor o ayuda...”³³

³¹ PIÑEIRO González, Ramón. *Diccionario de Ciencias de la Salud*. Editorial Interamericana. México, 1995. Pag. 384.

³² ROMO Román, Alicia. *Algunas Reflexiones sobre la Fertilización Asistida*. Editorial, Gabriela Mistral. Chile, 1994. Pag. 2

³³ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. Pag. 294.

Son muchos los casos que nos pueden demostrar la divergencia terminológica que se utiliza para designar a la Reproducción Asistida. A continuación mencionaremos algunas de estos:

En Francia, las doctoras Jacqueline Mandelbaum y Michelle Plachot en su libro "Generation éprouvette" señala que "...los diferentes métodos utilizados se han agrupado bajo la denominación de Procreación Médicamente Asistida (PMA)."³⁴

La Doctora, Marie Magdaleine Chatel comenta: "Las procreaciones médicamente asistidas nuclea los actos médicos que apuntan a asistir la procreación, lo que puede ir desde un empujoncito hasta las procreaciones artificiales. El termino PMA engloba tanto la ingestación de un estímulo a la ovulación como la cirugía tubaria reparadora para la inseminación artificial o las diversas fecundaciones in Vitro."³⁵

Por su parte O'Callaghan Xavier, en su Compendio de Derecho Civil, señala que "la palabra reproducción asistida tiene un sentido amplio, comprensivo de una serie de conceptos: Inseminación artificial: es el procedimiento que sustituye al coito; fecundación artificial es el origen de la filiación; es el efecto de la inseminación artificial..."³⁶

El autor Efraín Pérez Peña, define a la Reproducción Asistida como "el empleo de tecnología altamente especializada que constituye o complementa al contacto sexual para que la fertilización ocurra"³⁷

³⁴ MANDELBAUM, Jacqueline y Michelle, Plachot. *Génération éprouvette*. Trad. Sergio Tapia A. Editorial Urano. España, 1993. Pag. 28

³⁵ CHATEL, Marie Magdaleine. *El Malestar en la Procreación*. Editorial Nueva Visión. Argentina. 1996. Pag. 70

³⁶ O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV. 3ª. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1991. Pag. 226.

³⁷ PÉREZ Peña, Efraín. *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*. Editorial, Ciencias y Cultura Latinoamericana. México 1995. Pag. 644.

Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña define a la fecundación artificial como: “El término fecundación se refiere a las manipulaciones médicas realizadas con gametos masculinos y femeninos –espermatozoide y óvulo- para buscar la concepción cuando ésta no se puede o quiere realizar a través de la cópula”³⁸

De lo anterior se puede definir a la Reproducción Asistida como la Técnica que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la reproducción mediante cópula o coito normal entre una pareja, la cual consiste en introducir a través de procedimientos artificiales y con la ayuda del equipo médico e instrumental plenamente capacitado, el gameto masculino (espermatozoide), en el gameto femenino (óvulo) con el propósito de la procreación, ya sea en forma interna o externa. Esto con la finalidad de satisfacer las necesidades materno-paterno de las parejas estériles que buscan formar una familia.

Como ya lo mencionamos implica que un tercero, intervenga para ayudar, favorecer o socorrer a otros en el proceso de reproducción. Por ello, es más viable utilizar el término de reproducción asistida, que conlleva la intervención de otra persona, quien con los conocimientos necesarios coadyuva a otros en el camino que se requiere para lograr producir una vida humana.

Se debe tener en cuenta que la Reproducción Asistida no es exclusiva de la pareja; con el paso del tiempo la sociedad ha cambiado en cuanto a sus patrones de comportamiento y forma de vida, por lo que en la actualidad existen mujeres que no cuentan con una pareja o que no tiene ningún

³⁸ PÉREZ Duarte y Noroña, Alicia. *La Maternidad ¿Es Siempre Cierta?*. Boletín Informativo de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXII, Número 65, México, Mayo-Agosto, Pag. 498.

problema de fertilidad y aún así optan por la Reproducción Asistida con la finalidad de lograr el deseo de ser madres.

Ahora bien, con respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida y de acuerdo a lo anterior, éstas serán aquellas prácticas que implican una manipulación que va desde lo más sencillo que es el control de los procesos hormonales, ovulación, hasta lo más complicado que consiste en el acercamiento de las células germinales con ayuda de instrumentos especializados y por profesionales calificados, logrando que la fecundación se de en el vientre materno es decir, de forma interna o se de en un medio de cultivo una vez extraído los gametos femeninos y masculinos, o sea, de forma externa para posteriormente introducir el producto en el útero materno.

La Técnica que se utilice en cada caso depende de la situación física y psicológica en que se encuentre la pareja, además de que se tienen que realizar una serie de estudios y en principio se optará por el uso de medicamentos o cirugía para corregir el problema, de no obtener un resultado favorable se decidirá por alguna o en caso extremo, algunas de las Técnicas.

El empleo de las Técnicas de Reproducción Asistida, abren la posibilidad de modificar la naturaleza intrínseca del individuo como un ser único e irreplicable en el mundo, el alcance que dichas técnicas pueden llegar a tener sino se regulan adecuadamente, puede ser inimaginable y hasta catastrófico; por lo que el Derecho deberá adecuarse a la aplicación de dichas técnicas, con normas vigentes y adecuadas.

Este es el momento donde el hombre debe comportarse como un ser responsable y solidario con su misma especie, debe encausar

adecuadamente los experimentos que realice en aras del progreso; tiene la obligación de aplicar los principios generales e inmutables de la ética y la moral, ya que es demasiado tenue la línea que existe entre éstas y la ciencia.

La Reproducción Asistida ha tenido avances importantes debido a un mejor conocimiento de los mecanismos involucrados en la reproducción, logrando con ello un incremento de las tasas de embarazo y por consiguiente el número de nacimientos. El desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) ha avanzado gradualmente, desde la aparición de la Inseminación Artificial Intrauterina Homóloga (IAH), posteriormente pasando por la Fertilización In Vitro tradicional (FIV), Transferencia Intratubaria de Gametos (GIFT), Transferencia Intratubaria de Cigotos (ZIFT), Inseminación Subzonal de Espermatozoides (SUZI), Disección Parcial de la Zona (PZD), Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), cocultivo o cultivo secuencial asistido (Assisted Hatching), criopreservación de gametos y/o embriones y recientemente el diagnóstico genético preimplantatorio (PGD).

De las diferentes Técnicas descritas, a través del tiempo y del conocimiento de sus resultados solo algunas de ellas son de práctica común. En este capítulo nos referiremos a la Inseminación Artificial Homóloga, Inseminación Artificial Heteróloga, Fertilización In Vitro con Transferencia de Embriones, Transferencia Intratubaria de Gametos y a la Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides, de las cuales se analizarán los aspectos prácticos de cada una de ellas, incluyendo sus indicaciones y resultados. Pero aunado a estas Técnicas tenemos la Maternidad Subrogada o Sustituta, que en sí no es una técnica sino una forma de lograr la maternidad con ayuda de otra mujer y de una Técnica; también abordaremos la donación de gametos y embriones, este punto es

de gran importancia, ya que existen casos en donde sino existieran estas donaciones sería imposible la Reproducción Asistida y como último punto tenemos la criopreservación, que es un complemento ampliamente importante para que se lleve a cabo cualquiera de las Técnicas.

2.1.1 GENÉTICA: INGENIERÍA GENÉTICA.

GENÉTICA

Para que entendamos que es la Genética es importante conocer el origen de esta ciencia. El austriaco Johann Gregor Mendel en el año de 1856, fue el primer hombre en realizar estudios y experimentos en cuanto a la Genética creando las conocidas con el nombre de “Leyes de Mendel”. En 1906 da el nombre de Genética a esta ciencia “el biólogo W. Basten quien descubre al Gen o factor biológico que es responsable de los mecanismos hereditarios. O. T. Avery demostró en 1944 que los genes eran una sustancia llamada ADN, ácido desoxirribonucleico presente en los cromosomas y que había sido descubierto por Miescher en 1869. En 1953 fue cuando J. D. Watson y F. H. C. Crick mostraron la estructura de doble hélice enrollada del ADN. De 1960 a 1975 se estudio a los mecanismos moleculares de la acción genética. A partir de 1975 hasta la fecha se aprecia un considerable desarrollo y aplicación de nuevas Técnicas moleculares a los estudios genéticos, esta última etapa ha sido denominada como la Nueva Genética.

Una vez que se realice una pequeña remembranza de lo que ha sido la Genética se hará mención de algunas definiciones.

José Luis de la Lama manifiesta que Genética “es la ciencia que estudia los fenómenos relativos a la herencia y a la variación de los seres vivos. Su finalidad es el descubrimiento de las leyes que genera la transmisión de los caracteres que presentan los individuos a su descendencia y la determinación de las causas a que obedecen las diferencias que se observan entre los seres que pertenecen a esa descendencia.”³⁹

Para Dolores Loyarte la Genética “es la rama de la Biología que se ocupa de los mecanismos responsables de la herencia, del estudio de los caracteres de los seres vivos, de los mecanismos mediante los cuales esos caracteres se transmiten a la descendencia, y de las posibles alteraciones de esos mecanismos, y sus consecuencias”.⁴⁰

Una vez analizadas las anteriores definiciones, tenemos que el principal objetivo de la genética es el estudiar las estructuras de los factores responsables de la transmisión de caracteres hereditarios, así como el conocer las funciones que realizan los genes que van de generación en generación y comprender él por qué de las diferencias existentes entre especies y entre individuos de una misma.

La Genética ha jugado y sigue jugando un papel determinante, he aquí que la genética abre nuevos horizontes, pero ¿Hasta donde? ¿Se necesita por consiguiente, un nuevo Derecho genético?. El Derecho debe ponerse a la altura de los acontecimientos científicos para que de alguna manera se puedan regir y en casos no favorables para la humanidad poner un freno.

³⁹ DE LA LAMA, José Luis. *Genética General Aplicada*. Editorial Uteha. México, 1985. Pag. 752.

⁴⁰ LOYARTE, Dolores. *Procreación Humana Artificial*. Editorial de Palma. Argentina, 1995. Pag. 429.

INGENIERÍA GENÉTICA

La revolución biotecnológica es considerada como la tercera gran revolución tecnológica de este siglo después de la energía nuclear y de las tecnologías de información y comunicación. Fue en la década de los setenta cuando se inicio esta revolución científica. La Ingeniería Genética deja de ser una ciencia teórica empeñada en el conocimiento de los mecanismos más recónditos de la vida, para comenzar a ser, también una ciencia manipulativa. Uno de los primeros avances de la Ingeniería Genética fue el descubrimiento de las enzimas de restricción, en 1963, por el microbiólogo suizo Werner Arber. Estas enzimas se convirtieron en la principal herramienta de la Ingeniería Genética, ya que son capaces de cortar el ADN en sitios específicos de la molécula. En 1982 un ratón fue el primer animal que transfirió a su descendencia un gen ajeno a él, y en 1983 se obtuvo la primera planta por Ingeniería Genética.

Éste tipo de ingeniería consiste en el aislamiento de un gen o una secuencia de ADN de determinado donante, y en inserción de éste a una célula huésped de otro organismo. El gen extra puede expresarse de varias formas, ya sea alternando la manera en que los genes del huésped funcionan, ya sea haciendo que la célula huésped produzca una proteína extranjera codificada por el gen recién llegado. Se crean así numerosas copias idénticas del gen externo en cuestión a medida que la población de la célula huésped se expande. El gen externo suele unirse a otra molécula de ADN, conocida como vector, para que se replique y se exprese en la célula huésped. Esta unión de dos células de ADN se llama recombinación y molécula combinada resultante, ADN recombinante. Estos avances de la biotecnología han permitido que se altere la constitución genética de los microorganismos, las plantas y los animales (seres humanos incluidos). La

revolución biotecnológica ha introducido una nueva era con posibilidades impresionantes para la medicina, la industria y la agricultura.

La Doctora en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ingrid Brena Sesma, al respecto nos indica que: “La ingeniería genética, término más amplio, comprende las técnicas científicas de recombinación artificial de materiales genéticos provenientes de organismos vivos, que posibilitan la creación de nuevas especies, la fusión de patrimonio genético de dos o más especies, la corrección de defectos genéticos y la fabricación de numerosos compuestos útiles, como sueros y vacunas e incluso la clonación.”⁴¹

Es así como la ingeniería genética se entiende como un conjunto de Técnicas capaces de intervenir directamente sobre el material genético y sobre las estructuras y mecanismos moleculares responsables de transmitir los caracteres hereditarios además de modificar las bases genéticas sobre las que se estructura la vida humana; el hombre puede modificar los mecanismos de la vida y así influir en ellos o incluso en ciertos casos para producirlos.

“Como resultado de los avances científicos de las últimas décadas, la Ingeniería Genética y la Biotecnología se han aproximado no sólo a la posibilidad de fecundar In Vitro el espermatozoide con el óvulo para obtener seres humanos de determinadas características de tamaño, inteligencia, aptitudes, color y etnia, sino además de remplazar genes anormales o defectuosos por sanos.

⁴¹ BRENA Sesma, Ingrid. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Procreación Asistida e Inseminación Artificial y Manipulación Genética en el Código Penal del Distrito Federal*. México. No. 20 enero-junio 2004. Pag. 102.

Todo ello abre perspectivas inusitadas para la vida humana, aunque sin duda traerá también conflictos éticos, filosóficos, jurídicos, religiosos e incluso políticos de enorme trascendencia”.⁴²

Las aplicaciones de la Ingeniería Genética no son por sí mismas jurídica y moralmente aceptables, pero tampoco todas son reprobables. Será necesario descubrir la finalidad de cada Técnica de Ingeniería Genética para determinar su licitud o ilicitud; puede coadyuvar al bien de la vida humana en las futuras generaciones, pero también puede ocasionar efectos no favorables. Aquí comienzan los cuestionamientos. ¿A que instancia corresponde la determinación? ¿Qué parámetros, o que legislación se debe seguir para tal determinación?.⁴³

El progreso científico es ambivalente, no porque no se pueda atribuir al desarrollo de la ciencia un carácter bueno o malo, sino porque la aplicación práctica de la ciencia puede devenir en fines positivos o fines perversos. Todos podríamos estar interesados en la realización de diagnósticos genéticos y la utilización de Ingeniería Genética para resolver problemas graves de salud, pero estaríamos en contra de su utilización sólo para conseguir un determinado color de ojos en nuestra descendencia o si sirviera para discriminar a aquellos que padecieran de una enfermedad.

La complejidad de las cuestiones que suscita la Ingeniería Genética explica el hecho de que en la actualidad las opiniones se encuentren divididas, sobre la postura a adoptar.

⁴² BRENA Sesma, Ingrid. *Salud y Derecho*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2005. Pags. 5 y 6.

⁴³ Cfr. BRENA Sesma, Ingrid. Ob. Cit. Pag. 102.

2.1.2 LA GENÉTICA MODERNA Y ÉTICA: BIOÉTICA

García Maynez define la Ética como: “Una disciplina cuyo objeto es emitir reglas de comportamiento y formas de vida a través de las cuales tiende el hombre a realizar el valor de lo bueno”.⁴⁴

La Ética es de gran importancia en las situaciones que trae consigo la nueva tecnología, y en especial en nuestro tema a tratar, ya que existen varios aspectos o valores que se ven afectados o relacionados: bien sabemos que al tener éxito las Técnicas se creará una vida, este ser debe crecer y desarrollarse en un ambiente social idóneo; también interviene valores que se relacionan con la paternidad y la maternidad, aquí interviene el derecho que tiene una persona a procrear y por lo tanto a tener descendencia y como el aspecto más importante, se tiene el de el status del embrión, y la forma como deben ser considerados estos embriones que se encuentran en los laboratorios.

Ahora bien, la Bioética es la preocupación moral que suscita los avances de la moderna Ingeniería Genética, que han ido muy lejos.

“Especial relevancia ha cobrado en este terreno la bioética. En la Enciclopedia of Bioethics, la palabra “Bioética” de reciente creación, ha venido a denotar no sólo un particular campo de investigación humana la intersección de la Ética y las ciencias de la vida, sino también una disciplina académica, una fuerza política en medicina, biología y que se ha extendido a estudios del medio ambiente. La Bioética es sencillamente un campo nuevo más que ha emergido en medio de los grandes cambios científicos y tecnológicos y que ha logrado penetrar en el Derecho.

⁴⁴ GARCÍA Maynez, Eduardo. *Ética*. Vigésimo sexta edición. Editorial Porrúa, México 1990, Pag. 12.

Pues bien la Bioética se ocupa como señala Thomas H. Murray del “estudio de las cuestiones éticas en medicina, atención sanitaria y ciencias de la vida”, o según Potter del “estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales.”⁴⁵

“Actualmente, el objetivo de la Bioética se centra en animar el debate y el diálogo interdisciplinario, dirigido a alcanzar el bienestar del ser humano tanto en su concepción individual, como miembro de la sociedad y como ser perteneciente a la especie humana. Ese bienestar puede verse interrumpido por situaciones derivadas de los avances de la ciencia, el ejercicio de las profesiones de la salud y de las políticas relativas a la atención de la salud y del medio ambiente.

La Bioética actual se desarrolla en distintos niveles, desde la investigación de particulares o el enriquecedor debate entre los miembros de los comités de bioética, hasta los foros de discusión, tanto nacionales como internacionales. En todos los casos, la reflexión bioética se formula con base en los cuatro principios básicos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia distributiva.

La metodología de la Bioética pretende establecer conceptos comunes o, al menos, trata de homogeneizar las diversas posturas respecto a un concepto abordado”.⁴⁶

Es así como la Bioética se torna como la ciencia del futuro, será la ciencia que haga posible la realización de experimentos fabulosos en torno al ser

⁴⁵ PORRAS del Corral, Manuel. *Biotechnología, Derecho y Derechos Humanos*. Editorial Publicaciones Obra Social y Cultural Caja Sur. Córdoba, 1996. Pags. 27 y 28.

⁴⁶ BRENA Sesma, Ingrid. Ob. Cit. Pags. 19 y 20.

humano y de esta forma el hombre tendrá poder sobre sí mismo. Los nuevos adelantos deben ser analizados bajo una diferente perspectiva, la cual deberá ser normada en un enfoque ético y moral.

COMISIONES NACIONALES DE BIOÉTICA

Las Comisiones Nacionales de Bioética se encargan de emitir opiniones que no tienen carácter de obligatorio, buscan proteger el bien social, y no persigue fines lucrativos, el trabajo se formó en un inicio únicamente por expertos, con el paso del tiempo intervinieron mas especialistas relacionados con estas investigaciones, por tal motivo se permitió la entrada de médicos, psicológicos, filósofos, teólogos, juristas, etc.

El funcionamiento de las Comisiones se inicia con el objetivo de buscar las razones suficientes para analizar las cuestiones en conflicto de un determinado tema, la información debe ser clara, se deben formular juicios de licitud o ilicitud en cuanto a su fundamento jurídico, se emiten las conclusiones de cada uno de los miembros y se rinde un informe.

Se conforman por órganos colegiados independientes que representan los valores fundamentales, la idea de constituir los primeros organismos surge en 1953 en Norteamérica con el nombre de "Comisiones de Expertos", las cuales se encargaron de emitir criterios éticos a los que deberían de adecuarse los protocolos de investigación con seres humanos, en 1974 surgen los Institucional Review Board, se encargaban de revisar los protocolos de investigación y se preocupaban por observar de cerca la manera en que se obtenía el consentimiento de los sujetos que se sometían a experimentación, en 1974, finalmente las comisiones de Ética se introducen a los hospitales.

La creación de las Instituciones surge por la exigencia de cuidar el funcionamiento de las investigaciones biogenéticas, sin tener como fin limitar las investigaciones, así como también, busca establecer las razones que legitimen las prácticas.

En México los Comités de Bioética tienen un periodo de formación de 1990 a 1992, los objetivos que se persiguen en nuestro país son concientizar a los médicos y al personal especializado sobre temas que se relacionan con el respeto al derecho a la vida, a los derechos humanos y en general a la sociedad, se han realizado coloquios, seminarios y talleres, en universidades, escuelas de medicina, facultades, instituciones de salud, hospitales y sociedades de salud, para formar comités institucionales de bioética que sirvan para la investigación, como guía de conducta médica y clínica.

También se creó el Movimiento Universal de la Responsabilidad Científica, MURS/México, en el que se establece que no vale la pena contar con adelantos científicos si con estos no se respetan los valores fundamentales como la vida y la dignidad del ser humano.

La sociedad se inquieta al observar el descontrol existente en el desarrollo que tiene la Bioética y los distintos temas relacionados con la reproducción, trasplantes, manipulación genética y clonación, dando lugar a conflictos sociales que son difíciles de regular por su constante cambio y desarrollo.

Por lo que la Bioética y el Derecho son dos disciplinas distintas, sin embargo, están relacionadas entre sí, ya que tienen un objetivo en común, el cual es enfrentar los cambios que traen consigo los avances científicos

con respecto al ser humano y a su entorno, y promover el desarrollo de los mismos avances cuando estos sean benéficos a la humanidad.

Tanto el Derecho a través de resoluciones judiciales como la Bioética a través de las propuestas de los Comités utilizan la casuística como método de pensamiento. Los jueces al resolver conflictos relacionados con la vida humana y su entorno, deben tomar en cuenta la reflexión bioética, así como los comités deben tomar en cuenta las normas y los conceptos jurídicos. Por lo tanto esta interacción es de vital importancia.

A la luz de las anteriores consideraciones, concluimos que la Bioética es una ciencia de carácter interdisciplinario, que se encargara de normar, junto con el Derecho, las aplicaciones y alcances de las técnicas de Ingeniería Genética, englobando dentro de dicha disciplina a la manipulación genética y a las Técnicas de Reproducción Asistida.

2.2 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Esta es una práctica considerada de baja complejidad y lo es realmente en comparación a todos los procedimientos que implican otras Técnicas Asistidas; es un procedimiento en el que se sustituye la función del aparato reproductor masculino.

“La Inseminación Artificial consiste básicamente en el depósito de semen realizada por parte de un especialista en los genitales internos de una mujer. Con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual.

Criterios meramente técnicos de distinción de los diferentes tipos de inseminación atienden a la preparación del semen, al lugar en el que se deposita, o a la técnica utilizada. De este modo, según la preparación del semen puede tratarse de inseminación artificial con semen fresco o con semen congelado; puede ser completo o fraccionado; puede ser como es eyaculado, o capacitado. Según el lugar de los genitales femeninos donde sea depositado, se habla principalmente de Inseminación Artificial Vaginal, Intrauterina, Endocervical y Exocervical.”⁴⁷

Tradicionalmente, la Inseminación Artificial ha estado destinada a resolver problemas de infertilidad dentro de la pareja, que pueden provenir de dificultades para la penetración, alteraciones en el semen que lo tornan inhábil para la fecundación, la vasectomía del varón, la impotencia, la paraplejía, portadores de una anomalía cromosómica o enfermedad genética; en el caso de la mujer se puede presentar la presencia de anticuerpos contra el esperma, así como las causas genéticas, como la hostilidad cervical y la realización normal del acto sexual. La efectividad depende de la causa de infertilidad y de si se utiliza semen fresco o congelado –en el caso de la heteróloga-, utilizándose éste cuando el fresco es inadecuado o si no hay donante.

La determinación de las fechas para hacer la Inseminación corresponde al ginecólogo. Habitualmente el esquema consiste en dos o tres días de inseminación seguidos durante el período ovulatorio: se realiza un poco antes de la ovulación, dado que la presencia de progesterona determina que el moco cervical sea denso, lo que impide la penetración espermática. Esta ovulación puede ser estimulada en pacientes con ciclos irregulares que presentan ovulación esporádica.

⁴⁷ LEMA Añon, Carlos. Ob. Cit. Pag.35

También los métodos utilizados para preparar los espermatozoides pueden afectar a la efectividad de la Técnica, si son sometidos a grandes tensiones mecánicas. Para ello, se lavan con el medio de cultivo y se centrifugan durante breves períodos. Para iniciar la evaluación microscópica de la muestra espermática, el semen deberá estar completamente licuado. Una muestra de semen presenta siempre una población de espermatozoides morfológicamente anormales y otra de espermatozoides normales. Sin embargo, si el semen es de baja calidad se deben obtener fraccionamientos para separar los espermatozoides subfértiles de los de mayor calidad. La capacitación se realiza mediante una incubación *in Vitro* en un medio simple durante unas horas, sin que existan problemas en esta etapa.

Algunos estudios han reportado que la inseminación de los ovocitos con una gran población de espermatozoides morfológicamente anormales provoca que se de una reducción en la unión, lo que se traduce en una capacidad de fertilización disminuida. La evaluación de los resultados obtenidos por la inseminación artificial varía según las publicaciones y los estudios. Además, los resultados dependen de las condiciones en las cuales se practican las inseminaciones.

En razón de la variedad de personas que pueden intervenir en una práctica inseminatoria y del distinto papel que en ella desempeñan, se determinan diferentes tipos de inseminación y cada una de ellos produce consecuencias distintas: esta distinción no es de tipo técnico como las antes mencionadas, sino que corresponde a la procedencia del semen, son de dos tipos y se denominan Inseminación Artificial del Cónyuge, Marido u Homóloga e Inseminación Artificial con Dador, Donante o Heteróloga.

Existe discrepancia con respecto a la clasificación de Heteróloga y Homóloga por parte de algunos autores; ya que indican que tanto la inseminación con semen del marido, como la inseminación con semen de un donante se considera Homóloga, puesto que se trata de espermatozoides de un individuo de la misma especie que la inseminada y no de especie distinta para considerarla Heteróloga.

Se cree que los autores que están a favor de esta clasificación no se refieren en sí a la especie de donde provengan los espermatozoides, sino que simplemente se utilizaron estos vocablos para hacer una distinción de la procedencia del gameto masculino, es decir, si pertenece a la pareja o aun tercero.

2.2.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.

Se le denomina también Inseminación Intracorpórea Conyugal. Ambos gametos, el óvulo y el espermatozoide, son obtenidos de una pareja que funcionará como padres del niño; frecuentemente se trata de una pareja estable, generalmente matrimonios.

“Ésta se define como el depósito de espermatozoides de la pareja de forma no natural, en el tracto reproductivo de la mujer con la finalidad de conseguir una gestación.

Posiblemente los resultados con relación a la gestación de este tipo de Técnica, van de la mano del conocimiento de la fisiología ovárica, el uso de fármacos que incrementan el número de ovocitos disponibles para la fertilización, las técnicas de preparación del semen y del depósito de un

número adecuado de espermatozoides lo más cercano a las trompas uterinas".⁴⁸

La Técnica se realiza con respecto a la mujer, en los casos de alteraciones cervicales, endometriosis, anovulación en la que no se logró embarazo con inductores de ovulación por sí solos. Otra de las indicaciones para realizar esta Técnica de Reproducción es la esterilidad de origen inmunológico y la esterilidad de origen no determinado, además de que debe existir integridad de la trompas y de los ovarios.

Por lo que respecta al hombre, es en aquellos casos donde no es posible el depósito de semen dentro de la vagina, hipospadias, eyaculación precoz, eyaculación retrógrada, disfunción eréctil, pero principalmente cuando existe alteración en los parámetros de evaluación del semen.

El número de intentos no deberá ser mayor de 4 ya que los resultados no se incrementan cuando se excede de este número, posiblemente solo se justificaría en los casos de esterilidad de causa no determinada donde podría realizarse hasta 6 intentos.

⁴⁸ GAONA Arreola, Ranferi y Gerardo Villegas. Ob. Cit. Pags. 1 y 2.

2.2.2 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

Los pasos técnicos para la realización de la Inseminación Artificial Heteróloga, son similares a los de la Inseminación Artificial Homóloga, pero aquí, la variación es que el semen procede de un donante (por lo regular se encuentra en bancos de semen). En estos casos se presuponen el anonimato y la vigilancia de enfermedades en el donante.

