



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

"La Adopción de Embriones en el Distrito Federal, una Opción
para Evitar la Destrucción de Sobrantes y Abandonados Tras
Fecundación in Vitro"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

KARLA DEL ROCÍO RODRÍGUEZ ARBESÚ

ASESOR: VICTOR GUADALUPE CAPILLA Y SÁNCHEZ

NOVIEMBRE 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.

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

A DIOS Y A LA VIDA

Por brindarme salud y el tiempo necesario para llegar hasta este momento de gran importancia y trascendental de toda mi existencia.

A MI MADRE

Por todos tus sacrificios, esfuerzos, apoyo y amor que permitieron lograr mis sueños y el éxito, gracias por todas tus enseñanzas y tu gran ejemplo de lucha, perseverancia y superación.

A MI PADRE

Por tus consejos y confianza para alcanzar esta meta.

A MI ABUELA, ZAZÁ

Por siempre compartir tu sabiduría y por estar pendiente de mis logros, gracias por tus consejos, amor y confianza.

A MI FAMILIA

En especial a mi hermano Erick, abuelos y tíos, que sembraron en mí, valores e ideales, fundamentales para ser una persona y en especial un profesional de bien.

A TI DAVID

Por alentarme y llenarme de ánimo, haciéndome crecer día a día y nunca dejar que las adversidades lograran vencerme.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS

En especial a Rocío, Lizbeth, Nidia, Ingrid, Leticia, Adolfo, Ernesto y Armando, por llenarme de alegría, entusiasmo y confianza, permitiéndome lograr la fortaleza necesaria para mantenerme luchando hasta alcanzar la meta deseada.

AL LIC. GUILLERMO TRUJANO SOMARRIBA

Por todas sus enseñanzas profesionales y en especial por permitirme siempre desarrollarme en mi profesión, transmitiéndome y compartiendo siempre su pasión y amor al trabajo y a la profesión.

A MIS MAESTROS DE LA FES ACATLÁN

Por su compromiso, ética, vocación y amor a la institución; gracias por preocuparse en transmitir sus valores y conocimiento, buscando la formación de profesionistas comprometidos con la calidad en su desempeño; a ustedes gracias por su dedicación y entrega.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Por brindarme la oportunidad de realizar mis estudios y prepararme para llegar a este momento, permitiéndome ser un profesionista orgulloso de portar el nombre de esta gran institución que ha dado tanto al país y al mundo, sembrando sus valores, cultura y conocimiento de generación en generación.

“Por mi raza hablará el espíritu”.

ÍNDICE

	PÁGS.
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	
LA PROCREACIÓN MEDIANTE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, FECUNDACIÓN IN VITRO	8
1.1 El derecho de procreación en México	8
1.2 Los problemas para procrear	11
<u>1.2.1 La esterilidad</u>	12
<u>1.2.2 La infertilidad</u>	13
1.3 Aspectos generales de las técnicas de reproducción asistida	14
<u>1.3.1 Los fines de la reproducción asistida</u>	15
<u>1.3.2 Donación de gametos y su crioconservación</u>	16
1.4 Las técnicas de reproducción asistida más usuales	19
<u>1.4.1 Inseminación artificial</u>	20
<u>1.4.2 Fecundación in vitro</u>	23
<u>1.4.3 Fecundación post mortem</u>	24
<u>1.4.4 Maternidad subrogada</u>	26
<u>1.4.5 Clonación</u>	27
1.5 La fecundación in vitro y sus variantes	28
<u>1.5.1 Breve reseña histórica de la aplicación de la fecundación in vitro</u>	30
<u>1.5.2 Los problemas para procrear atendidos por la fecundación in vitro</u>	31
<u>1.5.3 Desarrollo de la fecundación in vitro y la transferencia de embriones</u>	32
<u>1.5.4 El destino de los embriones no implantados</u>	33
<u>1.5.5 Las ventajas y desventajas de la fecundación in vitro</u>	35
CAPÍTULO II	
EL EMBRIÓN HUMANO COMO ENTIDAD MEREDEDORA DE PROTECCIÓN JURÍDICA	38
2.1 La persona física y su capacidad jurídica	38
2.2 Requisitos para obtener la personalidad jurídica	42
2.3 La protección jurídica al nasciturus	44
<u>2.3.1 El derecho a la vida y la importancia de la concepción</u>	46
<u>2.3.2 La donación al nasciturus</u>	49
<u>2.3.3 La sucesión al nasciturus</u>	49
2.4 El embrión como sujeto de protección jurídica	50
<u>2.4.1 Las diferencias entre gametos, preembrión, embrión, cigoto y feto</u>	50
<u>2.4.2 La concepción como el inicio de la protección al no nacido</u>	54
<u>2.4.3 Viabilidad del embrión</u>	58
<u>2.4.4 El embrión concebido in vitro, ¿un nuevo ser?</u>	59
<u>2.4.5 Naturaleza jurídica del embrión</u>	61

CAPÍTULO III	
LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	65
3.1 Breve reseña histórica de la adopción en México	65
3.2 El concepto de adopción y los fines que persigue	67
<u>3.2.1 Concepto de adopción</u>	67
<u>3.2.2 Los objetivos de la adopción</u>	69
3.3 Los tipos de adopción en el código civil	71
<u>3.3.1 Adopción plena</u>	72
<u>3.3.2 Adopción internacional</u>	75
3.4 Procedimiento para realizar la adopción en el Distrito Federal	79
3.5 ¿Adopción prenatal?	84
CAPÍTULO IV	
LA PROTECCIÓN AL EMBRIÓN EN MÉXICO Y EL EXTRANJERO	86
4.1 Convención sobre los derechos del niño	87
4.2 La protección al embrión en diversos países extranjeros	88
<u>4.2.1 Alemania</u>	89
<u>4.2.2 Argentina</u>	91
<u>4.2.3 Colombia</u>	93
<u>4.2.4 España</u>	94
<u>4.2.5 Francia</u>	97
4.3 La protección al embrión en México	98
PROPUESTA	104
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFÍA	116

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo lo he realizado con la finalidad de demostrar que se pueden lograr mejores normas, más dignas de nuestra sociedad y de nuestras instituciones. La evolución del ser humano se ha ido manifestando en todos los ámbitos de su desarrollo, donde las normas jurídicas han tenido que adecuarse a las necesidades de la evolución humana y así evitar un retraso que ponga en riesgo las relaciones humanas y la paz social.

El conocimiento ha permitido que la raza humana siga prevaleciendo en el mundo y mientras el hombre estudia y aprende, su crecimiento ha sido interminable y cada vez más rápido, tan veloz que en ocasiones las normas jurídicas se vuelven de un día para otro obsoletas. Son la ciencia y la tecnología las que han logrado, en el ámbito del hombre, avances nunca antes imaginables, alcanzando una evolución tan rápida que la mayoría de las veces nuestras normas no las han podido igualar.

Este trabajo se ha realizado con la intención de demostrar que las normas jurídicas de nuestro país, no contemplan todos los avances científicos que han provocado nuevas realidades en nuestra sociedad y en nuestras instituciones; en especial, aquellas que resultan al utilizar las técnicas de reproducción asistida, donde nos hemos encontrado con nuevas situaciones jurídicas al brindar toda la ayuda necesaria a parejas, con problemas para concebir un hijo y a ejercer su derecho de reproducción.

Por lo que el presente trabajo será un estudio deductivo resultado de un análisis de un número de datos por los cuales pretendo dar a conocer la importancia del tema y que se conozca con mayor profundidad; también pretendo formar un criterio amplio para que se busquen propuestas que permitan una mejor legislación, justicia y derecho.

Para facilitar la comprensión en el lector, el trabajo se ha dividido en cuatro capítulos, de los cuales, el primero habla de las diferentes técnicas de reproducción asistida que han sido aplicadas en todo el mundo por décadas, incluyendo México. Desarrollando en este capítulo conceptos básicos, generales y necesarios referente a la procreación humana; profundizando particularmente en la técnica de fecundación in vitro por ser la técnica de reproducción que crea los embriones in vitro para su implantación en el vientre materno. Haciendo una breve reseña histórica de esta técnica, explicando sus beneficios, los casos en que procede su aplicación, su procedimiento, sus ventajas y desventajas.

El segundo capítulo y quizá el de mayor importancia en el presente trabajo, por ser fundamental para generar en el lector un criterio jurídico necesario para demostrar que los embriones in vitro tienen un valor merecedor de protección a pesar de no encontrarse dentro del vientre materno, ha sido titulado: "El embrión humano como entidad merecedora de protección jurídica", desarrolla conceptos de persona, personalidad jurídica, del nasciturus, desde cuándo hay vida, del derecho a la vida, lo que es el embrión; al igual que se mencionan distintas teorías que biológica y jurídicamente se han creado en torno a estos conceptos.

El capítulo tercero desarrolla lo referente a la adopción en el Distrito Federal, remitiéndonos brevemente a sus antecedentes históricos; así como a lo que es, el parentesco y la filiación; dicho capítulo desarrolla los conceptos de la adopción, sus objetivos y tipos, puntualizando en el interés superior del menor, la adopción internacional y la adopción en torno a la Convención sobre los Derechos del Niño; logrando explicar los motivos por los cuales los embriones humanos fecundados in vitro podrían ser adoptados, para así protegerlos de un destino no reproductivo o de lucro y evitar su destrucción; concluyendo el tercer capítulo así con lo que conoceríamos como: Adopción prenatal.

El cuarto y último capítulo es un análisis breve y comparado respecto a la protección al embrión que se brinda en legislaciones extranjeras y en nuestro país; esto con la finalidad de que el lector se percate que en otros países donde se utilizan técnicas de reproducción asistida; los juristas se han preocupado por legislar y regular hasta sus últimas consecuencias la práctica de éstas, protegiendo los principios más importantes de la humanidad, muy a diferencia de nuestro país, ya que los legisladores no han tenido la misma visión para crear leyes que controlen debidamente la práctica de las técnicas de reproducción asistida hasta sus últimas consecuencias, nuestros legisladores no han entendido la necesidad de una urgente y debida regularización; no tan sólo porque somos un país que ha puesto en práctica avances científicos y tecnológicos, sino también, porque se deben proteger nuestros valores y principios jurídicos más importantes, además de que no se debe permitir la existencia de un rezago frente a la sociedad nacional e internacional.

Posteriormente al concluir con los cuatro capítulos en que se dividió este estudio, se procede a exponer una posible solución al problema y situación reflejada en el cuerpo de la presente investigación, atreviéndome a mencionar los puntos básicos y relevantes que los legisladores deberán considerar para legislar amplia y profundamente lo referente a las técnicas de reproducción asistida y muy en especial a la protección que se debe brindar al embrión humano y al destino que deberá sufrir tras su fecundación in vitro.

Para finalizar se presentan cada una de las conclusiones que surgieron gracias a esta investigación, esperando lograr el cometido de hacer notar la importancia del tema, ya que es necesario evitar que la evolución humana destruya nuestros propios orígenes, sin que esto implique un retroceso en los adelantos que permitan nuestra realización como seres humanos, parejas e individuos. Con la utilización de la técnica, fecundación in vitro, es posible que aumenten las probabilidades de un embarazo eficaz, pero que no se proteja debidamente al embrión.

CAPÍTULO I

LA PROCREACIÓN MEDIANTE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, FECUNDACIÓN IN VITRO

La reproducción en el ser humano, ha sido de gran importancia para su permanencia en el mundo, permitiéndole trascender de generación en generación, a través de la transmisión de sus conocimientos y de su legado genético, por lo que por su propia naturaleza e instinto ha buscado la manera de prevalecer en la vida y permitir la supervivencia de su especie, por lo que al ser un animal racional también busca la manera de reproducirse para satisfacer sus necesidades emocionales, provocando en cada individuo el deseo de formar una familia y así cumplir con una etapa más en su desarrollo natural.

El matrimonio y el concubinato surgen por distintos motivos, en especial se busca a través de estos que tanto el hombre y la mujer sigan una vida en común apoyándose en cada momento, respetando sus intereses y derechos, dándose seguridad cada uno de ellos y permitiéndose en su oportunidad que ambos a través del amor y la comprensión busquen criar un hijo y conducirlo al desarrollo pleno de sus capacidades, vinculados por lazos consanguíneos y de pareja; además de encontrarse vinculados por razones morales y sentimentales.

Las parejas y los individuos están sedientos de llegar a un desarrollo pleno y digno, en donde puedan desarrollar su personalidad de manera libre, haciendo valer cada uno de sus derechos, siendo el derecho a la reproducción un derecho que cada individuo posee y que no puede ser restringido arbitrariamente, es un derecho que no está sometido del todo a la libertad humana sino más a un proceso natural.

1.1 El derecho de procreación en México

Como ya es sabido el ser humano como individuo es titular de derechos, los cuales deben ser respetados para que de esa manera logre un desarrollo digno de sí, por lo tanto es importante determinar dónde empiezan los derechos de los demás; el derecho a la procreación y a la libertad de engendrar un hijo, también requieren de limitaciones y de una efectiva protección; por lo que el derecho mexicano encuentra diversas disposiciones que se refieren y protegen a estas maravillosas facultades humanas y que como ya se mencionó también requieren de un proceso natural.

El Derecho a la procreación es uno de tantos y debido a su gran importancia, resulta imprescindible regular su reconocimiento jurídico y así evitar no sea restringido sin justificación suficiente, en México, el artículo 4º constitucional establece: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...” pero como todo derecho, éste se extiende hasta donde no se vulneren otros derechos reconocidos.

La Ley General de Salud en su artículo 3º considera como materia de salubridad general la planificación familiar. El artículo 67 de la citada ley, en su segundo párrafo dice: “Los servicios

que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto de su dignidad”.

La ley también permite a las personas acudir a las técnicas de reproducción asistida, cuando en el matrimonio existe el problema de la esterilidad, que provoca un plan de vida truncado, por lo que esas técnicas les dan la oportunidad de procrear hijos con su información genética, venciendo la esterilidad y permitiendo el ejercicio del derecho a la procreación. El artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, establece el derecho a la procreación ejercido de común acuerdo por los cónyuges y expresando mancomunadamente su consentimiento pueden emplear conforme a la ley, cualquier método de reproducción asistida y así lograr su descendencia.

La ley entiende por atención médica: El conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud (artículo 32 de la Ley General de Salud); el atender un problema de esterilidad o infertilidad, sería una atención curativa que efectúa un diagnóstico para proporcionar un tratamiento oportuno.

Podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tienen derecho a la reproducción y no tan sólo de manera natural sino que también, ambos tienen derecho a utilizar los medios de la inseminación artificial. Muchos juristas establecen el criterio de que si tanto la mujer como el varón pueden acudir a los sistemas de reproducción asistida y en especial la mujer puede ser inseminada artificialmente, entonces para respetar dicha igualdad se debería permitir que el varón alquile úteros (maternidad subrogada) para que de esa manera pueda ejercer su derecho a la reproducción, criterio el cual no puede ser aplicado debido a que la maternidad subrogada se considera contra derecho ya que un cuerpo humano se encuentra fuera de comercio, no es una cosa y por lo tanto no puede ser objeto de arrendamiento.¹

En el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad, o religión a casarse y fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en el caso de disolución del matrimonio, decidiendo tener o no hijos y si se tienen, pueden decidir cuándo y cuántos.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, cuando tienen edad para hacerlo, más que señalar un derecho a la procreación, se señala un derecho a formar una familia, pero aunque no se especifique se presume, el matrimonio es la comunidad natural que propicia fundar una familia, los cónyuges tienen el don de procrear, es un don de la pareja conyugal.²

De lo que hablan estas leyes no es de un derecho a la procreación, ni de un derecho al hijo, sino de un derecho de formar libremente una familia.

¹BRENA SESMA, Ingrid, *El derecho y la salud Temas a Reflexionar*, Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004 pág. 2.

²CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el derecho, relaciones jurídicas paterno filiales*, Editorial Porrúa, S.A., 4ª. ed., México, 2001, pág. 47.

Los servicios públicos también están destinados a participar en asegurar el derecho a la procreación, proporcionando protección a la población por medio de actividades que preserven y conserven la salud así como que permitan el mejoramiento de las condiciones generales de vida con el desarrollo de la investigación científica y tecnológica para la salud, esta protección se reglamenta en la Ley General de Salud, en cumplimiento al artículo 4º constitucional ya que señala: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud...” Los servicios de salud, como lo contempla la legislación mexicana, deben prevenir y tratar la infecundidad; proporcionar información relacionada con la planificación familiar e infecundidad; complicaciones del embarazo y el parto; porque es un interés social e individual, la realización de la persona. Deben proteger la salud de los individuos (derecho a la protección de la salud); su bienestar físico y mental; la prolongación y mejoramiento de su vida; deben buscar condiciones de salud que sean buenos para el desarrollo social, preservando la salud, conservándola, mejorándola y restaurándola; para así satisfacer las necesidades de la población, obligados a ver por el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica en beneficio de la salud.

Algunos juristas, opinan que en realidad no existe ni debería existir el derecho a la procreación, pues no es un derecho sino un simple hecho natural, la paternidad es una responsabilidad, es una obligación que debe excluir todo capricho, piensan que más que un derecho es un deber. Además estos juristas se encuentran en contra de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, debido a que en muchos casos donde se busca aplicar el derecho a la procreación, se contraponen con derechos más importantes como los del por nacer, en lo cual profundizaré más adelante. El problema no existe si los seres humanos ejercitamos nuestra libertad de procrear cuando se logra de manera natural, sino que para estos juristas, las parejas estériles se escudan en él para acudir a cualquier método sin importarles las consecuencias no tan sólo para ellos sino también para los hijos que van a procrear, convirtiéndose los hijos en un objeto sin llegar a comprender los padres que lo importante del matrimonio es la tendencia al hijo, es el derecho a tratar de tenerlo, no el derecho al hijo ya que no son ningún patrimonio del padre ni de la madre por lo que no existe ni debe ser considerado un derecho natural, tanto en matrimonio como fuera de él.³

Para definir y entender en que consiste el derecho a la procreación, comparto la opinión del jurista mexicano MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO, al concluir que el derecho a la procreación, no es el “derecho al hijo” como erróneamente se llega a considerar, ya que este derecho realmente tiene por objeto la capacidad de que el acto natural de engendrar una nueva vida pueda realizarse, sin tratar al hijo como una cosa; desde mi punto de vista lo que busca este derecho es proteger la libertad y la responsabilidad de los padres al decidir, respecto cuántos hijos van a procrear, cómo y cuándo tenerlos, decidir sobre su educación, sobre su lugar de esparcimiento; para lograr su desarrollo pleno y libre de la personalidad de sus hijos y de ellos también. Se busca planificar la familia para que de manera madura y con convicción, determinar los deberes que se generan entre sus miembros con base a una vida digna del hombre, dedicándose de manera armoniosa y entusiasta en el cuidado de los hijos, brindándoles amor, comprensión y ayuda.

³PORRAS, DEL CORRAL, Manuel, *Biotecnología, derecho y derechos humanos*, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, Argentina, 1996, pág. 112.

Como bien lo señala la ley en México, el derecho a procrear es una decisión mancomunada, no es un ejercicio individual, por lo que es necesario que para que una mujer pueda ser fertilizada artificialmente debe existir un varón, porque se considera que lo mejor para un hijo es que nazca y se críe en una familia y los derechos de la mujer deben ser limitados por los derechos del hijo.

Otros juristas opinan que el derecho de procrear no necesariamente debe ser una decisión mancomunada, ya que una mujer soltera estéril puede ser titular de éste y también puede ejercerlo, ya que si no fuera así acentuaría su desgracia y sería injusto ante las mujeres solas que no son estériles y bien pueden, aunque sea en una situación extramatrimonial, buscar por medio de la sexualidad un hijo y siendo estéril no tiene esa libertad de satisfacer su deseo de ser madre porque naturalmente no puede e injustamente algunas leyes prohíben acudir a las técnicas de reproducción asistida.⁴

Cabe mencionar que la legislación mexicana estrictamente no prohíbe que las mujeres solteras acudan a las técnicas de reproducción asistida debido a que el artículo 4º constitucional antes transcrito dice que toda persona es libre de decidir sobre el número de sus hijos, por lo que al interpretarse este artículo puede concluirse: Que no hace especificación alguna de que las personas deben estar unidas en matrimonio y claramente dice “TODAS”, por lo que no está prohibido, y bien sabemos: “*Lo que no está prohibido está permitido*”, lo que si debemos considerar es que tanto la ley de salud y el Código Civil para el Distrito Federal, cuando hacen referencia a la utilización de las técnicas de reproducción, siempre hacen referencia al común acuerdo de las parejas. Se puede suponer que en nuestro país si una mujer soltera acude a practicarse una técnica como éstas, los médicos las llevan a cabo, debido a que como ya lo dije lo que no está prohibido, está permitido.

Por último considero necesario reiterar en que el hecho de que exista una libertad para la procreación responsable y consciente de los padres, no significa que éstos podrán disponer del procreado, como si fuesen sus dueños, los hijos no son para satisfacer sus tendencias paternas. El procrear es un don y debe ser libre y responsable.

1.2 Los problemas para procrear

Como ya se ha mencionado el ser humano busca desarrollarse con plenitud, satisfaciendo cada una de sus necesidades que van surgiendo en cada una de las etapas de su vida, siendo el procrear una etapa de las de mayor importancia, responsabilidad y trascendencia para el hombre, diciéndolo de una manera figurada, podríamos decir que es el clímax en la vida de las personas. Pero desgraciadamente no todos los seres humanos pueden llegar a disfrutar de esta etapa, debido a que no se requiere tan sólo del deseo de ser padre, sino que al ser una situación biológica y natural, también depende de la condición del cuerpo.

Los problemas que se manifiestan en las personas son muy diversos y son ocasionados por varias causas, provocando en hombres y mujeres, la imposibilidad de ser padres; causándoles

⁴IDEM.

grandes daños emocionales (en especial a la mujer), por lo que aparte de ser un problema a nivel individual también se convierte en un problema social.

La ciencia y la tecnología han permitido desarrollar técnicas que puedan ayudar a las personas que padezcan de cualquier imposibilidad para procrear, cada persona o pareja tienen un problema distinto y por ello se deben someter a estudios para determinar que técnica de reproducción asistida es más conveniente se les aplique. Existen males que pueden ser solucionados y otros no, para comprender este tema con mayor facilidad, a continuación se explicaran los problemas más usuales que se llegan a presentar en las personas y en las parejas.

1.2.1 La esterilidad

La esterilidad es un problema altamente negativo, significa una carencia, un estigma individual, ante la sociedad es una vergüenza ya que no permite la proyección de la pareja, es un obstáculo para la realización de un proyecto.⁵

La esterilidad consiste en la imposibilidad de efectuarse la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide), implicando una alteración irreversible. Algunos la consideran una enfermedad, otros, una disfunción; en algunos casos puede llegar a corregirse con procedimientos terapéuticos y quirúrgicos o artificiales, después de un diagnóstico adecuado.⁶

El fenómeno de la esterilidad ha ido en crecimiento, existen varias explicaciones de porque ha ido creciendo, las más importantes son: El stress al que el ritmo de vida actual nos ha conducido, aumento de enfermedades de transmisión sexual, efectos secundarios de anticonceptivos, abortos provocados y la tendencia en las parejas a retrasar el primer embarazo.⁷

Las causas de esterilidad en la mujer son: Causas ováricas (ausencia de gónadas [ovarios], anomalías en la ovulación, estado inapropiado de la mucosa, endometriosis y tendencia letal del óvulo), por causas tubáricas (obstrucción en las trompas de Falopio), causas uterinas (lesiones del endometrio, falta de permeabilidad y factor mecánico), causas cervicales (posiciones anormales, alteraciones morfológicas, miomas y pólipos cervicales, cervicitis, lesiones traumáticas, alteraciones en las funciones), causas vaginales (malformaciones o vaginitis), causas psíquicas; entre otras.⁸

Las causas de índole masculino son: Falta de espermatogonias, anomalías en las vías excretoras, alteraciones en las glándulas accesorias, problemas hormonales, anomalías en la

⁵cfr. GARZA GARZA, Raúl, *Bioética; la toma de decisiones en situaciones difíciles*, Editorial Trillas, S.A., México 2000, pág. 194.

⁶cfr. LEMA AÑON, Carlos, *Reproducción, poder y derecho, ensayo filosófico y jurídico sobre técnicas de reproducción asistida*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, pág. 171.

⁷LOYARTE, Dolores, *Procreación humana artificial un desafío bioético*, Ediciones de Palma, 2ª. ed., Buenos Aires, Argentina, 1995, pág. 81.

⁸IBIDEM, pág. 84.

eyaculación o en la inseminación, defectos de los espermatozoides (ausencia de ellos o su baja movilidad); entre otras.

Es importante hacer mención que los hombres llegan a presentar problemas de impotencia, que son más comunes en ellos que la esterilidad, un hombre impotente, no necesariamente es estéril, para que sea considerado estéril, deberá manifestar problemas en su esperma.

Las causas de pareja son: La incompatibilidad de la sangre y las causas idiopáticas o sin causa aparente.

Una pareja se considera estéril cuando después de que ha realizado el acto sexual sin protección, persiste sin tener hijos. La pareja es la estéril no nada más el hombre o la mujer ya que para concebir se requiere de dos.⁹

1.2.2 La infertilidad

Es la imposibilidad de tener hijos vivos, es decir, se logra la fecundación pero no es posible el desarrollo del embrión y del feto; no existe la capacidad de tener hijos. A diferencia de la esterilidad, la infertilidad no representa una incapacidad total y permanente de concebir o fecundar. La infertilidad es simplemente un problema para concebir, no quiere decir que una pareja infértil sea estéril.¹⁰

Una pareja se considera infértil cuando después de haber tenido relaciones sexuales por más de un año, sin protección alguna, no hayan logrado concebir. Por lo general un alto porcentaje de parejas logran concebir al año, algunas veces la infertilidad es tan sólo por la mujer, otras ocasiones por el varón y otras es provocada por ambos.¹¹

Tanto en la esterilidad como en la infertilidad, influyen en las parejas los aspectos económicos (pobreza, falta de alimentación adecuada, poca atención de los sistemas sanitarios), sociales (divisiones de clases, culturales) y hasta la exposición en el ambiente a químicos y a la radiación. Por lo mismo es un mal que nos compete a todos ya que al irse incrementando estos problemas pueden poner en riesgo la perpetuidad de la especie humana, son un mal social que se han acrecentado en nuestros días.¹²

Para finalizar son las consecuencias que provocan estos males tanto en las parejas como en la sociedad que por ello es digno que se busque su remedio, es tal la frustración que se causa en las parejas que en ocasiones se modifican las relaciones de pareja y el comportamiento personal, familiar y social, llegan a sentirse indignos y culpables, muchas veces provoca la desintegración de la pareja, lo que se debe lograr es la descendencia y restablecer el equilibrio personal y de la familia, influyendo en lo social.

En la actualidad esos males se han ido superando gracias a los avances científicos y tecnológicos, especialmente en la biología, medicina y en la genética; por lo que hoy en día en

⁹ cfr. GARZA GARZA, Raúl, *Op. cit.*, pág. 191.

¹⁰ cfr. LEMA AÑON, Carlos, *Op. cit.*, pág. 173.

¹¹ IDEM.

¹² IBIDEM, 174.

todos los países del mundo, las parejas que se encuentran con alguno de estos problemas, acuden ante los especialistas para que les apliquen las técnicas de reproducción asistida según requiera la pareja.

1.3 Aspectos generales de las técnicas de reproducción asistida

La esterilidad e infertilidad son obstáculos para realizar el deseo conciente de 2 personas de crear juntos otro ser humano que se vincule afectivamente con ellos.¹³

Como se ha venido manifestando, el ser humano busca lograr el desarrollo pleno de su personalidad, cuando existe alguna limitante, su raciocinio lo impulsa para buscar de alguna manera la superación del problema, lo cual lo ha llevado a desarrollar las técnicas de reproducción asistida.

Los científicos han investigado desde hace mucho tiempo atrás, primero iniciaron ensayos en vegetales, después en animales y por último utilizaron al hombre, desde el siglo XV se tienen datos de que en Inglaterra, un médico (J. Hunter) fue el primero en practicar la inseminación artificial en humanos, teniendo resultados positivos. Pero a partir del siglo XX fue cuando los avances y las investigaciones se multiplicaron y en 1940, en Estados Unidos se crea el primer banco de semen, con lo que se permite de manera oficial la aplicación de estas técnicas, en 1953 los científicos Bunge y Sherman logran producir tres embarazos con semen humano congelado, lográndose una revolución tecnológica e ideológica y provocando que año con año su aplicación se incrementara no nada mas en este país sino en todo el mundo, permitiendo la utilización de semen de donantes.¹⁴ El primer embarazo de que se tuvo noticia logrado con un embrión crioconservado en nitrógeno líquido durante cuatro meses ocurrió en Australia en 1983.

Gracias a estos primeros avances las investigaciones fueron más exitosas, tanto que surgieron además de la inseminación artificial, otras técnicas, de las cuales profundizaré más adelante, y que a la fecha siguen evolucionando y también hoy en día muchas parejas las utilizan. La mayor parte de esas técnicas efectúan la fusión de los gametos masculino y femenino en un medio extracorpóreo (fertilización pasiva), o la activa, transfiriendo luego el huevo fecundado a las trompas de la mujer, fecundación conocida como in vitro.¹⁵

Las técnicas de reproducción asistida han provocado diversos puntos de vista a favor y en contra. Las personas que están en contra afirman que son métodos antinaturales e inmorales. Estos argumentos se pueden rechazar fácilmente debido a que el orden jurídico no le concierne lo moral y la única limitante sería que atentara contra la dignidad humana, los riesgos en los hijos producto de esa fertilización no hace pensar que el riesgo de malformaciones o dificultades en el desarrollo sea mayor que la fertilización natural, además por medio de algunas de estas técnicas se pueden evitar la transmisión de enfermedades hereditarias.¹⁶

¹³LOYARTE, Dolores. *Op. cit.*, pág. 84.

¹⁴cfr. BRENA SESMA, Ingrid, *Op.,cit.*, pág. 2.

¹⁵cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 23.

¹⁶cfr. IBIDEM, pág. 28.

Aplicando los principios que deben regir al ser humano, las técnicas de reproducción asistida deberán ser utilizadas solamente cuando haya probabilidades de éxito y no suponga un riesgo grave para la salud de la mujer o de la descendencia. Así como deberá ser un rigor para los médicos proporcionar a los que se sometan a estas técnicas toda la información que se genere alrededor de su aplicación y también debe existir el consentimiento de las personas para que se les practique cualquiera de estas técnicas.¹⁷

Desde mi punto de vista considero que la ciencia debe ser utilizada para dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, logrando a través de su desarrollo mejorar la salud, la dignidad del hombre y mejorar en todo sentido su vida; por ello creo que la evolución del humano y sus grandes avances no deben rechazarse y/o prohibirse, sino que las personas con un conocimiento en la materia tecnológica y jurídica deben trabajar juntos para encontrar puntos que no contravengan con los logros científicos ni con el respeto al hombre. Iremos viendo con el desarrollo de los temas que existen muchos pensamientos en torno al tema que se oponen entre sí y que no logran muchas veces coincidir, y llegan tan sólo a lograr soluciones que aunque no satisfacen del todo sus diversas ideas, buscan mantener un equilibrio entre la ciencia y las diversas ideologías humanas. Considero que el verdadero problema se deriva del tema de la selección de óvulos, espermatozoides y embriones, de lo cual se profundizará con posterioridad.

1.3.1 Los fines de la reproducción asistida

Como ya sabemos, los problemas para procrear un hijo, causan muchos conflictos a las parejas, especialmente en el grado emocional, provocando a su vez una repercusión en la sociedad y en la prevalencia de la especie humana. Las técnicas de reproducción asistida lo que buscan no tan sólo es satisfacer el deseo de la paternidad, por supuesto que al lograr una fertilización y en consecuencia un nacimiento, van a cumplir con esa necesidad pero también van en cierta medida proteger la supervivencia de la especie humana, la armonía de la pareja y de la misma sociedad, pues no debemos olvidar que la familia es la base de toda sociedad y lograr mantener un matrimonio y en consecuencia una familia, pues claramente repercutirá en la estabilidad social.

Son una expectativa, una esperanza en el tratamiento de la esterilidad.

Las técnicas de reproducción asistida no tienen por objeto ni deben sustituir en la pareja la relación sexual natural, sólo debe justificarse su utilización para las parejas que no puedan procrear por los medios naturales, estas técnicas lo único que tienen por objeto no es satisfacer el instinto sexual sino su fin es tan sólo biológico y es lograr la fecundación, solucionando la imposibilidad para procrear, estas técnicas por ningún motivo deben utilizarse para fines distintos a la procreación, excepto cuando también busquen evitar la transmisión a su descendencia una grave enfermedad.¹⁸

¹⁷cfr. SÁNCHEZ CARO, Javier, *Reproducción humana asistida, protocolos de consentimiento informado de la sociedad española de fertilidad*, Editorial Comares, Madrid, España, 2002, pág. 23.

¹⁸cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, Editorial Encuadre Jurídico, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 155.

En el artículo 56 del Reglamento para la Investigación para la Salud señala que: La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja aun si éste difiere con el del investigador.

Existe una controversia en la aplicación de estas técnicas y es si se debe admitir el uso de dichas técnicas incluso a la mujer sola, en teoría no debería admitirse, debido a que su finalidad es que las parejas lo utilicen como una alternativa a la esterilidad de la pareja y una mujer sola no quiere decir que sea estéril sino que no vive en pareja para reproducirse, tal vez pueda considerarse respecto a que se apliquen en mujeres solteras estériles.

Las técnicas de reproducción han permitido investigaciones que sirven para detectar enfermedades en el embrión, el feto ya sea para curarlas o para evitar que nazcan con enfermedades. Han permitido que los científicos logren conocer más respecto al genotipo, el ADN y los genes, logrando el avance de la ciencia genética.

1.3.2 Donación de gametos y su crioconservación

La Ley General de Salud en su artículo 314 define a los gametos (óvulo y espermatozoide) como: "Células germinales, las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión." La Secretaria de Salud es la que tendrá el control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos tejidos y células de seres humanos.