“La Inseminación Artificial con semen de tercero representa la inmensa mayoría de los casos de Inseminación Artificial, aún a pesar del mayor rechazo que genera. Estaría indicada para los casos de esterilidad masculina, esterilidad de causas desconocidas, para evitar la transmisión de algunas enfermedades hereditarias, o para el caso de mujeres sin pareja masculina.”⁴⁹ También en los casos de esterilidad de larga duración, con edad de la mujer por encima de treinta y cinco años, fallos previos de la Inseminación Artificial Conyugal

El problema deontológico de estas Técnicas, además de lo ya mencionado para la obtención y preparación del esperma, es la introducción de una tercera persona en la pareja que serán los padres. Se crea así un problema con varias facetas: El derecho del hijo a conocer la identidad de su padre, y la norma que existe para guardar ese secreto; La comercialización del cuerpo, aún si no existiera un precio económico directo; La problemática jurídica de la paternidad y filiación; La posibilidad de desvincular la maternidad de la familia y de la filiación del padre. La mujer no necesita proveer al niño de un padre que le eduque junto con ella, porque aunque él exista biológicamente, se desconocerán mutuamente.

⁴⁹ LEMA Añon, Carlos. Ob. Cit. Pag. 38

Aunado a estas facetas, también se pueden llegar a dar una serie de dificultades que hacen improcedente su aplicación, son; 1. La falta de colaboración, o incluso negación, del marido para llevar a cabo los estudios necesarios que permitan establecer su patología. 2. Alteraciones psicológicas o psiquiátricas del marido para que se insemine a su esposa. 3. La esterilidad femenina irreversible, e incluso la endometriosis avanzada sin respuesta al tratamiento. 4. El que la mujer sea portadora de enfermedad hereditaria con herencia dominante.

Para llevarse a cabo esta Inseminación debe realizarse una selección de donantes de semen y estos donantes pueden ser hombres casados, con hijos sanos, (los cuales pueden ser desconocidos o conocidos por la pareja estéril) que acepten dar su semen para ayudar a parejas estériles, existiendo o no el anonimato. Hombres solteros, mayores de edad, voluntarios, a los cuales se les informa del destino del semen, aunque en este caso no se garantiza la fertilidad, ya que los hombres 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 es que los donantes son hombres jóvenes, sanos y pueden conservarse congeladas muestras de semen para que, en caso de que la pareja solicite otros hijos mediante Inseminación Artificial con Dador, se pueda utilizar semen del mismo dador, manteniendo la homogeneidad genética de la descendencia.

2.3 FECUNDACIÓN IN VITRO.

Las Técnicas de Fecundación In Vitro son también conocidas como extracorpóreas; permiten crear una unión artificial en la cual pueda ocurrir la fertilización y continuar la segmentación hasta el momento en el cual el

embrión es transferido al útero. Se crea cada una de las etapas que ocurren de manera natural con el objetivo de formar un embrión y a un nuevo individuo.

“Consistente en la remoción del óvulo, su fertilización fuera del cuerpo materno –in vitro-, con semen del marido o pareja estable y su implante en el vientre de la misma mujer que aportó el óvulo. Una variante consiste en la utilización de semen fecundante proveniente de un donante, y una tercera posibilidad es la utilización tanto de un óvulo como de semen provenientes de donantes, en este último caso, la madre gestante es distinta a la madre genética.”⁵⁰

En su inicio esta Técnica fue estructurada para manejar aquellos casos donde se demostraba afectación de las trompas uterinas sin embargo, dados los resultados actuales han llevado su aplicación a otras causas de esterilidad como son endometriosis, subfertilidad masculina, esterilidad de causa no explicada, Inseminación fallida (cuatro intentos).

Para tener un mayor porcentaje de éxito, es necesario que haya una estimulación ovárica, esto mediante la utilización de fármacos. La punción folicular y captura de los óvulos se realizaba por laparoscopia, a partir de la introducción del ultrasonido con transductor endovaginal y de mejor definición, la técnica actual es por vía endovaginal. La aspiración del contenido folicular se realiza mediante una bomba mecánica con presiones y se prefiere realizar la captura bajo anestesia general endovenosa; obteniéndose de 5 a 10 ovocitos según la edad de la paciente.

⁵⁰ BRENA Sesma, Ingrid. Ob. Cit. Pag. 96.

“Un óvulo humano maduro evaluado por su apariencia tiene las siguientes características: diámetro de 110 – 115 μm , grosor entre 15 – 20 μm , un color típico y homogéneo del material citoplasmático, una forma regular y por último puede observarse que las células de la corona radiada (la parte más interna y adyacente a la zona pelúcida) comienzan a expandirse. El tiempo promedio que debe transcurrir desde la obtención hasta la inseminación, es después de 3 – 5 horas.

La Fertilización In Vitro consiste en colocar una cantidad determinada de espermatozoides directamente sobre el (los) ovocito(s), y se incuban a 37° C. Se ha establecido que la cantidad ideal para inseminar un ovocito maduro es alrededor de 100,000/mililitro de medio de cultivo; sin embargo, ésta cantidad está sujeta a cambios que deben hacerse con base en las características de la muestra espermática, así como también del volumen de medio de cultivo en donde se ha colocado al (los) ovocito(s).

De manera rutinaria, se ha establecido que la evaluación de la fertilización debe realizarse 16 – 18 horas post-inseminación. Un ovocito fertilizado normalmente presenta dos pronúcleos, uno femenino y uno masculino, dos cuerpos polares. Se ha demostrado que la incubación prolongada de los ovocitos con los espermatozoides puede no favorecer el desarrollo de los embriones.”⁵¹

Se hace una selección según criterios morfológicos, eliminando los embriones deteriorados y utilizando los mejores para ser transferidos, habitualmente tres o cuatro; la evaluación de éstos es cada 3 días y se miden a través de ultrasonido, considerando como tamaño óptimo 18 milímetros. Los embriones se desarrollan *in Vitro* durante dos a cinco días

⁵¹ GAONA Arreola, Ranferi y Gerardo Villegas. Ob. Cit. Pags. 12 y 13.

antes de transferirlos al útero. Los restantes que estén en buenas condiciones se crioconservan para posteriores intentos, o se donan a otras parejas o para la experimentación.

A partir de la segunda semana de la Inseminación se realizan determinaciones hormonales para el diagnóstico precoz del embarazo, que se confirma a las seis semanas por ecografía. Si no hay embarazo se puede repetir el proceso. En las doce primeras semanas del embarazo hay una elevada tasa de abortos espontáneos. El porcentaje medio de abortos en la Técnica es superior a lo natural, y se atribuye a las manipulaciones que sufren los gametos y embriones durante el proceso y a la elevada edad de las madres que se someten a esta Técnica. Sin embargo, en el caso de que si haya embarazo, se realiza un diagnóstico prenatal para descartar malformaciones, siendo esto probable por la manipulación humana directa que se lleva a cabo.

2.3.1 TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS.

“Fue desarrollada en 1984 por el médico argentino Ricardo Asch y por Incola Garcea, Catedrático de Endocrinología Obstétrica del Hospital Policlínico Gemelli de Roma. Requiere que una de las trompas de Falopio esté en condiciones adecuadas. Las indicaciones son: subinfertilidad masculina, endometriosis, factor cervical, factores inmunológicos, anovulación, el óvulo no pasa la trompa de Falopio, cuando el esperma no puede penetrar a través del moco cervical o no hay embarazo después de tratamiento quirúrgico de la trompa.

La Técnica consiste en la transferencia de gametos masculinos y femeninos a las fimbrias de las trompas de Falopio por medio de un

catéter, que en la forma clásica, contiene 25 microlitros de líquido folicular, con unos cien mil espermatozoides por ovocito, una burbuja de aire para separar los gametos masculinos y femeninos.

Los espermatozoides se obtienen antes de proceder a la obtención de los ovocitos, y puede ser mediante una técnica postcoital, con un preservativo perforado en una relación conyugal normal, o bien por masturbación, o por estimulación eléctrica testicular.”⁵²

Los ovocitos se obtienen induciendo a la ovulación y aspirando varios ovocitos por laparoscopia o una minilaparotomía, seleccionando aquellos que están maduros.

Esta Técnica a la vez se puede subdividir en 4 tipos: “Transferencia cervical-intratubárica de gametos; esta variante sólo se diferencia de la normal en que la transferencia de gametos a la trompa se realiza por vía cervical. Transferencia tubárica de ovocitos; es una variante que está indicada cuando no hay comunicación entre los ovarios y las trompas, los ovocitos se obtienen por vía laparoscópica, y se depositan con una cánula en la parte alta de la trompa, en donde puede ser fecundada por los espermatozoides en una relación normal. Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos; consiste en que la fecundación normal no sólo tiene lugar en la trompa, sino que en ocasiones tiene lugar en el saco de Douglas. Por ello, en esta variante, los ovocitos y los espermatozoides son depositados mediante un catéter en el saco de Douglas. Transferencia uterina de gametos; consiste en la transferencia de ovocitos y esperma al útero, en lugar de que se realice en la trompa.”⁵³

⁵² MARCO, Javier y Martha Tarasco. *Diez Temas de Reproducción Asistida*. Editorial Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid, España, 2001. Pag. 23.

⁵³ Ibidem. Pags. 24 y 25.

Por un lado tenemos en contra, que esta Técnica puede traer consigo embarazos múltiples; y a favor, el hecho de que exige un equipo menos sofisticado que la plena Fecundación In Vitro, desde el momento en que no intenta se produzca un embrión fuera del cuerpo, por lo cual tiene como ventaja que la Fecundación se produzca en un medio natural y evita que haya embriones sobrantes. El proceso dura unos 45 minutos, y después de siete días se inicia la valoración de embarazo.

2.3.2 TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE EMBRIONES.

La Transferencia Intratubárica de Cigotos o Embriones, es utilizada desde 1986. A pesar de la similitud de sus denominaciones, esta última es una variable de la Fecundación In Vitro con Transferencia de Embrión (un cigoto es un embrión en uno de sus primeros estadios de desarrollo) en la que la Transferencia se realiza no al útero sino a una trompa de Falopio, teniendo mayor porcentaje de éxito. Se trata de una Técnica no demasiado utilizada.

Por lo que respecta a la obtención de los gametos masculino y femenino que se utilizan para formar el embrión que se formará de forma In Vitro, se obtienen de la misma forma que en la Fertilización In Vitro y en la Transferencia Intratubárica de Gametos; por lo que esta por demás mencionar y explicar los procedimientos de obtención, puesto que ya se han tratado en los apartados correspondientes a las Técnicas mencionadas.

“Una vez que ya se ha llevado a cabo la unión entre el espermatozoide y el óvulo, se comprobará la liberación del corpúsculo polar; seguidamente, la formación de los pronúcleos y su fusión y, finalmente, la división celular;

cuando esto sucede en uno o varios embriones, se hace una valoración cualitativa de los mismos orientada a seleccionar los mejor desarrollados o excluir los anormales o defectuosos. Puede a su vez, hacerse Transferencia de Embrión único o múltiples embriones. Actualmente se tiende a transferir, siempre que ello es posible, entre 3 y 5 embriones, aunque se corre el riesgo de un embarazo múltiple.

La Transferencia Intrauterina de los embriones se hace por medio de una cánula o catéter provisto de una vaina externa semirrígida, a través de la cual se desliza el catéter propiamente dicho, que se une a una jeringa pequeña, como sistema de inyección.”⁵⁴

“El incremento en el número de embriones transferidos eleva la tasa de embarazos múltiples estimándose ésta en 1.4 % para la transferencia de un embrión, 14.6 % para dos, 26.9 % para tres, 35.9 % para cuatro, y 41.1 % para cinco embriones. La tasa de embarazos múltiples es 20.9 % gemelar, 4.3 % triples o más. El riesgo de embarazo múltiple en promedio es de 32 % para mujeres menores de 30 años el cual se reduce al 14.6 % para las mayores de 40 años. Estos datos fueron publicados en 1993, durante el VIII Congreso Mundial de Fertilización In Vitro en Kyoto Japón. Hoy en día se aceptan los siguientes criterios:

- Transferir 2 embriones para mujeres jóvenes con una alta tasa de fecundación.
- Transferir 4 embriones para mujeres mayores de 40 años.
- Transferir 3 embriones en otros casos.”⁵⁵

⁵⁴ GAFO, Javier. Ob. Cit. Pags. 31 y 32.

⁵⁵ GAONA Arreola, Ranferi y Gerardo Villegas. Ob. Cit. Pags. 16 y 17.

Este procedimiento de manera rutinaria se realiza en un quirófano sin uso de anestésicos.

Una vez realizada la Transferencia, la paciente deberá permanecer en reposo absoluto, durante treinta minutos, y posteriormente hasta veinticuatro horas en reposo relativo. Se emplea medicamento para favorecer la implantación, pero, cada vez más, la tendencia es a no administrar ninguna medicación de este tipo.

A los diez días de la Transferencia se inicia la monitorización de la gestación de manera bioquímica, hasta que 3-4 semanas después de la transferencia pueda iniciarse la monitorización ecográfica, con criterios ya morfológicos.

En cuanto a las relaciones materno-paterno, al igual que en la Inseminación Artificial, en este caso, se puede llegar a dar varias posibilidades de filiación: "Existen dos posibles orígenes para los gametos masculinos y dos posibles orígenes para los gametos femeninos: o propio o ajenos a la pareja. Hay también dos posibilidades para la gestación: por la mujer miembro de la pareja, o para otra mujer. En total ocho posibilidades distintas. Si la gestación va a ser por la mujer miembro de la pareja, es decir, si la transferencia del embrión o de los embriones se le practica a ella misma se dan cuatro posibilidades, e igualmente cuatro para una transferencia realizada a una tercera. Así, pues:

-Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con gametos suyos y de su pareja. Este es el supuesto simple y quizá el más extendido.

-Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero. Por ejemplo, los espermatozoides de un tercero por alguno de los motivos que se citaron para la Inseminación Artificial, pero a lo que se añadiese la inviabilidad de la Inseminación por causa de patología tubárica.

-Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con espermatozoides de su pareja y con óvulos de otra mujer. Un ejemplo podría ser algún tipo de infertilidad ovárica femenina.

-Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o los embriones fecundados con óvulos de una tercera y espermatozoides de un tercero. Un ejemplo sería el de la infertilidad de ambos miembros de la pareja.

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos procedentes de la pareja. Este y los casos que restan son equivalentes a los ya comentados, con la salvedad de que la gestación la realiza una mujer ajena a la pareja. Se trata de supuestos englobados dentro de lo que se conoce como maternidad de sustitución. La gestación por parte de una tercera se puede deber a una incapacidad de gestar por parte de la mujer miembro de la pareja, o bien por otros motivos, incluso de conveniencia.

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero.

-Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con semen de la pareja y con óvulos de otra mujer.

- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos de personas ajenas a la pareja y a ella misma.”⁵⁶

2.4 TÉCNICAS DE MICROINYECCIÓN DE ESPERMATOZOIDES.

“Consisten en la microinyección de espermatozoides o de sus núcleos en el ovocito o en su espacio perivitelino, con ayuda de un microscopio, y si hay fertilización, se transfiere el cigoto o el embrión al útero o a la trompa. Estas Técnicas se utilizan en casos de esterilidad masculina severa, en varones con oligospermia severa, problemas de motilidad espermática, teratozoospermia, o cuando existen niveles altos de células inflamatorias en el eyaculado. En estos casos no es posible la fecundación *in Vitro* clásica y se tendría que recurrir a la utilización del semen de un donante. Mediante estas Técnicas se pueden conseguir fertilizaciones de ovocitos con muy pocos espermatozoides. Y en casos de patologías oclusivas, con azoospermia o falta de espermatozoides en el eyaculado, se pueden utilizar espermatozoides aspirados del epidídimo, del conducto deferente, e incluso se pueden recoger espermátidas del mismo testículo mediante biopsias testiculares, que a pesar de ser espermatozoides inmaduros, tienen la misma carga genética del espermatozoide. Estas Técnicas permitieron el nacimiento de un ser humano por primera vez en 1988 y existen dos tipos básicos de Técnicas de Microinyección de Espermatozoides:”⁵⁷

⁵⁶ LEMA Añon, Carlos. Ob. Cit. Pags. 48 y 49.

⁵⁷ MARCO, Javier y Martha Tarasco. Ob. Cit. Pag. 32.

2.4.1 INYECCIÓN INTRACITOPLASMÁTICA DEL ESPERMATOZOIDE AL ÓVULO (ICSI)

“La ICSI fue desarrollada fundamentalmente por el doctor A. Van Steirteghem y su equipo en el Centro para la Medicina Reproductiva de la Universidad Libre de Bruselas.

Consiste en la inyección de un solo espermatozoide directamente en el óvulo, para lo cual se utilizan minúsculos instrumentos de microcirugía. Previamente a la inyección es necesario retirar un cúmulo de células que rodean el óvulo; después el óvulo es fijado en una pipeta para inyectar un espermatozoide –escogido entre los de mayor movilidad-, y que previamente ha sido aspirado por medio de una minúscula aguja. Las posibilidades de fertilización rondan el 65%, aunque se espera que pudiese ser mayor una vez que se vaya perfeccionando la técnica. Sin embargo, este procedimiento es altamente tecnificado, exige un instrumental muy sofisticado y un personal altamente calificado”.⁵⁸

Antes de depositar al espermatozoide en el citoplasma del ovocito, es importante hacer una pequeña aspiración para asegurar que se ha penetrado la membrana plasmática del ovocito y posteriormente expulsar el espermatozoide contenido en la micropipeta de inyección.

Los resultados indican que esta Técnica puede emplearse con gran éxito en aquellas parejas que han tenido intentos fallidos de inseminación convencional o en los que la calidad de la muestra espermática es mala. Asimismo, los resultados obtenidos de la Técnica de ICSI son similares a los reportados en la Técnica de Inseminación convencional en las parejas

⁵⁸ LEMA Añon, Carlos. Ob. Cit. Pags. 50 y 51.

en las que la causa de infertilidad no se debe a anomalías en la muestra espermática.

“Con esta técnica se ha obtenido un porcentaje de ovocitos dañados tras la inyección del 8,3%, y un porcentaje de fertilizaciones normales del 56,9%, aunque activando artificialmente los ovocitos con un ionóforo del calcio se consiguen tasas de fertilización superiores al 90%.”⁵⁹

Los resultados alcanzados con la Técnica de ICSI han sido sorprendentes, gracias a ella los espermatozoides obtenidos, que son morfológicamente anormales y no presentan movilidad, pueden ser microinyectados después de haber sido tratados y producir embriones con un alto potencial de desarrollo. Ya que la ICSI es una Técnica invasiva, la preocupación por generar productos con malformaciones genéticas ha estado latente desde los inicios del uso de esta tecnología. Sin embargo los científicos indican que la tasa de malformaciones de esta técnica, no es más alta que la de la Inseminación convencional.

2.4.2 INYECCIÓN SUBZONAL DE ESPERMATOZOIDES (SUZI)

“Consiste en la inyección del espermatozoide en el espacio perivitelino, por debajo de la zona pelúcida. Los espermatozoides que se inyectan deben tener la reacción acrosómica finalizada. Con esta Técnica se ha obtenido un porcentaje de ovocitos dañados tras la inyección del 2,3% y un porcentaje de fertilizaciones normales del 35,8%. Las tasas de

⁵⁹ MARCO, Javier y Martha Tarasco. Ob. Cit. Pag. 32

implantación y de embarazos respecto a la ICSI varían según los estudios, siendo en general inferiores.”⁶⁰

El o los espermatozoides se introducen directamente con la ayuda de una micropipeta que aspira los espermatozoides previamente capacitados. Esta técnica tiene varias ventajas con respecto a las anteriores: supera la barrera de la zona pelúcida del ovocito con la cabeza del espermatozoide, también permite controlar la cantidad de espermatozoides que penetran la zona pelúcida y que no pueden ser reguladas mediante el uso de otras Técnicas.

Esta Técnica no es muy frecuente debido a que no puede compensar la falla de unión del espermatozoide a la membrana del ovocito, se requiere que sean inyectados espermatozoides con excelente movilidad y morfológicamente normales y por último, la tasa de fertilización obtenida es semejante a las obtenidas con las otras Técnicas.

“El primer reporte de un recién nacido proveniente de un ovocito microinyectado fue en 1992 por Palermo, en el que la causa de infertilidad era el factor masculino”⁶¹.

“Para los ovocitos microinyectados la tasa de fertilización fue de 51%. Cuando son comparadas las tasas de embarazo de ambas Técnicas se encontró lo siguiente: hubo 9 embarazos en 66 transferencias realizadas de embriones provenientes del SUZI y 55 embarazos de 156 transferencias de embriones provenientes de ICSI, estos es 16.1% versus 35.3% respectivamente.”⁶²

⁶⁰ Ibidem. Pag. 33.

⁶¹ GAONA Arreola, Ranferi y Gerardo Villegas. Ob. Cit. Pag. 20.

⁶² Idem.

En este momento se encuentra en estudio otro tipo de Técnica de Reproducción Asistida derivada de la microinyección de espermatozoides: “Una de las más recientes técnicas en este campo ha sido ya no la inyección de un espermatozoide, sino de una célula espermática, o célula sexual masculina de donde surgen los espermatozoides. Con este procedimiento, que es tan novedoso como cuestionado, se busca la posibilidad de lograr descendencia de hombres estériles, ya que no sería necesario ni que se produjesen espermatozoides móviles. La Técnica conocida como ROSNI toma igualmente espermáticas directamente de los testículos, pero en este caso únicamente se inyecta su núcleo (que contiene el material genético).

Estas últimas Técnicas podrían tener una gran repercusión en el campo de la Fecundación In Vitro y en general de la Reproducción Asistida, ya que intentan evitar hasta el límite la esterilidad masculina. Por otra parte, si su éxito fuese elevado, podrían tener como consecuencia la reducción al recurso de los bancos de semen.”⁶³

2.5 MATERNIDAD SUSTITUTA O SUBROGADA.

A pesar de no ser una Técnica de Reproducción Asistida en sí misma, es una posibilidad que se suma a las técnicas de Fecundación In Vitro para obtener un hijo. Está indicada cuando no se puede gestar a término por malformaciones del útero o por haberse extirpado debido a patologías previas, en caso de abortos repetidos, aunque los gametos sean normales o en el caso de transmitir una enfermedad. En estos casos se obtienen los gametos del marido y la mujer, se fecundan In Vitro, y los

⁶³ LEMA Añon, Carlos. Ob. Cit. Pags. 51 y 52.

embriones se transfieren a una madre sustitutiva que completa la gestación.

El hijo tendrá todos los caracteres de los progenitores, pero lo dará a luz otra mujer, que es alquilada por medio de un contrato o a título gratuito, por el que se compromete a recibir un embrión ajeno obtenido In Vitro, a cuidarlo durante el embarazo, a no fumar, a no tomar alcohol o drogas, a no realizar el acto sexual en el mes anterior y posterior a la transferencia y, finalmente, a entregar la criatura a sus padres legales cuando nazca. Por otra parte, la pareja legal se compromete a pagar lo estipulado, a aceptar al bebé que nazca, aunque sea anormal, y a cuidarlo con amor y dedicación.

Existen variantes en la subrogación de útero: existe una madre biológica, una madre legal y una madre genética, siendo ésta última generalmente la legal, pero si hay problemas con sus gametos, podría ser la biológica o una tercera; teniendo así una maternidad subrogada parcial y otra completa. Es decir, en el caso de que fuera imposible la obtención de gametos femeninos por parte de la pareja contratante, la fecundación se podría llevar a cabo con óvulo de la mujer gestante y con espermatozoide del hombre de la pareja contratante.

De esta forma, el niño podría llegar a tener hasta cinco padres: los legales que han realizado el encargo, los padres genéticos que han donado los gametos, y la madre biológica que ha gestado el embrión.

Este tipo de contratos está jurídicamente prohibido en la mayor parte de los países, al considerarse una práctica aberrante el tener que arrancar a una madre biológica su hijo recién nacido, para dárselo a otra en virtud de un contrato, sin embargo éstas se siguen haciendo ilegalmente; Se han

dado casos muy polémicos con un amplio eco, de madres subrogadas que se han negado a entregar al niño que han llevado 9 meses, debido al instinto maternal, creándose batallas legales por esta causa. También hay casos de madres genéticas que no han sido capaces de aceptar psicológicamente al niño tan deseado unos meses antes, o que al tener malformaciones no han querido aceptarlo. Otras veces, han existido dudas sobre si la criatura nacida procedía del embrión trasplantado, o de la madre subrogada y su marido, que no habrían cumplido las cautelas prometidas.

La maternidad humana no puede ser un asunto de negociación y de contratos, ya que la instrumentalización de la maternidad va contra las obligaciones del amor materno, y da lugar a graves problemas psicológicos y afectivos, debido a la existencia de una maternidad psicológica, además de la biológica. Por otra parte, la subrogación del útero vulnera la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado y traído al mundo por sus propios padres. Si se preguntara de quien es realmente el hijo, la respuesta es que de todos los padres que intervienen y de ninguno, ya que las relaciones han sido tan fragmentadas que desaparecen los vínculos naturales de la transmisión de la vida.

A favor de la madre genética, existe el argumento de la realidad biológica; a favor de la madre portadora, el proceso de gestación que produce un vínculo intenso e íntimo entre la gestadora y la criatura que crece en sus entrañas, y el acto inigualado del alumbramiento.

La experiencia de los médicos vinculados a las prácticas de Fecundación Asistida indica que, en innumerables casos, el único recurso que tiene a su alcance la mujer que tiene dificultades para la gestación, es el que se le

ofrece, desinteresadamente, a través de una mujer de su familia o amistad.

2.6 DONACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES.

Consiste en la entrega de gametos femeninos y masculinos, espermatozoides y óvulos, los cuales serán empleados por un centro de Reproducción Asistida para parejas que no dispongan de gametos propios.

No se puede considerar propiamente dicho una Técnica; es un procedimiento de gran ayuda y suma importancia (en el caso de que se requieran gametos), para llevar a cabo cualquiera de las Técnicas antes mencionadas. Es una opción para aquellas parejas que por razones múltiples, ya expuestas, no pueden hacer uso de gametos propios para lograr su deseo de ser padres.

La donación de óvulos, es la menos frecuente porque es más complicada e incómoda, en este caso la mujer se debe someter a un procedimiento similar al de estimulación ovárica, además de que existe el problema de la criopreservación y descongelamiento, esto porque los gametos femeninos al ser crioconservados se corre el riesgo de dañar una primera capa que es demasiado delgada, o por su gran porcentaje existente de líquido se pueden formar cristales, trayendo esto consigo alteraciones cromosómicas, por lo cual es que en este caso se recomienda que los óvulos sean fecundados inmediatamente.

La donación de espermatozoides es la más común, esto por la facilidad con la que se logra obtener el semen, ya que puede ser simplemente por masturbación

Para los hombres “se exige que el semen tenga, como mínimo, volumen de 2 a 6 ml., recuento espermático de 70 o más millones por mililitro, 70% o más de espermatozoides con movilidad traslativa rápida, y 70% o más de espermatozoides con morfología normal.

Una vez aceptado el donante, se obtiene una muestra de semen por semana. El dador deja de serlo por decisión propia, o por decisión del banco de semen cuando se han conseguido un máximo de seis gestaciones con su semen o el primer embarazo termina en aborto o malformación.”⁶⁴

Pero no solamente se pueden dar estos dos tipos de donación, también existe la donación de embriones, que por lo general son donados por parejas que han recurrido a una Técnica de Reproducción Asistida y han logrado su objetivo, por lo que ya no les son de utilidad los embriones y antes que destruirlos o darlos para experimentaciones prefieren donarlos a parejas que requieran de ellos.

Estas donaciones en la mayoría de los casos son anónimas, y se recomienda que sea así, para evitar futuros conflictos de filiación paternidad-maternidad, desde un punto de vista legal y ético y así se asegura la continuación de estas donaciones.

A todos los dadores, sin excepción, se les somete a un estudio médico que tiene por finalidad detectar cualquier antecedente patológico familiar o

⁶⁴ GAFO, Javier. Ob. Cit. Pag. 19.

personal de causa hereditaria, conocer la normalidad del semen y recoger los datos morfológicos básicos, así como el grupo sanguíneo; se consigue mediante interrogatorio minucioso de los antecedentes familiares y personales, una exploración física general y genital, análisis de sangre y en el caso de los hombres, análisis de semen.

2.7 CRIOPRESERVACIÓN.

La Criopreservación tampoco se considera en sí una Técnica de Reproducción Asistida, sino que se le denomina Técnica auxiliar; es una actividad complementaria y de gran ayuda para que en ciertos casos se pueda llevar a cabo la fecundación.