Gameto es la célula básica germinal masculina (espermatozoide) o femenina (óvulo), que al haber fusión entre éstos se logra la fecundación o concepción dentro del seno materno o fuera de él, originando el huevo o cigoto.¹⁹

La donación de gametos es generalmente un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado. También es la donación entre el centro y quien recibe los gametos. Otro requisito del contrato de donación es que cuando sea expresa deberá ser por escrito donde el donante expresará las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra, también sólo lo puede revocar el donante, en cualquier momento (art. 322 ley general de salud), puntualizando que deberá ser antes de que se utilice el semen o en su defecto el óvulo.

En ocasiones se considera que los gametos no deben ser considerados como bienes de la personalidad, intransmisibles, puesto que dan un vínculo biológico que a nuestro entender, no debería considerarse susceptible de renuncia en el plano jurídico dada su inherencia a la persona.²⁰ Pero en la mayoría de las legislaciones se permite la no gratuidad, no por obtener un beneficio de comercio gracias a los gametos, sino que lo que se busca es la voluntad de todos para modificar un problema de todos; situación que en México no se da, debe ser gratuito.

¹⁹CORDOBA, Jorge Eduardo, *Fecundación humana asistida; aspectos jurídicos emergentes*, Editorial Alveroni Ediciones, Córdoba, Argentina, 2000, pág. 13.

²⁰VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, España, 1998, pág. 84.

Los gametos mientras se encuentran en el organismo humano forman parte del propio cuerpo del hombre, pero desde su extracción pasan a ser cosas, sin poder ser objeto de cualquier relación jurídica, sólo de aquellas que no comprometan la moral y las buenas costumbres, por lo que si bien son cosas, no tienen valor comercial, aunque sí jurídico y científico.²¹

Desde mi punto de vista no se debe entender como un contrato de donación debido a que no cumple con los elementos de éste, además que los gametos no se consideran un objeto ni un bien, pero ese término es el que se ha utilizado en forma generalizada y lo que se debe entender es que el donador cede sus derechos sobre sus gametos para que quien los desee y acepte, realice el papel que el donador le cedió; el donador no renuncia a la patria potestad sólo transfiere la patria potestad condicionada al logro de la fecundación.

Los centros de donación tienen la obligación de seleccionar el semen de mayor calidad, de velar para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos y de buscar que el donador tenga la mayor similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.²²

La ley general de salud en su artículo 333 y el artículo 16 del reglamento de la ley general de salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, determinan los requisitos para ser donante entre vivos de manera general, sin especificar los requisitos en una donación de gametos, estos son los puntos: “Para ser donante se requiere ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales, donar parte de él que al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada, tener compatibilidad con el receptor, recibir información de los riesgos de la operación y consecuencias de la extracción, haber otorgado consentimiento expreso”; aunque los artículos no especifican los requisitos que mencionaré a continuación, es necesario que los médicos encargados de la intervención se cercioren de que los donantes de células germinales cumplan con estas características: que no padezcan de enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles, que no tengan más de cincuenta años de edad los donantes varones y las mujeres no rebasar los treinta y cinco años. Los médicos deben fijarse que el donante no tenga un parentesco consanguíneo con el receptor ya que se podría prestar al mismo resultado de una relación incestuosa y podrían originar anomalías en el producto.²³

El artículo 382 del Código Civil Federal, señala que la persona que tenga a su favor un principio de prueba (el contrato de donación y de inseminación lo serían), puede llevar a cabo una investigación de la paternidad, si se prueba en el juicio, el donante, establecerá una filiación con el nacido. Como puede uno percatarse, la legislación mexicana actual no regula la donación de gametos de una manera amplia por lo que existen muchas deficiencias y hasta el anonimato del donante no se encuentra protegido por una norma de carácter general.

La crioconservación de espermatozoides, consiste en almacenar el semen en recipientes especiales, normalmente unos finísimos tubos de plásticos, en los que se almacena en general 0.5 o 0.25 ml. Estos tubos son a su vez conservados convenientemente identificados en

²¹CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *Op. cit.*, pág. 28.

²²VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Op. cit.*, pág. 93.

²³cfr. SANCHEZ CARO, Javier, *Op. cit.*,pág. 148.

recipientes mayores. La conservación podría en principio prolongarse durante varias décadas. La descongelación se realiza con agua templada o a temperatura ambiente, tras lo cual se efectúa en examen de calidad, es generalizada alguna pérdida de condiciones que puede llevar a desechar parte de lo almacenado,²⁴ con el objeto de mantenerlo para que en su momento sea utilizado por el varón o por la misma pareja que decidió conservarlo o bien por aquellos que se benefician con la donación.

Existen bancos de semen, los donadores son anónimos, pero en el mundo, algunos bancos el semen es objeto de comercio. El congelamiento del esperma ha permitido el desarrollo de la inseminación artificial con semen de donador. Se ha podido comprobar que los espermatozoides resisten bien las bajas temperaturas y se logra que soporten el choque térmico al ser congelados y posteriormente descongelados para utilización sin demasiados perjuicios. Realmente no existe un tiempo determinado para su conservación, depende de la legislación, pero se pueden mantener por muchos años congelados y al descongelarse, se encuentran en óptimas condiciones.²⁵

Para la conservación del semen debe ser una decisión de la pareja que si no utilizan el semen para su propia reproducción, permitan la donación a otras parejas, para el caso de que no sea posible dicha donación, contemplen su destino para la investigación siempre que la ley lo permita o una vez transcurrido el plazo para su conservación, se descongele.²⁶

Para resolver el problema de las mujeres infértiles por carencia de gametos (óvulos), se propone como posible la donación de óvulos u ovocitos. Pero desgraciadamente es un método un poco difícil de realizar debido a que para obtener los gametos la donante se debe someter a un procedimiento un tanto molesto y complicado; como la donación debe ser gratuita y voluntaria es difícil encontrar donantes. Por ser necesario para ofrecer las mayores probabilidades de embarazo, se estimula a la mujer donante por medio de hormonas para obtener de cuatro a seis óvulos a través de una laparoscopia y así fecundar los que serán transferidos a la mujer que los engendrará y los que no sean transferidos al útero serán crioconservados para una posterior utilización en caso de no existir éxito en el primer intento.²⁷

Otra dificultad que se presenta en la donación de óvulos es que su crioconservación no es posible debido a que al descongelarlos pierden capacidad germinativa ya que una fina membrana que los recubre puede resultar dañada en el proceso, por lo mismo si sufren algunas alteraciones tanto físicas como químicas, aún no se conoce si puedan ocasionar en el nuevo ser graves malformaciones y anomalías genéticas, por ello en muchos países prefieren crioconservarlos ya fecundados, surgiendo un nuevo problema ético, moral y jurídico respecto a los embriones congelados. La mujer que done los óvulos, una vez que exista la donación, perderá todos los derechos que tenga sobre éstos.²⁸

²⁴LEMA AÑON, Carlos, *Op. cit.*, pág. 57.

²⁵cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 62.

²⁶SÁNCHEZ CARO, Javier, *Op. cit.*, pág. 33.

²⁷cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 60.

²⁸LEMA AÑON, Carlos, *Op. cit.*, pág. 55.

Lo más importante para el donante debe ser que se respete su identidad, es la primacía del derecho a preservar la identidad del donante, al recoger expresamente que los hijos nacidos tienen derecho por sí o sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, sólo en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin propuesto.²⁹

La revelación de la identidad del donante no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. En Suecia existe un proyecto en el que se prohíbe el anonimato como forma de tutelar el derecho a la identidad que tendrán los seres que nazcan con la utilización de este esperma. Se dispuso expresamente que alcanzando los 18 años se tendrá el derecho de saber quiénes son los padres. Los gametos que son donados y criopreservados, también pueden tener una utilidad como material para la investigación sobre enfermedades hereditarias o sobre los procesos reproductivos.³⁰

1.4 Las técnicas de reproducción asistida más usuales

La reproducción humana en cuanto a la imposibilidad física para llevar a cabo la generación procreación, debido a la esterilidad o infertilidad del sujeto en la relación de pareja, se recurre como alternativa al empleo de las técnicas de fecundación asistida.³¹

Las técnicas de reproducción asistida se aplican de manera específica a hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización.

El artículo 4º constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y planificación familiar. 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 consagra en un capítulo la fertilización asistida, donde la regula, pero de manera incompleta. Sin embargo, ninguna ley regula de modo directo y amplio.³²

En el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en su artículo 40, fracción XI define la fertilización asistida como aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

²⁹cfr. SÁNCHEZ CARO, Javier, *Op. cit.*, pág.149.

³⁰UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, *La persona en el sistema jurídico latinoamericano: contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de persona*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1995, pág. 272.

³¹CAZORLA GONZÁLEZ, María José, *Sistema de derecho de familia civil*, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, España, 2002, pág. 355.

³²BRENA SESMA, Ingrid, *Op. citl*, pág. 2.

1.4.1 Inseminación artificial

Esta técnica como todas las demás inició primeramente a practicarse en plantas, animales y después en humanos; en 1785 son los primeros registros que existen de que se aplicara en una mujer estéril y que se lograra fecundar mediante inyecciones intravaginales del líquido seminal, se lograron más embarazos por durante treinta años. En 1884 Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga (semen de donador) durante el siglo XIX sigue habiendo otras aplicaciones de esta técnica pero en el siglo XX, se propaga la utilización de esta técnica.³³

La inseminación artificial consiste con la intervención de un médico en colocar el esperma (fresco obtenido por masturbación o previamente congelado) en una capa plástica que se adapta en contacto directo con el cuello uterino en el momento de la ovulación, o bien se inyecta semen, previamente preparado, mediante una cánula dentro de la cavidad uterina para que sin la existencia de un acto sexual se logre la fecundación. La unión de los óvulos y espermatozoides se producirá naturalmente.³⁴

La inseminación artificial es un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación, procede cuando la inseminación natural no es posible por anomalía física del marido (impotencia, malformaciones del pene) o de la mujer (malformaciones del útero, de la vagina, por vaginismo, por las secreciones del útero) por imposibilidad para la ascensión natural de los espermatozoides (por escaso o excesivo volumen de los espermatozoides o por eyaculación precoz) o porque el semen que penetra no es fértil.³⁵

La pareja se somete a estudios para establecer la causa de la esterilidad. Se monitorea la ovulación, con la finalidad de establecer el momento óptimo en que deba practicarse la inseminación y se haga posible la fecundación en la trompa de Falopio, se obtiene el semen del varón, por masturbación-punción percutánea epididimaria o durante la relación sexual (*coitus interruptus*). En algunos casos el semen no es adecuado y se debe preparar o capacitar para que se obtengan buenos resultados. La muestra se filtra para que contenga sólo los espermatozoides más móviles y se prepara en el laboratorio para su introducción. Se procede a introducir el semen en la mujer dejando que repose unas seis horas no se anestesia a la mujer ni existen inconvenientes para ella.³⁶

La mujer que se somete a la inseminación artificial debe ser mayor de edad y puede ser soltera o casada. Si está casada y para la inseminación se utiliza semen del esposo, la inseminación se denomina homóloga, lo mismo que la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable; en cambio, será heteróloga la producida con semen de un tercero. Otras posibilidades se plantean si el donador está vivo o si ha muerto y la fecundación se produce después de su muerte.³⁷

³³IBIDEM, pág. 14.

³⁴MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 53.

³⁵IBIDEM, pág. 54.

³⁶GARZA GARZA, Raúl, *Op. cit.*, pág. 195.

³⁷BRENA SESMA, Ingrid. *Op. cit.*, pág. 3.

La inseminación homóloga se indica cuando debido a distintos factores es imposible el ascenso de los espermatozoides hasta la cavidad uterina, no habiendo alteraciones en el útero, trompas y ovarios. Debe cumplirse con la condición legal y acreditarse médicamente (dictamen médico) de que los cónyuges no pueden tener hijos por medios naturales, esta técnica utiliza el semen del esposo.³⁸

La inseminación heteróloga se indica cuando existe en el varón la azoosperma, o sea, ausencia completa de espermatozoides por causas definitivas e irreparables, cuando la eyaculación contiene menos de un millón de espermatozoides móviles (hipofertilidad), o anomalías en los espermatozoides que hacen imposible la fecundación, o bien por motivos genéticos.³⁹

La inseminación artificial requiere del consentimiento expreso y escrito de cada uno de los que forman parte de este proceso, es decir, la mujer otorga su consentimiento para que manipulen su organismo y le introduzcan el esperma, aceptando la maternidad que conlleva; el donador del semen acepta que su esperma sea objeto de inseminación, pero no acepta la paternidad; la pareja estable de la mujer que se somete acepta tanto la inseminación como la paternidad y por último los profesionales manifiestan su voluntad para el caso de delimitar su responsabilidad en el acto.⁴⁰

En el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en sus artículos 21 y 22, señala lo que significa al expresar que para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o en su caso el representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla.

El artículo 43 del mismo reglamento a la letra dice: "Para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo con lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este Reglamento". La carta de consentimiento se trata de un contrato en el que deben de intervenir como partes los consortes el médico y dos testigos.

Una vez que se ha otorgado el consentimiento y se insemína a la mujer, la inseminación es irrevocable, pues se constituye una relación paterno-filial, se trata de una filiación, la gestación se continúa y no podrá ser suspendida por ninguna persona que haya intervenido en el proceso. Antes de que se insemine ya sea el varón, la mujer o ambos, pueden revocar la inseminación de forma fehaciente y por escrito.

La legislación mexicana permite que las mujeres solteras puedan someterse a la inseminación artificial. La mujer soltera determina su maternidad por el reconocimiento que haga.

La sola voluntad de la mujer no debería bastar para que el marido asumiera la paternidad del menor, sin embargo, la legislación en México no permite al marido desconocer al hijo nacido por inseminación artificial heteróloga. Aplicando el artículo 324 del Código Civil Federal, se

³⁸cfr. CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *Op. cit.*, pág. 25.

³⁹MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Op. cit.*, pág. 54.

⁴⁰cfr. SÁNCHEZ CARO, Javier, *Op. cit.*, pág. 24.

presumen hijos de los cónyuges los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.⁴¹

Si el varón demuestra que no otorgó el consentimiento para la inseminación artificial, no se podrá desconocer la paternidad, al menos que demuestre que físicamente haya sido posible tener acceso carnal con su esposa en los primeros 120 días de los trescientos que precedieron al parto, o cuando se le haya ocultado el nacimiento. En el artículo 466 de la Ley General de Salud, se sanciona al que practica una inseminación artificial sin el consentimiento del esposo pero la filiación del hijo queda establecida. La mujer que se hace fecundar sin consentimiento del marido y ocultando el hecho, implicaría una causal de divorcio (fracción XX artículo 267 Código Civil).

Actualmente la legislación mexicana se acepta la procreación por medio de la inseminación artificial en sus diversas modalidades: Homóloga y heteróloga.

La inseminación artificial homóloga no es del todo aceptada por algunas corrientes ideológicas debido a que opinan que un hijo debe ser concebido por un acto de amor entre la pareja a través del deber carnal y por medio de esta técnica se sustituye el deber que la pareja se tiene, además las religiones consideran antimoral la obtención del semen con la masturbación y que la persona concebida no sea fruto del amor de sus padres, el hijo es producto de un contrato y de la intervención de un tercero (médico); pero a la vez llegan a aceptarla por ser una manera de ayudar a la pareja a formar una familia y satisfacen su deseo de tener un hijo sin lesionar los derechos de nadie, menos del hijo por tener. En este tipo de inseminación, se mantiene la relación genética y obstétrica del hijo.⁴²

La inseminación heteróloga no es aceptada por grupos religiosos, ya que lo consideran adulterio al intervenir otra persona además de la pareja ya que el acto conyugal es expresión del don mutuo de la pareja, en nuestra legislación no se considera adulterio ya que al inseminarse la mujer con semen de un donador no se está realizando ningún acto carnal. Lo que sí, es que para acudir la mujer a este tipo de inseminación requiere del consentimiento del varón como ya se ha mencionado. El mayor problema de esta inseminación se refleja en determinar la paternidad o maternidad del concebido ya que la figura de padre no coincide con la de progenitor.⁴³

Para determinar la maternidad no representa un problema mayor que al determinar la paternidad, debido a que el parto presume la maternidad, es decir, que el nacimiento es consecuencia del embarazo, por lo que la mujer que de a luz será la madre del nacido; aunque sea otra mujer la que aporte el óvulo, esto es, que la que gestó y parió es la madre, aún cuando biológicamente no lo sea. La filiación legal debe completarse con el reconocimiento de la madre.⁴⁴

⁴¹BRENA SESMA, Ingrid, *Op. cit.*, pág. 14.

⁴²cfr. GARZA GARZA, Raúl, *Op. cit.*, pág. 204.

⁴³cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 25.

⁴⁴cfr. IBIDEM, pág. 43.

La paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, se presume que el padre es quien fecunda el óvulo, se presume, como tendrá que hacerse siempre a la paternidad a falta de pruebas directas, que el marido o concubinario es el padre del nacido por haberlo concebido. La presunción opera siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. El varón sólo establece su paternidad por el reconocimiento que haga o por la sentencia que declare su paternidad.⁴⁵

En nuestra legislación determinar la paternidad y la maternidad se hace en referencia a la concepción. Encontramos un periodo legal de concepción de ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento. La ley nos está indicando que en relación a la concepción, para que se considere un hijo de matrimonio, tiene que haber sido concebido dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedan al nacimiento. En el supuesto de que el hijo naciera dentro del matrimonio, pero no hubiera sido concebido dentro del término legal, no habrá base biológica para la paternidad y podrá ser impugnada por objetada por el cónyuge varón.⁴⁶

El hijo en su relación jurídica familiar se encuentra establemente integrado disfrutando de una situación formal de quienes han asumido voluntariamente el rol de padres. Pero es derecho del hijo crecer dentro del matrimonio que lo concibió, tener su identidad y alcanzar la madurez.

1.4.2 Fecundación in vitro

La aceptación y utilización de la inseminación artificial entre parejas estériles, ha permitido que médicos y científicos busquen técnicas que permitan resolver problemas de esterilidad que la inseminación artificial no elimina, se han logrado técnicas cada vez más complejas por ejemplo podemos mencionar la técnica nominada: Transferencia Intratubárica de Gametos (G.I.F.T.), esta técnica permite la fecundación in vivo, fue creada por un médico argentino y consiste en la transferencia de los gametos a las trompas de Falopio, es altamente efectiva, sus desventajas radican en que se realiza bajo anestesia general y no puede ser utilizada por mujeres que cuentan con trompas de Falopio dañadas.⁴⁷

Existen muchas técnicas que se han ido perfeccionando, pero aún no se aplican con tanta frecuencia como la Fecundación in Vitro (F.I.V.) que además de ser una de las más complejas es una con mayor aceptación y disponibilidad y que a la mayoría impacta, debido a que se fecunda a la célula materna fuera de su ambiente natural (in vivo). La fecundación in vitro consiste en extraer el óvulo (gameto femenino) del ovario para que éste sea fertilizado artificialmente en el laboratorio, fuera del cuerpo de la mujer, con semen del marido o de un donador y una vez fecundado se implante en el vientre de la mujer que se ha sometido a esta técnica.⁴⁸

Esta técnica es de una gran complejidad, se necesita que la mujer se someta a una intervención quirúrgica y por lo general para obtener un porcentaje mayor de efectividad, se

⁴⁵ cfr. IDEM.

⁴⁶ IBIDEM, pág. 9.

⁴⁷ LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 127.

⁴⁸ cfr. GARZA GARZA, Raúl, *Op. cit.*, pág. 195.

requiere la obtención de varios óvulos, por lo que la mujer previo a que le extraigan los óvulos, deberá someterse a un tratamiento médicamente controlado, que a través de hormonas, se estimularán los ovarios para que al ovular, se obtenga un mayor número de gametos femeninos y cuando sea el momento adecuado, los médicos procedan a la operación.⁴⁹

Los embriones (huevo o cigoto), que se obtienen con la fecundación del óvulo y el espermatozoide en el laboratorio, en un momento clave deberán ser transferidos al útero para que alguno se implante en él.⁵⁰

Como es de observarse está técnica es sumamente complicada, no tan sólo por la dificultad que la misma representa, sino porque también es factor de una serie de problemas de gran magnitud e importancia con un gran alcance ético, moral y jurídico; por lo que he optado por dedicarle un momento más crítico y en el que profundizaré más adelante.

1.4.3 Inseminación post-mortem

Con la creación de los bancos de espermia han surgido casos en los cuales las parejas acuden a congelar el semen del varón, cuando se le tiene que extirpar los testículos o por causa de distintas enfermedades por las que pueda quedar estéril o bien por simple prevención o porque padezca alguna enfermedad grave; entonces deciden depositar el semen en estos bancos, pero se da el caso que el varón muere. La mujer acude ante las autoridades para que le permitan ser inseminada con el espermia de su pareja fallecida, creando una situación complicada, ya que la pregunta que uno se haría sería: ¿Se puede permitir el nacimiento de un niño gracias al espermia de un muerto?⁵¹

El donador es conocido, esposo o pareja de la mujer, y manifiesta su voluntad para que la inseminación se realice después de su muerte.

La legislación española la permite, pero sólo bajo ciertas circunstancias y requisitos, entre ellos, la manifestación de la voluntad del donante y que la inseminación se efectúe después de su muerte. En España los casos de nacimiento a consecuencia de fecundación asistida post-mortem el nacido será considerado hijo del marido de la madre o de quien conviva con ella siempre que concurren en el mismo las siguientes condiciones: que conste fehacientemente la voluntad expresa de ambos para la fecundación asistida post-mortem con gametos propios de cada uno de ellos, que se limite a un solo caso y que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de nueve meses después de la muerte del marido o de aquel con que la madre convivía. Dicho plazo podrá ser prorrogado por el Juez por justa causa por un tiempo máximo de tres meses.⁵²

Las corrientes contrarias sostienen que la muerte pone fin a la persona y si la inseminación se practica una vez que el donador ha muerto, ese hijo no tiene padre, puesto que ha dejado de existir.

⁴⁹cfr. IBIDEM, pág. 196.

⁵⁰cfr. IBIDEM, pág. 197.

⁵¹cfr. LEMA ANÓN, Carlos, *Op. cit.*, pág. 57.

⁵²VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Op. cit.*, pág. 114

Por otro lado las consecuencias jurídicas de la inseminación post-mortem, si la mujer viuda se somete a una inseminación con espermatozoides del marido fallecido, el hijo será sólo de ella. La personalidad concluye con la muerte, y el hijo, no tiene padre, la ley lo considera hijo nacido fuera de matrimonio, no tendría derecho al nombre ni a la herencia y menos a la vinculación parental con la familia del propietario del semen.

Por lo que resulta una contradicción que por un lado se permita la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, para constituir las relaciones biparentales y que por el otro se propicie el nacimiento de hijos sin padre. No es lo mismo que existan madres solteras o viudas de manera involuntaria que una madre en esas condiciones en forma provocada. Se condena al hijo a una orfandad deliberada.⁵³

La ley previene como principio que no podrá determinarse legalmente la filiación y reconocerse efectos y relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de la técnica regulada por esa ley y el marido fallecido, causando el material reproductor de este ni se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Sin embargo, se agrega a continuación que 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 generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.⁵⁴

Lo que faltan son normas relativas a la sucesión post-mortem del marido, cuando éste deja su semen y es utilizado por su viuda. De acuerdo con la legislación actual el concebido y el niño que nazca no tienen derecho a heredar (1314C.C.), no obstante que genéricamente sea hijo del difunto. Debe prevenirse que al dejarse el semen, autorice por escrito su utilización para después de su muerte, y fija un plazo para la inseminación de la viuda, para que surta efectos en la sucesión.⁵⁵ Por ejemplo, en España tienen capacidad para suceder todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante... si éste ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida post-mortem, el hijo que nazca de él dentro del periodo legal también se considerará concebido al tiempo de la apertura de la sucesión...la partición de la herencia se suspenderá... Si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida post-mortem, hasta que se produzca el parto o trascurra el plazo correspondiente según la ley.⁵⁶

En nuestra legislación, la inseminación post-mortem no se encuentra permitida, debido a que la personalidad de una persona, termina en el momento de su muerte entonces no podría transmitir al nacido su nombre, ni sus bienes y no se le podría considerar su hijo debido a que se presume hijo del cónyuge varón fallecido al nacido dentro de los 300 días posteriores a su muerte, entonces legalmente es imposible la aplicación de esta técnica en nuestro país, aunque tal vez, nuestros juristas podrían admitir su aplicación con las mismas condiciones que se practica en España; en lo cual yo no estaría muy de acuerdo ya que independientemente de que si el varón ya murió y no es persona y no cumpliría con la presunción del artículo 333 del

⁵³ cfr. CAZORLA GONZÁLEZ, María José, *Op. cit.*, pág. 359.

⁵⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 36.

⁵⁵ IBIDEM. pág. 38.

⁵⁶ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Op. cit.*, pág. 115.

código civil para el Distrito Federal, se estaría provocando y protegiendo la situación de que un menor naciera sin el cuidado de su padre, se concebiría un huérfano de padre, violándose su derecho de nacer en una verdadera familia y de conocer a su padre.⁵⁷ No es lo mismo a que un niño nazca huérfano por designio de la vida a que sea huérfano porque el Estado lo ha consentido y que el mismo padre lo haya dispuesto en escritura pública o testamento.

1.4.4 Maternidad subrogada

Se entiende como las prácticas destinadas a inseminar a una mujer artificialmente con el esperma del hombre contratante o que se le implante un embrión formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma del esposo de la mujer contratante, para procrear y/o sobrellevar y dar a luz al niño o bien cuando un óvulo fecundado in vitro se implanta en la madre gestante. Nacido el niño, es entregado a la mujer o pareja que encargo la gestación, renunciando la gestante a cualquier derecho maternal o de filiación con ese niño.⁵⁸

Como cada una de las técnicas existen argumentos a favor de la maternidad subrogada como la utilidad de las partes implicadas y de manera contractual, las partes son las que libremente decidieron. Desde otro punto de vista se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos por causas de estos contratos, con los cuales se comercia y son vendidos.

En nuestra legislación 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 a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad.

La calificación de dicho contrato como arrendamiento de servicios (donde la mujer que pare se obliga a efectuar una actividad), se puede calificar como arrendamiento de obra (lo que importaría sería su resultado, el hijo). No debemos olvidar que siempre debe prevalecer el derecho de un niño sobre un derecho subordinado a otros intereses. Madre será la que ha gestado.

La maternidad subrogada nos plantea problemas entre la maternidad gestante (madre sustituta) y la maternidad genética (la madre que aporta el óvulo). Puede también coincidir que la madre sustituta aporte también su óvulo, lo cual agrava el conflicto. También se presenta controversia con el varón de la pareja solicitante que puede o no aportar su gameto.⁵⁹

Suponiendo el contrato válido, la paternidad y la maternidad derivan sólo del contrato. Daría lugar a un vínculo de adopción a celebrarse al nacer el niño, en caso de que la pareja solicitante no aporte los dos elementos genéticos. Deberá adoptar quien no tenga parentesco consanguíneo con la criatura. No se infringen principios de orden público, sólo obliga a las partes. La mujer, miembro de la pareja solicitante, hubiera o no aportado su óvulo, no podrá,

⁵⁷BRENA SESMA, Ingrid. *Op. cit.*, pág. 14.

⁵⁸IBIDEM, pág. 10.

⁵⁹cfr. IBIDEM, pág. 11.

impugnar su maternidad pues la licitud y validez del contrato se impone. El esposo, no podrá objetar la paternidad. La mujer sustituta no podrá reclamar su maternidad. Es por lo que este contrato se considera inmoral e ilícito, son problemas ético-sociales.⁶⁰

La maternidad debe atribuírsele a la mujer sustituta, es decir, la gestante. Es más importante el componente de la gestación que el genético. La genética moderna no cree que todo está en los genes, sino en la interacción con el ambiente que pone en marcha el funcionamiento del programa. Sirve de fundamento el artículo 347 del Código Civil para el Distrito Federal, en términos generales dice que la persona que cuida o ha lactado a un niño y ha dado su nombre, públicamente lo ha tratado como hijo, cumpliendo con las obligaciones de un padre, podrá contradecir el reconocimiento que alguien pretenda o haya hecho del niño. Se presume que la madre es quien lo gesta. Aunque la maternidad se puede impugnar en nuestro derecho.

En el Código Civil del Estado de Tabasco, contempla la maternidad subrogada, determinando que la madre del niño será la mujer contratante y éste deberá ser su hijo legítimo.

1.4.5 Clonación

Clonación significa multiplicación: Producción de organismos de idéntica constitución genética, que proceden de un único individuo.⁶¹

El clon es un individuo genéticamente igual a otro, que comparte todos sus genes; pueden ser naturales o de laboratorio. Los clones naturales son los gemelos monocigóticos (proviene de un mismo óvulo fecundado) este proceso ocurre en el seno materno. Busca lograr el desarrollo del gameto femenino en forma autónoma, estimulado por cualquier medio. La célula con veintitrés cromosomas que contiene el gameto se duplica (resultado 46), se retira el núcleo de un óvulo no fecundado y es reemplazado por el de una célula del organismo al que pertenece el óvulo o por el núcleo de una célula de cualquier otro individuo de la especie. Se implanta en el útero de una hembra, crece generando un sujeto genéticamente idéntico a aquel al que pertenecía la célula de la que se extrajo el núcleo.⁶²

Las formas de clonación conocidas son: Clonación de preembriones extrayendo y aislando sus células o blastómeros y trasladándolas independientemente a úteros distintos y recubiertos de una membrana artificial, clonación de preembriones en fase de dos células estrangulando la membrana del preembrión para la formación de dos gemelos idénticos una vez transferidos aquellos al útero, la clonación de preembriones aislando y extrayendo sus células o blastómeros e introduciendo cada una de ellas en un óvulo al que se han inactivado y anulado previamente los cromosomas con radiaciones ultravioletas para su posterior transferencia al útero y el clonado por sustitución de núcleos, extrayendo el de un óvulo y sustituyéndolo por el núcleo de una célula somática, con transferencia posterior del óvulo al útero.⁶³

⁶⁰CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 75.

⁶¹MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 140.

⁶²cfr. CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *Op. cit.*, pág. 19.

⁶³CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *Op. cit.*, pág. 50.

Esta técnica pretende lo siguiente: Extraer los óvulos de la matriz, fertilizarlos in vitro, observar cuando comienza el desarrollo del preembrión formando un grupo pequeño de células, separar esas células subdividiéndolas, obtener varias copias idénticas del primer óvulo fecundado, favorecer la subdivisión natural de cada una de estas copias y verificar que puedan lograr su crecimiento, implantar en el útero todas las copias o sólo transferir a la mujer algunos embriones y crioconservar las restantes réplicas.⁶⁴

La aportación científica de esta técnica es muy importante ya que permitirá colocar órganos de otras especies en seres humanos, cambiando la información genética de las células de los animales (puerco) para que no provoquen reacciones inmunológicas en seres humanos, se podrían tomar una muestra celular de un paciente, corregir cualquier problema genético y hacer cultivos de neuronas para tratar el mal de Parkinson.⁶⁵

El caso de clonación más conocido en el mundo es el de la oveja Dolly realizado en Inglaterra en el año de 1996, fue de gran importancia, debido a que se trataba de un mamífero de tamaño mediano. La clonación de la oveja ha provocado que científicos de muchas partes del mundo comenzaran a anunciar la posibilidad de clonar seres humanos, al grado de que un grupo de surcoreanos anunciaron que habían clonado células de una mujer adulta hasta haber logrado un embrión, posteriormente se interrumpió el experimento. La clonación en seres humanos podría obedecer a dos finalidades: reproductiva y utilización de tejidos. En el primer caso se trataría de la clonación de un individuo completo; en el segundo caso de clonar tejidos u órganos para utilizarlos en trasplantes.⁶⁶

El embrión obtenido por la técnica de la clonación con el fin de obtener órganos, sería destruido previa la extracción de células que serían congeladas para crear tejidos.⁶⁷

La producción de individuos genéticamente idénticos por estos métodos no podría justificarse éticamente, toda vez que la manipulación de un futuro individuo es condenable, aparte de que no existen problemas especiales de la investigación que sólo puedan resolverse por experimentos de este tipo realizados en el hombre. En México está prohibida cualquier tipo de clonación a pesar de los logros terapéuticos que se podrían conseguir con la aplicación de esta técnica, pero es más fuerte y peligroso el problema moral, social, cultural y natural que pueda provocar, por lo que por el momento es congruente el que se niegue su aplicación.

1.5 La fecundación in vitro y sus variantes

La denominación in vitro se debe a que la unión entre el óvulo y el espermatozoide se produce no de manera natural, es decir, no en la trompa de Falopio, sino se lleva a cabo en un laboratorio. Una vez fecundados los ovocitos, los embriones conseguidos serán transferidos al útero de la mujer para su desarrollo de forma natural. "Por otra parte la microinyección espermática (ICSI), consiste en introducir un espermatozoide en cada ovocito, una vez fecundados los ovocitos, mediante microinyección espermática, serán transferidos al útero de

⁶⁴cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 141.

⁶⁵LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 110.

⁶⁶cfr. LEMA AÑÓN, Carlos, *Op. cit.*, pág. 67.

⁶⁷IBIDEM, pág. 68.

la mujer, para que continúen su desarrollo de manera natural. La dificultad que tiene el ser humano de implantar el embrión y seguir adelante el embarazo es muy alto. En la fertilización in vitro, la transferencia de un embrión puede resultar entre 11 y 13.7% de posibilidades de llegar a término en mujeres menores de 37 años. La calidad de embriones tanto de los producidos in vivo como los in vitro, depende de la calidad de los gametos que se encuentren en la fertilización.⁶⁸

La realización de la fecundación in vitro al igual que cualquier otra técnica de reproducción, requiere de una completa información a los usuarios de la misma y su aceptación libre, consciente, expresa y por escrito. Requiere se les informe las consecuencias de la misma, sus posibles resultados, los riesgos previsibles y todas las consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico que los pudiera afectar. La mujer sola puede acceder por si misma a la fecundación in vitro mediante semen de donante, toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley, siempre que hay prestado su consentimiento y cumpla con mayoría de edad y plena capacidad de obrar.

Se requiere el consentimiento expreso del marido o del concubino antes de la utilización de las técnicas de manera libre, expreso y formal, para obligarle a que la paternidad sea irrevocable, incluso si la fecundación ha sido lograda con semen de un donador y así se le impida impugnar la filiación del hijo nacido.⁶⁹

La fecundación in vitro como ya se mencionó puede ser homologa o heteróloga, es decir, puede efectuarse únicamente con gametos de la pareja o también utilizarse gametos portados por donadores, que no deberán tener antecedentes familiares de malformaciones, enfermedades hereditarias o congénitas y que sean transmisibles; cuando sea una mujer donante no podrá ser mayor de 35 años y el donador varón no podrá ser mayor de 50 años.