Consiste en el congelamiento que se lleva a cabo ya sea de los embriones (siendo esto lo más usual) o de los gametos masculinos y femeninos, que serán utilizados de forma In Vitro posteriormente.

“Las Técnicas de congelación de embriones han ido evolucionando a través de desarrollos fundamentalmente empíricos mediante aplicaciones hechas en modelos experimentales orientados a la ganadería. Su aplicación a la reproducción humana es extraordinariamente reciente y, aun así, sujeta todavía a numerosas observaciones en cuanto a un número de variables no completamente definidas.

La metodología ha ido evolucionando para resolver fundamentalmente tres problemas o dificultades planteadas por:

- a) La congelación demasiado rápida, que tiende a producir cristales de hielo intracelular;

- b) La congelación demasiado lenta, que, al facilitar flujos de circulación entre los medios intra y extracelular, puede producir alteraciones importantes en la composición electrolítica de dichos medios, y
- c) La descongelación demasiado rápida, que puede dar lugar al fenómeno conocido como choque osmótico.

El elemento fundamental para amortiguar el efecto de estos inconvenientes es el llamado crioprotector, que es en general un producto de bajo peso molecular que se añade al medio en el que se sumerge el embrión con el fin de suavizar los cambios bruscos de temperatura.

En general, la Técnica utilizada consiste en recurrir a embriones de 4 a 8 células que, tras ser introducidos en el medio crioprotector, se someten a una reducción de temperatura progresiva a razón de 2° C por minuto, hasta alcanzar -6° C. En este punto se mantienen durante veinte a treinta minutos y a partir del mismo puede optarse por el procedimiento de congelación rápida o lenta.

El procedimiento de congelación lenta implica igualmente descender a razón de 0,3° C/min. hasta alcanzar -60 o -80° C, a partir de cuyo momento se produce el trasvase al medio de nitrógeno líquido.

La elección de uno u otro de los procedimientos exige un proceso diferente de descongelación. Los embriones congelados mediante el procedimiento rápido se descongelan para su utilización también mediante un procedimiento rápido de baño de agua a 30° C. Los embriones sometidos al proceso de congelación lenta se descongelan a razón de 10° C/min. de elevación de la temperatura entre -80° C y +4° C, de donde luego son transferidos a un baño de 30°C.

En ambos casos los embriones son posteriormente cultivados en estufa a 37° C durante cuatro a doce horas, siendo en este punto sometidos a una valoración morfológica microscópica.

Los resultados obtenidos mediante cualquiera de los procedimientos antes mencionados varían en el rendimiento final valorado en función del número de gestaciones obtenidas.

En modelos experimentales de mamíferos no humanos (ratón, etc.) se estima que la proporción de embriones, que sobreviven a la conservación mediante congelación y se desarrollan a término después de su implantación, varían entre un 10 y un 80%.

Los datos de experimentación realizados con embriones humanos congelados en estado de cuatro u ocho células ponen de manifiesto una más bien elevada mortalidad.

“Una parte de los embriones, más numerosa incluso que en el caso de espermatozoides, resultan dañados durante el proceso y se convierten en infértiles al resultar afectadas la mayoría de sus células. El porcentaje medio de supervivencia de las células sometidas a este proceso ronda el 60%. No obstante, un embrión incompleto, que tras este proceso conservase al menos la mitad de sus células vivas, podría ser transferido, ya que en estos primeros momentos cada célula es totipotencial, esto es, tiene la capacidad, incluso aislada, de generar un embrión normal.”⁶⁵

Desde el punto de vista genético hay muy pocos datos experimentales respecto a la posible inducción de anomalías genéticas como consecuencia de la congelación de embriones.

⁶⁵ LEMA Añón, Carlos. Ob. Cit. Pag. 60.

De cualquier manera falta un volumen suficiente de datos experimentales que permita sacar conclusiones globales con significación estadística respecto a la inocuidad genética del tratamiento de congelación o, por el contrario, su incidencia en la producción de mutaciones génicas y/o cromosómicas.”⁶⁶

Cuando un intento de implantación resulta negativo y no hay embarazo, se descongelan embriones sobrantes para transferir otros tres o cuatro en buenas condiciones. Y si no hay más embriones crioconservados, se procede a otra obtención de ovocitos, a formar más embriones In Vitro y a transferir tres o cuatro, mientras que el resto se reservarán en congelación. Al final, suelen quedar embriones sobrantes crioconservados, que los padres no suelen utilizar para tener nuevos hijos. De aquí que en la práctica se abren dos posibilidades en cuanto a la fecundación en laboratorio, con respecto a los embriones: o se implantan de inmediato, en el útero de la mujer la totalidad de los embriones, lo que implica el riesgo de embarazos múltiples o, en cambio, se congelan algunos de los embriones para los efectos de utilizarlos en el futuro, si la primera implantación no deriva de un embarazo normal.

La pareja debe dar instrucciones precisas con respecto al futuro, al Instituto donde se habrán de conservar congelados los embriones y por cuanto tiempo o bien en caso de fallecimiento de ambos padres, establecer el destino de dichos embriones que puede ser la donación para experimentos que beneficien a la humanidad o bien cederlos a parejas infértiles que requieran de ellos se debe de prever el destino de estos embriones para que no sea incierto.

⁶⁶ Ibidem. Pags. 35, 36 y 37.

Con respecto a la congelación de gametos existe una diferencia entre la congelación de gametos masculinos (espermatozoides) y gametos femeninos (óvulos), ya que la primera de éstas es la más socorrida, posible y con menor grado de problemas y consecuencias para llevar a cabo la Técnica de Reproducción Asistida que se haya elegido. Para la congelación de gametos masculinos una vez “recibida la muestra de semen se realiza un 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 y transporte, denominados pajuelas. Se procede seguidamente a congelar, siguiéndose un procedimiento en dos fases. Se suspende sobre una superficie de nitrógeno líquido, para sumergirlas en el mismo, donde se mantienen a la temperatura de dicho medio que es de 196,5°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 el proceso congelación-descongelación. Comprobando que la movilidad es buena, las demás pajuela de esta muestra quedan clasificadas como aptas para inseminación.

La selección de semen para el tratamiento de una pareja la hará el banco de semen en función de las características físicas del marido y de los grupos sanguíneos de la pareja.”⁶⁷

⁶⁷ GAFO, Javier. Ob. Cit. Pag. 20

Para el caso de los óvulos, aunque se han producido algunos casos de embarazo tras su congelación y descongelación, hoy en día no se puede considerar una práctica viable.

Los óvulos tienen una fina membrana que los recubre y puede resultar dañada durante el proceso, son unas células muy grandes, y tanto su relación superficie/volumen como su alto contenido de agua favorecen la formación de cristales durante la congelación. De hecho el proceso de congelación les puede crear anomalías tanto físicas como químicas, por lo que su utilización para ser fecundados correría el riesgo de crear embriones con graves anomalías genéticas. Por estas razones, para la preservación de óvulos lo que se hace es fecundarlos primero In Vitro y congelar después el embrión.

Además de estas dificultades también existe el problema de la obtención, puesto que es mucho más fácil la obtención de espermatozoides que la de óvulos, ya que ésta resulta complicada y molesta.

Con los adelantos de la ciencia al respecto “las Técnicas de congelación han sido utilizadas también para los ovarios. Recientemente, durante la duodécima reunión de la Sociedad Europea de Reproducción y Embriología Humana, un equipo británico probó que el tejido ovárico sometido a congelación y descongelación puede producir óvulos maduros. Según este equipo investigador esto podría servir para congelar los ovarios de mujeres que hayan de ser sometidas a quimioterapia (ya que la misma daña los ovarios).”⁶⁸

⁶⁸ LEMA Añon, Carlos. Ob. Cit. Pag. 60.

CAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

CAPÍTULO III

MARCO NORMATIVO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La imposibilidad de algunas parejas para procrear de manera natural, las ha lleva a la utilización de Técnicas de Procreación Asistida, esta situación no sólo trasciende en el aspecto psicológico, médico y social, sino también en el campo del Derecho. En nuestro país, se aplican tales Técnicas desde hace muchos años y casi en su totalidad de forma privada.

Actualmente, ya no sólo son utilizadas como un medio en contra de la incapacidad para procrear, sino que también, se considera un recurso que tiene como finalidad resolver problemas como la transmisión de defectos físicos y enfermedades.

Es indudable que existen un sin fin de problemas legales que al respecto se presentan, puesto que la legislación mexicana no es abundante tratándose de Fecundación Asistida: no está prohibida de manera absoluta en la legislación, sí se establecen sanciones en la Ley General de Salud y en algunos Códigos Penales locales, cuando se practica en forma dolosa e irresponsable y en algunos Códigos Civiles de las entidades, se instituye como causal de divorcio si se realiza sin el consentimiento del cónyuge.

La Fecundación Asistida para los efectos legales, debe analizarse desde el ámbito federal y estatal, lo primero porque se aplica por el profesional de la medicina, además de que se trata de una cuestión relacionada con la salud, y lo segundo por trascender en el ámbito del Derecho común en instituciones como la filiación y la sucesión, entre otras.

En la legislación mexicana, como se ha señalado, no hay una ley expresa que aborde toda la complejidad científica y técnica de la Reproducción Asistida; mucho menos existe una normatividad penal, que logre una prevención general respecto de ciertas conductas derivadas de la práctica de estas Técnicas, que son contrarias a los valores de la sociedad.

“En un nivel más concreto, los medios de Procreación actualmente discutidos se hallan en una etapa prelegal o para legal, puesto que ninguna ley los regula específicamente y de modo directo para permitirlos, prohibirlos, o limitarlos.”⁶⁹

En cuanto al tema que nos ocupa, se hará un análisis del marco normativo vigente en nuestro país, en el cual abordamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es la ley suprema; la Ley General de Salud así como dos de sus Reglamentos; el Código Civil para el Distrito Federal, el Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza, el Código Civil del Estado de Tabasco y el Código Penal para el Distrito Federal.

3.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tras este acto, la Asamblea pidió a todos los países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera distribuido, expuesto,

⁶⁹ GARCÍA Mendieta, Carmen. *Fertilización Extracorpórea: Aspectos Legales*. Editorial Porrúa, México 2000. Pag. 34.

leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios.

Pero ¿Qué son los Derechos Humanos? es un “Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”.⁷⁰

“Conjunto de atributos y facultades de la persona humana que le son inherentes a su naturaleza y poseen un carácter universal, pues encuentran su razón de existir en la condición propia del ser humano. Estos atributos y facultades tienen como características propias la imprescriptibilidad, irrenunciabilidad, inviolabilidad, universalidad, efectividad, interdependencia y complementariedad”.⁷¹

Los Derechos Humanos son exigencias elementales que puede plantear cualquier ser humano por el hecho de serlo, y que tienen que ser satisfechas porque se refieren a unas necesidades básicas, cuya satisfacción es indispensable para que puedan desarrollarse como seres humanos; sin ellos resulta difícil llevar una vida digna. Son prioritarios, innegociables y universales porque pertenecen a todos los hombres por igual.

Los Derechos Humanos se han clasificado en generaciones, de acuerdo a la época en que hayan surgido. Los Derechos de primera generación, son los derechos a la vida, a la libertad, a la dignidad, a formar una familia, a

⁷⁰ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Ob. Cit. Pag. 1268.

⁷¹ Ibidem. Pag. 1269.

la honestidad, entre otros; los de segunda generación son principalmente los de reconocimiento de los grupos; los de tercera generación, son los denominados derechos económicos entre los que encontramos los de protección económica a los ancianos, minusválidos, menores, los derechos a la educación, entre otros.

Y por último se encuentran los Derechos Humanos de cuarta generación referidos al derecho al desarrollo, progreso y calidad, tal es el caso de la manipulación genética y la defensa del patrimonio genésico de la humanidad, que son protegidos como la esencia de la vida, y tienen relación con el comienzo de ésta de manera asistida.

Frente a los avances científicos de la Procreación y la manipulación génica, la Bioética ha tenido que replantear sus postulados, algunos países han dictado leyes y los organismos internacionales protectores de los Derechos Humanos se han pronunciado respecto al avance biotecnológico y su influencia en el hombre y en la humanidad, sin embargo esto no es suficiente para su adecuada regulación.

Esta Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido ratificada en el país y de acuerdo al artículo 133 de la Constitución Política es considerada Ley.

Dicha Declaración en su artículo 2º establece que todo ser humano cuenta con los derechos y libertades que se establecen en ella sin importar ninguna condición o país del que sea originario.

Con respecto al tema de la Reproducción, sus artículos 16.1 y 16.3 son de suma importancia, puesto que establece que todo individuo tiene derecho a casarse y fundar una familia, lo cual se logra con la Reproducción, además estos preceptos también consideran a la familia

como el elemento más importante que tiene la sociedad, obligando al Estado a protegerla y brindar lo necesario para su desarrollo y bienestar, así como al derecho a un mejor nivel de vida para ésta.

En su artículo 25.1 se tratan abiertamente los derechos reproductivos; aunque no existe una definición de éstos, el derecho a la Reproducción es interdependiente y complementario de un derecho a la vida, del derecho a fundar una familia, derecho a la libertad, derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

La promoción del ejercicio responsable de estos derechos, debe ser la base primordial de los programas estatales que traten a cerca de salud reproductiva y planificación de la familia.

Hasta ahora ningún instrumento de Derecho Internacional contiene un listado completo de estos derechos, sino que se basan en el reconocimiento básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la Reproducción sin sufrir ningún tipo de discriminación, ni violencia.

La primera formulación al respecto aconteció en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, y la siguiente en la IV Conferencia Mundial de la Mujer, en Pekín; y es así como se tiene que estos Derechos Reproductivos son tratados muy someramente en los Convenios, Tratados y Declaraciones.

También el “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23, reconoce el derecho a contraer nupcias y a fundar una familia;

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, en sus artículos VI y VII, señala el derecho a la constitución y protección de la familia y el derecho de protección a la maternidad y a la infancia, contemplados en los artículos 17 y 19 y el artículo 12 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, trata el derecho reproductivo.”⁷²

Sin embargo aunque se encuentran en diversas disposiciones, ninguna aporta definición alguna de un derecho reproductivo; por lo que en este momento dicho derecho busca un reconocimiento en la última generación de los Derechos Humanos.

El artículo 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que:

Artículo 27.1.- 1. *Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*

En 1986 se definió como un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados para participar en el desarrollo económico, social, cultural y político en el que pueden realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir en ese desarrollo y a disfrutar de él. “El sujeto central es la persona humana y debe ser participante activo y beneficiario de ese derecho. En ese contexto, el disfrute de los progresos intelectuales, especialmente el aprovechamiento de los progresos científicos, puede ubicarse en esta categoría. Por tanto, se puede afirmar

⁷² Ibidem. Pags. 1272 y 1273.

que el ser humano tiene derecho a disfrutar de los descubrimientos en el campo de la ingeniería genética, pudiendo acceder, si es su caso, a la utilización de una de las formas de Procreación Asistida.”⁷³

Por lo que concierna a la Fertilización Asistida y a la investigación científica, como se aprecio al abordar los derechos reproductivos, son varios los documentos internacionales que se refieren a este tema partiendo del reconocimiento de la dignidad humana, entre éstos tenemos como a los de mayor importancia, los siguientes:

- Convención de Asturias de los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa del 4 de abril de 1997;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 5 de Septiembre de 1984, la cual reconoce el derecho a la vida en su artículo 4.1, el derecho a la familia en su artículo 17.1, considera básicamente que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad;
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, establece el derecho de los niños a conocer a sus padres, ello aplicado a los casos de donación (conocida como Fecundación Heteróloga, en la que interviene un donante exterior a la pareja, ya sea femenino o masculino), derecho a no ser objeto de experimentación médica o científica sin consentimiento, el cual debe ser libre e informado sobre los fines de la investigación, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación; y

⁷³ GUZMÁN Avalos, Aníbal. *Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas. Un nuevo Modo de Filiación*. Editorial Universidad Veracruzana, México 2001. Pags. 128 y 129.

- Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos del Hombre del 11 de noviembre de 1997, la cual comprende 25 artículos en 7 apartados con los cuales se procura la defensa de la dignidad humana, el derecho de las personas interesadas y beneficiadas a la investigación, las condiciones de ejercicio de la actividad científica, la solidaridad y la cooperación internacional, en el campo de la biotecnología y del genoma humano que transforma la humanidad, es así como indica en su artículo 10:

***Artículo 10.-** “Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones en particular en la esfera de la biología, la genética y la medicina, podrán prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y de la dignidad de los individuos o si procede, de grupos de individuos”.*

Estas Convenciones y Declaraciones son muy importantes puesto que son innumerables las parejas que han hecho realidad el postergado sueño de ser padres gracias a los avances científicos en materia genética, por eso se entiende que también existe un derecho para que estas parejas puedan acudir a dichos logros científicos.

3.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es primordialmente una norma, la de mayor jerarquía; representa la base de nuestro sistema jurídico, por la cual se crean y delimitan todas las demás

normas. Indica los derechos que los hombres tienen sobre y por encima del Estado, porque expresa mejor que ningún otro texto las garantías con las que cuenta cada individuo. Por lo cual en primera instancia es necesario referirnos al artículo 1º que es el sustento de garantías y determina el ámbito de aplicación de la Constitución.

Ahora bien, por lo que respecta al tema en estudio, tenemos que la Constitución Política, recoge como uno de sus valores prioritarios el derecho a la salud además de señalar que toda persona tiene derecho a decidir sobre su paternidad o maternidad de manera libre:

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

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución...”

La inserción en el artículo 4º. de la Constitución, de los dos párrafos con los cuales se inician sus pronunciamientos, mismos en los que, independientemente de la igualdad jurídica del hombre y la mujer, aceptada y reconocida, y se dispuso además, que toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, fueron el objetivo derivado de las

deliberaciones habidas en la Conferencia Mundial de Población celebrada en la ciudad de Bucarest, República de Rumania, durante el año de 1974; en cuyo foro se aprobó una nueva política demográfica en la cual fue tomado en consideración, de modo especial, el importante papel de las mujeres en el desenvolvimiento colectivo del Estado moderno. Este es el motivo de haberse consignado en un párrafo particular el derecho a la libre procreación como garantía personal, adoptándose en esta forma la declaración que ya había sido suscrita por México en el año 1968, con motivo de la conferencia sobre demografía que había tenido lugar en la ciudad de Teherán, convocada por la Organización de la Naciones Unidas.

El texto del artículo en comento deja en libertad de decisión por igual a cada hombre y mujer sobre el número de hijos que deseen tener y cuando lo quieran, pero advirtiendo que lo deben hacer de forma responsable, no a la ligera e informándose a cerca de la planificación familiar, información que deben proporcionar las instituciones de Salud dependientes del Estado.

“Estos aspectos se han reiterado en los diversos tratados o convenciones internacionales de los que nuestro país es parte. Entre estos se encuentran: la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo (CIPD); la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Bejin).”⁷⁴

De esta forma se observa que la Constitución no señala ningún tipo de restricción al deseo de ser padres, por consiguiente, no existe

⁷⁴ TREVIÑO Sosa, Roberto. *La Fecundación Asistida a la Luz del Derecho*. Tópicos Jurídicos, Judicatus. México, Junio 2004. Pag. 51.

impedimento legal alguno y se está en libertad de optar por la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida en clínicas especializadas. Por lo tanto la libertad reproductiva está reconocida como una garantía individual y no sólo como un derecho natural.

Con fecha 3 de febrero de 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el tercer Párrafo, de este artículo 4º, en el cual se consagró como norma constitucional el derecho a la protección de la salud. “Este derecho se ha establecido con los siguientes propósitos; 1º. Lograr el bienestar físico y mental, contribuyendo el Estado al ejercicio pleno de las capacidades humanas; 2º. Prolongar y mejorar la calidad de vida en todos nuestros sectores sociales, sobre todo los más desprotegidos, a quienes es preciso otorgar los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo armónico de la Sociedad; 3º. Crear y extender, en lo posible, toda clase de actitudes solidarias y responsables de la población, tanto en la preservación y en la conservación de la salud, como en el mejoramiento y restauración de las condiciones generales de vida, con la idea de lograr para el mexicano una existencia decorosa; 4º. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de nuestra población; 5º. Impulsar los conocimientos técnicos y sociales para el adecuado aprovechamiento y empleo de los servicios de salud y 6º. Desarrollar la enseñanza e investigación científica y tecnológica para la salud.”⁷⁵

Así pues tenemos que el artículo 4º. también contempla el derecho a la protección de la salud; de esta forma el párrafo tercero, permite de alguna manera el hacer uso de las Técnicas de Reproducción Asistida, puesto

⁷⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1995. Pags. 18 y 19.

que la esterilidad es un problema de salud que en la mayoría de las ocasiones impide lograr un bienestar físico y hasta mental, siendo estos algunos de los propósitos de dicho artículo; por lo cual es de suma importancia que los servicios de salud subsanen el impedimento de lograr la concepción de forma natural, haciendo uso de la ciencia y por lo tanto de Técnicas de Reproducción Asistida, y de esta forma también se estará ante el desarrollo e investigación científica y tecnológica para la salud.

Es así como el artículo 4º. es de suma importancia como marco normativo para las Técnicas de Reproducción Asistida, contemplando dos derechos esenciales para el tema; el derecho y libertad a la procreación y el derecho a la salud; haciendo uso de estos durante nuestra vida de manera responsable y de la forma que a cada uno parezca que es la apropiada, siempre contando con el apoyo del Estado, el cual tiene el deber de proveer todo lo necesario para que los mexicanos cuenten con asistencia médica necesaria para cumplir con los derechos al respecto.

3.3. LEY GENERAL DE SALUD.

La Ley General de Salud fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de febrero de 1984 y su última reforma fue el 9 de mayo del 2007.

Es escasa la regulación sobre la Reproducción Asistida en dicha ley, ya que no se hace referencia expresa a cerca del tema sin embargo se hará mención de todos aquellos artículos que de alguna manera podrían tener alguna relación con la Reproducción Asistida.

Es así como en el artículo 1º se define el objetivo de la ley que es reglamentar el derecho a la protección de la salud, el cual es otorgado para llevar a cabo ciertas finalidades las cuales encontramos en el artículo 2º, y adecuando la fracción VII, al tema de la Reproducción Asistida, indica;

Artículo 2º.- *El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:...*

VII. *El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.*

Este precepto da pie a que se continúe avanzando en el campo de las Técnicas de Reproducción Asistida, ya que éstas constituyen el desarrollo e investigación científica y tecnológica, lo cual es una de las finalidades primordiales del Derecho a la protección de la salud y por lo tanto mejoramiento de ésta y de la vida para aquellas personas que se ven imposibilitadas de procrear de manera natural.

Esto también se ve reflejado en el artículo 6º:

Artículo 6º.- *El sistema nacional de salud tiene los siguientes objetivos:...*

VIII. *Impulsar las actividades científicas y tecnológicas en el campo de la salud;...*

IX. *Coadyuvar con las dependencias competentes a la regulación y control de la transferencia de tecnología en el área de salud;*

En la aplicación de las Técnicas como ya se ha visto los elementos o partes más importantes para que se lleven a cabo son las células masculinas (espermatozoides) y femeninas (óvulos), las cuales son consideradas por la ley en comento, materia de salubridad general como lo estipula en su artículo 3º.

Es así como en dicha ley se incluye lo relativo al apoyo de la investigación en materia de infertilidad y biología de la Reproducción Humana.

Conforme a quienes son los encargados de que se cumpla el derecho a la protección de la salud y vigilar, regular, impulsar y controlar la tecnología en favor de ésta, se llevará a cabo a través del Sistema Nacional de Salud el cual está a cargo de la Secretaría de Salud y se encuentra constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, así como las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, como lo indican los artículos 5º y 7º.

Ahora bien la Ley General de Salud regula los servicios de planificación familiar en su Capítulo Cuarto, artículo 67, del cual no se deduce ningún impedimento para que cualquier individuo acuda a los modernos medios científicos para lograr la paternidad o la maternidad; sin embargo, no se puede dejar a un lado el hecho de que la Ley General de Salud vigente en México no contempla, en el ámbito de la planificación familiar como servicio básico de salud, el término de Reproducción Asistida como una alternativa para la Reproducción Humana, sino que únicamente establece en su artículo 68 fracción IV, lo siguiente:

Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden: ...

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

En esta fracción IV, se puede apreciar que la Ley General de Salud contempla y fomenta la investigación, para combatir el problema de la infertilidad humana, que en la mayoría de las veces es un gran problema para quienes la padecen, y el tema de la biología de la Reproducción Humana, en donde embonarían perfectamente las Técnicas de Reproducción Asistida.

También el Título Quinto (Investigación para la Salud) indica, en su artículo 96 fracción I y V, artículo 97 y artículo 98, que alguna manera se pueden referir implícitamente a las Técnicas de Reproducción Asistida con el hecho de que la investigación para la salud colabora para que se amplíe el conocimiento que se tiene al respecto sobre los procesos biológicos del ser humano y estableciendo que el Estado se debe comprometer a fomentar la investigación científica y tecnológica a favor de la salud, (que en el campo de la Reproducción Asistida es un tanto limitada) a través de la Secretaría de Educación Pública y la Secretaría de Salud. Esta investigación debe llevarse a cabo en los establecimientos adecuados, con un perfecto funcionamiento y bajo la vigilancia del gobierno de cada Estado de la República y de la Secretaría de Salud, para obtener buenos resultados y se cumplan los objetivos, por los cuales se crearon.

La Ley General de Salud también prevé la creación de Comisiones de Investigación, Ética y Bioseguridad. “Esta última fue puesta en marcha a través del Decreto por el cual se crea el órgano desconcentrado denominado Comisión Nacional de Bioética, publicado en el Diario Oficial

de la Federación el 7 de diciembre de 2005. Contiene estipulaciones sobre productos biotecnológicos, trasplantes, donación y pérdida de la vida.”⁷⁶

La Secretaría de Salud a través de sus titulares, debe ser el gestor que promueva la celebración de Comisiones interdisciplinarias que realicen las investigaciones, estudios y análisis necesarios, para elaborar una regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida, que tome en cuenta las necesidades de la sociedad, considerando los valores morales, jurídicos y médicos que la constituyen.

De esta manera se observa que dichas Técnicas son el resultado de un largo proceso de investigación científica y tecnológica, en donde intervienen un buen número de especialistas que buscan la salud procreativa de la población.

Esta ley en su Título Décimo Cuarto trata como su título lo dice, sobre donación, trasplantes y pérdida de la vida, pero ¿Qué relación tiene con las Técnicas de Reproducción Asistida?, tiene relación en cuanto a que nos indica que se pueden llevar a cabo donaciones de células de seres humanos, entre éstas las reproductoras, esenciales para que se pueda llevar a cabo la Reproducción Asistida, bajo la vigilancia de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitario, siendo competencia de la Secretaría de Salud como lo indica el artículo 313.

Al respecto el artículo 314 establece lo que se entendería por células reproductoras en su fracción I, las cuales se definen como las células germinales responsables de que se lleve a cabo cualquier Técnica de Procreación Asistida y que dan origen a un embrión, definiéndose también

⁷⁶ BRENA Sesma, Ingrid, *“Análisis genético y manipulación genética en los principales documentos internacionales”*, en David Cienfuegos Delgado y María Carmen Macías Vasquéz (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. México 2006.Pag. 5.

éste en dicho precepto, como aquel que se logra inmediatamente después de la concepción y hasta el término de la duodécima semana gestacional; dicho concepto no debe confundirse con el de feto el cual es considerado por la ley como aquel producto también de la concepción pero con una edad de trece semanas hasta el momento del nacimiento en que es expulsado del vientre materno.

Éste precepto es una gran aportación para el tema en cuestión ya que además de definir que se considera como células reproductoras, como embrión, y como feto, también nos define que nombre llevará cualquiera de las personas que intervengan en la aplicación de la tecnología es así como se le considerará donador o donante a aquél sujeto que decida donar cualquier parte o componente de su cuerpo siendo en este caso, células reproductoras, y se denominará receptor aquella persona que las reciba, con la finalidad de la concepción.

También la Secretaría de Salud de alguna forma ejerce un control sanitario en lo referente al destino final de estos órganos, tejidos, cadáveres y células de seres humanos, incluyendo los que provienen de embriones y fetos, optando por una conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación.

De esta forma La ley General de Salud, ya incluyó presupuestos para la utilización de Técnicas de Reproducción Asistida, permitiendo la utilización de las células reproductoras masculinas y femeninas, sin poner objeción alguna, simple y sencillamente con el consentimiento de los interesados.

Estas Técnicas se deben llevar a cabo en los establecimientos plenamente autorizados a ello y en donde se pueda realizar la conservación de dicho material (también conocidos como bancos), para lo cual deben contar con autorización sanitaria, que debe ser otorgada por la Secretaría de Salud y

contar con un responsable, un coordinador de estas actividades y un comité interno, como lo establecen los artículos 315 y 316.

La citada ley impide el hecho de sacar del territorio nacional los órganos, tejidos y células, siendo este aspecto relevante, ya que impide que se lleve a cabo el tráfico de gametos y por lo tanto también se combate el comercio de éstos. Es así como todo lo concerniente al control sanitario con respecto a las células germinales y a los embriones, estará a lo que dispone la Ley General de Salud.

Como ya se mencionó con anterioridad cualquier persona puede participar en la donación de sus células reproductoras e incluso hasta de gametos, pero es fundamental hacer hincapié, que ésta acción solamente se puede llevar a cabo de forma expresa, se debe dar a conocer el consentimiento y seguir principios de altruismo, sin ánimo de lucro, a título gratuito y en el caso que sea necesario, debe ser de forma confidencial, de no hacerlo de esta forma, no se tendrá por dada dicha autorización, como lo establecen los artículos 322 y 323 en su fracción II.

El Título Décimo Octavo se titula Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos, y su Capítulo VI, artículo 462 trata los Delitos, constituyendo como tal el hecho de obtener, conservar, utilizar ilícitamente y comerciar con órganos, tejidos, cadáveres y fetos de seres humanos, o el que lleve a cabo un trasplante de órgano o tejido haciendo caso omiso de lo que indica la propia ley; de esta manera se tiene que no se puede hacer uso de éstos con fin de lucro, como ya se indicó, sino que tiene que ser a título gratuito, y utilizarlos solo para actividades que permita la ley, en beneficio de la humanidad; pero tal situación se agrava en el caso de que intervengan profesionales, técnicos o auxiliares de la salud, ya que no solamente se les impondrá la pena de seis a diecisiete años de prisión y la multa estipulada, sino que además se hacen acreedores a una

suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio de su profesión o actividad; puesto que la finalidad de estas profesiones es el de fomentar y colaborar para mejorar la salud de la población.

Asimismo el artículo 466 estipula un tipo penal sobre Inseminación Artificial directamente:

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

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

Éste es el único precepto en toda la Ley General de Salud que habla clara y expresamente sobre un tipo de Técnica de Reproducción Asistida, la Inseminación Artificial; aunque no define en que consiste y quién participa, sí impone una pena al que la realiza sin el consentimiento de la mujer o con su consentimiento en el caso de que esta sea menor o incapaz. Esta pena difiere dependiendo del hecho de que se lleve a cabo o no el embarazo, ya que si se lleva a cabo la pena es mayor. En su segundo párrafo se indica que la mujer casada no puede decidir con total libertad el hecho de ser inseminada, puesto que debe ser bajo conformidad del cónyuge, estableciéndose de cierta manera el hecho de que solamente las mujeres casadas y con autorización del marido pueden optar por la utilización de ésta Técnica.

Resulta un tanto ilógico el hecho de que la Ley describa un tipo penal sobre la Inseminación Artificial, sin antes regular dicho tema. Además con respecto al segundo párrafo ¿Qué pasa en el caso de que el marido no de su consentimiento y la Inseminación se lleve a cabo? ¿Cuál será la pena? Todo esto además de ser una gran laguna, puede traer graves problemas, entre ellos el hecho de que la Inseminación Artificial se confunda con cualquier otra Técnica de Reproducción Asistida, (puesto que esta inseminación no se define) y se apegue a los preceptos de ésta.

Como se aprecia, en la Ley General de Salud, la legislación es omisa en lo que se refiere al empleo de las Técnicas de Reproducción Asistida, solamente encontramos lineamientos generales a que se sujetan algunos temas que tiene relación directa con la materia, como lo es la investigación para la salud y en especial la reproductiva, la planificación familiar, los bancos de semen y la disposición de células germinales y embriones, y hace una breve referencia a la Inseminación Artificial, pero no a las demás Técnicas, ni a las múltiples posibilidades y problemas que surjan de ellas.

Esta ley debe ser uno de los instrumentos de carácter jurídico para la regulación de todo lo concerniente a las Técnicas de Reproducción Asistida Humana, en cuanto a los elementos materiales, científicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo y aplicación.

3.4. REGLAMENTOS DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

De la Ley General de Salud se desprenden Reglamentos que buscan proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de la ley. De esta forma, todo reglamento administrativo tiene como base de regulación la propia ley, por ende se ha señalado que “no puede contrariarla,

aumentarla, modificarla o alterarla, sino únicamente desarrollar los principios que ella contiene.”⁷⁷

3.4.1. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS.

En sí, este Reglamento no aborda de forma clara el tema de la Reproducción Asistida, son pocos los artículos que de alguna manera tienen relación con dicho tema; establece la competencia de la Secretaría de Salud para emitir normas técnicas aplicables en el territorio nacional, clasifica las células germinales masculinas y femeninas (óvulos y espermatozoides) como productos, establece que su obtención y utilización será para fines terapéuticos, y exige licencia sanitaria a los establecimientos dedicados a la obtención, manejo y suministro de productos humanos.

En su artículo 1º indica que es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Del mismo modo su artículo 4º menciona que la Secretaría de Salud, es a la que le corresponderá el hecho de regular en todo el país, lo concerniente a los productos del ser humano, entre ellos las células germinales. Así mismo, esta Secretaría también debe fomentar y proporcionar todo lo necesario para que se realicen programas de estudio e investigación, en el caso de procedimientos terapéuticos como lo establece el artículo 5º.

⁷⁷ CARPIZO, Jorge. *El Presidencialismo Mexicano*. 12ª. Edición. Editorial Siglo Veintiuno. México 1994. Pag. 107.

El artículo 6º emite una serie de definiciones que son de ayuda para la interpretación de dicho Reglamento y no caer en confusión. Dentro de estas definiciones encontramos la de producto, en donde se pueden encuadrar las células germinales, es decir, los óvulos y espermatozoides.

Sobre estas células germinales el artículo 7º deja abierta la posibilidad de que los óvulos y espermatozoides puedan tener como último destino, ya sea la conservación o destrucción; esto dependerá de lo que se desee en cada caso en particular.

Al respecto el Capítulo III intitulado De la Disposición de Órganos, Tejidos y Productos, en su artículo 19 establece que en el caso de que se decida optar por la conservación con fines terapéuticos de estos órganos, tejidos y productos, será necesario la existencia de un banco, cuyo funcionamiento se tendrá que regir por las disposiciones de la Ley General de Salud, para el cual se necesitará la autorización previa de la Secretaría de Salud.

Y cuando esta conservación se haga con la finalidad de utilizarse en un futuro en la docencia, sólo se podrán guardar en las Instituciones plenamente autorizadas para dicha actividad, como lo indican los artículos 20 y 29.

Para que dichos establecimientos puedan funcionar requieren de una autorización, que se denomina Licencia Sanitaria, y para que sea otorgada deben satisfacer una serie de requisitos indispensables para un buen funcionamiento y manejo de las células germinales, los cuales se enuncian en los artículos 90 y 94 y son; contar con un personal capacitado para el manejo y suministro de productos o derivados, contar con equipo e instrumental adecuados, contar con instalaciones sanitarias adecuadas y contar con un profesional responsable del servicio.

3.4.2. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD.

El 6 de enero de 1987 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Este Reglamento fue creado con antecedentes de:

Que la investigación para la salud es un factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general; para desarrollar tecnología mexicana en los servicios de salud y para incrementar su productividad, conforme a las bases establecidas en dicha Ley;

Que el desarrollo de la investigación para la salud debe atender a aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación;

Que el desarrollo de la investigación para la salud requiere del establecimiento de criterios técnicos para regular la aplicación de los procedimientos relativos a la correcta utilización de los recursos destinados a ella;

Que sin restringir la libertad de los investigadores, en el caso particular de la investigación que se realice en seres humanos y de la que utilice materiales o procedimientos que conlleven un riesgo, es preciso sujetarse a los principios científicos, éticos y a las normas de seguridad generalmente aceptadas, y

Que la investigación en seres humanos de nuevos recursos profilácticos, de diagnósticos, terapéuticos y de rehabilitación, debe sujetarse a un control para obtener una mayor eficacia y evitar riesgos a la salud de las personas.

Esto es de gran importancia, toda vez que la Reproducción Asistida es un factor determinante que tiene como objetivo mejorar la salud de las personas que sufren de esterilidad e infertilidad, además de ser resultado de un extenso proceso de investigación que nunca termina, por ello, debe sujetarse a los principios éticos y médicos que marcan las leyes y reglamentos respectivos.

La finalidad de este Reglamento se establece en el artículo 1º, siendo la misma que la del Reglamento anterior.

En su artículo 3º, fracción I y V se indica que la investigación para la salud que es el fin de dicho Reglamento encuadra ciertas acciones que van a contribuir entre otras, al conocimiento de los procesos biológicos, comprendiendo entre éstos el de la Procreación, que en este caso sería la Asistida; así como al estudio de las técnicas y métodos que se utilicen para la prestación de servicios de salud.

Con respecto al tema de las Técnicas de Reproducción Asistida, este Reglamento, entre otros aspectos, define la Fertilización Asistida e indica que se requiere el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario para llevarla a cabo, obliga al médico a investigar y establecer las causas de la esterilidad, descalifica el uso innecesario de la tecnología por razones de lucro o de otro orden, e indica que solamente puede hacer uso de ella una pareja estable (matrimonio o concubinato) como ayuda para que integre una familia, calificándola como un recurso

terapéutico que se debe realizar por profesionales de la salud con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano.

Cualquier investigación para la salud como lo sería el tema a cerca de las Técnicas de Reproducción Asistida, se debe realizar bajo un marco de Ética, puesto que se realiza en seres humanos y para concebir éstos. Por esto es que el Título segundo de dicho Reglamento se titula, de los Aspectos Éticos de la Investigación en Seres Humanos, el cual en sus preceptos 13º y 14º indican (como ya se había establecido en el análisis de la Ley General de Salud) que al momento de llevarse a cabo cualquier investigación en donde el hombre sea sujeto de estudio, se deben proteger sus derechos como el derecho a la vida, así como el respetar tanto su integridad física, como su bienestar y dignidad.

Para lograr tal investigación, deberá desarrollarse conforme a ciertas bases, entre las principales se tiene que debe ser realizada por profesionales de la salud, con conocimiento y experiencia, es decir, totalmente calificados para realizar esas actividades, esto con la finalidad de salvaguardar la vida e integridad del individuo que intervenga; así como la realización en una Institución destinada para tal objetivo y bajo la supervisión de las autoridades correspondientes. Todos aquellos que realicen actividades relacionadas con las Técnicas de Reproducción Asistida deben actuar bajo lo establecido en este precepto.

Al igual que la Ley General de Salud, este Reglamento en su Capítulo IV del Título segundo define lo que se entiende por embrión y por feto, pero además define la Fertilización Asistida, aunque no de manera clara y amplia, indicando que es aquélla en que la Inseminación es Artificial Homóloga o Heteróloga e incluye la Fertilización In Vitro.

Al respecto el artículo 43 y con relación al artículo 466 de la Ley General de Salud, indica que cuando se desee realizar la Fertilización Asistida es necesario contar con la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, además de informarles sobre los riesgos que podrían existir para el feto. Sin embargo, se puede dispensar de dicho consentimiento en los casos de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo como lo indica el segundo párrafo del artículo.

Este consentimiento informado deberá ser por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autorice 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, lo cual se indica en el artículo 20.

Además para que dicho consentimiento se considere existente se deberá de dar una explicación clara y completa sobre los objetivos de la investigación, los procedimientos que se vayan a usar, las molestias, los beneficios y la garantía de confidencialidad de la información, como se establece en el artículo 21 y deberá reunir los siguientes requisitos: ser elaborado por el investigador principal, indicando la información antes señalada, tendrá que ser revisado y aprobado por la Comisión de Ética de la Institución, indicará los nombres, firmas y direcciones de dos testigos y se extenderá por duplicado.

El artículo 56 es de suma importancia puesto que indica que la investigación sobre Fertilización Asistida sólo será admitida cuando tenga como finalidad el problema de la esterilidad y que no pueda tener otra forma de solucionarse, siempre y cuando se respete el aspecto social, moral y cultural de cada pareja, aunque no sea el mismo que el del investigador.

El objetivo de la Fertilización Asistida como ya se ha dicho innumerables veces, debe ser únicamente el de combatir el problema de la esterilidad, no se pueden ni se deben llevar a cabo estas prácticas con otra finalidad, puesto que están en juego las células reproductoras que crean un ser humano, y por tanto se debe tener especial cuidado al trabajar con material que contiene carga genética.

Este Reglamento contiene preceptos importantes y determinantes en cuanto a la Fertilización Asistida, sin embargo, el instrumento más adecuado para regular lo científico y tecnológico de ésta Reproducción tendría que ser la Ley General de Salud y no una disposición de carácter administrativo.

3.5. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Civil para el Distrito Federal fue publicado por primera vez en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo de 1928, es el primer Código Civil del Distrito Federal expedido por un órgano legislativo local que es la Asamblea Legislativa.

Fue el 25 de mayo del año 2000, cuando entrando en vigor nuevas reformas se introduce por primera vez en la terminología de este Código, la Reproducción Asistida, y su última reforma fue el 2 de febrero del 2007.

Aún con estas últimas reformas, dicho Código no establece realmente una regulación que contengan por lo menos lo esencial para regular la Reproducción Asistida.

Como primer punto se tiene que en su Libro Primero titulado De las Personas, en su artículo 22 se indica:

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

Aunque este artículo no tiene relación directa con las Técnicas de Reproducción Asistida, nos incumbe de cierta manera en cuanto a que nos habla del concebido, el cual puede ser producto de esta Técnica.

Como está estipulado, el concebido cuenta con la protección de la ley, del Estado, aunque todavía se encuentre en el vientre materno, y una vez que salga de él, tendrá plena capacidad jurídica.

El artículo 162, ya habla directamente de la Reproducción Asistida en su párrafo segundo:

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

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

Este precepto es concomitante con el artículo 4º. Constitucional, ya citado, puesto que establece la libertad que existe sobre el número y momento en que se desee tener hijos, siempre y cuando se haga de manera responsable; además deja abierta la opción a lograr esta concepción haciendo uso de cualquiera de los métodos de Reproducción Asistida en el caso que sea necesario acudir a ellos.

Sin embargo, este derecho debe corresponder a ambos cónyuges de común acuerdo, de lo contrario se puede incurrir en una de las causales de divorcio como se indica en el artículo 267 fracción XX; por lo que es indispensable contar con el consentimiento de la pareja. Esta disposición es acorde con lo ya estipulado en el artículo 466 de la Ley General de Salud, en donde se indica que la mujer casada no podrá ser inseminada sino cuenta con el consentimiento del marido, de lo contrario incurrirá en un delito.

Con respecto al parentesco, el artículo 292 indica que existen tres tipos de éste, el consanguíneo, por afinidad y el civil.

El parentesco por consanguinidad se establece en el artículo 293:

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

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de Reproducción Asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitor. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la Reproducción Asistida...

Este precepto en su segundo párrafo menciona que el niño producto de alguna Técnica de Reproducción Asistida tiene parentesco consanguíneo con sus progenitores hayan aportado o no el óvulo y los espermatozoides, y siempre y cuando lo hubieran consentido. Sobrentendiéndose el desconocimiento legal de la filiación, entre el donador ya sea del espermatozoides o del óvulo, con el producto de dicha Fecundación Asistida.

En cuanto a la filiación, el Código Civil para el Distrito Federal en su Título Séptimo Capítulo I, nos indica lo referente en su artículo 324, estableciendo que existe la filiación entre los cónyuges y el hijo que nazca durante el matrimonio, y una vez disuelto, se dará un lapso de tiempo para también considerar como hijos a aquellos que nazcan en este periodo.

La filiación es una situación de reconocimiento del estado de hijo, por parte de los cónyuges, es decir, de los padres, por parte de la misma sociedad en la que se desenvuelve la familia y por parte del mismo hijo.

Por lo que respecta al tema de la Reproducción Asistida, lo importante sería aquello que sucedería si se quisiera impugnar la paternidad en el caso de que el hijo proviniera de un Método de Reproducción Asistida, al respecto el artículo 326 en su segundo párrafo menciona:

Artículo 326.- *El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales 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.

Es decir, aquellos padres que den su consentimiento expreso para que se lleve a cabo cualquiera de las Técnicas de Reproducción Asistida, ya sea con células propias o de algún donador, no pueden ejercer acción alguna de desconocimiento de paternidad, aún cuando ellos no sean los padres biológicos, puesto que estuvieron de acuerdo con que se llevará a cabo el método y por lo tanto aceptaron tal responsabilidad.

Sin embargo, dicha paternidad únicamente podrá impugnarse en el caso de que el cónyuge no hubiera otorgado tal reconocimiento.

De igual forma el artículo 329 también hace referencia a cuestiones derivadas de la paternidad:

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

En este precepto se indica que ningún tercero que de alguna manera se vea perjudicado por la filiación, podrá ejercer acción alguna con respecto a

la paternidad del hijo que nació después de darse la disolución del matrimonio, en el caso de que este hijo haya nacido con ayuda de alguna Técnica de Reproducción Asistida, siempre y cuando el cónyuge lo permitiera de forma expresa, puesto que esa fue su voluntad al otorgar el consentimiento para llevarse a cabo dicha Técnica y por lo tanto debe ser respetada.

Con este tema surgen un sin fin de controversias por lo cual es importante el artículo 389 en el que se enuncia a que tienen derecho los hijos que nacieron como resultado de alguna Técnica de Reproducción Asistida, con la finalidad de dejar más despejadas tales situaciones; como lo sería el reconocimiento por parte del padre, madre o ambos, a llevar apellidos de éstos, a percibir porción hereditaria, alimentos y los demás que se deriven de la filiación. Por lo que este artículo otorga seguridad al hijo sobre su estado jurídico, y en este caso en particular a los hijos que no fueron procreados de forma natural.

En este Código Civil para el Distrito Federal es reconocida la libertad procreativa, siempre y cuando sea responsable e informada y permite expresamente el uso de cualquier Técnica de Reproducción Asistida, así como otorga los mismos derechos a los nacidos de estas Técnicas y establece la paternidad que surja de éstas actividades; es decir, lo referente a la filiación y parentesco.

También contempla normas que regulan el comportamiento del hombre en sociedad respecto a sus bienes, estado civil, obligaciones, domicilio, patrimonio, capacidad para testar, y otras más conductas; de tal manera que el Derecho Civil tutela al hombre desde que es concebido, hasta el momento de su muerte.

3.6. CÓDIGOS CIVILES ESTATALES.

Con respecto al orden estatal actual, son escasas las entidades de la República Mexicana que regulan en sus Códigos Civiles, los efectos de la Procreación Asistida; las que regulan no lo hacen en forma uniforme y completa, sólo en forma mínima, desigual y sin atender todos sus alcances, puesto que algunas sólo atienden lo relativo a la filiación del producto de la concepción a través de la Inseminación Artificial, de importancia sobre todo tratándose de la Heteróloga, mientras que otras reglamentan como causa de divorcio la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida sin consentimiento del cónyuge; pero ya sea de una o de otra forma, ninguna legislación contiene los lineamientos mínimos para la regulación del tema.

Sin embargo, a continuación se hará mención a dos Códigos estatales, más desarrollados en el tema de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: el Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza y el Código Civil del Estado de Tabasco.

3.6.1. CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA.

Este Código Civil se considera como uno de los más avanzados y completos en materia de Reproducción Humana en la República Mexicana, puesto que contiene varios preceptos al respecto, además de abordar otros temas que tiene relación como lo es la manipulación genética y la clonación.

El Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza fue publicado en el Periódico Oficial, el viernes 25 de junio de 1999.

El primer artículo que tiene relación con el tema de la Reproducción Humana Asistida es el 94º, el cual indica que ninguna persona debe atentar contra la integridad del ser humano; de tal situación se desprende que queda prohibida la práctica eugenésica, que es el hecho de seleccionar ciertas características genéticas de un individuo cuando éste es concebido por medio de alguna Técnica de Reproducción Asistida. De igual forma se prohíbe la clonación en seres humanos, es decir, el crear seres totalmente iguales genéticamente.

Continuando con el tema de la integridad humana, el artículo 95 indica que el cuerpo humano es inviolable, por lo cual se le debe respeto; se deja abierta la posibilidad a que se utilice cualquier Técnica de Reproducción Asistida al indicar que el óvulo que se fecunde, ya sea dentro o fuera del cuerpo humano y en cualquier estadio que se encuentre cuenta con la protección de la ley, al igual que la vida de las demás personas concebidas, prohibiendo que estos embriones sean utilizados con otra finalidad que no sea la de ser implantados en el útero materno, para concebir un hijo; por lo que no se podrán realizar experimentos con ellos y tampoco crioconservarlos.

Pero estas no son todas las prohibiciones, el artículo 96 menciona que las células reproductoras consistentes en espermatozoides y óvulos, están fuera del comercio y no pueden ser objeto de ningún derecho patrimonial, por lo tanto las donaciones de éstas células debe ser a título gratuito. Admitiéndose también con este artículo, el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida y la donación de gametos de ambos sexos.

También el artículo 97 es importante, ya que establece que quien modifique artificialmente el genoma de una célula reproductora humana, responderá de los daños y perjuicios ocasionados como autor de un hecho ilícito; esta actividad se relaciona con las Técnicas de Reproducción Asistida ya que al realizarse se tienen al alcance las células germinales, los embriones y aunado a éstos, su material genético, por lo tanto existe la posibilidad de que no se usen de la manera más adecuada suscitándose una serie de situaciones que pueden modificar de manera grave el resultado de tales métodos, por lo que se deben prohibir dichas situaciones, para no sobre pasar lo que la naturaleza a creado, jugando con la vida y dignidad de los seres humanos.

Para la realización de los Métodos de Reproducción Asistida, como es ya sabido, en algunos casos se requiere de células reproductoras que sean aportadas por donante; esta donación según este Código debe ser de forma anónima, el donante no puede conocer la identidad del receptor y viceversa, solamente en un caso excepcional por necesidad terapéutica. Y si el doctor que lleva a cabo dicho método da alguna información, además de las penas en que incurra conforme al Código Penal, quedará inhabilitado para ejercer su profesión, por un término de dos a cinco años, y tendrá que pagar los daños y perjuicios que haya causado, como lo indica el artículo 100.

Este Código en su Capítulo III trata el tema de la filiación. En la Sección Primera artículo 429 indica que no existe ninguna diferencia por parte de la ley, en cuanto a los derechos de los hijos. Con este precepto se ratifica el hecho de que no hay distinción entre los hijos concebidos de forma natural y los concebidos por algún método, puesto que si se hiciera alguna distinción se estarían violando los derechos y dignidad del individuo.

En la Sección Segunda denominada de la filiación que resulta del nacimiento, el artículo 434 establece que con respecto a la paternidad, no se podrá impugnar ésta y se considerarán también hijos los concebidos de forma asistida:

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

La Sección Tercera de este Capítulo III, se puede considerar la más importante en todo el Código Civil, en cuanto al tema de la Reproducción Asistida, pues lo trata exclusivamente, intitulándose: De la Filiación Resultante de la Fecundación Humana Asistida.

El primer artículo de esta sección nos define lo que se considera como Procreación Asistida abarcando todas las Técnicas existentes, indicando que son aquellas que permiten la procreación fuera del proceso natural; siendo esto algo que no se establece en ningún otro ordenamiento del mismo tipo.

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

La realización de estas Técnicas, no queda abierta para cualquier individuo, sólo podrán tener acceso los matrimonios o concubinatos que hayan intentado por un plazo mayor de 5 años el procrear de manera natural y no lo hayan logrado aunque no sean estériles; además de que podrán hacer uso de células diferentes a las de cualquiera de las partes, como se indica en el siguiente artículo:

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

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

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

Una vez que se cumpla con lo antes establecido para ser candidato a utilizar las Técnicas, la Secretaría de Salud del Estado de Coahuila entregara una guía informativa para conocer más a profundidad los métodos a los que se someterán, también se establecerán las posibilidades de éxito o fracaso, así como se especificará que no se podrá

fecundar más de un ovocito para ser implantado y este se tendrá que implantar inmediatamente al solicitante; además se prevé el caso de que si ninguna Técnica tuviera éxito, se dará información sobre la adopción como una opción al problema de la imposibilidad de procrear.

También se establece una prohibición innovadora, con respecto al diagnóstico preimplantatorio. Este diagnóstico se realiza para detectar alguna malformación, enfermedad hereditaria o cualquier otra situación no favorecedora para el futuro niño, con la finalidad de que no se implante dicho embrión y sea desechado. Esta práctica es sumamente criticada cuando se lleva a cabo sólo como un capricho de querer una descendencia perfecta y no se hace realmente con el fin de detectar anomalías. Lo anterior se indica en los artículos 484 y 485.

Mucho se ha hablado a cerca del consentimiento expreso que deben otorgar las partes para que se lleve a cabo alguna Técnica, pero a diferencia de otros ordenamientos, este Código establece que tal consentimiento debe hacerse en escritura pública ante notario para dar mayor formalidad, además de estar justificado, es decir, se tiene que comprobar que realmente sea necesario llevar a cabo algún método de Reproducción Asistida avalado por 3 médicos, de los cuales uno debe pertenecer a la Secretaría de Salud del Estado, como se muestra en el artículo 486.

Y como ya se estableció, una vez que se haya dado el consentimiento surgirá la filiación entre los padres y el hijo. Pero si antes de realizarse cualquier Técnica, el que otorgo dicho consentimiento muere, se tendrá por revocado. Ahora bien, en el caso de que el matrimonio concluya por cualquier causa ya no podrá llevarse a cabo la Procreación Asistida, con excepción de que el óvulo ya hubiese sido fecundado, en cuyo caso se

deberá implantar y el hijo tendrá que ser reconocido por el hombre que fuera el marido, atribuyéndole todos los derechos que le corresponden. Lo anterior se encuentra estipulado en los artículos 487 y 488.

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

Artículo 488.- *Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, deberá ser implantado a la viuda, divorciada o a la mujer cuyo matrimonio se anuló.*

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

Tanto el consentimiento como el cumplir con todos los requisitos antes señalados que versan sobre la procreación, deben realizarse a título personal, puesto que si son hechos por otra persona se tendrá por inexistente, como se enuncia en el artículo 489.

Como ya se dijo, la donación de células germinales debe ser de forma anónima y ni una ni otra parte deberán tener conocimiento alguno del origen y destino de tales células, por lo que no se podrá establecer

ninguna filiación entre el donante y el niño producto de la Técnica de Reproducción Asistida, como lo indica el siguiente artículo:

Artículo 490.-... *También está permitido a la persona la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heteróloga no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos.*

La Maternidad Subrogada se encuentra expresamente prohibida por el artículo 491, considerándola inexistente;

Artículo 491.- *El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.*

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

3.6.2. CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TABASCO.

El 9 de abril de 1997 fue publicado un nuevo Código Civil para el Estado de Tabasco. Este Código al igual que el del Estado de Coahuila, puede ser considerado como uno de los ordenamientos que contienen varios preceptos en lo concerniente a la Reproducción Humana Asistida.

En el artículo 324 que trata acerca de la presunción de la paternidad, se sobreentiende que las Técnicas de Reproducción Asistida pueden ser utilizadas por los cónyuges para lograr su propia descendencia.

Este derecho será ejercido de común acuerdo por éstos y el padre no podrá desconocer a los hijos que hayan nacido a través de un Método de Reproducción Asistida, si se comprueba que él estuvo de acuerdo para que se llevara a cabo dicho Método; como se indica en el precepto a continuación:

Artículo 327.- *Cuándo no podrán desconocerse a los hijos...*

Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.