Existen las siguientes posibilidades: Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con gametos suyos y de su pareja, transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero, 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, transferencia a la mujer miembro de la pareja fecundados con óvulos de una tercera y espermatozoides de un tercero; también podrían darse los mismos casos anteriores pero que se implante a otra mujer para la gestación (maternidad subrogada), lo cual nuestra legislación no permite.⁷⁰

Existen otras variantes de la fecundación in vitro conocidas como NORIF y SCORIF la fecundación tiene lugar en una pequeña cápsula plástica donde se introducen óvulos y espermatozoides, y que es introducida en la vagina de la mujer.⁷¹

⁶⁸LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 79.

⁶⁹cfr. CHAVEZ ASECIO, Manuel, F. pág. 61.

⁷⁰LEMA AÑON, Carlos, *Op. cit.*, pág. 48.

⁷¹IBIDEM, pág. 52.

1.5.1 Breve reseña histórica de la aplicación de la fecundación in vitro

En 1944 en Estados Unidos logran fecundar tres óvulos, alcanzando dos de los cigotos el estadio de dos células y el tercero, que era el par más normal de una división previa de un óvulo fecundado en dos, tres. En 1953 estos investigadores logran el desarrollo de un preembrión obtenido por el mismo método, el que progresa hasta alcanzar el estadio de mórula (segundo estadio de evolución), alcanzando 16 células, en un humano se logra a los tres o cuatro días después de la fecundación. Así continúan las investigaciones en ratones hasta que en 1957 A. McLaren y J.D. Biggers logran el nacimiento de ratones adultos sin anomalías.⁷²

Los antecedentes más vinculados con la utilización de la técnica de fecundación in vitro en humanos, son cuando en 1949 dos biólogos obtuvieron cuatro embriones normales a partir de ovocitos que fueron expuestos a espermatozoides. En 1969 aplicó el momento óptimo de maduración de dos células germinales humanas (ovocito y espermatozoide) y así obtuvo embriones. En el año de 1971 surgió la idea de tratar hormonalmente a la mujer para obtener un óvulo por vez y así mejorar los resultados. Hasta que el 25 de julio de 1978 nació Louise Brown, la primera niña concebida por fecundación in vitro, este nacimiento fue llevado a cabo por el biólogo Robert Edwards y por el ginecólogo Patrick Steptoe.⁷³

En todo el mundo se dio a conocer una noticia que cambiaría con los progresos de las técnicas médicas y bioquímicas, en una clínica inglesa en la ciudad de Manchester, nació una niña que no se había producido conforme al orden de la naturaleza, sino de manera “artificial”.⁷⁴

Unos meses después, el 3 de octubre de 1978, en Calcuta un matrimonio indio recibía su primogénito concebido con el mismo método. En Glasgow, Escocia, el 14 de enero de 1979, nació el primer varón concebido en probeta que fue bautizado como Elaister Montgomery.

Para darnos una idea de la aceptación de esta técnica por las parejas estériles y su efectividad, hoy en día, nada más en el país de Francia han nacido más de 20,000 niños.⁷⁵

La ciencia inició a cumplir el sueño de muchos y no tan sólo podía ayudar a las parejas estériles sino que con esta técnica se podía seleccionar el sexo del por nacer y ayudar aquellas parejas que transmitían enfermedades graves hereditarias a través del sexo como es el caso de la miopatía que sólo afecta a los varones. En el Hospital Hammersmith de Londres, los embriones obtenidos por F.I.V. después de haber tomado y analizado una célula para determinar el sexo, hubo un diagnóstico preimplantatorio así que sólo se implantaron en el útero los de sexo femenino. Los embriones masculinos fueron congelados en espera de que se desarrollen técnicas que permitan distinguir los embriones masculinos sanos de los enfermos.⁷⁶

⁷²CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 41.

⁷³LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 118.

⁷⁴MASSAGLIA DE BACCIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 56.

⁷⁵LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 119.

⁷⁶IBIDEM. pág. 144.

Es una aceptación tal que existe una cifra alta desde el nacimiento de la primera niña in vitro por lo que el jurista no puede mostrarse ante una realidad indiferente.

1.5.2 Los problemas para procrear atendidos por la fecundación in vitro

Esta técnica sólo puede llevarse a cabo cuando exista la posibilidad razonable de éxito y no ponga en riesgo grave la salud de la mujer o de la posible descendencia. Las personas que pueden hacer uso de esta técnica deben cumplir con ciertos requisitos: ser mayores de edad y en buen estado de salud psicofísico, haber aceptado de manera libre y consciente y estar debidamente informadas y asesoradas.

Esta técnica está indicada para tratar a mujeres con esterilidad no ovárica, sin perjuicio de una mujer que no posee ovarios, se podría recurrir a los óvulos de una donante, que podrían fecundarse con los espermatozoides del marido de aquella; el embrión producto de esa unión, implantarlo en el útero de la mujer infértil, logrando su maternidad. También podría realizarse en los casos de riesgos genéticos que pudieran transmitirse, como en enfermedades congénitas transmisibles por razón del sexo, como es el caso de los varones en la hemofilia; se escogerían embriones con sexo femenino para trasplantarse y así no padecer esta enfermedad.⁷⁷

Otros factores determinantes son: la enfermedad tubárica no reversible que compromete a ambas trompas de Falopio, la endometriosis rebelde al tratamiento médico y quirúrgico, la ligadura profiláctica de las trompas, trastornos ovulatorios, el factor inmunológico, la esterilidad aparente, factores cervicales, la ligadura de los conductos deferentes en el hombre, caso típico de esterilidad voluntaria masculina, disminución del número, movilidad y anomalías en los espermatozoides; como que el semen no pueda penetrar el moco cervical.⁷⁸

Las causas tubáricas representan el 72.4%, la endometriosis el 8.7% y las esterilidades sin causa aparente un 13.1% de los casos de esterilidad en parejas.

No se logra el embarazo debido a problemas de cualquier índole en la trompa de Falopio, ya que impide que el óvulo fecundado llegue al útero y al no anidar muera.

Otro factor es por causa desconocida de infertilidad o esterilidad. La finalidad en si debe ser únicamente terapéutica, para ayudar aquellos desdichados que con amor buscan y esperan un hijo. Por lo que esto no debe buscar un problema ético ya que sólo busca corregir una deficiencia natural, el verdadero problema es el destino de los embriones que más adelante se expondrá.

Las posibilidades de solucionar los problemas de esterilidad con el recurso de la fecundación in vitro ha aumentado un 5%, es decir que antes el porcentaje de éxito era en un 30%, ahora

⁷⁷cfr. BARBERO SANTOS, Marino, *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Editorial Artes Gráficas Benzal, Madrid, España, 1989, pág. 85.

⁷⁸cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 57.

oscila alrededor de 35%, 40%. Las parejas al ver el resultado positivo, están satisfechas de haberse sometido a tantos sacrificios.⁷⁹

1.5.3 Desarrollo de la fecundación in vitro y la transferencia de embriones

Antes de comenzar con el tratamiento, la mujer debe ser sometida a algunos estudios, para determinar si la cavidad uterina es apta para recibir un implante de embriones, en el hombre se hacen estudios para determinar la calidad del espermatozoides, también se les hacen estudios para detectar alguna infección o si padecen SIDA.

A la paciente se somete a una laparoscopia (incisión quirúrgica del abdomen) y para ello requiere ser internada. Para obtener una cantidad de óvulos que pueda aumentar las posibilidades de éxito, y poder trabajar con varios óvulos y no con uno que es lo que habitualmente produce la mujer, se prepara a la paciente estimulando los ovarios con un tratamiento hormonal para que le maduren varios óvulos en un solo ciclo. Lograda la poliovulación (se obtienen entre 10 y 20 óvulos), se somete a la mujer a una verdadera operación quirúrgica, llamada laparoscopia y así extraerle los óvulos.⁸⁰

Se efectúa una incisión debajo de la fosa umbilical, para introducir el laparoscopio, una aguja de unos 40 centímetros de largo atraviesa y con un sistema de aspiración, se punza el folículo y se opera el sistema aspirando el líquido folicular que contiene los ovocitos. Los óvulos se colocan en cápsulas para poder prepararlos y clasificarlos de acuerdo al estado de madurez que poseen. Luego se colocan en una estufa gaseada para continuar su maduración.⁸¹

Al mismo tiempo se obtiene el semen después de un periodo de abstinencia sexual, necesario para la fertilización, se prepara en el laboratorio y ya listo, se deposita junto con los ovocitos ya maduros. Se dejan transcurrir unas horas y se vuelve a observar al microscopio si se ha producido la fertilización. Una vez fertilizado el óvulo, se forma el cigoto o huevo, cuando alcanza un número de cuatro a ocho células (dos o tres días después de la fecundación), se efectúa la transferencia de los embriones que mejor desarrollo puedan lograr en la cavidad uterina.

El éxito de la fecundación en la probeta es alrededor de un 75%, de los embriones obtenidos habrá una parte que demuestre menos vitalidad o un desarrollo más deficiente, los embriones son sometidos a un diagnóstico con la finalidad terapéutica propiciando su bienestar y favoreciendo su desarrollo, no es conveniente transferirlos si se considera no viable o se detectan enfermedades hereditarias, esos embriones no serán implantados.

La experiencia demostró que si bien era positivo transferir al útero más de un óvulo fecundado, aumentando así las posibilidades de lograr un embarazo, tal transferencia no debía involucrar más de tres o a lo sumo cuatro embriones, ya que un número mayor planteaba el riesgo de un embarazo múltiple con mínimas chances de prosperar hasta su término.

⁷⁹cfr. LEMA AÑON, Carlos, *Op. cit.*, pág. 45.

⁸⁰cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 58.

⁸¹Cfr. BARBERO SANTOS, Marino, *Op. cit.*, pág. 94.

Desgraciadamente al implantar un solo embrión disminuye la posibilidad de obtener exitosamente un embarazo, por ello se requiere implantar más de uno ya que por cada embrión extra incrementa un 8% la posibilidad de lograrse un embarazo.⁸²

Se depositan o transfieren los cigotos en el útero, donde se busca que logren anidar. Existe el riesgo que todos los embriones que sean transferidos logren anidar, provocando embarazos múltiples. Para la transferencia de embriones se requiere limpiar el cuello uterino, el catéter se pasa a través del cerviz, cuando se encuentra en la profundidad óptima, se procede a la transferencia presionando el émbolo de la jeringa, cuando hay varios embriones se intercala entre ellos una burbuja de aire, realizada la transferencia, la mujer permanece en cama durante cuatro a seis horas.⁸³

Previa a la transferencia, los embriones obtenidos, mediante esta técnica pueden extraerse sus células y realizarles estudios para descartar una anomalía cromosómica enfermedad genética.

Los abortos precoces presentes en esta técnica deben ser comparados con lo que acontece en la misma naturaleza. Es posible que la mujer usuaria revoque su consentimiento a la realización de las técnicas en cualquier momento y una vez ocurrida la fecundación o la transferencia del embrión, y sobre todo después de la implantación en el seno materno, existe un grado de protección elevada del propio embrión, no se puede suspender el embarazo.⁸⁴

1.5.4 El destino de los embriones no implantados

Los embriones que no se implantan son denominados *embriones sobrantes* o *supernumerarios*, los cuales son congelados, es decir, son crioconservados, se conservan a bajas temperaturas durante meses o años, para ser utilizados más adelante en la misma paciente, si falla el primer intento, o en caso de que no fuera posible dicha donación a otras parejas (adopción de embriones) y sólo para el caso de que no fuera posible dicha donación el destino de los embriones podría ser la investigación, una vez que se hayan cumplido los plazos legales para la conservación de estos y en buena parte de los casos son destruidos luego de haber transcurrido cierto tiempo.⁸⁵

Algunas leyes permiten la donación, investigación, experimentación y tecnología genética en los embriones sobrantes.

Para algunas corrientes la crioconservación de embriones constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, por cuanto les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física, les priva al menos de la gestación materna y los pone susceptibles a lesiones y manipulaciones.

⁸²MARIS MARTÍNEZ, Stella, *Manipulación Genética y Derecho penal*, Editorial, Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, pág. 43.

⁸³cfr. LEMA AÑÓN, Carlos, *Op. cit.*, pág. 265.

⁸⁴cfr. IBIDEM, *Op. cit.*, pág. 63.

⁸⁵MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 65.

Los embriones pueden ser utilizados para hacer una investigación terapéutica, es decir, curar algo que tengan y luego implantarlos, o no terapéutica, para destinarlos a la investigación en beneficio de la ciencia y de la humanidad y por causa de este proceso o bien simplemente su destino sea el de ser destruido. La investigación de los embriones no debe realizarse más allá de los catorce días después de la fecundación y estos embriones no podrán ser transferidos después de realizada la investigación.⁸⁶

En cuanto a la crioconservación de embriones debe ser por decisión de la pareja y por un tiempo determinado, que no exceda de tres años y si no son implantados en ese tiempo, entonces debe proceder su descongelamiento y dejarlos morir. Al limitar el número de embriones a procrear se evitaría la crioconservación o selección de embriones, sin que la técnica sea intentada por más de tres veces.

La crioconservación de embriones humanos se realizó por primera vez en 1981 por un grupo de australianos TROUNSON, recurriendo a embriones de cuatro a ocho células que tras ser introducidos a un medio crioprotector, se someten a una reducción de temperatura progresiva a razón de 2 grados centígrados por minuto, hasta alcanzar -6 grados centígrados, a partir de cuyo momento se produce el trasvase al medio de nitrógeno líquido. A su vez, la elección de uno u otro de los procedimientos exige un proceso diferente de descongelación. Los embriones congelados mediante el procedimiento rápido en baño de agua a 30 grados centígrados. Los embriones sometidos al proceso de congelación lenta se descongelan a razón de 10 grados centígrados por minuto de elevación de la temperatura entre -80 grados centígrados y 4 grados centígrados, de donde luego son transferidos a un baño de 30 grados centígrados. En ambos casos los embriones son posteriormente cultivados en estufa a 37 grados durante cuatro a doce horas, siendo en este punto sometidos a una valoración morfológica microscópica, los normales serán transferidos al útero.⁸⁷

El 10 de abril de 1984, nació en Australia la primera niña de un embrión previamente congelado.

La donación de embriones constituye un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado y quien recibe los embriones. La donación de los embriones no implantados, puede tener fines de diagnóstico, terapéutico, de investigación o experimentación, solo podrá autorizarse en los términos que establece la ley. Los embriones como ya se mencionó pueden ser donados a parejas para que se implanten. Los donantes deberán expresar conscientemente de manera libre el deseo de donar los embriones y son los que deciden el destino que estos sufrirán, en caso de no hacerlo, cuando los embriones queden al cuidado de la institución, ésta es la que decide su destino.

El riesgo de aborto o malformaciones en el recién nacido por utilizar un embrión descongelado no es superior al de una concepción natural.

⁸⁶cf. IBIDEM, pág. 67.

⁸⁷CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 34.

Por todas las razones que se han manifestado muchos juristas y doctrinas se encuentran en contra de la fecundación in vitro, debido a que consideran que van los derechos de los padres sobre el de los hijos, atenta contra la vida humana, es decir, contra la vida del hijo; consideran que sólo se busca por cualquier medio satisfacer el deseo de los padres, sin importar que el hijo no se desarrolle dentro de su familia genética, atentando con su derecho a la identidad, su derecho a conocer sus genes; como es el caso de la fecundación in vitro heteróloga, o bien que mujeres solas puedan acudir a esta forma de reproducción y que el hijo nazca sin un padre cuando es uno de los derechos del hijo nacer en un entorno familiar óptimo al lado de un padre y su madre para lograr un desarrollo total.

Es un problema el que se les congele se ha incrementado pues existen tan sólo en España más de un millar de embriones criopreservados.⁸⁸

1.5.5 Las ventajas y desventajas de la fecundación in vitro

La ventaja fundamental el que proporciona a la actuación médica la oportunidad de atacar la esterilidad humana para facilitar la procreación y a pesar de que la fecundación in vitro se considera inmoral por el lucro que se puede obtener de ella, muchos consideran que es más benéfica que perjudicial ya que aporta muchos conocimientos del nacimiento y de las enfermedades genéticas.

La fecundación in vitro es de gran relevancia para la detección de enfermedades genéticas o hereditarias, que se transmiten de generación en generación, permitiendo dar lugar a la investigación en un mundo en el que se estima que existen tres mil enfermedades de origen hereditario y que a la fecha aún no han sido erradicadas. Para MARÍA VALERIA MASSAGLIA DE BACIGALUPO, “la investigación en embriones no es una crueldad, ya que es mayor crueldad no contribuir u obstaculizar la investigación científica tendiente a acabar con el sufrimiento de enfermos mentales, enanos, ciegos, diabéticos y todas aquellas enfermedades que en un futuro puedan a través de los avances científicos erradicarse y convertir a los enfermos en seres sin defectos orgánicos y funcionales.

Es una ventaja de esta técnica el que se pueda ayudar a prevenir enfermedades en el desarrollo de la vida fetal y mejorar la condiciones de la vida. Los avances son inimaginables como el que al extraer ciertas células a los embriones se puedan crear órganos o bien obtener células embrionarias para ayudar a tratar enfermedades como el Parkinson y la diabetes.⁸⁹

Es positivo en la fecundación in vitro que los resultados pueden considerarse favorables ya que no han existido malformaciones o muertes fetales.

Uno de los principales problemas que se plantea a consecuencia de la aplicación de esta técnica es, si con la transferencia de un solo embrión la posibilidad de obtener un embarazo es baja, por lo tanto se necesitan de tres o cuatro embriones para que se implante por los menos uno, por lo que resulta prescindible una transferencia múltiple, requerida no como fin pero si

⁸⁸cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 177.

⁸⁹LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 144.

como medio, siendo un problema determinar el número de embriones que debe ser implantado, prevaleciendo el número ideal entre tres y cuatro embriones. Si son cuatro los embriones obtenidos, se transfieren y resuelto, pero cuando es mayor la cantidad de óvulos fecundados, el médico sólo transferirá los óptimos para ser fecundados, si transfiere todos, corre el riesgo que todos se implanten y al ser un embarazo múltiple (más de dos fetos) existan demasiadas complicaciones o bien no transfiere todos y quedaran embriones sobrantes.

Otros riesgos que se pueden sufrir por hacer uso de esta técnica es el síndrome de hiperestimulación ovárica, formación de quistes, un embarazo ectópico (fuera del útero), infección genital, hemorragias, punción de un asa intestinal, torsión ovárica, se puede relacionar la estimulación ovárica con casos de cáncer, problemas generados por la anestesia y contaminación; así como riesgos psicológicos en la pareja (ansiedad, depresión).⁹⁰

Durante el embarazo pueden presentarse complicaciones como abortos, muerte prematura del feto, parto múltiple y parto anticipado.

Desde mi punto de vista el problema más difícil que conlleva la fecundación in vitro es que los embriones no implantados son congelados e inicia una interrogante para la moral, la ética, la ciencia y para el ámbito jurídico, en qué momento comienza la vida humana, qué clase de tutela jurídica es la consideramos necesaria, ¿Es ser humano el óvulo fecundado?

Si estimamos que el preembrión no reúne ninguna de las cualidades necesarias como para ser considerado un ser humano, ni merece, por otra parte, ningún tipo de protección especial, aunque más no sea como vida humana en formación, no surgirá conflicto alguno en la concreación del descarte, nos hallamos frente a un supuesto de eugenesia activa.⁹¹

Para muchas doctrinas esta técnica vulnera la dignidad humana al pasar de alguna manera las personas a ser tratadas como si fueran objetos, el embrión humano, en lugar de ser tratado dignamente se llega a tratar como un objeto, un simple medio para que los padres satisfagan el deseo de tener un hijo; sin importarles que los embriones son desechados o son sometidos a una selección, eliminándose los que no son lo suficientemente aptos para lograr implantarse, se congelan y muchas veces no se implantan por lo que generalmente su fin será ser destruidos.

La fecundación in vitro, vulnera derechos fundamentales de las personas, tales como el de nacer en el seno de una familia normalmente constituida; el de no ser utilizado como experimento de laboratorio, el de no ser disociado en el tiempo del proceso natural de gestación, como en el supuesto de congelación del embrión, pues contrariamente a lo que resulta de la naturaleza, que establece un periodo de gestación de nueve meses, en el laboratorio se hace esperar a los embriones a veces años, con el peligro de morir.⁹²

⁹⁰cfr. LEMA AÑON, Carlos, *Op. cit.*, pág. 70.

⁹¹MARTÍNEZ MARIS, Stella, Maris. *Op. cit.*, pág. 43.

⁹²SAMBRIZZI, Eduardo A., *Op. cit.* pág. 26.

No existe base científica para pensar que el riesgo de malformaciones o dificultades en el desarrollo sea mayor con la fertilización técnica que en la concepción natural, en comparación con bebés nacidos por embarazos espontáneos.

El diagnóstico para evitar enfermedades hereditarias transmisibles por el sexo, no debe ser permitido para seleccionar el sexo del por nacer nada más porque en ciertas culturas se prefiera más tener un hijo que una hija, pero estoy completamente de acuerdo que se permita la selección del sexo para evitar transmitir enfermedades que se relacionan con el sexo como es el caso de la hemofilia.⁹³

Desde mi punto de vista y como ya he mencionado, las técnicas de reproducción asistida en general han sido de gran utilidad para el hombre debido a que permiten muchos avances en el conocimiento biológico del ser humano, logrando que los científicos y los médicos no tan sólo ayuden a realizar el sueño de las parejas de convertirse en padres, sino que gracias a las investigaciones que se encuentran alrededor de éstas, se han desarrollado tratamientos para prevenir y curar enfermedades que no han podido ser radicadas, o eliminar la transmisión genética de éstas, para así mantener una vida más digna y que sus condiciones sean aún más óptimas para extender la posibilidad de vida en los seres humanos.

Desgraciadamente no todos los avances tecnológicos son completamente positivos, ya que por intereses personales de cada individuo, se llegan a presentar casos de malos manejos, no todos los científicos y médicos gozan de una ética respetable y habilidosamente quebrantan las limitaciones que la misma vida y la propia naturaleza nos imponen, sin importarles las consecuencias que puedan provocar en los seres que tienen en sus manos y que se encuentran bajo su cuidado, llegando a producir posibles alteraciones y daños irreversibles en éstos. Por las manifestaciones realizadas, es necesario que exista una reglamentación amplia sin lagunas que posteriormente pongan en riesgo al hombre.

De todas las técnicas en particular, es de vital importancia referirnos más ampliamente a la fecundación in vitro, no tanto por todos los grandes logros que ya mencioné, ni por ser una de las técnicas más avanzada que hay, sino porque es causa de uno de los problemas, éticos y jurídicos más elevados que se ha venido presentando a partir de su aplicación, me refiero a la situación de los embriones sobrantes. No considero conveniente prohibir la aplicación de esta técnica que bien o mal ha permitido logros positivos para la medicina y para las parejas, pero si creo que se deben dar opciones claras y efectivas para brindar a los embriones oportunidades de desarrollo pleno o bien que su creación tenga un fin útil para todos, es por ello que el siguiente capítulo será de gran importancia y de gran reflexión ya que estará dedicado al valor que se le debe dar al embrión y por lo tanto la protección a la que pueda ser merecedor.

⁹³LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 144.

CAPÍTULO II

EL EMBRIÓN HUMANO COMO ENTIDAD MEREDEDORA DE PROTECCIÓN JURÍDICA

La fecundación in vitro como ya se sabe, no tan sólo es una técnica más de reproducción asistida con grandes y buenos resultados, sino ha aportado grandes avances a la biotecnología; permitiéndole a los médicos y científicos investigar más sobre posibles curas en enfermedades que hoy en día son mortales (mal de Parkinson, cáncer; entre otras) y ha ayudado a la prevención de enfermedades genéticamente transmisibles (como la hemofilia) así también permite el estudio en embriones para comprender todo lo desconocido respecto a la fertilización y saber más sobre el desarrollo biológico del hombre y su información genética.

Desgraciadamente existen diversos cuestionamientos en torno al manejo de los embriones, en especial sobre aquellos que sobran tras una fecundación en el laboratorio y no son implantados en el útero de la mujer que se somete a este tratamiento, las preguntas que se hacen los juristas alrededor de este tema son: ¿Se debe investigar en los embriones o no, se deben congelar (crioconservar) o peor aún, se deben destruir? Estas preguntas son el resultado de no saber con certeza cuándo inicia la vida en un ser humano, cuándo se debe considerar que es ya una persona, un humano. Por ello es necesario para llegar a opinar respecto del destino que se debe dar a los embriones sobrantes en la práctica de esta técnica conocer jurídicamente lo que es la persona, su personalidad, la protección jurídica a la que tiene derecho y otras situaciones alrededor de esta materia; así como conocer lo que es el embrión, si hay vida en él o no y si debe ser jurídicamente protegido; por lo que en este capítulo se desarrollan los conceptos necesarios para tratar de responder las preguntas que se han planteado.

2.1 La persona física y su capacidad jurídica

El diccionario de la Real Academia Española define al término persona como: individuo de la especie humana, supuesto inteligente, sujeto de derecho. El origen del vocablo se remonta a Grecia y a Roma, en donde se denominaba personas a las máscaras o caretas que llevaban los actores para desempeñar distintos papeles teatrales y en un sentido figurado su significado era para identificar a los personajes que se ocultaban detrás de las máscaras y que los actores les tocaba representar, siendo una variedad de papeles que una persona puede desempeñar en la sociedad por lo que persona es la pauta de relaciones de derechos y deberes. La persona es un ser racional y libre.⁹⁴

No se puede hablar de hombre sin cuerpo, sin el material biológico, no hay hombre sin cuerpo, no hay persona sin un cuerpo que lo contenga. La persona es un animal racional, forjador de su destino, un ser pensante, único e irreplicable, insustituible, con conciencia de elección y con libertad, con un sentido de responsabilidad de sí y ante todos, abierto a la trascendencia con una interioridad, es individuo (existe en sí mismo un ente singular), de la

⁹⁴LOYARTE, Dolores, Op. cit., pág. 203.

especie humana.⁹⁵ Lo más importante es el respeto que se le da a su esencia humana desde principio a fin. La esencia es la unidad primaria de donde brota todo lo accesorio, la esencia es la forma, la esencia propia del hombre es el individuo mismo, es un ente de razón. Para KANT el hombre no es una cosa, ese no es su fin, no es un simple medio sino un fin en sí mismo.⁹⁶

Las cosas son objetos corpóreos (se captan por los sentidos) o incorpóreos (no los captan los sentidos), que pueden tener un valor, las cosas son bienes que bonifican, otorgan felicidad y provecho, éstas pueden estar fuera o dentro del comercio (artículos 1824 y 1825 del Código Civil para el Distrito Federal). El cuerpo humano no es cosa (no tiene valor económico), tampoco es un bien; no puede disociarse del sujeto, es más bien un derecho del sujeto, un atributo innato, es un complemento de la persona es parte de su esencia. El hombre por sí es un valor.

El hombre constituye la persona física, también llamada persona jurídica individual. Y por persona jurídica debemos entender al ente capaz de derechos y obligaciones, es decir, el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes, de intervenir en las relaciones jurídicas, de ejecutar actos jurídicos, en una palabra, el ente capacitado por el derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo en dichas relaciones.⁹⁷ Por lo tanto la persona es el sujeto de derecho, todo ente es centro de derechos y obligaciones debido a que es y existe.

En el derecho se distinguen las personas físicas de las morales, de tal manera que existe la persona jurídica individual y la colectiva, ambas tienen facultades y deberes reconocidos; en realidad la que nos interesa para nuestro estudio es la persona física ya que constituye el hombre, mientras que la persona moral, constituye una entidad sin realidad material o corporal (ficción legal). El Código Civil del Distrito Federal en su artículo 25 enuncia las distintas personas morales y estas son: La nación, el Distrito Federal, los estados y municipios, corporaciones públicas reconocidas por la ley, sociedades civiles y mercantiles, sindicatos, asociaciones profesionales y todas aquellas que enuncia la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal, sociedades cooperativas, mutualistas, asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidas por la ley y también las personas morales extranjeras de naturaleza privada.⁹⁸ Considero esta información como un simple repaso, pero no podemos desviarnos de nuestro tema, como ya lo dije para determinar los cuestionamientos en torno al embrión sólo nos compete estudiar la persona física debido a que la realidad material de esta persona es el hombre.

Retomando el tema de la persona física, podemos definir a ésta como el centro de deberes, normas, facultades y actos jurídicos, físicos, psíquicos o sociales. La persona es entendida como un *status* inherente al hombre, no depende de lo que diga el ordenamiento jurídico sino

⁹⁵cfr. IBIDEM, pág. 157.

⁹⁶VILA-CORO, BARRACHINA, María Dolores, *Introducción a la biojurídica*, Facultad de Derecho, Madrid, España, 1995, pág. 108.

⁹⁷ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil I introducción, personas y familia*,. Editorial Porrúa, S.A., 33ª. ed., México, 2003, pág. 75.

⁹⁸cfr. IDEM.

de la condición de ser humano racional, la persona es el hombre, es todo individuo de la especie humana. La persona no debe depender del derecho ya que éste es quien está al servicio de la persona y no ella al servicio del derecho.

KELSEN define a la persona jurídica como la personificación del conjunto de normas relacionadas con los derechos, obligaciones y actos del ser humano. Para KELSEN, el hombre como persona jurídica es algo distinto del hombre como organismo. Lo que debe de importar del hombre no es tanto su función biológica, física y psíquica sino en la materia del derecho lo que más importa son sus actos de su conducta, por lo que la persona es el centro del derecho, el sujeto es al que se le imputan los actos, por lo que al derecho sólo le importan los actos jurídicos (actividades que están dentro de la norma y se manifiestan como derechos y obligaciones).⁹⁹

Para FERRARA, la persona es el sujeto de obligaciones y derechos, es una creación del orden jurídico, son tan sólo categorías jurídicas no realidades depende del sujeto que se quiera personificar.¹⁰⁰

Los atributos de la persona física son: Capacidad jurídica (capacidad de goce y de ejercicio), estado civil (situación jurídica que guarda la persona en relación con la familia), domicilio (lugar en que una persona reside habitualmente para radicar en él).

La persona por sí misma es un valor absoluto, la dignidad de la persona se compone de la razón, la libertad y su dimensión trascendental, no siendo un derecho sino el origen de todos los derechos, de su calidad y de su valor. La persona no puede ser considerada un objeto de relaciones. El hombre al ser un sujeto racional está dotado de inteligencia por medio de la cual conoce el significado de la libertad y conociendo la trascendencia de sus actos y por lo tanto el significado de responsabilidad.¹⁰¹

Con estas aseveraciones podemos concluir que si se respeta la dignidad de la persona, se respeta la libertad, por lo que la libertad es el modo de ser de la persona. Los derechos fundamentales e inviolables, se encuentran inherentes a la dignidad y al valor de la persona humana, la dignidad busca en los derechos lo cualitativo no lo cuantitativo. La dignidad va a variar de acuerdo a las culturas y creencias, pero todos buscan mayor dignidad para la persona. En resumen la dignidad significa excelencia que debe radicar en el ser. La potencia del ser puede obrar para crecer o decrecer y realizar la moral del hombre, lo cual reside en la dignidad.

Los derechos inherentes a la persona son; naturales, innatos, irrenunciables, los lleva consigo desde su origen, buscan la existencia de la persona, el derecho tan sólo los reconoce; estos son: Derecho a la vida, derecho a la propia identidad personal (ser humano único), derecho a la libertad (determinar el sentido a su vida), derecho a la intimidad personal y familiar, derecho

⁹⁹cfr. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, *Op., cit.*, pág. 251.

¹⁰⁰cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op., cit.*, pág. 82.

¹⁰¹cfr. VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores, *Op., cit.*, pág. 185.

a la integridad física y moral, al domicilio, el derecho al honor, derecho a la protección a la familia. El hombre es un individuo insustituible.¹⁰²

La persona física goza de capacidad jurídica (atributo de la persona), se habla de la capacidad como una cualidad de la persona, es la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y en este sentido amplísimo, todo hombre es capaz, pues todos por el sólo hecho de existir y aun antes de nacer, pueden ser titulares de derechos y obligaciones. Se entiende la capacidad como una aptitud reconocida al sujeto de modificar su situación jurídica mediante su voluntad.¹⁰³

La capacidad jurídica emana de la personalidad de la persona y está constituida por la capacidad de goce y por la capacidad de ejercicio. La capacidad de ejercicio puede faltar (incapacidad), pero la capacidad de goce es esencial e imprescindible de toda persona sin ella no existiría la personalidad. Cuando la persona no goza la capacidad de ejercicio, la capacidad jurídica no es total sino parcial. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, si se pierde no hay personalidad y por lo tanto no hay capacidad de actuar. Por lo que el sujeto es el centro de obligaciones y derechos, la capacidad da lugar al centro ideal de imputación si desaparece, desaparece el sujeto. La capacidad jurídica en sentido amplio no es otra cosa que la personalidad jurídica. La personalidad jurídica es el papel que representa el hombre ante el Derecho.¹⁰⁴ Mientras que la personalidad es el rol del hombre ante la sociedad.

En el código civil para el Distrito Federal, la capacidad de goce existe en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas; en los menores de edad, en los mayores de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales y mayores sujetos a interdicción (locura, idiotismo, imbecilidad o uso de drogas enervantes).

La capacidad de ejercicio se define como la posibilidad de hacer valer derechos directamente, contraer deberes y ejercitar acciones actuando a nombre propio, cuando no hay capacidad de ejercicio se requiere de un representante, es decir, los incapaces ejercitan y actúan por medio de otro, es decir, son sujetos titulares de derechos y obligaciones, pero que no pueden modificar su situación jurídica por su propia voluntad y por ello la necesidad de ser representados (artículo 23 del código civil).¹⁰⁵ La incapacidad de ejercicio corresponde a el concebido no nacido (representación por parte de los padres); a los menores no emancipados (representación de los padres o tutores); a los menores emancipados (pueden realizar sin representación actos de administración, pero no pueden comparecer en juicio, requiere de tutor al igual que en dominio de inmuebles pero si puede en muebles, así como requiere de consentimiento para contraer matrimonio); y a mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas por las causas ya explicadas (no

¹⁰²cfr. LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 172.