En cuanto a la filiación de los hijos tanto del matrimonio, como del concubinato, no se hará ninguna distinción a los nacidos a través de la Reproducción Asistida, y ésta se dará por el simple consentimiento, imposibilitándose el desconocimiento como lo enuncia el artículo 329:

Artículo 329.- *Imposibilidad de desconocimiento*

El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I. Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive

la presuncional, para tener por acreditado el parentesco.

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.

III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer y

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

Este precepto es complementado con el siguiente artículo:

Artículo 330.- *Contradicción de paternidad.*

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

Por lo que respecta al concubinato (como ya se estableció) el artículo 340 indica que también se considerarán hijos del concubinato aquellos que se hayan procreado con ayuda del algún Método de Reproducción Humana Artificial, sin hacer ninguna diferencia con aquellos que se procrearon de manera natural. Este precepto da pie para que se pueda considerar cualquier tipo de Técnica de Reproducción Humana, al mencionar que puede existir nexo biológico o no, ya sea con uno o ambos padres.

El siguiente artículo es una innovación en cuanto al tema de las Técnicas de Reproducción Asistida, puesto que admite la Maternidad Subrogada, no explícitamente, pero si regulando la filiación que existiría entre cada una de las partes que participe en dicha maternidad.

Artículo 347.- Respecto del padre

Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una

transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

Sin embargo, para tal caso de maternidad, existe una excepción, la cual encontramos en el artículo 360:

Artículo 360.- Situación de maternidad substituta

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

En el artículo 349 se indica que puede reconocerse al hijo que todavía no nace, aún cuando no se encuentren en el útero de la mujer, por lo tanto, se hace referencia a los que provienen de alguna Técnica de Reproducción Asistida. De alguna manera, este precepto es una garantía con la que cuentan los padres en el caso de Maternidad Subrogada o Substituta, para no perder el derecho que se tiene sobre ese embrión, que con el paso del tiempo se convertirá en un ser humano.

Artículo 349.- Reconocimiento de hijo no nacido

Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce

no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos.

El hijo que ha sido reconocido ya sea por uno o por ambos padres, sin importar si fue procreado de forma natural o por Método de Reproducción Humana Artificial, cuenta con los derechos que a continuación se enuncian en el artículo 365:

Artículo 365.- Derechos del reconocido

El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

I. A llevar el apellido del que lo reconoce;

II. A ser alimentado por éste;

III. A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión testamentaria; y

IV. A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.

Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial.

Ahora bien, ya se ha mencionado varias veces que el consentimiento de las partes es importante; en el caso de que la mujer haya acudió a estas Técnicas sin el consentimiento de su marido, éste podría interponer el

divorcio, alegando como causal dicha situación, como lo indica el artículo 272, en su fracción XVIII.

Si bien es cierto que la mayoría de las entidades carecen de legislación que regule el producto obtenido, a través de dicha innovación médica, no menos cierto lo es que todos los Códigos Civiles, incluso el del Distrito Federal, contienen predisposiciones preliminares que pueden servir de referencia para resolver los conflictos que deriven de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, pues en ellas se establece que desde el momento en que el ser humano es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos legales, por igual, se establece que el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales a dejar de resolver las controversias y que, para hacerlo, podrán auxiliarse en los principios generales del Derecho.

No obstante, se dispone que el juzgador deberá decidir la cuestión a favor de quien trate de evitarse perjuicios y no de quien pretenda obtener un lucro, por ende, los tribunales judiciales del orden civil o familiar pueden, aún en ausencia de regulación expresa, admitir la pretensión relacionada con la Procreación Asistida que giren en torno a la filiación, máxime que ello ha de trascender en el orden familiar, lo cual lo eleva a una cuestión de interés u orden público y no admite la posibilidad de la transacción.

3.7. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El 16 de julio del 2002, fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal un nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En este Código encontramos que el Título segundo trata a cerca de la Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética: es el primer Código en el Distrito Federal que cuenta con un Título que trata en específico el tema de la Reproducción Humana Asistida.

Además establece por primera vez, a nivel nacional, delitos relacionados con la Procreación Asistida y con la Manipulación Genética. Estos temas están íntimamente relacionados con las Técnicas e implican que las consideraciones de los supuestos de hecho contemplados en el Código Penal no pueden ser entendidos por si solos, sino que requieren de un marco de referencia conformado por la Ley General de Salud y sus Reglamentos.

De esta forma el artículo 149 indica:

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

Este precepto establece una sanción para los individuos que utilicen las células reproductoras para un fin distinto al que haya establecido el donante, por lo que, la simple disposición de óvulos o esperma no significa necesariamente una Procreación Asistida, ya que puede tratarse de cualquier tipo de disposición, incluso el desecho.

También en este artículo se sobreentiende que se permite la donación de éstas células. Dicho precepto tiene relación con el artículo 313 y 314 de la Ley General de Salud y el 56 del Reglamento en Materia para la Investigación de la Salud. “Si bien en este caso las disposiciones no son

idénticas, una investigación que no tenga por objeto resolver un problema de infertilidad o que no cuente con los consentimientos informados que la misma Ley General de Salud exige, cuenta ya con una sanción fijada por el mismo texto legal”.⁷⁸

El siguiente artículo del Código dice:

Artículo 150.- *A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún 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.

Dicho artículo es análogo al 466 de la Ley General de Salud, puesto que los dos establecen una sanción para el mismo caso; son dos disposiciones semejantes en textos legales diversos, aquí existe una controversia ya que la sanción que se impone en cada uno de éstos es diferente, entonces ¿Cuál se aplicará?, los legisladores al momento de crear un precepto legal deben en primera instancia cerciorarse si no se encuentra ya en alguna otra ley y de ser así adecuarse para que no exista conflicto.

⁷⁸ BRENA Sesma, Ingrid. *Procreación Asistida e Inseminación Artificial y Manipulación Genética en el Código Penal del Distrito Federal*, México. Revista de Derecho y Genoma Humano. No. 20. Enero-Junio 2004. Pag. 95.

En relación directa con el artículo, indica que se sancionara cuando exista el consentimiento de una menor o en mujer adulta incapaz, pero no solo en términos de incapacidad legal, sino que sea incompetente para comprender el significado del hecho, ya sea porque no tenga la información, la capacidad, la cultura o la inteligencia necesaria para entender en que consiste la Inseminación y cuales son los resultados de ésta.

“Son varios los bienes jurídicamente tutelados en este tipo penal. En principio, la integridad corporal de la mujer y su salud, tanto física como mental, pero su dignidad también se vera afectada pues su cuerpo ha sido considerado como mero receptáculo reproductor afectando su honor.

Si además, se produce un embarazo, se violarán los derechos reproductivos de la mujer víctima de la inseminación no consentida, también denominado derecho procreacional. El tipo penal es calificado si la inseminación se realiza con violencia.”⁷⁹

Por otro lado el art. 151 del nuevo Código Penal señala:

Artículo 151.-. *Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién 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 para resistirlo.*

⁷⁹ Ibidem. Pag. 93.

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

Este artículo es similar al anterior, solamente que éste último trata la Fertilización In Vitro. Las variantes de la tal Fecundación, técnicamente posibles, no fueron contempladas al definir el tipo penal, pues solo se sanciona esta Fecundación con óvulo ajeno y no la que utiliza el propio óvulo de la mujer; aún, si la Fertilización se lleva a cabo sin su consentimiento, al igual que en el artículo 150, la sanción será mayor en el caso de que se realice con violencia y/o resulte el embarazo.

“Son varios los bienes jurídicamente tutelados en este artículo. En principio, la integridad corporal de la mujer, y su salud tanto física como mental, hasta su dignidad y sentido del honor los cuales se verán afectados”.⁸⁰

Además de las sanciones ya previstas en los artículos anteriores, también en el artículo 152, se sanciona a los profesionales en la materia así como a los servidores públicos, inhabilitándolos por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta o se les destituye de la actividad que realicen.

Si analizamos este artículo podemos ver que tiene estrecha relación con el artículo 462 de la Ley General de Salud en su último párrafo, el cual también sanciona a aquellos que participen en el acto ilícito.

Cuando los delitos antes previstos se llevan a cabo entre el marido y la mujer, los concubinos o en todo caso la pareja, se deja abierta la

⁸⁰ Ibidem. Pag. 95.

posibilidad a que se otorgue el perdón puesto que en este caso, los delitos se perseguirán por querrela, como lo estipula el artículo 153.

El Código Penal para el Distrito Federal en su Título segundo Capítulo segundo trata el tema de la Manipulación Genética que consta de dos artículos, el 154 y 155.

El artículo 154 al igual que los anteriores establece sanciones que van de los dos a seis años de prisión, así como la suspensión por el mismo término, a los que manipulen con genes de seres humanos que alteren el genotipo y a los que fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la Procreación Humana; ya que de alguna forma se está jugando con la vida y el destino de un ser humano.

El artículo 155 estipula que además de las sanciones ya mencionadas, el delito se agrava si de tales conductas ilícitas resulta el embarazo y con este un hijo, el cual junto con su madre, deberán ser provisto de alimentos, dados como reparación del daño que han sufrido en los términos que fije el Código Civil para el Distrito Federal.

Haciendo un análisis de este tema, se puede apreciar que el término empleado por la Ley General de Salud es el de Ingeniería Genética, y no el de Manipulación Genética como lo establece el Código Penal para el Distrito Federal, además de que todas las prácticas descritas en estos artículos ya quedaron comprendidas en las normas que regulan la investigación para la salud tanto en la Ley General de Salud como en su Reglamento correspondiente.

Estos preceptos contenidos en el Código Penal para el Distrito Federal no serán de fácil aplicación, se requerirá que todos los implicados en

procesos penales relacionados con estos delitos conozcan con cierta profundidad los detalles de la Fertilización Asistida y de la Manipulación Genética para distinguir las conductas ilícitas de las que no lo son. La duplicidad de normas que regulan y sancionan las mismas conductas traerá errores de apreciación que podrían producir graves consecuencias que afectarían intereses y valores legítimos como el derecho a la investigación por un lado y la dignidad humana, o el futuro de la humanidad, por el otro, que deberán resolver los tribunales.

Las Técnicas de Procreación Asistida, vienen planteando desde hace algo más de una década serios dilemas al Derecho. Se trata de conflictos cada vez más complejos entre el legítimo deseo de tener un hijo, por un lado, y el respeto de la vida embrionaria y de la identidad genética del niño que va a nacer, por el otro.

Las leyes pueden imponer una conducta, son instrumentos para lograr el cumplimiento más satisfactorio de las funciones del Derecho. Pero, más allá de lo que disponga la ley, es fundamental que los mismos científicos implicados en las nuevas tecnologías reproductivas tomen conciencia del poder inmenso que tienen entre manos para saber aceptar los límites que se les fijen. Sólo así la ciencia podrá seguir estando al servicio del hombre y de su libertad.

México ha hecho una reforma parcial a documentos ya existentes y como en la mayor parte del mundo, la legislación sobre la materia es exigua; el trabajo se realiza, pero los resultados legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad y mucho menos la investigación científica. La reglamentación debe contener entre otros aspectos, definiciones de las diversas técnicas, los requisitos para la selección del donante de las células germinales (óvulo o espermatozoide), si debe quedar o no en el anonimato dicho donante, su criopreservación, los

embriones supernumerarios, las exigencias para aplicar la subrogación del vientre, así como las prohibiciones y sanciones.

Como sostiene Romeo Casabona: “la ley debería mencionar cuáles son los experimentos susceptibles de ser autorizados y que aquellas comisiones o autoridades estén facultadas para conceder permisos específicos para proyectos bien descritos y protocolizados bajo su supervisión. Incluso en el hipotético caso de que tuviera que ser revisada la ley para su actualización en relación con los supuestos ya descritos por ella, sería preferible asumir el coste que comporta toda iniciativa legislativa en atención a la trascendencia de estas intervenciones.”⁸¹

⁸¹ CASABONA Romeo, Carlos María. *Del Gen al Derecho*. Editorial, Universidad de Deusto. España, 1999. Pag. 70.

CAPÍTULO IV

ESTUDIO SOCIO-JURÍDICO SOBRE LA NECESIDAD DE REGULAR LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CAPÍTULO IV

ESTUDIO SOCIO-JURÍDICO SOBRE LA NECESIDAD DE REGULAR LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Tanto la vida como la muerte son dos grandes enigmas de la condición humana y repercuten no solo en el interior del hombre sino también en las estructuras sociales, culturales y jurídicas. Por eso es el impacto, las cargas emotivas y la importancia que tiene el tema de la Procreación Asistida, en todos y cada uno de los integrantes de la sociedad.

En dicho capítulo, se estudia el aspecto social, el ético, el religioso, el jurídico y finalmente se hace una propuesta de regulación de la Procreación Asistida en el Código Civil del Distrito Federal; la cual es importante, para tomar una postura jurídica ante el presente problema, así como conocer la posición de las ramas del conocimiento antes mencionadas, a fin de realizar una reflexión y de valorizar la conveniencia de una reglamentación.

En la actualidad se han dado un sin número de modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos sin estar exentos los campos de la biomedicina y la biotecnología, gracias a esto el hombre ha obtenido beneficios extraordinarios que sirven al bien común; por primera vez, se tuvo acceso a ser actor de los procesos naturales, se ha logrado penetrar en el origen de la vida: "Poseemos, como humanidad, la capacidad de intervenir en los procesos naturales como nunca antes la habíamos tenido. Han surgido expectativas de que la ciencia y la tecnología nos proporcionen, en el futuro cercano, una vida más fácil, cómoda y alejada

de enfermedades; un retraso a la amenazante vejez y la posibilidad de una nueva generación de descendientes hechos a la medida.”⁸²

Se ha llegado a dominar el proceso procreativo, separándolo del acto sexual, convirtiéndose en un acto médico, siendo de ésta manera como se dio origen a las Técnicas de Procreación Asistida. Éstas Técnicas de Reproducción Asistida han surgido como nuevas formas de maternidad, para los supuestos de esterilidad humana, puesto que hoy en día existen muchas parejas que se encuentran imposibilitadas para procrear de forma natural; este éxito que han tenido así como a la velocidad que se están realizando, no deja de lado una gran inquietud, confusiones e incertidumbre tanto en el campo social, como en el ético, médico, religioso y jurídico, por las posibilidades y consecuencias que pueden conllevar.

Estos procedimientos se practican en diversas Instituciones públicas y privadas en este país, al margen de cualquier tipo de regularización especializada, y por lo cual dichos avances científicos deber ser estimulados y reglamentados por todas las entidades federativas, principalmente el Distrito Federal, puesto que aquí es en donde se llevan a cabo el mayor número de aplicación de dichas Técnicas.

4.1. ASPECTO SOCIAL

Estas nuevas tecnologías en materia de Reproducción se han convertido en uno de los avances más importantes y significativos en el campo social. La actividad científica deja de ser aislada, para convertirse en una profesión socialmente reconocida, que gira en torno de esa misma sociedad.

⁸² BRENA Sesma, Ingrid. Ob. Cit. Pags. 15 y 16.

Con estos adelantos científicos, y siempre y cuándo se respetarán concepciones éticas, morales y religiosas de los padres, los médicos e investigadores sobre los problemas de fecundidad y esterilidad, se han podido desarrollar las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, las cuales han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, cuando no se ha podido lograr la concepción a través de otro método; puesto que tienen como finalidad incrementar las posibilidades de embarazo a través de un acercamiento entre el ovocito (gameto femenino) y el espermatozoide (gameto masculino).

Por lo cual estas Técnicas son de gran importancia, puesto que dentro de los proyectos de vida en común, uno de los deseos de las parejas que están en edad reproductiva, es tener hijos; En nuestro país la incidencia de infertilidad en la población general es de aproximadamente entre un 12% y un 15%; un 40% de estos casos es por causa de infertilidad femenina, otro 40% es por causa masculina y el restante 20% del problema resulta de una combinación de factores por parte de ambos cónyuges. La realidad terapéutica es muy variada y diversa, y abarca una amplia gama de posibilidades que el especialista elige y aplica según cada caso particular, ya que a veces se requieren tratamientos de menor o mayor complejidad, para lograr la concepción.

Para que se lleven a cabo con éxitos dichas Técnicas es necesario que por parte del equipo especializado de médicos se informe correctamente a la pareja que requiera de éstos métodos, cual sería el más adecuado según sea la causa que origina la imposibilidad de procrear, en que consistiría tratando de describir cada paso y que tan exitoso sería; esto con la finalidad de que la pareja este plenamente consciente de lo que se va a realizar incluyendo los pros y contras a los que se estará sometiendo.

En las sociedades modernas, como se podría llegar a considerar una parte de ésta sociedad, la procreación ha tomado un significado diferente, se ha separado de la necesidad de supervivencia para convertirse en la idea de un proyecto. La decisión de tener un hijo es un deseo, para lo cual se requiere disponer de los mejores preparativos, cuidados y posibilidades para brindarle una vida digna a ese ser; es un acto de responsabilidad que, de uno u otro modo, concierne a todos los que vislumbran ese futuro. Por esto es que se considera al respecto la era de los hijos deseados.

Es así, como se han dado cambios en los aspectos de la vida familiar; es importante recordar que la familia es la base de la sociedad, es la que asegura la estabilidad, la permanencia y la seguridad jurídica indispensables para la adecuada convivencia de los que la integran, y ya sea a través del matrimonio o del concubinato, serán el medio idóneo que transmita a los hijos los principios y valores éticos, morales y hasta religiosos con el fin de un desarrollo integral, para su realización como personas responsables y libres.

Ahora bien, la familia y por lo tanto la sociedad, ya no se pueden considerar en estos tiempos las mismas que las que existían en décadas anteriores, y mucho menos las que había en el año de 1928, que fue el año en que se elaboró el Código Civil del Distrito Federal; por esto es que a pesar de reformas que se le han hecho, no deja de tener en un abandono jurídico a la sociedad y a la familia.

Ahora, como ya se indico, la procreación se ve de distinta forma, y no sólo eso, sino que también se ha retrasado la edad para tener hijos, puesto que la mujer ha conseguido importantes logros que de alguna manera han fomentado que en la sociedad se de un desarrollo individualista, de

superación personal, tanto por parte de ella, como del hombre, dejando para después el proyecto de ser padres.

Además es difícil encontrar una definición estricta de lo que se podría considerar una familia, por las diversas estructuras con sus múltiples composiciones que se dan en este momento; ya no sólo es la clásica, con padre y madre, también existe la monoparental, es decir, únicamente con alguno de los dos, siendo aquí donde las Técnicas de Procreación Asistida pueden tener una gran intervención, ya que la decisión de concebir a un ser por parte de las mujeres, puede llevarse a cabo sin la intervención directa o física de otro individuo, contando o no con una pareja estable, y sin considerarse como una minusvaloración social; por el contrario, en las sociedades más avanzadas este hecho es de aplaudirse por la entereza y capacidad que puede mostrar una persona al hacerse cargo sola, ya no únicamente de un hijo, sino hasta de una familia.

Sin embargo, en el Distrito Federal, solo está permitido que puedan hacer uso de estas Técnicas los matrimonios o una pareja plenamente establecida y por lo tanto, debe existir el consentimiento de la pareja, puesto que en estos casos el acto de procreación debe ser un acto consensuado entre los cónyuges, razón por la cual, si uno de los cónyuges no fue consultado al respecto, la ley le permite ejercitar la acción de divorcio.

En este país, aún se lleva a cabo la discusión por dichos temas, ya que buena parte de nuestra sociedad los ve con buenos ojos, mientras que otra, la más conservadora, sigue estando llena de prejuicios y se aferra a que sólo debe existir, y por lo tanto a considerarse, el tipo de familia clásico, preenjuiciando y rechazando todo aquello que no encuadre en este tipo, incluyendo la familia monoparental y la utilización de las

Técnicas de Procreación Asistida para crear este tipo de familias. Entre uno de los argumentos que utilizan, es el que la persona humana sólo debe ser fruto del amor, y no de una manipulación técnica, y hasta cierto grado podrían tener razón; pero debemos recordar que el hecho de querer concebir, ya sea con o sin pareja, también es un hecho de amor, solamente que este va dirigido al hijo que se desea y no únicamente a la pareja.

Pero este no es el único problema que vislumbra la sociedad conservadora con respecto al hecho de emplear dichas Técnicas, se plantean la duda de que si las familias que se sometan a ellas, no sufrirán con el tiempo algún trastorno psicológico, como por ejemplo en el caso en que se haya logrado el embarazo con un espermatozoide diferente al del marido o pareja, y éste pueda llegar a sentir algún tipo de rechazo en un futuro por el hijo que biológicamente no sería suyo o la duda que tendría el hijo en saber quién es su padre biológico.

También está el caso de aquellos que nacen en un vientre alquilado; esta práctica no es totalmente aceptable, puesto que se argumenta que un hijo no es objeto de negociación alguna, pero ¿Qué no serían las mismas implicaciones las que viven los pequeños producto de ésta practica, que las que puedan tener los niños adoptados inmediatamente después del parto?, el único problema verdaderamente grave sería que la mujer que llevara el producto en su vientre creara un lazo afectivo más fuerte de lo planeado y se negara a verse solamente como una ayuda a la madre que aportó el óvulo.

Para prevenir futuros problemas en la sociedad y problemas éticos, aquellas personas que donen sus gametos, para ser utilizados en la Fertilización Heteróloga, deben hacerlo de forma anónima y por consiguiente deberán ser desconocidos para la pareja receptora y

viceversa, y así dejar de lado el reclamo que el donante podría hacer sobre la paternidad del hijo engendrado con sus gametos.

De igual manera esta parte conservadora de la sociedad, no está convencida de la congelación de embriones, talvez por una mala información, puesto que piensan que se trata de crear un niño en un tubo de ensayo, de congelar el embrión y de guardarlo por un tiempo hasta que aparezca alguien que desee tener un hijo de esa forma. Por otro lado, las personas que lo creen correcto indican que se debe realizar pero siempre y cuando se respete la dignidad de la persona.

Sin embargo, todos coinciden en que dicho procedimiento es malo cuando se utiliza únicamente como una manipulación donde estos embriones son tratados como meros objetos, sin respeto alguno.

Por lo que se puede percibir, las opiniones son variadas, esto depende de la profesión que se desempeñe el individuo, así como del ambiente donde se desarrolla, la cultura y la edad que se tenga.

Con respecto al embrión, producto de alguna Técnica de Reproducción Asistida, la sociedad aprecia claramente que un embrión es una vida, es un ser con derecho a desarrollarse, a nacer y a vivir como cualquier otra persona, y por lo tanto es alguien que merece ser protegido ya que se encuentra indefenso. Esto se consigue sólo si se protegen todos los momentos de su proceso evolutivo frente a los intereses antagónicos de los padres o de los terceros involucrados. Para ello resulta inevitable que se adopte una postura con respecto al inicio de la vida humana, pues, de la concepción que se tenga acerca del hombre dependerá fundamentalmente la posición que se adopte respecto al tema en estudio.

Algunos opinan que se puede llegar a considerar un ser humano desde el momento de la concepción, es decir, el momento en que se une el óvulo y

el espermatozoide, mientras que otros especialmente los conocedores en la materia, opinan lo contrario, que la vida no empieza con la unión de los gametos, si no pasado determinado tiempo en que el producto se implanta en el útero, y se puede considerar ya un embrión; aquí surge un problema más, puesto que los productos obtenidos en un laboratorio cuentan con la posibilidad de ser implantados, pero esto depende en un primer momento de la decisión humana, y por lo tanto no se puede evitar considerarlos como potenciales seres humanos. Lo que transforma en un problema ético la decisión de lo que se hace con ellos.

Tal situación es de suma importancia ya que se agrava desde el momento en que es mayor el número de embriones creados para tales métodos, que los que se utilizan, lo que provoca, que se cuente con embriones crioconservados que pueden sufrir efectos negativos por una congelación prolongada.

Esto trae consigo una serie de conflictos éticos y sociales, ya que se puede optar por varias alternativas para la utilización de estos embriones, donde la sociedad no esta de acuerdo con la mayoría de éstas; se pueden dar en donación para parejas que los requieran, usar en un futuro para que la misma pareja que lo creo pueda nuevamente concebir un hijo, emplearlos para la experimentación, o en el último de los casos y el de mayor rechazo, optar por la decisión de destruirlos. Sin embargo, no es permisible en la perspectiva de la ética social, generar embriones humanos con el fin de su posterior destrucción.

Es así como situaciones acerca de los embriones sobrantes y su conservación, la elección de los mismos, los donantes, las madres solteras, la maternidad subrogada y otros muchos, crean una gran cantidad de problemas que junto con los legislativos generan un importante debate social, que se hace permanente entre la sociedad y los

médicos e investigadores. Las personas necesitan conocer del tema, para poder diferenciar con certeza cuando es buena o mala su utilización y aplicación en el marco de estos nuevos entornos culturales y sociales.

Es así que la Reproducción Asistida marca un cambio importante en la vida del ser humano, pero a la vez acarrea un gran número de interrogantes que el Derecho tendrá la obligación de plantearse y de resolver en beneficio de la sociedad.

Ante tal problemática el Derecho tiene que entrar al estudio de los diferentes cuestionamientos que surgen con motivo del desarrollo de las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida, sin soslayar que la ciencia médica nuevamente ha dejado obsoleto e inaplicable al Derecho, ante el cúmulo de hechos fácticos que nacen con estas Técnicas y que afectan de manera importante a la sociedad.

Es evidente que la discusión de este tema, deberá llevarse a cabo con la mayor amplitud posible, y en ese intento de resolución está comprometida la sociedad entera, la cual debe estar interesada en determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco para determinar los nexos jurídicos y los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos que son considerados parientes.

4.2. ASPECTO RELIGIOSO

En primer término se debe de establecer lo que es la religión; la podemos definir como los deberes que tiene el hombre con Dios; y la religión que en su mayoría profesan los mexicanos, es la religión Católica, por lo cual este

aspecto religioso se avocara a ésta, por el gran peso e importancia que tiene en la toma de decisiones en la sociedad.

Esta religión Católica impone el deber que tiene el hombre de servir y amar a Dios, lo cual se logra a través de realizar el bien obedeciendo a la conciencia y de esta forma evitando el mal.

Hoy en día, se ve como la ciencia va progresando y junto con ella el deseo del hombre de crecer, alcanzar y superar a Dios. Esto es confuso, es algo que cuesta entender, incluso hasta se ha llegado a dudar de la existencia de Dios.

Como ya se ha establecido, por lo general, la sociedad acepta algunas Técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo, existen concepciones morales y religiosas contrapuestas. La misma iglesia en ocasiones titubea y no acierta a definir posturas claras, lo cual es comprensible, siendo que se carece de antecedentes y no se delimita la ética.

Ésta opina que las Técnicas de Reproducción Asistida no son un tratamiento para la esterilidad, ya que ésta sigue y subsiste, simplemente suplanta una deficiencia sustituyendo el acto que naturalmente de origen a la vida por un acto técnico, por lo que y a su juicio, la transmisión de la vida no debe depender de la ciencia ni de la tecnología, si no del amor de Dios y del amor que exista entre los individuos. Por lo tanto, considera que la Inseminación Artificial, es una obra que ofende a Dios y atenta contra la vida, como lo manifestaba el Papa Juan Pablo II, el cual opina que se considera inmoral el hecho de separar la procreación del acto conyugal; Se toma a la persona como un objeto de producción o experimentación, un medio para alcanzar un objetivo, y por consiguiente no es un medio digno de nacer.

También se rechaza la forma de obtención de los gametos masculinos que se hace a través de actos calificados de inmorales como lo es la masturbación.

En lo que concierne a la Fertilización In Vitro, la religión Católica también la prohíbe, porque al igual que la Inseminación Artificial, no es una forma natural de concebir y se deja a un lado el hecho importante de llevar a cabo el acto conyugal; esta fecundación extracorpórea al generar una vida fuera de su lugar natural, acarrea problemas que agravan la situación como el hecho de autorizar a que las personas concebidas por este procedimiento sean objetos de manipulación.

Como bien se sabe para que se logre un embarazo a través de esta Técnica se deben fertilizar una cantidad de óvulos en el laboratorio para concebir más embriones de los que se desea lleguen a un embarazo pasando a ser sencillamente material genético; es claro que los embriones que no se llegan a implantar pueden morir, considerándolo la religión como un aborto injustificable, ya que no se produce naturalmente de modo indirecto, sino que este acto es un medio empleado para que únicamente sobreviva un embrión, por lo tanto, el deseo de paternidad y maternidad no justifica el hecho de acabar con la vida de un tercero que aún es embrión.

Al respecto un punto muy importante es el hecho de que la religión considera que la persona existe desde el inicio de la concepción, o sea, desde el momento en que se une el óvulo con el espermatozoide y tiene plena autonomía, por esto es que piensa que todas estas Técnicas son agresivas y exige un mayor respeto por las vidas y almas que se crean en el laboratorio; únicamente califica de lícitas las intervenciones sobre el embrión siempre que respeten la vida y la integridad de éste.

El Papa Juan Pablo II en el año 2001 declaró que el embrión se había convertido en uno de los blancos más expuestos a los beneficios y peligros de la extraordinaria evolución de la ciencia biogenética; denunció que las Técnicas de Reproducción Artificial, que aparentemente están al servicio de la vida, abren la puerta a nuevos ataques contra la vida y son aún más graves cuando utilizan procedimientos de reducción embrional a través del aborto de varios niños concebidos.

Referente a esta situación surgen opciones sobre lo que se hará con estos embriones sobrantes pero ninguna de ellas es del todo bien vista por la iglesia: estos embriones pueden ser congelados para utilizarlos posteriormente, considerandose un grave atentado contra la dignidad del ser humano ya que se detiene su desarrollo normal esperando a que otros decidan su destino y son tratados como productos de laboratorio, muchos de ellos se dañan y tienen que ser desechados o mueren. Otra opción es que sean utilizados en experimentos y aunque estas experimentaciones sean terapéuticas, no se justifican ni se ven con buenos ojos y por lo tanto se consideran ilícitas.

La adopción de los embriones congelados es otra opción, que de igual forma que las anteriores, es rechazada por las razones antes dadas y múltiples consecuencias que traería consigo dicha adopción.

La Iglesia Católica considera que únicamente el matrimonio es el marco moralmente adecuado para la reproducción humana; reconocen en él y en su unidad indisoluble el único lugar digno de una procreación verdaderamente responsable: El matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales para lograr la procreación, por lo tanto, el hijo no es una cosa de propiedad, es más bien un don, el más grande del matrimonio y por

consiguiente es moralmente injustificable la Fecundación Artificial de una mujer no casada, soltera o viuda.

Como ya se estableció anteriormente, estas Técnicas aún cuando se practiquen con gametos propios del matrimonio, se consideran inmorales, por el hecho de que no se concibió a través de la unión conyugal; pero la situación empeora cuando algunos de los gametos o el propio embrión provienen de una o un tercero. Al respecto la iglesia establece que la Fecundación Artificial Heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, a su dignidad y se considera una violación del compromiso recíproco de los esposos, considerándola un adulterio.

Por lo que respecta a la postura que toma tratándose del hijo, opina que es vocación propia de los padres y un derecho de los hijos el ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio, argumenta que lo que desea Dios es que un niño nazca de la unión de sus padres y sepa a que familia corresponde, para que tenga una identidad, de no ser así el hijo se tendrá calificado como fuera del matrimonio.

En lo referente a la maternidad sustituta como ya se indico, no se permite por la iglesia por las mismas razones que llevan a rechazar la Fecundación Artificial Heteróloga, además de que representa una falta contra las obligaciones del amor maternal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propio padres; por lo tanto, se da un detrimento de la familia y una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

Por todo lo anterior, la Iglesia exige que la ley civil no legalice las donaciones entre personas que estén legítimamente unidas en matrimonio

católico y que los casados no utilicen los bancos de embriones y no acudan a la actividad de la maternidad sustituta.

Aunque gran parte de las personas se consideran creyentes en México, es evidente que la religión ha dejado de ser la fuente de autoridad moral que una vez fue: los Códigos morales basados en dictados divinos ya no guían, necesariamente, las conductas del mundo moderno. Además, ni siquiera dentro de una misma religión hay acuerdo total sobre cuestiones morales, hay un número cada vez mayor de creyentes que no acatan los preceptos y prohibiciones de la jerarquía católica.

En la actualidad en esta sociedad se cuenta con la libertad de conciencia para optar a someterse a alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida y a diferencia de lo que establece el Vaticano, los sacerdotes y católicos conservadores de este país, un número creciente de católicos practicantes, inclusive monjas, teólogos y sacerdotes, están coincidiendo con ello y manifestando públicamente su discrepancia con la jerarquía de la Iglesia católica. Los argumentos de estos grupos católicos progresistas sobre el derecho a elegir de acuerdo con la propia conciencia ha abierto un camino de esperanza para las mujeres y hombres creyentes que han utilizado estas Técnicas y que continuarán haciéndolo en caso de que las necesiten de nuevo para engendrar y tener una familia.

Además de las divisiones al interior de la religión, se tiene que anteriormente la mayoría obedecía a un único Código moral, el católico, mientras que hoy en día, coexisten varios. Ahora lo inmoral y lo poco ético, es la violación de la decisión del individuo, puesto que existe una autodeterminación y derecho a disponer del propio cuerpo.

La ciencia y la tecnología escapan del control de las iglesias. Por eso, justamente, muchos valores religiosos dejaron de tener vigencia al constreñir el potencial de desarrollo de las personas.

En la medida en que los desarrollos científicos y técnicos desarrollaron una nueva información y aumentaron las posibilidades de los seres humanos de ejercer su autonomía, los valores laicos cobran relevancia, y las propias personas se han hecho responsables de sus actos.

Nada ni nadie puede obligar a la pareja a no hacer lo que considere que es legal y éticamente aceptable. La pareja que padezca el problema de infertilidad en este momento donde la ciencia puede resolverlo, debe hacer uso de ésta y dejar a un lado preceptos éticos y religiosos mal entendidos, si tiene el deseo de formar una familia; a lo cual la iglesia no puede oponerse ya que existe una necesidad médica para aplicar alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Talvez se pueda estar en contra de lo que indica la iglesia católica o inclusive dudar de la existencia de Dios, pero lo que si se debe tener presente es que la religión (que se esta practicando en la actualidad) podría considerarse como un pequeño punto de partida para subsanar aquellos espacios y lagunas que no ha cubierto la ética y el derecho.

4.3. ASPECTO ÉTICO

Como ya fue mencionado, la Ética es una rama de la filosofía, que se encarga del estudio de lo “bueno” y lo “malo” y para definir esto se deben hacer juicios universales a situaciones particulares concretas; no existe en sí un código de lo que es lo malo y lo bueno, sino que esa decisión de elección esta en cada hombre y debe ser tomada de manera responsable,

con la finalidad de vivir bien consigo mismo y frente a los demás, siendo precisamente el objeto de estudio de la Ética, la conducta humana.

En lo referente a las Técnicas de Reproducción Asistida, se deben hacer consideraciones filosóficas como la ética, ante la inexistencia y dificultad de normas jurídicas que regulen estas Técnicas; se aprecia que estos avances han traído consigo innumerables interrogantes de tipo ético los cuales se han intentado contestar con la elaboración de numerosos Códigos de ética, con conclusiones y lineamientos diferentes de acuerdo con la idiosincrasia y antecedentes culturales. La toma de decisiones éticas debe basarse en la consideración de determinados principios que deben guiarnos en cada situación, y aun en cada caso.

El ser humano es una persona que debe ejercer su libertad, y asumir de manera responsable, los actos que realice en el ejercicio de ésta. Bajo esto, el científico tiene la libertad de investigar y más aún, de perfeccionar las Técnicas de Reproducción Asistida de manera responsable.

Estas investigaciones se deben realizar con la intención de solucionar problemas de la sociedad, no para su destrucción y perjuicio, por lo tanto deben estar al servicio de la humanidad. Por eso, de ahí la importancia de que los expertos en la materia, reflexionen sobre las consecuencias que significaría ejercer estudios científicos y técnicos sobre la Reproducción Asistida, lo cual no es nada fácil ya que se necesita de bastante ética.

También es necesario que la pareja conozca previamente cómo será el proceder, con un consentimiento informado previo, desde el punto de vista ético, antes de comenzar la estimulación y el procedimiento, esto con la finalidad de que asuma los riesgos y las consecuencias que puede traer consigo.

En la mayoría de las consideraciones sobre ética médica hay que tener en cuenta diversos componentes, los cuales son: La paciente y su médico, como entes separados en interacción; La familia de la paciente que son el marido y el producto de la concepción; La sociedad en que esos individuos y núcleos familiares se desenvuelven; Las experiencias habidas con el procedimiento o metodología considerados; La legislación vigente o en vías de realizarse; así como los factores religiosos involucrados que varían de acuerdo con las pacientes que han de someterse al procedimiento, el médico que lo aplica, y las sociedades en donde se lleven a cabo.

Con respecto a la Inseminación Artificial, emitiendo ciertos juicios de valor, tenemos que se tiene que ayudar a una pareja que tenga problemas de esterilidad, a que pueda consumar el acto de fecundación y procreación, considerándose que esto no es nada malo. Sin embargo, si se utilizaran estas Técnicas en una persona o pareja que fueran fértiles, no se está ante una causa de justificación, sino simplemente ante un capricho y en tal caso estos avances no pueden estar sujetos a caprichos, sino que debe servir para solucionar problemas reales.

Entre las preguntas que nos podríamos hacer están, ¿Tiene autoridad moral el humano, para decidir que esperma es el que debe de fecundar?, ¿Cuales gametos y embriones son los que deben congelarse?, esas preguntas sin respuesta y de difícil solución, le corresponde a la ética estudiarlas y como puede verse, se trata de una situación compleja que requiere decisiones cruciales por parte del médico sobre cuyos hombros, en última instancia, recae la pesada responsabilidad de decidir.

Ningún Código de ética puede obligarle a hacer lo que considere éticamente inaceptable ni puede prohibirle realizar lo que considere éticamente válido. La decisión final y su actuar ético será producto de muchos factores, donde dicha decisión puede verse influida por

situaciones derivadas de la Técnica misma, apoyándose en el estudio del problema médico, en la evaluación de su severidad, en la necesidad de su corrección; se apoyara en Códigos para que lo auxilien en la evaluación y racionalización del problema, sin dejar a un lado su sentido común, sus antecedentes culturales, religiosos y las normas legales existentes.

Es ahí donde la responsabilidad del médico y/o de la Institución donde trabaja, juegan un papel fundamental. Por lo tanto, será siempre él quien deberá responder por sus acciones y quien, en última instancia, tendrá que aceptar la responsabilidad por ellas. No hay que olvidar que todo esto se debe hacer con la finalidad de beneficiar y proteger al ser producto de la concepción.

Se debe de ver cuidadosamente el papel y la participación del médico, se debe estar consciente de que cuando algo no resulte, no se le debe juzgar como médico precisamente, sino simplemente como técnico aplicando una tecnología y puede justificarse ante la sociedad.

Esta situación del médico se torna relativamente fácil, cuando se encuentra en el ejercicio individual de la profesión, pero se torna más complicada cuando participa de un grupo o es parte de una Institución; diferentes opiniones pueden ponerlo en situaciones difíciles de defender y solamente la magnitud de sus propias convicciones puede dictar el camino adecuado para la resolución de este tipo de problemas.

Entre otras interrogantes, ¿Qué pasaría en el caso de no estar casada la pareja?, ¿Debe negarse el médico a prestar sus servicios?. Aún cuando el ideal moral es que toda pareja con deseo de descendencia esté casada, no estaría del todo bien que el médico rehusara la asistencia profesional por ausencia del vínculo matrimonial. El médico, en cumplimiento de su compromiso moral de hacer el bien, no se puede excusar en principio, ya

que la legalidad del matrimonio, no es ninguna garantía que asegura la estabilidad conyugal. No se duda que existan especialitas en la materia que rechacen parejas que no están unidas en matrimonio, sin embargo, otros, por el contrario, las aceptan al considerar que ese es un asunto de competencia privada, sobre el cual no debe intervenir el médico.

De todas formas, cada caso amerita una reflexión de ética particular. Si la pareja justifica su deseo de tener un hijo para lograr formar una familia, el médico debe investigar si se trata en verdad de una pareja estable, compuesta por personas conscientes y responsables. A lo que se podría considerar estrictamente técnico, el médico debe sumarle aspectos sociales y, por supuesto, éticos. Para que su juicio médico-ético sea lo más correcto posible, apoyándose en otros profesionales como podrían ser en psicología o en trabajo social; sin olvidar que los pacientes tienen derecho a un respeto tanto del secreto profesional como de la vida privada que se requeriría para cualquier otro tratamiento médico.

No obstante no se debe dejar de lado que la responsabilidad más importante recae sobre la pareja, que debe ver por el bienestar del niño nacido de alguna de las Técnicas y hasta aquí la responsabilidad del médico se limita a ser miembro de la sociedad.

Con respecto a la Fertilización In Vitro y a la Transferencia de Embriones, como en la Inseminación Artificial, se podrían contemplar múltiples situaciones, atendiendo a los usuarios o al origen del material utilizado que pueden ser gametos del mismo matrimonio, o de algún donante, así como embriones donados, ya que a diferencia de la Inseminación Artificial, en esta Técnica se trabaja también con embriones, trayendo esto consigo mayores conflictos de índole ético, puesto que se inicia una vida humana fuera del cuerpo de la mujer, en el laboratorio y por consiguiente puede sufrir ciertos riesgos; es aquí cuando nos encontramos ante el papel de

exigir el respeto a la vida humana en sus comienzos ya que se puede dar el caso de que exista la eliminación expresa de embriones sobrantes, resultado de una fecundación múltiple en laboratorio.

Es así como se dan objeciones éticas atendiendo principalmente a la obtención de forma no natural del material que se va a utilizar, por las posibles consecuencias, por la no implantación de los embriones obtenidos y el aborto de los implantados.

Respecto de la forma no natural de obtención del material, se trata fundamentalmente de la forma de obtención de los gametos, especialmente cuando los espermatozoides se consiguen por masturbación; en tal caso la procreación se da al margen del acto sexual, y se critica que se separen estos dos fines.

Con respecto a las posibles consecuencias, entre ellas tenemos a las psicológicas y físicas, en lo que concierne a éstas últimas, todas las parejas que se someten a cualquier tipo de Técnica de Reproducción Asistida, saben que existen desde el momento en que la concepción no se lleva de forma natural, ahora bien, en lo que se refiere a las consecuencias psicológicas, ésta pueden ser diversas y sufridas por cualquiera de las personas que intervienen en los procedimientos; los padres pueden llegar a sentir algún tipo de rechazo en cualquier momento hacia el menor, por no ser concebido de manera natural o por no haberse concebido con gametos de ambas partes, o de ninguna de las dos; Si se trata de una pareja de inteligencia madura, estable emocionalmente, que considera que la llegada de un hijo va a proporcionarles felicidad no obstante ser parcial su autoría genética, el médico puede sugerir el procedimiento y seguramente no va a aflorar en el matrimonio un sentimiento de culpa, ni se pondrá en duda la unidad y respeto conyugal y el hijo tendrá todos sus derechos.

Con respecto al hijo, este en un futuro y en el caso de saber como fue concebido, se puede llegar a sentir un ser inferior o menospreciado a comparación del resto, o bien, en el caso de haber sido concebido con gametos o con embriones donados puede surgir en él la incertidumbre por saber cual es su origen genético además de rechazo hacia sus padres legales. Al respecto y como una cierta solución a tales problemas, se tiene que todo el afecto que se siente hacia los padres, y el de éstos hacia los hijos, no es fruto de la afinidad genética. El amor y la consideración recibidos y prodigados son los elementos que forman el verdadero afecto.

En lo que concierne a la no implantación de los embriones transferidos y los abortos precoces sucedidos en el comienzo de la implantación deberán compararse con lo que acontece con la misma naturaleza, con el destino de los cigotos y embriones formados a través de un acto sexual natural que no en un 100% se llegan a implantar; pero un aspecto que es importante mencionar es en lo referente al número de embriones que podrían transferirse, al respecto algunos Códigos de ética establecen un número límite, lo que parece a primera vista lo más adecuado, sin embargo, no siempre se deben establecer números fijos, sino determinarlos de acuerdo con los resultados clínicos; además de que se debe de tener en cuenta que las clínicas que están comenzando no tienen ciertamente las mismas tasas de implantación de gestaciones que las clínicas bien establecidas, y forzarlas a transferir el mismo número de embriones es llevarlas al fracaso en cuanto a la implantación.

Para solucionar este problema sobre los embriones sobrantes la última palabra siempre la debe tener la pareja.

Con respecto a estas objeciones éticas, no es regla general que siempre se tengan que presentar, pero no por eso se deben perder de vista y estar al tanto de todo aquello que se pueda dar.

Otro problema que se puede presentar es el derivado de la donación de ovocitos; uno de los aspectos límites de esta donación parece centrarse en la edad de la paciente; Es bien claro que con la tecnología, se pueden lograr gestaciones en mujeres que han pasado hasta la menopausia y la edad límite de las posibilidades tecnológicas no se ha determinado. Para esto, se debe tomar en cuenta el riesgo de la mujer y su derecho a opinar sobre el destino de sus óvulos.

Por lo que respecta a cual sería la edad idónea para que una pareja pudiera hacer uso de alguna Técnica, surge una gran interrogante tanto para la sociedad como para el médico, ¿Qué sería mejor para un pequeño el tener padres jóvenes, con vitalidad, aunque un tanto irresponsables, o padres mayores responsables aunque ya no con tanta vitalidad? esto es algo que tendrá que ser analizado a profundidad por el equipo médico para poder tomar la mejor decisión. ¿El médico tiene el derecho a rehusarse a establecer un embarazo en una mujer de 60 años por ejemplo que cumple con todos los requisitos exigidos en términos de salud y que da excelentes motivos y razones para desear un niño? Aparentemente no; el técnico médico debe aplicar su técnica. ¿Quién tratará las complicaciones cuando ocurran y quién será responsable por ellas? Ciertamente ni la sociedad ni los científicos básicos; serán responsables los médicos que crearon el problema, no para tratar de corregir una enfermedad sino para tratar de satisfacer el deseo de una persona.

¿Es esto lo que los médicos quieren que sus pacientes experimenten y a lo que las exponen deliberadamente, solamente debido al deseo de las mismas, aún cuando ellas declaren que aceptan los riesgos?. Las mujeres tienen el derecho de asumir los riesgos, pero los médicos lo tienen también de rehusarse a someterlas a tales y a crearlos; por eso es que este aspecto urge sea regulado legalmente.

Estas Técnicas de alguna o de otra forma y la que así lo requiere por su naturaleza, llevan a cabo una manipulación con el embrión; por las repercusiones de orden biológico y ético que esa intervención del médico tiene en el proceso de la reproducción, es indispensable analizar con detenimiento el estado biológico del embrión, conocimiento sin el cual no es posible un acercamiento a su estatuto moral.

La concepción, no ocurre en un instante sino que es un proceso que se extiende por varias horas. Se esboza ya un nuevo individuo con características genéticas propias, que lo diferencian de cualquier otro cigoto, después de pasados 14 días que es cuando se implanta en el útero, y es aquí cuando algunos consideran que empieza el embarazo, recibiendo el nombre de embrión.

En el período pre-embrionario, se dice, todavía no se ha establecido una verdadera individualización biológica, pues no se dan las condiciones para que así sea, esto no le da al pre-embrión el estado definido de nuevo individuo humano. Por lo tanto, no habría obligación de concederle el trato correspondiente, aunque por parte de movimientos pro-vida, se dice lo contrario; según ellos la persona existe desde el inicio de la concepción.

Dada la complejidad y profunda importancia de la Reproducción en la sociedad humana, es claro que asignar un estado particular del proceso reproductivo trae consigo múltiples y difíciles consecuencias. Asignar estado de manera rígida sobre las bases de una moralidad suscrita solamente por una fracción de la población, parecería arbitraria a las demás y conduciría a una constante discordia.

En lo que respecta a la maternidad subrogada; ya sea que la madre sustituta solo preste su útero o también done el óvulo, se debe obtener el consentimiento libre y claro de las partes que participan, puesto que

presenta repercusiones legales, éticas y morales, y el médico debe conocerlas y tenerlas en cuenta en toda decisión de recurrir al mismo. Esto requiere un análisis más profundo y de diferentes disciplinas.

En la maternidad sustituta la gestación parece como degradada a una sola función de fabricación privada de toda esa carga afectiva; además algunos grupos feministas también se han alzado contra este procedimiento por el peligro de explotación económica que puede surgir como perjuicio para la mujer.

El aspecto de mayor crítica en esta maternidad, es el carácter lucrativo, es decir, se le agregaría el aspecto de comercialización, lo cual es totalmente rechazado, ya que no se puede considerar al hijo como un mero objeto de compra-venta.

Pero existe otro caso, en donde no haya ningún acuerdo o contrato lucrativo, es decir, ¿Qué pasa cuando se trata de un acto de generosidad, por ejemplo cuando se ofrece para gestar la hermana, la madre o la amiga íntima? Allí hay una entrega filantrópica con gran solidaridad, no un acto comercial. También los psicólogos deberán aquí opinar. ¿Cuál es la relación futura con el niño? ¿Habrán cambios en la relación del hombre que recibe ese hijo, con la mujer gestante que tuvo tal gesto de amor? Si fuera este el caso, podrían plantearse situaciones de extrema tensión familiar, ya que la madre gestante y familiar se podría encariñar con el pequeño, lo cual traería consigo algún tipo de fricción familiar, sobre todo por que las dos partes estarían en contacto íntimo con el niño; sin embargo, en general es mejor esta opción que la primera, por el simple hecho de que no se ve involucrada ninguna ganancia monetaria.

En ambos casos, se sostiene que el médico o su grupo pueden rehusar su participación en el procedimiento, si del análisis del mismo se desprende

que los peligros están muy por encima de los beneficios. El médico siempre tiene el derecho a negarse, aun cuando la recomendación halle el método médica y éticamente aceptable, y a cooperar, si su análisis de la situación le indica que no es médicamente beneficioso.

Algunos Comités de Ética establecen que la madre sustituta debe ser la única fuente de preocupación en cuanto a consentimiento referido, a cuidados prenatales y parto; además de otorgar un período durante la etapa posparto para reconsiderar su decisión de entregar al niño en adopción; es así como se tiende a darle menor importancia a la ascendencia genética del niño que a la gestación y parto y, por tanto, no se distingue entre madres sustitutas completas y gestacionales, así como tampoco ve objeciones éticas fundamentales al pago de los servicios de las madres sustitutas.

Se oponen a que personas o agencias representen los intereses de ambas partes en los arreglos para el procedimiento; el médico no debe hacerlo en un programa en el cual los arreglos financieros tiendan a explotar a una de las partes. Aquí de nuevo se coloca al especialista en la materia en la necesidad de juzgar situaciones para las que no está capacitado y a las que los mismos Comités de Ética encuentran muy difícil de definir.

No se debe utilizar una madre sustituta sin razones médicas y en el caso de que haya indicación médica la falta de datos, sobre las consecuencias del procedimiento, hace difícil su recomendación; por lo cual éste se halla ciertamente en los límites de la Ética.

Con este aspecto ético, se aprecia que la persona humana no puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas

médicas y biológicas, esto equivaldría a reducirla a ser objeto de una tecnología científica.

Es así como existe una estrecha relación entre la Ética y el Derecho, debido quizá a que el obrar humano constituye el objeto propio regido por las normas, las que representan reglas imperativas que expresan un deber, tutelado por el Derecho.

4.4. ASPECTO JURÍDICO

Hoy en día el hombre puede modificar los procesos naturales, incluyendo el proceso procreativo, que se ha separado del acto sexual para convertirse en un acto médico a través de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Con estas investigaciones, respetando sus concepciones éticas, morales y religiosas de los padres, los médicos e investigadores sobre los problemas de fecundidad y esterilidad, se han podido desarrollar una serie de elementos, que abren nuevas expectativas ya sea a los matrimonios o a las parejas que desean tener hijos, y que no han podido lograrlo por diversas causas, inclusive ajenas a su voluntad.

No obstante, dichas expectativas se ven ensombrecidas ante el temor de que los conocimientos y tecnologías, lejos de orientarse en beneficio de la humanidad lo hagan en su perjuicio, tal situación se agudiza cuando se puede afectar la vida misma y, aún más, cuando el objeto de estudio y aplicación del conocimiento es el propio ser humano; ya que desde sus orígenes de estos procedimientos han existido problemas serios en cuanto

a la interpretación y aplicación de preceptos legales, a los cuales se han tenido que enfrentar médicos, abogados y por supuesto las parejas.

De ahí que el tratadista Ernesto Gutiérrez y González haya manifestado que “la biología con sus avances, determina severos cambios en la vida de las personas, y al cambiar éstas, el Derecho se debe preocupar por los nuevos modos de vida para regularlos y orientarlos y para prever esos cambios que habrán de presentarse, y dictar medidas anticipadamente al cambio de vida de las personas”. Se han trastocado muchos de los valores tradicionales; El Derecho como orden regulador de la sociedad tiene el compromiso de incorporar los nuevos valores que se van generando, tal reconocimiento implica la elaboración de nuevas reglas en base a las cuales se rija la conducta humana.

Es así como la incapacidad que puede tener una pareja para procrear en forma natural y la aplicación de las Técnicas de Procreación Asistida para evadirla, no sólo trasciende en el orden ético, médico, religioso y social, sino también en el campo del Derecho, el cual no cuenta con una respuesta satisfactoria ni total para todas las situaciones que puedan presentarse en la sociedad, corresponde también a ésta proporcionar respuestas que partan de ella misma, a través de una cultura generada en distintos foros públicos y privados.

Es así que el desafío actual para el Derecho consiste en reconocer los cambios culturales generados por el avance de la ciencia y la tecnología para proponer respuestas más o menos inmediatas que estén a tono, propiciando modificaciones y ajustes al orden jurídico.

Como es bien sabido, la ley es creada por los órganos legislativos, la conformación misma de estos órganos vuelve necesaria la toma de

decisiones por la mayoría de sus integrantes, lo cual implica la concertación de consensos entre los legisladores. Estos consensos, de por sí complicados, se tornan más difíciles de alcanzar cuando se refiere a cambios científicos que inciden de manera directa o indirecta en el ser humano o envuelven juicios de valor u opiniones morales y éticas; cada grupo parlamentario sostiene valores que, según sus conceptos, son los que merecen ser resguardados sobre los demás. Las actitudes cerradas explican porqué en los temas novedosos como la ingeniería genética, incluyendo las Técnicas de Procreación Asistida, no se han efectuado los cambios legislativos necesarios. La falta de conocimientos especializados y las posturas demagógicas, también son otras de las causas que han retardado aún más el proceso legislativo.

Además, está latente otro riesgo en la elaboración de leyes: que las normas producidas no alcancen el nivel de concreción deseable o que resulten demasiado rígidas y por tanto, insuficientes para enfrentar las constantes modificaciones con respecto a estos temas. Por ello, se debe realizar un orden normativo más elástico, capaz de adaptarse a las contradicciones, las tensiones y conflictos; para reinterpretar las normas o elaborar otras nuevas, llenar vacíos, superar o compensar distorsiones.

Es preciso crear nuevos principios y conceptos, tales como el inicio o el fin de la vida; se precisa reconocer nuevos bienes jurídicos dignos de protección como el futuro de la humanidad o por lo menos, adecuar los conceptos o principios actuales para sustentar la regulación de la actividad humana relacionada con el desarrollo científico y con el ser humano, buscando que el conocimiento sea utilizado siempre en beneficio del hombre.

Es necesario que el legislador intervenga ordenando conductas y puntualizando extremos que no pueden quedar al libre arbitrio e interpretación de profesionales e investigadores, así como también los jueces, magistrados y ministros de la Suprema Corte de Justicia, deberán estar obligados a conocer, con cierta profundidad, los avances científicos que repercuten sobre los derechos humanos.

Sólo la ley podrá establecer las condiciones para realizar las Técnicas de Reproducción Asistida Humana y cualquier ciudadano o institución deben quedar sujetos al orden jurídico aplicable, empezando por la Constitución, en tanto que la solución de problemas habrá de partir de los principios ahí contenidos.