¹⁰³PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La persona en el derecho civil mexicano*, Editorial Panorama Editorial, 2ª. ed., México, 1991, pág. 136.

¹⁰⁴VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores, *Op. cit.*, pág. 108.

¹⁰⁵cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, pág. 162.

pueden celebrar contratos ni en su periodo de lucidez pero si pueden testar, tampoco pueden realizar actos de familia como el matrimonio, reconocimiento y adopción).¹⁰⁶

Se debe entender: Persona no debe pensarse como persona en un principio y luego como persona jurídica cuando la ley lo dice. No existen dos momentos en el tiempo sino que desde que se tiene vida humana, desde que se es individuo de la especie humana, se es persona y se tiene personalidad.

2.2 Requisitos para obtener la personalidad jurídica

Se define a la personalidad como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. La verdadera importancia para el derecho no es definir la persona, sino determinar cuándo reconoce la existencia del sujeto de derecho. La personalidad es construida por la norma, es una categoría de la persona humana en la vida social. Lo que otorga el ordenamiento jurídico es ser titular de derechos y obligaciones, no otorga el ser. La personalidad es un atributo, es la cualidad de ser persona.¹⁰⁶

Algunos juristas opinan que antes del alumbramiento existirá talvez la vida, pero no existe la personalidad, por la que al ser el derecho un atributo de la persona y ser sujeto de derecho no basta existir, es necesario vivir en sentido jurídico.¹⁰⁷

Existen legislaciones, como la argentina, que consideran la concepción intrauterina o extrauterina como el inicio de la persona humana, apoyándose en la teoría de que en ese momento todos los datos genéticos están transmitidos y sólo requiere de un ambiente propio para continuar con su curso de vida.¹⁰⁸

En nuestra legislación se habla de que adquiere la personalidad hasta que se da el nacimiento vivo y viable del ser, cuando la extracción del producto del seno materno es completa y que respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y tendrá sus efectos cuando viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil (art. 337 C.C.).

El artículo 22 del Código Civil dice: “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”. Con lo que dice el código la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano, basta ser hombre para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y por lo tanto, una personalidad. Por ser persona se tienen derechos; que se reconozcan o nieguen estos, no priva de su condición de persona, mantiene su dignidad hasta la muerte sin importar las limitaciones para ejercitar.

¹⁰⁶cfr. IBIDEM, pág. 163.

¹⁰⁶cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Op. cit.*, pág. 136.

¹⁰⁷cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, pág. 40.

¹⁰⁸cfr. LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 251.

La capacidad jurídica nace con el nacimiento. Los derechos de la personalidad son todos aquellos inherentes al ser humano, que garantizan al individuo actuar por sí y dominar sobre su persona físicamente dentro del derecho.

Con lo anterior se puede interpretar que la ley sugiere: Que la capacidad de goce reconoce la existencia del ser humano concebido y tan sólo se destruye su personalidad si muere o no es viable. También en contradicción que el concebido sea persona, este es un tema el cual analizaremos con mayor profundidad más adelante.

La ley ordena que se tenga por nacido al concebido para todo aquello que le sea favorable (art. 22 C.C.), esto es que se simula el nacimiento provocando una ficción jurídica, protegiendo los intereses del nacido como los del nacido.

Algunos juristas como JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, niegan la personalidad del concebido, razonando que nuestro código civil no confiere al concebido la personalidad jurídica al decir: El nacimiento determina la personalidad y al establecer el beneficio de que al concebido se le tenga por nacido para aquello que le favorezca, no quiere decir, que debe considerársele como persona; y aún menos si tenemos en cuenta que este beneficio sólo en el caso de que nazca.¹⁰⁹

Como ya sabemos el nacimiento o concepción determinan el origen de la capacidad, la muerte constituye el fin. Con el nacimiento nace la personalidad de manera plena. En cuanto a las personas ausentes no se extingue su personalidad, la ley ignora si vive o muere, la muerte de una persona y por lo tanto la extinción de su personalidad no se puede determinar con un dato incierto. Cuando se declara la presunción de muerte, si el sujeto aparece se destruyen los efectos jurídicos relacionados con esa presunta muerte y si la presunción se declaró antes a la fecha en que realmente murió, los efectos jurídicos se referirán a la muerte real y no a la muerte presunta.¹¹⁰

Los derechos del ser estarán en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe, por lo que el nacimiento implica el principio de la existencia legal, el derecho está sometido a una condición suspensiva, no deviene hasta que la condición se ha cumplido. El concebido es titular de derechos pero lo que se suspende es el ejercicio de esos derechos pero que al nacer el recién nacido gozará de dichos derechos, al nacer se convierte en persona natural dejando de ser concebido. Al cumplirse la condición, se está frente a un nuevo y distinto sujeto de derecho, la realidad ontológica no ha variado. Lo que se concede fictamente no es la personalidad sino los efectos retroactivos de la condición suspensiva. El concebido existe como ser humano se le niega la categoría formal de sujeto de derecho ya que necesita nacer y así dejar de ser concebido.¹¹¹

El nacimiento no crea un nuevo sujeto de derecho ya que la personalidad jurídica es posible en tanto exista una subjetividad ontológica. La existencia legal requiere de la natural por lo

¹⁰⁹ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, pág. 160.

¹¹⁰cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *op. cit.*, pág. 33.

¹¹¹cfr. HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, *La persona y sus derechos*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2002, pág. 39.

que si se reconoce la existencia del hombre se puede reconocer su personalidad jurídica. El reconocerse el inicio de la personalidad con el nacimiento es una necesidad de seguridad, de precisar en que momento se puede ser titular de derechos patrimoniales.¹¹²

Con todo lo antes mencionado podríamos deducir, que desde el momento de la fecundación se debe considerar la existencia de la persona humana y no porque se establecen algunos derechos patrimoniales al concebido sometido a la condición de nazca vivo, no significa no sea persona.

El derecho civil se refiere con estas normas a principio formal de la persona humana no al principio natural de la persona humana, el derecho civil no pre-juzga sobre el inicio de la vida porque no es de su competencia el establecerlo; sólo está señalando unos requisitos para que ese ser humano, que ya existe, puesto que el derecho no puede dar personalidad a un sujeto que no existe pueda adquirir en definitiva los derechos y obligaciones que ya antes el propio derecho le había atribuido pero que por meras por seguridad jurídica están sujetos a la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable.¹¹³

Con lo anterior, se entiende que la muerte da fin a la persona física, pero no las relaciones jurídicas formadas a su alrededor. Si el feto nace muerto, se considera que nunca existió, se reputa inexistente a la persona como si nunca hubiera sido gestada. La persona debe nacer con vida aunque esa vida dure sólo segundos.

2.3 La protección jurídica al nasciturus

El nasciturus, no nacido o el por nacer, el cual se origina por la fecundación de un óvulo y de un espermatozoide y se gesta en el seno materno, es protegido jurídicamente en el ordenamiento jurídico, en el derecho penal mexicano a excepción del Distrito Federal, se encuentra penalizado el aborto (interrupción del embarazo), contemplando los casos en que no debe ser penalizado el aborto voluntario y estos son: cuando el embarazo sea resultado de una violación, cuando se encuentre en peligro la vida o salud de la madre o cuando se presuma que el feto pueda nacer con taras físicas o psíquicas. Este aborto deberá practicarse dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. El mayor peligro del nasciturus es la muerte, la vida humana debe ser protegida en tanto lo que es. La mujer no tiene derecho a optar por la vida o no vida del concebido pero no nacido, el nasciturus, aunque no puede expresar su querer es titular del derecho la vida; como no se pueden desconocer los derechos del nasciturus ni los de las mujeres embarazadas, el derecho busca armonizarlos, sin que unos ni otros se anulen.¹¹⁴

La protección jurídica al nasciturus durante su proceso gestativo está supeditada a que nazca con vida haciendo que la situación interna de su proceso gestativo sea condicional. El derecho civil respeta y protege la existencia vital del nasciturus durante toda su evolución prenatal, supeditada a que nazca con vida. Su principio es proteger desde el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser

¹¹²IBIDEM, pág. 41.

¹¹³PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Op. cit.*, pág. 28.

¹¹⁴cfr. PORRAS DEL CORRAL, Manuel, *Op. cit.*, pág. 117.

humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona, hasta lo largo de su ciclo vital. El nasciturus es el primer momento de desarrollo de la vida.¹¹⁵

La tutela al concebido se realiza al garantizar el derecho a la vida y a su integridad física; además se garantiza la protección de la madre y su sustento durante la gestación y los gastos del parto, la madre en su representación puede durante esta etapa exigir pensión alimenticia para el nasciturus; de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos del Niño, el nasciturus como sujeto de derecho, puede gozar de su propia identidad, vinculado con el establecimiento de la filiación, el reconocimiento del por nacer; se protegen sus posibilidades sucesorias; y pueden recibir bienes por testamento o donación.¹¹⁶

El nasciturus que se puede apreciar como el concebido, no es extraño al derecho porque se tiene como nacido en casi todo el derecho civil o como si ya estuviera en las cosas humanas, esta consideración es una ficción jurídica, es más un tratamiento jurídico que corresponde a una persona y no a una cosa. La determinación del status no surge por el nacimiento, sino desde la concepción. La ley protege la vida del por nacer.¹¹⁷

El nasciturus jurídicamente no se considera persona, para serlo como se ha mencionado, requiere que haya nacido, sin embargo es titular del derecho a la vida, para el nasciturus su interés individual es el deseo de vivir. El concebido no es capaz de contraer obligaciones se encuentra en función de aquello que le es favorable, esto es, su capacidad se refiere sólo para lo que fuere de su conveniencia, que lo beneficie. El jurista ALBERTO PACHECO ESCOBEDO, considera que la ley al darle al concebido el calificativo de individuo en el artículo 22 del Código Civil y al tenerlo por nacido para los efectos del mismo código, es una ficción su nacimiento anticipado, pero no es una ficción su existencia.

El factor determinante de la personalidad jurídica es la vida, no el nacimiento, por lo que debe aceptarse que esa vida que el derecho protege no es un simple bien, por especial que éste sea, sería una simple cosa y pertenecería a alguien. El ser humano se relaciona con la vida humana.

Para finalizar debemos considerar el nasciturus como la primera etapa de desarrollo del ser humano, es transitoria como cada una de las etapas de desarrollo (niñez, adolescencia, adultez y vejez); y entender que cuando exista disposición para persona incierta no se considerará nula a excepción de que pueda ser cierta, el nasciturus es cierto por lo tanto es titular de derechos lo único aplazable es su derecho de ejercicio, su situación jurídica ya está determinada, si muere pierde el derecho ya adquirido. Para el ordenamiento jurídico no es persona el concebido aunque tenga protección.¹¹⁸

¹¹⁵cfr. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, *Op. cit.*, pág. 262.

¹¹⁶IBIDEM, pág. 31.

¹¹⁷cfr. HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, *Op. cit.*, pág. 30.

¹¹⁸cfr. VILA CORO BARRACHINA, María Dolores, *Op. cit.*, pág. 141.

2.3.1 El derecho a la vida y la importancia de la concepción

La vida es un bien preciado por todos, de manera individual y colectiva, se toman las decisiones propias, la sociedad defiende la vida cuando el sujeto de derechos no es capaz, no tiene conciencia; pero puede desear vivir y/o nacer. Proteger la vida es hacer todo lo necesario por mantener la vida del hombre hasta que uno sea superado por la muerte. El derecho a la vida está infinitamente ligado con la dignidad de la persona, es igual de importante la calidad de la vida, la vida es inviolable junto con el cuerpo de la persona, ligada a la integridad física. Muchos juristas consideran el derecho a la dignidad superior al de la vida, afirmando que una vida sin dignidad no es vida. El objeto del derecho a la vida es el bien; vida humana, es más que un bien jurídico, es un valor absoluto. El sujeto del derecho a la vida humana es el ser humano.

El valor de la vida puede ser sacrificado frente a los intereses de la nación. Hay valores que se contraponen con el valor de la vida como el del nasciturus sobre el de la madre y el de la autonomía de la madre sobre la autonomía del no nacido y la dignidad de la mujer sobre el de la dignidad del procreado. Como el deseo de la madre de interrumpir el embarazo; a uno lo consideran persona y al otro no pero ambos son humanos, sabemos que sin vida no hay sustento para otros derechos por lo que el derecho debe optar por la vida del hijo, el derecho de libertad (libertad de engendrar) debe ceder sobre el derecho a la vida (no libertad para disponer de la vida del hijo). El derecho a la vida del hijo puede ceder a favor del de su madre (peligro de muerte la mujer) y en los casos de violación.¹¹⁹

El derecho a la vida, derecho fundamental e inherente al ser humano por naturaleza y en su dignidad de persona, es protegido en todo el mundo, debido a que todo individuo es titular desde principio a fin de su existencia física, sin vida no existe hombre es inseparable de su existencia. El artículo 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todo individuo tiene derecho a la vida. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 6, apartado 1, dispone que el derecho a la vida, es inherente a la persona humana. La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 6 establece que los estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.¹²⁰ La Constitución protege la vida y en el no nacido hay vida, por lo que al ser otra vida al de la madre, éste será protegido.

Se ha generado un problema jurídico de gran relevancia y es el de determinar en qué momento inicia la vida, en qué momento inicia un nuevo ser y así desde qué momento garantizarlo. La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica), ha admitido en forma expresa que el ser humano existe desde la concepción.¹²¹

¹¹⁹HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, *Op. cit.*, pág. 55.

¹²⁰WEINBERG, Inés M., *Convención sobre los derechos del niño*, Editorial, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 72.

¹²¹SAMBRIZZI, Eduardo A., *Op. cit.*, pág. 136.

Alrededor de la necesidad de determinar el inicio de la vida de un ser humano, se han creado distintas teorías que a continuación enunciaré y explicaré:

La teoría de la fecundación o principio del genotipo, asegura que la vida inicia en el momento en que se fecunda el óvulo con el espermatozoide, formando el huevo o cigoto, considera ser el instante de la vida debido a que se unen los cromosomas masculinos con los femeninos quedando reunida la información genética (código genético) necesaria y suficiente para determinar las cualidades innatas del nuevo individuo, un nuevo miembro de la especie humana. Esta teoría considera que es una persona pues es una sustancia individual de naturaleza racional. Comienza a autodesarrollarse un programa autónomo (genotipo) distinto al de cada uno de los progenitores, iniciando un nuevo ciclo vital. Es un nuevo ser, irrepetible, con autonomía e identidad genética propia, distinta a la de sus padres. Defiende la vida como la maduración progresiva.

Defienden esta teoría con la capacidad autorreproductiva de las células que forman el blastocito ya que aunque no es autosuficiente y requiere del seno materno para completar su desarrollo, antes de implantarse en el útero ya tiene una red de comunicación que envía información al organismo materno para que el organismo materno se prepare para albergar la próxima vida, este sistema sugiere el principio de vida con toda la potencialidad suficiente como para llegar a un nacimiento mediante el desarrollo irreversible y continuo (el que subsista de la madre, no quiere decir que no exista), que se desplegará hasta formar una persona adulta. Aunque el embrión no tenga órganos ni miembros, tiene toda la potencialidad de ser humano y va a llegar a tenerlos por lo que debe ponerlo en la misma situación de un recién nacido ya que aunque no habla ni camina tiene la potencialidad para llegar a hacerlo.

El ser humano cumple con un proceso de desarrollo no con un cambio de sustancia, nunca podrá cambiar su especie. Por lo que desde la concepción es persona y debe tener la dignidad de persona. La concepción a la que se refiere el Código Civil es la que ocurre en el seno materno, ya que antes no se conocía ninguna otra manera para concebir (in vitro). Se fundamentan los defensores de esta teoría en el razonamiento de que si el embrión de Louise Brown (primer nacido por fecundación in vitro), no hubiese sido un ser humano, los científicos, no lo hubiesen implantado, hicieron el procedimiento por estar seguros de que no era nada diferente a un ser humano.¹²²

La teoría de la anidación o implantación, considera que la vida inicia en el momento que el embrión se implanta en el útero de la madre cuando comienza a diferenciarse sus células y tejidos, situación que sucede a los 14 días de la fecundación ya que se asegura la individualidad del ser, esta postura surge porque durante los días antes de la implantación el huevo al irse desarrollando en una de sus etapas, pueden dividirse las células con pronúcleos y lograr un ser igual a éste (gemelos monocigóticos) por lo que hasta que se implanta el pre-embrión deja de ser tal y define sus caracteres que lo hacen único, individual (característica humana); además se sustenta en que los ginecólogos consideran que una mujer se encuentra embarazada en el momento en que el embrión se ha implantado en el útero de la mujer debido a que si no hay implantación, no habrá un nacimiento por seguir. El embarazo o preñez en la mujer comienza cuando el fruto implantado anida, inicia la relación madre-hijo, el

¹²²cfr. IBIDEM, pág. 130.

embrión se ha implantado y no será eliminado por la naturaleza en su proceso de selección.¹²³

Podemos atacar esta teoría de la siguiente manera: Los individuos tienen un momento exacto de fecundación, la fecundación artificial lo demuestra, el cigoto tiene toda la dotación genética para crecer, el cigoto es único e irreplicable (características del hombre), definida su identidad de toda la vida; además es independiente a su madre, tanto que puede desarrollarse en otro útero distinto al de la madre.