Dicho problema es tan serio que requiere soluciones interdisciplinarias conjuntas, es imprescindible la intervención de profesionales de otras ramas del saber que puedan brindar información útil (médicos, psicólogos, biólogos, sociólogos, etc.) así como el asesoramiento de aquellos profesionales que conviven con la problemática que se pretende resolver, de tal forma que cuando los filósofos, religiosos y políticos, se pongan de acuerdo acerca de la postura de la Reproducción Humana Asistida, entonces, los juristas podrán establecer algunos principios y reglas, que ordenen jurídicamente, la licitud de la conducta humana.

México, carece de normatividad jurídica al respecto, si no se regula, tampoco se prohíbe, lo que significa siguiendo aquel principio general de Derecho, que todo aquello que no está prohibido... ¡está permitido!. Es decir, al no existir normas que regulen o prohíban estas Técnicas de Reproducción, se debe sobrentender, que la realización de las mismas, no implicarían ningún tipo de sanción.

Es así como en la aplicación de tales Técnicas es necesario en la medida de lo posible, hacer un esfuerzo para estructurar mediante órganos o “entes” jurídicos, cada una de las personas, cosas o relaciones jurídicas que intervienen en dicho proceso, ya que pueden distinguirse diversos intereses y derechos involucrados.

Este aspecto de la Reproducción Asistida, es un tema que origina alteraciones en el Derecho de familia, de sucesiones, de los contratos, de los bienes y de la salud. Con respecto al ámbito del derecho a la salud, como ya se vio, la Ley General de Salud determina dentro de los objetivos de la planificación familiar, el apoyo y fomento de la biología de la Reproducción Humana, sin embargo, no establece lo que se tendría que entender por Reproducción Asistida; con respecto a la legislación Civil que engloba todos los demás Derechos que se encuentran involucrados tenemos que tales innovaciones contrastan con la concepción que se tenía a cerca de la concepción, poniendo en entre dicho los conceptos de maternidad y paternidad, así como la determinación legal de dicha maternidad, la cual se basa en el hecho de la gestación.

Con respecto a quien podrían estar dirigidos estos métodos se tiene que: este tipo de Técnicas son destinadas por excelencia al matrimonio, por tratarse de una relación institucionalizada, ya que es importante proteger el derecho del ser humano por venir, y a desenvolverse en un ambiente familiar idóneo como afirman algunas corrientes al respecto.

Dicha pareja deberá ser mayor de edad, heterosexual, en buen estado de salud física y psíquica con pleno conocimiento e información tanto médica como legal sobre la misma, estar unida en vínculo matrimonial, como ya de estipuló, o bien y en el último de los casos, que cumplan las reglas del concubinato y expresar su consentimiento de forma escrita, ya que debe

ser un acuerdo de voluntades sobre el fin que se pretende y las consecuencias que se produzcan.

Por otro lado, también se tiene el caso de la mujer sola que desea concebir. El que una mujer sola se someta a cualquier tipo de Técnica de Reproducción Asistida Humana es el supuesto más polémico que plantea otra problemática. En la legislación mexicana no se permite pero tampoco se impide a la mujer soltera, libre de matrimonio, capaz y mayor de edad, ejercer su derecho a recurrir a ellas, sin embargo esta situación no puede pasar de largo y se debe contemplar puesto que se lleva a cabo aunque no exista legislación específica aplicable.

Las opiniones al respecto están divididas, la corriente más conservadora opina que el deseo de maternidad no se justifica con una forma de conseguirlo que con lleve una desintegración del sentido humano de la procreación y en cuanto a la filiación que es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno: hermanos, abuelos y tíos, al negarle al menor el derecho a un padre se le niega el derecho a una filiación paterna y condena a la orfandad a un niño, lo cual es una discriminación, además de que esta situación puede dar pie para que parejas de lesbianas puedan tener y criar hijos. Lo anterior atentaría gravemente contra los derechos del hijo de tener figuras paternas y maternas, y crecer en un hogar donde se distingan claramente los roles masculinos y femeninos. También se suprimirían la seguridad alimenticia, ya que el niño no podría reclamar alimentos y derechos sucesorios por vía paterna, y por último se atentaría contra el principio de la protección de la familia, el cual debe primar en los ordenamientos jurídicos.

Puede suceder que un niño sin padre este rodeado del ambiente recomendable para su desarrollo físico y emocional, pero casos aislados no constituyen la generalidad, y la norma jurídica debe prever circunstancias generales.

Por otro lado, se considera que no hay razón para negarle a una mujer sola el derecho a ser inseminada o a implantarle un embrión, Alfonso Gutiérrez Nájar, pionero de la Reproducción Asistida en México, afirma que toda persona tiene derecho a procrear, independientemente de su condición civil. Si la mujer no tiene pareja, pero quiere ser madre, se puede realizar el procedimiento ya que se podría considerar una mujer infértil al no poder contar con el gameto masculino.

Se debe reconocer la existencia de un derecho a procrear, este derecho emanaría principalmente del derecho a la vida, a la libertad personal y sexual, a la integridad física, a la intimidad o privacidad (que garantiza el interés de cada ser humano a tomar ciertas decisiones esenciales para él mismo) y a fundar una familia. En virtud de este derecho, sería legítimo que se realice cualquier práctica que permita tener un hijo, ya sea en el propio cuerpo o incluso a través de otra persona, siempre que se consienta. Siguiendo esta posición, el ordenamiento jurídico no podría prohibir a la mujer sola acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida y el hijo concebido se consideraría ante la legislación civil, como hijo únicamente de ella y tendría todos los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden.

Las dos posturas se deben analizar a profundidad para acordar cual sería la más benéfica, ya que tal cuestión requiere de un marco legal con una apertura razonable que pueda llegar a incorporar el derecho a la maternidad de las mujeres solas.

Estos aspectos han traído consigo tanto cambios en las estructuras familiares como en el Derecho de Familia. Aunque tradicionalmente se ha ubicado al Derecho Familiar dentro del Derecho Civil y, en esa medida, dentro del campo más amplio del Derecho privado, lo cierto es que los temas relacionados con el Derecho de Familia, constituyen pruebas para acreditar que actualmente los límites entre el derecho público y el derecho privado se han hecho menos evidentes, un ejemplo de esta situación es que ahora la familia es objeto de tutela constitucional; puesto que el artículo 4º, párrafo primero, de la Constitución Política ordena al legislador proteger la organización y desarrollo de la familia.

Es así como el Derecho a través del Derecho de Familia establecido en el Código Civil ha creado una sólida estructura jurídica familiar, ha organizado a la familia consanguínea entre los padres que son solo un hombre y una mujer y los hijos, los cuáles forman la base de la familia consanguínea extensa. Estos aspectos se han visto un tanto modificados en la aplicación de la tecnología en el campo de la Reproducción Asistida, ya que han surgido conflictos de paternidad y maternidad por las múltiples opciones que se presentan en el momento de concebir a través de alguna Técnica, complicando la investigación del vínculo paterno-filial y dándose el fenómeno de individualización por el hecho de concebir un hijo sin la intervención física o directa de otro individuo.

Si se intenta adoptar legislativamente una determinada forma de familia que sea la única reconocida legalmente en tanto que es la única congruente con una determinada moral, se dejarían de lado una serie de fenómenos que se están presentando en México, y que no se pueden pasar por alto, por lo que se debe ser flexible en este aspecto, sin que el legislador descuide su papel de preservar la subsistencia de las relaciones familiares y de la familia misma como institución jurídica fundamental y

tomando en consideración que la estabilidad de la familia no descansa en el vínculo de consanguinidad.

Por lo que respecta a la Filiación, si el sistema de Derecho de Familia parte del principio de que las acciones de filiación son irrenunciables, lo mismo debe pasar en el caso de las Técnicas de Reproducción Asistida, en donde se podrían dar varios supuesto en los cuales se tendría que señalar quién ha de asumir las consecuencias en los ámbitos del ejercicio de la patria potestad y la custodia, de la obligación alimenticia, de los derechos sucesorios, de los impedimentos para contraer nupcias, entre otros.

Al respecto y por lo que concierne a la paternidad, aparece junto con el varón que genéticamente es el padre por ser quien aportó los gametos masculinos para la concepción, otra figura que es el padre social, es decir, aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad, quien puede ser el marido o concubinario de la madre.

En la maternidad, se presentan dos tipos de figuras maternas: la social, que es aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre y la genética correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la fecundación.

De forma más explícita las siguientes podrían ser las hipótesis que se darían sobre el parentesco dependiendo de que parte provenga la esterilidad y los gametos sexuales:

1. Cuando la madre es estéril con capacidad de concebir, con espermatozoides del padre y óvulo de la madre, en el útero de la madre; esta situación no

produce tantos efectos jurídicos ya que el parentesco existiría entre el ser fecundado y sus padres, al ser la misma que reconoce el Código Civil.

2. Cuando el padre es estéril y la madre tiene capacidad de concebir con esperma de donante y óvulo de la madre en el útero de ésta; en términos científicos sería el padre biológico el tercero donador del esperma, pero como se vera posteriormente de manera más amplia, el donador es anónimo y renuncia a todo vínculo con el niño, se consideraría la relación paternal-filial y de conformidad a la tradición clásica del parentesco familiar, entre el padre estéril y el hijo.

3. Cuando la madre es estéril con capacidad de gestar, con esperma del padre y óvulo de la donante, en el útero de la madre. Este es caso inverso al anterior, aquí el único problema sería definir la maternidad del menor, toda vez que la donadora del óvulo, sería en términos científicos la madre biológica. Sin embargo, 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.

4. Cuando la pareja es estéril con capacidad de gestar la madre, con esperma y óvulo de donadores, en el útero de ésta. 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. Pero por lo que respecta al 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.

5. Cuando la madre es estéril e incapaz de gestar, con esperma del padre y óvulo de la donante, en el útero de la sustituta. Este caso es complicado, ya que biológicamente se considerarían padres los que aportaron los gametos, mientras que legalmente lo serían la mujer en cuyo útero se implanto el embrión y su pareja. Aquí nos encontraríamos plenamente ante una maternidad substituta, de la cual se hablará más ampliamente en los siguientes apartados.

No se debe dejar de mencionar que socialmente es muy difícil que se presente este caso, ya que sería más fácil que el padre puede lograr la Reproducción Humana, procreando naturalmente con otra mujer distinta a su pareja, e inclusive negociar ilícitamente, con la madre del menor, para registrarlo como hijo de su pareja.

6. Cuando la pareja es fértil, pero la madre es incapaz de gestar, los gametos son de la pareja en el útero de mujer sustituta. Los problemas jurídicos que pudieran darse, es con respecto al menor, a la madre sustituta y a la madre portadora del óvulo, siguiendo los lineamientos del parentesco familiar, la maternidad le correspondería a la madre sustituta por alumbrar en el parto, sin importar si la misma fue o no, donadora o portadora del óvulo, quedando de lado la madre que dio el gameto.

Por lo que se refiere a la materia de sucesiones, se tiene que reconocida la paternidad y maternidad, ésta supondrá para el hijo la automática atribución de heredero forzoso, en igualdad de rango con cualquier otro hijo y por lo que respecta a la maternidad subrogada que se pudieran dar a pesar de su ilicitud está claro que, si el hijo lo es, como se ha dicho, de quien da a luz, no será tenido en cuenta en la sucesión de quienes aportaron los gametos sexuales, sino sólo de sus padres legales.

A continuación se tiene un análisis más profundo de las Técnicas y por consiguiente, situaciones que con mayor frecuencia se pueden dar:

Inseminación Artificial Homóloga; Cuando se lleva a cabo en un matrimonio o en una pareja estable no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella, es hijo de ambos, su filiación y consecuente situación jurídica está prevista en la legislación. 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. Pero no se debe dejar de lado que se requiere que ambas partes otorguen su consentimiento que debe ser por escrito, el cual será irrevocable una vez realizada la inseminación. Pero en el caso de que alguna de las partes no hayan dado tal consentimiento, se podrán rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca producto de la Técnica; por lo tanto, como todo acto jurídico, debe cumplir ciertas formalidades.

Inseminación Artificial Heteróloga; Este tipo de inseminación, acarrea mayores situaciones jurídicas que la inseminación artificial homóloga. Se encuentra regulada por la Ley General de Salud, siempre que ésta se practique después de haberse obtenido el consentimiento de la mujer, pero principalmente el del hombre, esto porque por consecuente la mujer estará unida al hijo por filiación biológica, mientras que la pareja no; este consentimiento al igual que en el otro tipo de inseminación tendrá que ser por escrito para que se le llegue a atribuir la paternidad y todos los derechos y obligaciones que esta conlleva sobre el niño que fue concebido sin la utilización de sus gametos.

Es de suma importancia, que el médico que practique la inseminación, exija tal autorización escrita del marido, antes de proceder a la inseminación, además en ella se tendrá que establecer ya sea el tiempo o

bien, el número de operaciones que se intenten, por el cual estará vigente tal consentimiento.

Las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta. Si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó, ni en forma natural ni expresando su voluntad procreacional, sin embargo, en este caso como el hijo nació dentro del matrimonio y o bien del concubinato se tendrá como hijo de ambos y se le atribuirá parentesco por consanguinidad como lo establece el propio Código Civil, hasta el momento en que el padre pruebe que no otorgo consentimiento alguno para que su mujer se inseminara con gametos distintos a los de él y de esta forma se desvincule de cualquier tipo de filiación tanto biológica como legal.

Con respecto a la Fertilización In Vitro se siguen los mismos lineamientos jurídicos que en la Inseminación Artificial.

En cuanto a la Maternidad Subrogada, se tiene, que se pueden dar varios supuestos. Cuando es con gametos de la pareja, se estará ante el caso de un niño concebido por una mujer y alumbrado por otra, otro caso sería cuando además del alquiler de útero hay donación de óvulo. Al respecto, el Derecho no habla expresamente de la Maternidad Subrogada, puesto que la mayoría de los legisladores y estudiosos del Derecho la consideran inmoral e ilícita por el hecho de que el objeto del contrato que es el niño, no se puede considerar un elemento que se encuentre dentro del comercio, además de que consideran como la madre, a la que trae al hijo a este mundo; esto ha traído en la práctica un gran número de problemas entre los que están los gravísimos perjuicios al infante concebido y gestado en el vientre de una mujer que pretende transmitir los deberes de la maternidad biológica y lo más grave aún es que puede ocurrir que la madre se niegue a entregar al hijo que ha dado a luz ¿Puede ser forzada

al cumplimiento del convenio?, evidentemente no. O por lo contrario si la mujer con quien la madre sustituta celebró el convenio de préstamo de útero se niega a recibir y hacerse cargo del ser así concebido ¿Puede ser constreñida a cumplir el contrato?, sin duda que no, en razón de que como ya se indico el contrato se considera inexistente ya que tiene por materia un objeto jurídicamente imposible. Resultaría un tanto impresionante el establecer cual sería la madre o en todo caso los padres que tendrían derecho al menor en el caso de que alguna de las partes incumpliera con lo pactado.

Esta maternidad de ser aceptada, tendría que ser regulada, a efecto de fijar las reglas mínimas para la investigación de la maternidad, es decir, en cuanto a la filiación del hijo así nacido para determinar cual de las dos mujeres sería la madre y de establecer también cual de los dos hombres se consideraría el padre del menor en el caso de que la mujer que gestó y parió estuviera casada. En todo caso este tipo de maternidad solo se tendría que permitir en el caso de que la madre sustituta estuviera ligada a la mujer que desea ser madre por un lazo afectivo y por lo tanto se dejaría de lado cualquier tipo de remuneración a efecto de impedir el comercio del cuerpo humano, y evitar situaciones confusas y peligrosas.

En lo que respecta a la Inseminación Post-Mortem, se tiene que es aquella que se lleva acabo con gametos provenientes del esposo o concubino ya muerto el cual otorgo su consentimiento antes de su muerte para que se llevara a cabo tal Técnica en su mujer después de dicha muerte.

Al respecto algunas corrientes indican que si la Inseminación se practica una vez que el donador ha muerto, el menor es simplemente considerado como un objeto de gratificación personal para la madre y por consiguiente ese hijo no tendrá padre, puesto que no puede tener esta calidad quien ha dejado de existir y la ley lo considerará hijo nacido fuera del matrimonio,

pues no estará dentro de los términos de presunción y, por lo tanto no tendrá derecho al nombre ni a la herencia.

Así, por ejemplo, con base en la legislación vigente y ante la posibilidad de la Fecundación Post Mortem se plantea la situación de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial si su nacimiento tuviera lugar después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo, plazo que señala el Código Civil (artículo 324, fracción II) para presumir que se trata de hijo de los cónyuges.

Ya una vez que se establecieron las relaciones familiares que pudieran surgir y los derechos de los padres, es importante hacer mención a cerca de los derechos de los niños, producto de tales adelantos científicos.

En la mayoría de las ocasiones que se hace uso de alguna de las Técnicas para concebir, se ven privilegiados los derechos de los padres y hasta de los terceros, dejando de lado los derechos de los seres que serán el fruto de dichas Técnicas y es justamente, este ser el que requiere mayor amparo, por la incapacidad de defender sus derechos por sí mismo. El derecho que tiene la pareja a reproducirse se llega a confundir al punto de considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. Solamente se recurre a los intereses o derechos del hijo cuando se esta ante la situación de una Procreación Artificial Post Mortem o en mujeres solas.

A favor de la protección de los derechos de estos menores se ha creado a nivel mundial la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la cual se plasmó el convencimiento mundial de que los niños son titulares de los derechos humanos que se les reconocen también a los adultos y además, de otros propios de su condición de tales. Así mismo, también se cuenta para dicha protección con instituciones en nuestro Código Civil para el Distrito Federal como la patria potestad y la tutela.

Se deben velar principalmente por sus derechos a la vida y la integridad física y psíquica, al respecto se tiene que la vida es un derecho intrínseco y supremo de cualquier ser humano, que inicia desde el momento mismo de la concepción, comenzando la formación de un nuevo ser, individual y autónomo, tal derecho se asimila habitualmente al derecho que el producto de la concepción tiene a nacer, donde este hecho se puede ver imposibilitando ante la situación de que en ocasiones se fecundan varios óvulos, y no todos son implantados, teniendo como final su destrucción

Con respecto al derecho que tiene el menor a conocer su origen biológico se tiene que, esta posibilidad se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto.

Algunos especialistas opinan que el no conocer sus orígenes genéticos podría estar en contradicción con los derechos humanos fundamentales. El desconocimiento de los orígenes puede causar graves perjuicios psicológicos y médicos al menor a lo largo de su vida, puesto que es muy importante contar con el registro de las enfermedades y otros antecedentes médicos de sus familiares biológicos.

Por otro lado, otros opinan que el conocimiento por parte del hijo de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo, que no beneficiaría en nada su bienestar y desarrollo como persona.

Lo ideal sería dos soluciones intermedias: la primera sería que el nacido sólo pueda conocer datos biogenéticos del donante. Es decir, información general de los donantes, que no incluya su identidad personal, lo cual se podría lograr a través del acceso del hijo a la ficha clínica del donante, la que tendría que poner a su disposición el centro médico correspondiente.

El derecho a obtener esta información tendría su fundamento en el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, ya que de esta manera podrían prevenirse o curarse enfermedades o anomalías hereditarias.

La segunda solución es que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica, de preferencia una vez cumplida la mayoría de edad.

Con relación a la donación de gametos femeninos o masculinos, se tiene que ésta se realiza generalmente a través de un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro sanitario autorizado, por una parte, y con el propio centro y la mujer o pareja favorecidas, por otra; desde el momento en que se ha partido de la exigencia del anonimato de los donantes, no se puede hablar de un hipotético contrato entre donantes y receptores, al permanecer para ambos ignoradas sus respectivas identidades, por lo que se trata de un contrato atípico.

La simple promesa de dación no tiene ningún efecto, como no podrá exigirse, por lo mismo, responsabilidad a quien la incumpla o revoque. Nacerá el contrato por el mismo acto de la dación, unido al dato de la aceptación por parte del centro de inseminación. Otro punto es que, si en el intervalo de tiempo que media entre la emisión del semen y la Inseminación, el donante se retracta, tal vez debería indemnizar al centro de los gastos ocasionados por los análisis, etc. De no ser así, a cualquier persona que simplemente deseara conocer su estado de fertilidad le bastaría con efectuar una dación de esperma para luego revocarla.

Solución diferente merecería el caso de necesitar el dador los gametos para sí mismo o, en el caso de Inseminación conyugal, cuando el marido desee revocar el consentimiento por haber sobrevenido una separación de

los esposos. Lo ideal sería que esta donación se efectuara una sola vez para una misma pareja receptora esto con la finalidad de garantizar la similitud fenotípica de los miembros de la familia y evitar la procreación entre descendientes genéticos de un mismo donante.

Es muy importante que el dador sea mayor de edad y se encuentre en condiciones psíquicas tales que le permitan emitir un consentimiento no viciado el cual será de manera expresa y por escrito, además, de proporcionar al centro cuantos datos y antecedentes le sean requeridos.

Es claro que el donante no desea establecer una relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la Inseminación Artificial; no manifiesta su voluntad procreacional, pero resulta que la legislación mexicana actual en relación a los gametos masculinos no regula al respecto, de manera que el anonimato del donante no está protegido del todo por una norma de carácter general, lo que implica un riesgo para el donador.

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. Tal hecho no debería de ocurrir ya que esto traería consigo una disminución en la cantidad de donación de gametos y por lo tanto de dichas Técnicas.

Otro asunto de fundamental importancia es el destino de los embriones no utilizados en las Técnicas, así como de los laboratorios de crioconservación que ya existen en México que ya son bastantes; como muestra el Hospital Ángeles del Pedregal, tiene más de mil embriones

congelados. En un principio del empleo de dichos métodos se obtenían bastantes gametos que se guardaban ya fuera por separado o unidos en un ambiente frío; al mejorar la tecnología se ha depurado el proceso y ya no es necesario obtener una gran cantidad.

Aún así, la crioconservación es un problema que afecta a las clínicas de Reproducción Asistida en México. La ausencia de un marco legal en nuestro país impide tomar alguna decisión sobre este tema. A lo cual podrían existir varias alternativas: Se propone que la criopreservación se realice en los términos y durante el plazo que convengan los pacientes, los cuales deberían ser obligados a hacerse responsables de sus embriones y que ellos decidan qué hacer con los que ya no van a ocupar, podrían optar por donarlos con fines de investigación o a alguna pareja que no tenga posibilidades de tener sus propios gametos. O bien, transcurrido el lapso convenido el establecimiento podría dar destino final en términos de la Ley General de Salud.

Todas estas actividades relacionadas con la práctica de Técnicas de Reproducción Asistida deben de llevarse a cabo en Clínicas creadas para tal cometido, las cuales deben contar con una regulación, por lo cual existe la imperiosa necesidad de que el Estado intervenga vigilando y haciendo que se cumpla eficazmente con su cometido además de dar este servicio en las mejores condiciones con una infraestructura adecuada a través de una regulación específica, ya sea en instituciones públicas o bien en instituciones privadas.

Se deben imponer criterios de justicia, equidad y socioeconómicos, que garanticen a los solicitantes del servicio una igualdad de oportunidades en el acceso de tales servicios, sin prejuzgar su situación económica, ni vulnerando sus derechos humanos.

De esta forma el Derecho tendría que regularizar las relaciones jurídicas entre las parejas, los donantes y las instituciones médicas especializadas en dicha Reproducción. Se deberá realizar un contrato entre el Centro y los usuarios, el cual tendrá que ser el clásico contrato de servicios, con la excepción de que exista la imposibilidad de declarar responsable al médico simplemente por no haber obtenido el resultado apetecido: él asume una obligación de actividad y no de resultado, cumple con poner de su parte todo lo posible según el estado actual de la ciencia.

Los elementos personales de dicho contrato en primer lugar podrían ser en el caso de la mujer casada o con pareja, estos dos y el Centro. El otro caso sería el de la mujer sola, donde ésta y el Centro celebrarían el contrato.

A cerca de los elementos reales del contrato, lo serían el servicio a prestar y su remuneración, como lo son en cualquier modalidad de contrato de servicios. La forma se determina a través del consentimiento requerido, que como ya se dijo deberá ser otorgado de manera libre, consciente, expresa y por escrito. En cuanto al contenido de dicho contrato es importante destacar el correspondiente a la responsabilidad por incumplimiento, no se compromete en sí un resultado, sino la propia actividad del médico que deberá ser llevada hasta sus máximas capacidades.

Conforme a todo lo anteriormente establecido, se podría suponer que la respuesta que la legislación mexicana pretende dar a las biotecnologías como la Reproducción Asistida, no es del todo liberalista, sin embargo, se han propuesto estas medidas ya que en este país no se ha elevado a nivel legal la garantía para el gobernado de que las prácticas científicas tengan un respaldo ético sólido, tal como lo sería el expedir legislaciones

federales que normen las conductas éticas de los profesionistas, a través de una regulación especial que asegure la integridad moral de la investigación que se realice en seres humanos.

Se considera oportuno que la futura legislación evite las experimentaciones que puedan desembocar en resultados fuera de todo control, alejándose de los primitivos fines que las motivaron. Si el problema consistía en la búsqueda de un remedio contra la infecundidad, pero al mismo tiempo es sabido que lo deseable es el nacimiento de los niños dentro de unas condiciones familiares y afectivas adecuadas, la legislación debe tener un carácter restrictivo, en cuanto que pueden implicar una desviación de los principios comunes.

Se debe hacer un análisis de lo que ocurre a nivel mundial, para que se pueda tomar lo que valga la pena de otras legislaciones extranjeras y trasladarlas al Derecho interno.

Los esfuerzos son bastos pero los resultados legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad y mucho menos la investigación científica.

4.5. PROPUESTA PARA REGULAR LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como ya se ha establecido, el Derecho a quedado atrás en comparación con el avance de la ciencia y la tecnología, en muchos aspectos, entre ellos, la Procreación Asistida Humana, por esta razón es de suma

importancia que se hagan las modificaciones necesarias para contemplar dicho tema en el Código Civil del Distrito Federal.

Se propone que se adicione el Título Cuarto Ter el cual se titulara “De la Procreación Asistida”, además de modificarse otros cuantos artículos incluidos en otros Títulos de dicho Código; quedando de la siguiente forma:

TÍTULO CUARTO TER

De la Procreación Asistida

CAPÍTULO I

Generalidades

Artículo 138 TER A.- Se entiende como Procreación Asistida el uso de todas aquellas técnicas médicas para lograr la concepción cuando no se puede realizar de forma natural, sustituyendo la cópula o coito.

Artículo 138 TER B.- Las Técnicas de Procreación Asistida estarán únicamente destinadas a parejas unidas en matrimonio, o bien, en concubinato demostrando fehacientemente que tienen dos años como mínimo de convivencia. Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido.

Artículo 138 TER C.-El uso de dichas Técnicas será con el único fin de subsanar la esterilidad a través de la procreación o bien, para evitar la transmisión de alguna enfermedad genética o hereditaria grave al producto, siempre y cuando se hayan agotado todos los medios terapéuticos.

Artículo 138 TER D.- La pareja solicitante de las Técnicas de Procreación Asistida deberán cumplir con los siguientes requisitos, además de los ya establecidos en el artículo anterior:

- I. Ser mayor de edad, con plena capacidad jurídica.**
- II. Al momento de iniciar el tratamiento no se encuentre pendiente ningún trámite de divorcio, en el caso de las parejas unidas en matrimonio.**
- III. Estar en condiciones físicas y mentales óptimas, con el fin de que se aseguren sólidos beneficios para ella y para el hijo que pueda nacer. Será únicamente aplicada en aquellas mujeres que tengan posibilidades de que pueda lograrse la operación, sin que pongan en riesgo su salud.**
- IV. Deberán manifestar su consentimiento expreso, libre y conscientemente ante Juez de lo Familiar o ante Notario Público en forma escrita.**

Artículo 138 TER E.- Con respecto al consentimiento estipulado en la fracción IV del artículo anterior, en caso de revocación por parte de algún miembro de la pareja, se suspenderán la actividad tendiente a la procreación asistida en un término de dos meses en espera de un posible acuerdo de la pareja solicitante, y en el supuesto que se hubiere realizado la fecundación del óvulo, este será criopreservado por tres meses, en espera de una posible decisión de la pareja receptora.

Pasados tales términos sin que se llegue a un acuerdo y ante la presencia de dicha revocación, ya sea el óvulo fecundado o los gametos obtenidos, tendrán el destino que indique la pareja.

Tal consentimiento también, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación.

Artículo 138 TER F.- Antes de realizarse cualquier Técnica de Procreación Asistida, los solicitantes deberán estar informados por parte del Centro y del Médico que la lleve a cabo, sobre todos los efectos y las causas de tipo médico, económico, ético y jurídico que conllevan dichos procedimientos, manifestando su conformidad a través del consentimiento establecido en el artículo 138 TER D fracción IV.

Esta información también tendrá que ser proporcionada a los donadores de gametos y embriones, antes de cualquier donación.

Además se tendrá que obtener toda la información necesaria sobre el estado físico, psicológico y datos médicos sobre el donante, la cual tendrá que ser proporcionada a los solicitantes ya sea de gametos o embriones en caso de ser necesarios, según el tipo de Técnica que se aplique a la pareja que lo requiera.

Artículo 138 TER G.- Los hijos producto de las Técnicas de Reproducción Asistida Heteróloga, es decir, con ayuda de un gameto o embrión distinto al de la pareja, podrán, al cumplir la mayoría de

edad, conocer sus orígenes genéticos. Ya que queda prohibido al Centro donde se realice tal práctica y a los médicos que la realizan divulgar información que permita identificar a quien haya hecho donación de gametos o embriones, o a quien los haya recibido. El donante no puede conocer la identidad del receptor, ni éste la del donante.

En caso de necesidad terapéutica, sólo los médicos pueden tener acceso a la información que permita la identificación del donante y la del receptor. Y únicamente el juez puede autorizar mediante circunstancias extraordinarias, revelar la identidad del donante, para conocimiento exclusivo de los hijos.

En este capítulo, en primer lugar se establece lo que se entendería por Procreación Asistida abarcando todas las variantes de dichas prácticas, tanto las corpóreas como las extracorpóreas, de igual forma se establece un punto trascendental que es el de indicar exclusivamente a quienes estarán destinadas, siendo únicamente para personas unidas en matrimonio o en concubinato, esto con la finalidad de proteger al hijo, tratando de buscar su bienestar y desarrollo en una familia conformada por ambos padres, no se pretende que esta medida sea discriminatoria hacia las mujeres solas, sino simplemente se trata de otorgar una mayor protección al menor, evitando también de cierta forma que mujeres homosexuales puedan tener acceso a estas Técnicas, confundiendo al menor en los roles sexuales que tiene cada individuo, además de que esta sociedad no se encuentra aún preparada para dar este paso.

Tampoco se debe pasar por alto que dichos métodos solamente serán utilizados para combatir la esterilidad y no para llevar a cabo experimentos aberrantes en contra del propio ser humano. Otro punto importante es el

establecer la forma y fondo del consentimiento que deben otorgar los solicitantes y los donadores para que cualquier situación que se pudiera dar no escape del alcance legal.

Se permite al menor producto de las Técnicas el tener información sobre sus orígenes con el fin de evitar, prevenir o controlar en un futuro alguna cuestión médica desfavorable. Lo referente a la filiación se establecerá posteriormente al modificar artículos ya establecidos en este Código.

CAPÍTULO II

De la Maternidad Sustituta

Artículo 138 TER H.- Se entiende por maternidad sustituta o subrogada el proceso mediante el cual una mujer ajena a la pareja solicitante presta su cuerpo para gestar al embrión de dicha pareja y llevar a término el embarazo, comprometiéndose a entregar el producto de la gestación a la solicitante en el momento mismo del alumbramiento.

Otra modalidad existente es que la mujer que preste su cuerpo para gestar, también sea quién aporte el gameto femenino, es decir, el o los óvulos.

Artículo 138 TER I.- La maternidad sustituta podrá llevarse únicamente:

I. Bajo la modalidad establecida en el primer párrafo del artículo anterior.

II. Cuándo los cónyuges o concubinos hayan agotado todos los recursos médicos y los métodos de Reproducción Asistida sin lograr la concepción por la incapacidad de la mujer para gestar.

II. Cuándo el embrión a implantarse sea conformado con células germinales de al menos uno de los miembros de la pareja solicitante.

Artículo 138 TER J.- Preferentemente la madre subrogada tendrá que ser familiar de alguno de los cónyuges o concubinarios. A falta de familiar por ambas partes podrá ser una mujer con la que la pareja tenga cercanía. Y a falta de cualquiera de éstas, como última opción podrá serlo cualquier otra mujer.

En ninguno de los supuestos señalados anteriormente habrá pago alguno, por lo cual se realizará a título gratuito.

Artículo 138 TER K.- La maternidad subrogada se regirá por lo establecido en el Capítulo I del Título Cuarto Ter de este Código.

Además de los requisitos ya mencionados se adiciona el que la madre subrogada:

I. No lo haya sido con anterioridad, en tal caso no podrá realizarlo nuevamente;

II. No sea portadora de enfermedades que confiera riesgos al ser humano producto de la concepción, durante la gestación y el alumbramiento.

Artículo 138 TER L.- La madre subrogada además de emitir su consentimiento conforme a lo establecido en el artículo 138 TER D, incluirá:

I. Que prestará su cuerpo para anidar el embrión proveniente de las células germinales ya sean de la pareja solicitante, o de uno de éstos y un donante, y llevará a término la gestación durante el tiempo que ésta dure;

II. Que tomará los cuidados necesarios para que la gestación se lleve a cabo en óptimas condiciones;

III. Que entregará al producto de la gestación a la pareja solicitante en el momento del alumbramiento;

IV. Que no percibirá remuneración alguna.

Artículo 138 TER M.- La pareja solicitante además de emitir su consentimiento conforme a lo establecido en el artículo 138 TER D, incluirá:

I. Que no dará remuneración alguna a la madre subrogada.

II. Que se comprometen a pagar todos los gastos que genere el embarazo de la madre subrogada, así como el alumbramiento y las secuelas derivadas del mismo, hasta el total restablecimiento de su salud.

III. Que se harán responsables del producto de la gestación aún cuando nazca con alguna enfermedad congénita, defectos o malformaciones.

IV. Que se harán responsables del producto de la gestación y de los gastos que se generen en caso de que nazca muerto.

Artículo 138 TER N.- Tanto la pareja solicitante como la madre sustituta, únicamente podrán revocar tal maternidad sustituta antes de la concepción.

Artículo 138 TER O.- El niño nacido como resultado de la maternidad sustituta, será considerado solamente como hijo legítimo de la mujer que contrató haya proveído o no el óvulo, quedando la madre sustituta sin derecho alguno.

Se agrega un segundo capítulo denominado “De la Maternidad Sustituta”, la cual es una realidad que sucede en esta sociedad, aunque no se quiera aceptar.

A pesar de que no es una Técnica de Procreación Asistida en sí, si se puede considerar una actividad que ayuda a la pareja a cumplir su deseo de tener un hijo cuando se ven imposibilitada física y biológicamente a lograrlo, es por esto que se deben establecer por lo menos las normas básicas e indispensables para que se lleve esta maternidad protegiendo todas las partes involucradas.

Es muy importante hacer mención de que dicha maternidad no debe considerarse como un negocio, por esto no se debe dar ningún pago a la madre sustituta ni debe realizarlo más de una vez.

CAPÍTULO III

De La Procreación Asistida Post-Mortem

Artículo 138 TER P.- Se entiende por Procreación Asistida Post-Mortem, aquella técnica que se lleva a cabo en una mujer, ya sea con un espermatozoides del cónyuge o concubino fallecido, o bien con un embrión que fue fecundado con espermatozoides del mismo hombre, y que ya sea uno u otro caso, el material biológico, se encuentra en crioconservación.

Artículo 138 TER Q.- Únicamente se autorizara esta técnica, cuando exista testamento público del cónyuge o concubino fallecido, que así lo determine. En todo caso, la vigencia de dicha autorización posmortem, será de seis meses improrrogables a partir de la fecha del deceso.

Artículo 138 TER R.- El hijo nacido por esta Técnica de Procreación Asistida, se tendrá como hijo del hombre que así lo estipulo, con todas las prerrogativas que otorga este Código, sin hacer diferencia alguna en los lazos de filiación y derechos sucesorios.

Este tipo de procreación asistida es de gran importancia y al igual que la maternidad subrogada, es un hecho que se presenta continuamente sin ninguna regulación, en donde el único y gran perjudicado es el niño producto de tal técnica, puesto que nace sin ningún derecho, aún cuando

su padre deseaba que viniera al mundo como hijo suyo. Es por esta razón que se debe regular para evitar que estos menores se encuentren en un estado de indefensión.

Además de la creación del Título Cuarto TER, se propone que el segundo párrafo se amplíe y se adicione un tercer párrafo al artículo 293 en lo concerniente a la filiación y el parentesco por consanguinidad, quedando de la siguiente manera:

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

*También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales o **embriones**, no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida”.*

Por lo cual, el donador o donadores deberán renunciar en forma expresa y por escrito al posible vínculo de paternidad o maternidad respecto de los hijos que se procreen con ayuda de sus gametos o embriones.”

Con esta adición además de incluir la donación de embriones que ya se realiza también, lo único que se pretende con el tercer párrafo, es dar mayor formalidad al hecho de que el o los donadores pierden todo derecho sobre sus gametos o embriones una vez realizada la donación, esto con la intención de que posteriormente no se presente conflictos de parentesco en donde el que estaría en apremio será el menor.

También se propone en el artículo 324 de este Código Civil, adicionar una fracción que se refiere a la filiación que existe entre los padres y el hijo concebido a través de una Técnica de Procreación Asistida.

Quedando de la siguiente forma:

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

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

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

III. Los hijos concebidos por medio del uso de cualquier Técnica de Procreación Asistida, realizadas con el consentimiento de ambos cónyuges.

Con esta adición se propone dar el mismo estatuto de hijo del matrimonio, a uno concebido con ayuda de la tecnología, a través de dichas técnicas, que al hijo concebido de forma natural.

Estas adiciones al Código Civil del Distrito Federal, son solo las relativas al Derecho de Familia, a la filiación y a las sucesiones, pero no se debe olvidar, ni dejar de lado que el tema de las Técnicas de Procreación Asistida, abarcan más aspectos que deben ser regulados por otras leyes, como lo sería la Ley General de Salud, la cual debe crear un apartado especial en donde se contemple todo lo relacionado con los aspectos médicos, las donaciones de células germinales y embriones, la elección, la investigación, la experimentación y el número adecuado de éstos que se

deben utilizar, así como lo referente a los bancos de crioconservación, y la regularización de los Centros especializados en donde se llevan a cabo dichas Técnicas.

De esta forma las leyes se complementarían para crear una amplia, correcta y actualizada legislación sobre Técnicas de Procreación Asistida, que ya no puede esperar.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Tanto la infertilidad como la esterilidad son situaciones a las que se han tenido que enfrentar muchas parejas y por virtud de las cuales éstas son incapaces de lograr el deseo anhelado de tener hijos y formar una familia. Ante lo cual la ciencia no podía dejar de lado el estudio de métodos para combatir tales situaciones, a través de la ingeniería genética y la biomedicina, surgiendo de esta forma las Técnicas de Reproducción Asistida Humana.

SEGUNDA. Son varios los países que en la actualidad cuentan con Leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo dichas legislaciones no tienen parámetros homogéneos y en términos generales se pueden considerar ya se prohibisista o permisiva; y aunque no todos cuenten con una adecuada regulación algunas como las de España, Inglaterra y Suecia (siendo este último país el pionero en tener una legislación específica sobre el tema), se pueden considerar como las más actualizadas que están al nivel de los avances científicos.

TERCERA. La Reproducción Asistida es un concepto que incluye todas las Técnicas existentes, en cuyo desarrollo se ven involucrados quienes se someten a dichos métodos, el médico especialista que las realiza, el personal administrativo que participa en ellas y en el caso que sea necesario, los terceros o donantes, por tal razón es de suma importancia establecer las características que deben cumplir cada uno de estos sujetos, así como sus derechos y obligaciones, además tendrán que

reunir todas las condiciones técnicas que aseguren los óptimos resultados y no suponga graves riesgos para la salud de la mujer o sus posibles descendientes.

CUARTA. La Técnica que se utilice en cada caso dependerá de la situación física y psicológica en que se encuentre la pareja, además de que en un principio se debe optar por agotar todos los medios posibles para lograr la concepción antes de someterse a cualquier tipo de Técnica de Reproducción Asistida.

QUINTA. En este momento la Bioética se torna como la ciencia del futuro, es la que hace posible la realización de experimentos sorprendentes en torno al ser humano, el cual tendrá poder sobre sí mismo. El legislador, el juzgador y el doctrinario deben tomar en cuenta los resultados obtenidos de estos experimentos para abordar las nuevas situaciones creadas por el desarrollo de la ciencia y la tecnología, desde una nueva perspectiva; es así como la interacción entre la Bioética y el Derecho podría calificarse en estos momentos como vital.

SEXTA. La donación de gametos y embriones deberá ser formal, secreta y no tener nunca un carácter lucrativo o comercial; no deberán establecerse lazos de parentesco ni afinidad entre el donante de los gametos o embriones y la pareja receptora o el hijo que nazca como producto de la Técnica; por lo cual es necesario realizar una regulación más amplia al respecto. Por lo que corresponde a la crioconservación, la pareja debe dar instrucciones precisas con respecto al futuro de los

gametos o embriones que se conservan congelados, al Instituto o Centro donde se encuentren, optando por conservarlos para utilizarlos más tarde, donarlos para experimentos que beneficien a la humanidad o bien cederlos a parejas infértiles que requieran de ellos, para que su futuro no sea incierto.

SÉPTIMA. Por lo que hace a la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en México, para los efectos legales, debe analizarse desde el ámbito federal y estatal, lo primero porque se aplica por el profesional de la medicina, además de que se trata de una cuestión relacionada con la salud, y lo segundo por trascender en el ámbito de Derecho común en instituciones como la filiación y la herencia, entre otras.

En la legislación mexicana, no hay una ley ex profeso que aborde toda la complejidad científica y técnica de la Reproducción Asistida; no existe una normatividad penal, que logre una prevención general respecto de ciertas conductas derivadas de la práctica de estas Técnicas, que son contrarias a los valores de la sociedad.

OCTAVA. La Carta Magna en su artículo 4º, garantiza el derecho y la libertad procreativa responsable e informada que tiene toda persona, para decidir el número y espaciamiento de sus hijos de manera responsable. Así mismo también reconoce el derecho a la protección de la salud, contando con el apoyo del Estado, el cual tiene el deber de proveer todo lo necesario para que los mexicanos cuenten con asistencia médica necesaria. De tal forma se observa que la Constitución no señala ningún tipo de restricción al deseo de ser padres, por consiguiente, no se encuentra impedimento legal alguno y se está en libertad de optar por la

utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida en clínicas especializadas para lograr dicho deseo.

NOVENA. La Ley General de Salud debe ser uno de los instrumentos de carácter jurídico más importantes para la regulación de todo lo concerniente a las Técnicas, en cuanto a los elementos materiales, científicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo y aplicación, sin dejar de lado su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud que podría considerarse el de mayor importancia por su contenido de preceptos importantes y determinantes en cuanto a la Fertilización Asistida y el Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos que establece la competencia de la Secretaría de Salud para emitir normas técnicas aplicables en el territorio nacional, clasificar las células germinales masculinas y femeninas (óvulos y espermatozoides) como productos, establecer que su obtención y utilización será para fines terapéuticos, y exigir licencia sanitaria a los establecimientos dedicados a la obtención, manejo y suministro de éstas células.

DÉCIMA. Por lo que corresponde a las legislaciones civiles locales, difieren en su contenido, pues sólo algunas agudizan sobre el tema en contra de otras que lo manejan someramente, lo que deja en estado de incertidumbre a las personas involucradas. Entre los Códigos Civiles Estatales con mayor regulación a cerca de las Técnicas de Procreación Asistida se tienen los del Estado de Coahuila de Zaragoza y de Tabasco, que podrían servir de modelo para contemplar dicho tema en el Código Civil del Distrito Federal, el cual debería estar a la cabecera en la regulación de dichas Técnicas por la importancia que tiene esta ciudad,

así como por ser el lugar en donde se llevan a cabo la mayoría de Técnicas de Reproducción Asistida que se realizan en el país. Es así como se podría afirmar que el Código Civil del Distrito Federal regula deficientemente la Fecundación Asistida.

DÉCIMA PRIMERA. La aplicación de estas Técnicas no tiene una aceptación generalizada; el debate social se basa primordialmente en el hecho de que no se concibe de forma natural, sin embargo el número de personas que acuden a las Técnicas de Reproducción Asistida en México, ha aumentado en los últimos años, practicándose tanto en el sector público, como en el sector privado.

DÉCIMA SEGUNDA. El Derecho ha quedado enormemente superado por los avances científicos y tecnológicos en materia de Reproducción Asistida Humana; por tal motivo es imprescindible que se realice una reglamentación al respecto, para lo cual el legislador debe regular contando con un asesoramiento interdisciplinario donde se incluyan valoraciones y consideraciones de carácter moral, ético, político, religioso, y social.

DÉCIMA TERCERA. La falta de dicha legislación puede originar la práctica de estas Técnicas de forma irresponsable, inadecuada y clandestinamente, teniendo como resultado un perjuicio para el propio ser humano, más que un beneficio, ya que es éste el actor y el resultado de tales tecnologías. Por lo que se debe condenar toda obtención de

gametos y Procreación Artificial que no tenga como fin el remedir los problemas de esterilidad humana.

DÉCIMA CUARTA. El acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida deberá autorizarse sólo a la pareja heterosexual unida en matrimonio o bien en concubinato, toda vez que la finalidad de éstas es la Procreación de forma terapéutica o preventiva en el caso de enfermedades de origen genético o hereditario, y no así un medio alternativo para mujeres solas u homosexuales. Tal situación se prevé como una medida de protección al menor el cual debe contar con un ambiente optimo para su sano desarrollo.

DÉCIMA QUINTA. Se ha creado una problemática en la tradicional organización jurídica de la familia que se encuentra sustentada en la paternidad y maternidad biológicas. Ante las nuevas formas de Reproducción Humana, han surgido tipos de relaciones paterno- filiales, las cuales deben ser contempladas en el Derecho de Familia y por lo tanto en el Código Civil, para crear definiciones más sólidas de maternidad y paternidad que vayan más allá de las limitantes biológicas, dando un lugar a las afectivas, las que nacen del deseo, la aceptación y el amor.

DÉCIMA SEXTA. La Maternidad Subrogada, a pesar de no ser una Técnica de Reproducción Asistida en sí misma, se puede considerar como una posibilidad para tener un hijo. El contrato de dicha maternidad es considerado hasta ahora inexistente porque su objeto se encuentra fuera del comercio y se considera contrario a la dignidad humana, sin embargo

dicha actividad se realiza, por lo que el Código Civil para el Distrito Federal debe establecer por lo menos las normas bajo las cuales se tendría que realizar, procurando que se lleve a cabo cuando ya se hayan agotado otros métodos, que no se convierta en una actividad lucrativa sino altruista y se emplee de forma excepcional ante la presencia de embriones que deban ser implantados con la finalidad de que continúe la vida ya existente.

DÉCIMA SÉPTIMA. También se presenta la situación de la Paternidad Post-Mortem, la cual no encuentra cabida en el Código Civil en este momento, sin embargo podría contemplarse una vez que se haya establecido en testamento público, considerándose de esta forma un acto que deseaba se llevara a cabo el individuo ya fallecido.

DÉCIMA OCTAVA. Por lo tanto dentro de las modificaciones y adiciones que se deben realizar al Código Civil en materia de Reproducción Asistida se encuentra lo referente a la utilización de las Técnicas únicamente para fines de procreación y para mujeres o parejas estériles, y el deber de confidencialidad tanto por parte de los padres como de los donadores, el establecer la filiación desconociendo cualquier otra, la permisión restringida de la Maternidad Subrogada y la Paternidad Post-Mortem, y con la colaboración de la Ley General de Salud regular lo referente a los bancos de gametos y preembriones, crioconservación y la regulación de los Centros o Clínicas donde se lleven a cabo las Técnicas de Procreación Asistida Humana.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ BARBERO Santos, Marino. *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*. Editorial Ediciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid, España, 1989.
- ❖ BRENA Sesma, Ingrid. *Análisis Genético y Manipulación Genética en los Principales Documentos Internacionales*. David Cienfuegos Delgado y María Carmen Macías Vasquéz (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. México, 2006.
- ❖ BRENA Sesma, Ingrid. *Salud y Derecho*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005.
- ❖ CARPIZO, Jorge. *El Presidencialismo Mexicano*. 12^a. Edición. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1994.
- ❖ CASABONA Romeo, Carlos María. *Del Gen al Derecho*. Editorial, Universidad de Deusto. España, 1999.
- ❖ CHATEL, Marie Magdaleine. *El Malestar en la Procreación*. Editorial Nueva Visión. Argentina, 1996.
- ❖ DE LA LAMA, José Luis. *Genética General Aplicada*. Editorial Uteha. México, 1985.

- ❖ FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. *Derecho Civil de Nuestro Tiempo*. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Editorial Gaceta Jurídica y Editores. Perú, 1995.

- ❖ GAFO, Javier. *Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida*. Editorial Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid, España, 1986.

- ❖ GAONA Arreola, Ranferi y Gerardo Villegas. *Fundamentos de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva*. Editorial Masson Doyma. México. 2003.

- ❖ GARCÍA Maynez, Eduardo. *Ética*. Vigésimo sexta edición. Editorial Porrúa. México, 1990.

- ❖ GARCÍA Mendieta, Carmen. *Fertilización Extracorpórea: Aspectos Legales*. Editorial Porrúa. México, 2000.

- ❖ GONZÁLEZ Morán, Luis. *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*. Editorial Ediciones Universidad Pontificia Comillas. Madrid, España, 1988.

- ❖ GUERRA, María J. *Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*. Ediciones Universidad Pontificia. Madrid, España. 1998.

- ❖ GUZMÁN Avalos, Aníbal. *Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas. Un nuevo Modo de Filiación*. Editorial Universidad Veracruzana. México, 2001.

- ❖ HEELEIN, Susanne. Contribución al Estudio de la Inseminación Artificial con Esperma del Cónyuge. Editorial Universidad Autónoma de México. México, 1991.

- ❖ LEMA Añon, Carlos. Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo Filosófico-Jurídico, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Editorial Trotta. Madrid, España, 1999.

- ❖ LOYARTE, Dolores. Procreación Humana Artificial. Editorial de Palma. Argentina, 1995.

- ❖ MANDELBAUM, Jacqueline y Michelle, Plachot. Génération éprouvete. Trad. Sergio Tapia A. Editorial Urano. España, 1993.

- ❖ MARCO, Javier y Martha Tarasco. Diez Temas de Reproducción Asistida. Editorial Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid, España, 2001.

- ❖ PÉREZ Peña, Efraín. Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción. Editorial, Ciencias y Cultura Latinoamericana, México 1995.

- ❖ PORRAS del Corral, Manuel. Biotechnología, Derecho y Derechos Humanos. Editorial Publicaciones Obra Social y Cultural Caja Sur. Cordoba, 1996.

- ❖ ROMEO Casabona, Carlos María. Código de leyes de Genética. Editorial, Universidad de Deusto. España, 1997.

- ❖ ROMO Román, Alicia. *Algunas Reflexiones sobre la Fertilización Asistida*. Editorial, Gabriela Mistral. Chile, 1994.
- ❖ TAMAR Pitch. *Un Derecho Para Dos: La Construcción Jurídica de Genero, Sexo y Sexualidad*. Editorial Trotta. Madrid, España, 2003.

HEMEROGRAFÍA

- ❖ BARRAGAN C. Velia Patricia. *La Reproducción Humana Asistida: Marco Jurídico*. Revista Ius. No. 3, Diciembre. Durango, Durango. México, 1991.
- ❖ BRENA Sesma, Ingrid. *Procreación Asistida e Inseminación Artificial y Manipulación Genética en el Código Penal del Distrito Federal*, México. Revista de Derecho y Genoma Humano. No. 20. Enero-Junio 2004.
- ❖ BRENA Sesma, Ingrid. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Procreación Asistida e Inseminación Artificial y Manipulación Genética en el Código Penal del Distrito Federal*. México. No. 20 Enero-Junio 2004.
- ❖ CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV. 3ª. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1991.
- ❖ Conferencia pronunciada en *el Simposium sobre el Embrión Humano: Cuestiones Éticas y Jurídicas*. Fundación Ramón Areces. Madrid, 7 de Noviembre de 2000.

- ❖ CUELLO Calón, Eugenio, *En torno a la Inseminación Artificial en el Campo Penal.* Revista Jurídica Veracruzana. Tomo XII, Núm. 3. Jalapa Veracruz, México, 1981.

- ❖ DOBERNING Gago, Mariana. *Status Jurídico del Preembrión en la Reproducción Asistida.* Revista Jurídica. No. 28. Distrito Federal. México, 1998.

- ❖ GALINDO Garfias, Ignacio. *La Fecundación Artificial en Seres Humanos. Consideraciones Jurídicas.* Revista de la Facultad de Derecho Mexicano. Tomo XL, 169-170-171, Enero –Junio. Distrito Federal. México, 1990.

- ❖ GARCÍA Aguilera, José Antonio. *Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial.* Revista de Derecho Judicial. México, 1972.

- ❖ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Anteproyecto de Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León.*

- ❖ HERNÁNDEZ Ibáñez, Carmen. *Los Aspectos Jurídicos de la Técnicas de Reproducción Asistida: Ley Española y Marco Europeo.* Revista de Derecho. No. 193, año LXI, Enero-Junio, 1993.

- ❖ LACADENA, Juan Ramón. *La Experimentación con Embriones Sobrantes en España: Un Comentario a la Ley 45/2003 que modifica la Ley 35/1998 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida.* Revista de Derecho y Genoma Humano. No. 20, Enero-Junio. Bilbao, España, 2004.

- ❖ LEONSEGUI Guillot, Rosa Adela. La Maternidad Portadora, Sustituta, Subrogada o de Encargo. Boletín de la Facultad de Derecho. Segunda época, No. 7 Invierno 1994. Madrid, España.
- ❖ MOCTEZUMA Barragán, Gonzalo. La Reproducción Asistida en México. Un Enfoque Multidisciplinario, en Cuaderno del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Serie E: Varios, No. 64 Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1994.
- ❖ PÉREZ Duarte y Noroña, Alicia. La Maternidad ¿Es Siempre Cierta?. Boletín Informativo de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXII, No. 65, México, Mayo-Agosto 1989. Distrito Federal, México.
- ❖ PIÑA, Roxana Gabriela. Las Técnicas de Fecundación Asistida, ¿Dieron lugar a la Aparición de un Nuevo Sujeto de Derechos? El Embrión Humano y su Relación con Bienes Jurídicos Dignos de Protección Penal. Revista Latinoamericana de Derecho. Año 1, No. 2, Julio-Diciembre. Distrito Federal. México, 2004.
- ❖ ROCA Trías, Encarna. La incidencia de la Inseminación-Fecundación Artificial en los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional, en la Filiación del Siglo XX. II Congreso Mundial Vasco, Gobierno Vasco, Universidad del País Vasco, 1987.
- ❖ TREVIÑO Sosa, Roberto. La Fecundación Asistida a la Luz del Derecho. Tópicos Jurídicos, Judicatus. Junio 2004, México.

DICCIONARIOS

- ❖ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.
- ❖ Diccionario de Derecho. DE PINA Vara, Rafael 13ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 2003.
- ❖ Diccionario de Ciencias de la Salud. PIÑEIRO González, Ramón. Editorial Interamericana. México, 1995.

LEGISLACIÓN

- ❖ Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- ❖ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- ❖ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1995.
- ❖ Ley General de Salud.

- ❖ Reglamento a la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
- ❖ Reglamento a la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.
- ❖ Código Civil para el Distrito Federal.
- ❖ Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza.
- ❖ Código Civil del Estado de Tabasco.
- ❖ Código Penal para el Distrito Federal.

PAGINAS DE INTERNET

www.juridicas.unam.mx