La teoría de la aparición de la corteza cerebral, esta teoría considera que la vida inicia cuando aparece el sistema nervioso o la actividad eléctrica cerebral, es durante el momento en el que la información genética traslada la información al sistema nervioso central (ontogénesis). Este momento se presenta entre el decimoquinto y cuadragésimo día en que fecundó el huevo, cuando se desarrolla el sistema nervioso central, los impulsos eléctricos del cerebro se registran a la octava semana del desarrollo embrionario. Se defiende esta teoría con la llamada muerte cerebral que es cuando cesa la actividad eléctrica del encéfalo, un cerebro que no revela la existencia de impulsos eléctricos es un cadáver.

Las consideraciones jurídicas respecto al inicio de la vida se pueden determinar a través del sentido que implica la norma al tener por nacido al concebido en cuanto a todo lo que le sea favorable por lo que podemos decir que la existencia legal de toda persona principia en el momento de su concepción, permite que los derechos se mantengan en suspenso hasta que nazca el concebido. Algunas legislaciones (colombiana y argentina), consideran al niño desde el momento de la concepción hasta su mayoría de edad, basándose en la interpretación del artículo 1º de la Convención de los Derechos del Niño ya que establece que se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad; el concebido es considerado menor por su falta de madurez física y mental requiere protección y cuidado especial por ser indefenso y vulnerable, tanto antes como después del nacimiento.¹²⁴

Un genetista español LACADENA, ha escrito: En cuanto a la cuestión de cuándo empieza la vida ningún científico dudaría en responder que en el momento de la fecundación, puesto que de dos realidades distintas (óvulo y espermatozoide) surge una nueva realidad (el cigoto) con los pronúcleos que tiene su propia potencialidad y autonomía genéticas, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético.¹²⁵

En cuanto al derecho de familia se toma en cuenta la concepción del ser para determinar el momento inicial en la filiación legítima y para presumir la filiación paterna en el concubinato, prepara las consecuencias que después van a sobrevenir si hay un nacimiento viable. El artículo 337 dispone que no podrá entablarse demanda respecto a la determinación de la paternidad cuando no exista un nacimiento viable, es decir, cuando el nacido no viva 24 horas completamente desprendido del seno materno o no sea presentado vivo al Registro Civil.¹²⁶ El

¹²³cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 25.

¹²⁴cfr. IBIDEM, pág. 30.

¹²⁵UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, *Op. cit.*, pág. 183.

¹²⁶ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, pág. 249.

artículo 328 (derogado en el 2000) establecía que no se podía desconocer la paternidad del hijo que no nació capaz de vivir pues aunque no sea su hijo, ya que no había razón para entablar un juicio de paternidad sobre el que nació muerto.

Por último tiene que reconocerse al concebido no nacido y concebido in vitro su derecho de vida ya que si la ley estipula que se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, gozar de vida no sólo le es favorable sino es previo a todo derecho y en el caso del concebido in vitro la ley también podría considerarlo como un “por nacer” o como un “futuro nasciturus”, el cual puede en ese momento adquirir protección para todo lo que le sea favorable, pues al concebido in vitro se le puede considerar como favorable el derecho a la vida y la ley deberá otorgarle esa protección.

2.3.2 La donación al nasciturus

El concebido puede adquirir todos los derechos que lo benefician o favorecen como lo es el derecho a la donación, este derecho la ley expresamente lo concede, es un derecho de conveniencia para el concebido, puede adquirir bienes por medio de la donación. Para el contrato de donación el artículo 2357 expresamente estatuye: Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.¹²⁷

Para ROJINA VILLEGAS el concebido o nasciturus debe tener personalidad jurídica ya que por tales calidades se adquieren los derechos patrimoniales descansando en la teoría de la representación ya que el embrión humano es persona, tiene capacidad mínima para considerarlo sujeto de derechos; la representación se realiza a través de los padres o sólo de la madre, lo representan dando la personalidad y así el embrión humano se le considera persona (sujeto de derechos) presupone la existencia del representado.

2.3.3 La sucesión al nasciturus

La ley concede al nasciturus adquirir bienes por herencia pues es un derecho que le beneficia y favorece, el derecho hereditario se atiende a la concepción del ser para que exista personalidad jurídica en el heredero o en el legatario,¹²⁸ condicionado a que el nacimiento se produzca con vida fundamentándose en el artículo 1314 del código civil que a la letra dice: “Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en artículo 337”. Por lo anterior la jurista argentina DOLORES LOYARTE, considera que el embrión generado por fecundación extracorpórea es titular de derechos hereditarios aunque todavía no esté en el cuerpo de la madre.

¹²⁷IDEM.

¹²⁸IBIDEM, pág. 249.

ROJINA VILLEGAS, mantiene el criterio de que para heredar (adquirir bienes patrimoniales) es importante considerar al nasciturus persona porque las consecuencias varían por ejemplo: si los bienes del autor de la herencia pasan al ser concebido que nazca viable y luego muera pasan estos a los padres o sólo a la madre (si el autor de la herencia es el padre); la madre heredera los bienes al menos que nazca vivo porque si no nace viable por no cumplirse una condición resolutoria, los bienes no pasan a la madre sino a los herederos del padre. Por ello si no se realiza la condición, es evidente que la personalidad debería existir desde la concepción y no desde el nacimiento.

Sabemos que es condición que nazca y por ello la sucesión debe esperarse a que se cumpla, por eso se le quiere favorecer al nasciturus para que al nacer reconozca su personalidad desde la concepción. El artículo 337 del Código Civil como ya se ha mencionado declara que para que el feto se tenga por nacido deberá separarse completamente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil.¹²⁹

2.4 El embrión como sujeto de protección jurídica

El derecho siempre se ha enfrentado a diversas dificultades a lo largo de su evolución, en especial, cuando el cambio social y tecnológico es más rápido que la misma adecuación a las leyes y normas al momento social que se vive y así no dejar en estado de indefensión a los más débiles; el problema se intensifica cuando existen divisiones en los criterios jurídicos de los propios legisladores y juristas. El tema el cual estamos abordando ha dado origen a una gran cantidad de criterios llenos de diferencias, en especial para determinar el momento exacto del inicio de la vida y de la persona y así saber si el embrión es un sujeto digno de protección jurídica y precisar el instante a ser protegido; convirtiéndose en uno de los temas de mayor complejidad y dificultad que a la fecha se ha discutido. Aunado a que se encuentran en juego derechos que se pueden contraponer con el bienestar de la mayoría y del avance biotecnológico que puede lograr aumentar la dignidad de los seres humanos, ¿será válido sacrificar a unos cuantos por otros tantos?

Por ello, a continuación se desarrollarán los criterios jurídicos más importantes y consistentes respecto a la situación jurídica del embrión y mediante esa información establecer un criterio el cual sea el más justo y digno para todos.

2.4.1 Las diferencias entre gametos, preembrión, embrión, cigoto y feto

Es difícil reconocer en el desarrollo evolutivo del hombre una división conceptual de su esencia, es decir, imaginar que al iniciar su vida es considerado un objeto y luego se determine ser un sujeto. Los objetos no pueden mutar su esencia, un frijol siempre será un frijol, lo mismo sucede con las rocas, los árboles, no se transforman siempre serán eso, con el ser humano se intenta explicar que cambia en algún momento y de ser un objeto pasa a ser una persona.

¹²⁹cfr. IDEM.

GAMETOS, células reproductoras en el varón son los espermatozoides y en la mujer son óvulos formados cada uno por 23 cromosomas, los cromosomas son estructuras dentro de los núcleos de las células, que reúnen el ADN (ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEÍCO). La ley general de salud define a las células germinales como las reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión (fracc. I art. 314). Estas células no pueden compararse con las partes del cuerpo porque llevan en sí el germen de la vida y los elementos genéticos que configuran un nuevo ser humano. No son órganos del cuerpo humano, pero tampoco son los gametos seres humanos, son células.¹³⁰ Para mí son bienes especiales y no simples cosas; son bienes no económicos, transmisibles sólo por donación, que no pueden estar dentro del comercio, la ley de salud las considera órganos, tejidos y productos de seres humanos y prohíbe su comercialización, merecen un trato especial por lo que no pueden ser considerados simples cosas.

Las partes renovables del cuerpo humano, en tanto se encuentran en el organismo, son partes indivisas del todo que constituye el substrato físico del hombre, y por lo tanto no pueden ser objeto de relaciones jurídicas. Acaecida la extracción o separación de tales partes, éstas se tornan en cosas susceptibles de ser objeto de este tipo de relaciones.¹³¹

PREEMBRIÓN, fase del desarrollo embrionario que inicia desde que se ha producido el cigoto hasta los 14 a 16 días más tarde, cuando se forma la cresta neuronal, coincidiendo con la implantación al útero de la madre. Este nombre se utiliza para hacer referencia a los óvulos fecundados fuera del útero materno y se encuentran en espera de que sean implantados, conocido también como embrión preimplantatorio. La Ley General de Salud en su artículo 314 define al embrión como el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno pero no hace una diferenciación entre embrión y preembrión.¹³²

La protección jurídica que se brinda al preembrión en la mayoría de las legislaciones cumple con que no se le considera persona, lo consideran una persona humana en potencia, es decir, el preembrión es una entidad humana que merece respeto por la posibilidad que existe de que complete su desarrollo llegando a formar un adulto. Los defensores de la *teoría de la concepción* afirman que no existe ningún cambio sustancial después de la fertilización y que tan sólo los científicos y otros juristas hacen la diferenciación de cada una de las fases para justificar la manipulación y la destrucción que de éstos se hagan.¹³³

Cuando un individuo se encuentra sin actividad cerebral, la persona ha dejado de ser tal y ha iniciado su proceso de muerte por lo que algunos juristas consideran que sucede lo mismo con el preembrión ya que se da una situación similar pues hay vida latente pero aún el tejido cerebral no ha sido desarrollado por lo que no permite suponerse que existe inteligencia y es por ello que creen que se puede realizar tanto en preembriones como en estos individuos que la investigación en estos cuerpos está justificada ya que aunque sea un ente con vida aún no

¹³⁰cfr. CHAVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 52.

¹³¹ PACHECO ESCANDON, Alberto, *Op. cit.*, pág. 27.

¹³² LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 63.

¹³³cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Rubinzal-Culzoni Editores, tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 247.

es un ser humano o persona.¹³⁴ En lo cual no me encuentro de acuerdo debido a que en el primer caso estamos hablando de un proceso de muerte y el segundo caso es un proceso de vida.

Doctores opinan que el preembrión no tiene entidad suficiente para ser protegido que el derecho no puede ni debe legislar potencialidades que de legislar sobre realidades y no sobre eventualidades: Porque antes que potencialmente vivo, el hombre es potencialmente muerto.¹³⁵ No es una realidad humana pues puede convertirse en un ser humano, no debe importar la potencialidad (futuro) nada mas si se produce, lo que importa es el presente.

Lo que si estoy completamente de acuerdo con las ideas ya expuestas es que el preembrión en definitiva es un organismo humano, y no debe existir una diferenciación jurídica entre el embrión y el preembrión debido a que los dos tienen las mismas características genéticas, ambos se encuentran formados de tal manera que lo único que los puede diferenciar es el tiempo que han cumplido con su desarrollo desde la concepción.

EMBRIÓN, el término embrión proviene del griego *embrión*, *en*, significa dentro, y del verbo *bryo*, significa germinar, florecer, producir por lo que etimológicamente significa lo que está floreciendo o germinando por dentro.¹³⁶ La Ley General de Salud en la fracción VIII del artículo 314 y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud en la II fracción del artículo 40 definen al embrión como el producto de la concepción, a partir de ésta, hasta el término de la duodécima semana gestacional.

Se denomina embrión al fruto de la concepción con más de 14 días de evolución hasta el tercer mes. Esta fase del desarrollo embrionario recibe el nombre de etapa posimplantatoria, llamado así desde la implantación o anidación del embrión en la mucosa uterina, hasta aproximadamente el tercer mes, el embrión realiza procesos donde comienza a formar órganos y consolidar formas.¹³⁷ Los científicos consideran que entre los días 14 y 28 de desarrollo embrionario, el embrión aún no puede sentir dolor. Lo anterior es tan sólo la concepción de embrión en sentido biológico, en otro sentido se puede conceptualizar como una nueva vida humana individual, genéticamente organizada como un ente distinto de cada uno de los padres destinado al desarrollo. Para algunos el embrión existe desde el momento en que anida a los 14 días de la fecundación, por ello muchos hacen la diferenciación entre preembrión y embrión, proponiendo que se investigue o crioconservar un embrión de no más de catorce días de desarrollo. La diferencia entre preembrión y embrión es solamente cuantitativa y no cualitativa, ambos son seres humanos con vida. El embrión es un ente individual con un proceso ordenado, continuo, único; se encuentra constituido por sustancias bioquímicas, con toda forma preestablecida que se produce constantemente, iniciando desde el momento de la fecundación.¹³⁸

¹³⁴cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Op. cit.*, pág. 33.

¹³⁵LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 215.

¹³⁶CHAVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 97.

¹³⁷MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 32.

¹³⁸cfr. IBIDEM, pág. 26.

Opino que no se debe hacer ninguna diferencia entre embrión y preembrión pues algunas ocasiones la anidación puede ocurrir antes del día 14, algunas legislaciones extranjeras han admitido la existencia de la persona humana desde la fusión de los gametos y por lo mismo consideran que no debe diferenciarse el preembrión del embrión. Considero que se puede permitir la intervención en los embriones siempre y cuando sea para un diagnóstico y para un uso terapéutico que no destruya una vida humana.

CIGOTO, también conocido como huevo, es una simple célula formada de 46 unidades de cromosomas, resultado de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, es de muy corta duración su momento es la fertilización cuando los gametos se fusionan que dura aproximadamente 24 horas desde que la cabeza del espermatozoide de la misma especie concluye su penetración al óvulo hasta la singamia (fusión de dos células germinales), cambiando sus propiedades cromosómicas. El cigoto en ese momento contiene dos pronúcleos (célula diploide). Se inicia con la información genética las distintas divisiones celulares, información genética suficiente y necesaria para programar la formación del nuevo ser. Para la medicina se le denomina al óvulo recién fecundado (huevo), después mórula, blástula, gástrula, embrión y por último feto.¹³⁹

Desde esta fase es capaz de producir sus propias enzimas con una diferenciación celular y capacidad sintética, enzimas independientes y distintas a las de la madre. Contiene el genoma, donde están inscritas las características biológicas del nuevo individuo: Estatura, parentescos, enfermedades, características mentales (intelecto). Es el inicio del ciclo vital del ser humano.¹⁴⁰

FETO la etapa fetal o fase de formación del feto, comprende el desarrollo del ser humano desde el tercer mes hasta el parto es un embrión ya en fase avanzada pues ya tiene una apariencia humana y sus órganos formados, ahora sólo tendrá que ir madurando paulatinamente asegurándole su viabilidad y autonomía después del parto; sin embargo desde el punto de vista legal, se considera feto desde el momento de la anidación. Desde la fecundación el instante para determinar que una mujer está embarazada es cuando se implanta el huevo, a esta criatura que va a nacer se le da el nombre de nasciturus (el que va a nacer).¹⁴¹

La Ley General de Salud (fracción del artículo 314) y sus respectivos reglamentos, definen al feto como el producto de la concepción desde la decimotercera semana de edad gestacional, hasta que sea expulsado del útero. La protección que recibe el feto por parte de la ley general de salud es el prohibir el uso de sus tejidos para trasplantes induciendo al aborto (protección que también se extiende a los embriones). En el artículo 350 BIS-6 de la citada ley se menciona que sólo se dará fin a un feto si hay un certificado de muerte fetal, el reglamento para la investigación de la ley de salud respecto a la investigación en fetos permite realizar técnicas de investigación sobre el feto siempre y cuando las técnicas utilizadas no pongan en riesgo a los fetos ni a la mujer embarazada (artículo 52).

¹³⁹cfr. LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 79.

¹⁴⁰cfr. LEMA AÑON, Carlos, *Op. cit.*, pág. 42.

¹⁴¹cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 30.

El feto pertenece a la especie humana por su origen, por su misma composición y por su radical autonomía biológica, por su programa psicológico y código genético y además por sus primeras recepciones psíquicas.

Como conclusión podemos decir que los términos cigoto, preembrión, embrión y feto en el vocabulario biológico pueden indicar las distintas fases, etapas sucesivas que se dan en el desarrollo continuo del ser humano; cada etapa debe llevarse normalmente, en el momento adecuado por lo que desde la existencia del ser humano en potencia, se debe buscar en un sentido jurídico la protección a su integridad y al cuidado de sus etapas por representar una potencialidad del desarrollo de un ser humano, de una persona. Considero apropiado que legalmente cada una de las etapas de desarrollo de un embrión deben ser igualmente protegidas, pues lo que se debe proteger y permitir es el proceso y no sea interrumpido.

2.4.2 La concepción como el inicio de la protección al no nacido

La concepción es realmente muy importante, no tan sólo porque se puede considerar como el momento en que inicia la vida de un ser humano, momento en que se da origen a un individuo con la información genética necesaria para su desarrollo para llegar un ser humano maduro con una identidad propia; sino que jurídicamente es ya un destinatario, significa el momento indicado para proporcionar protección al concebido que aún no ha nacido, pues se reputa como existente aunque no lo sea. Desde este estadio el no nacido independientemente de que sea persona, humano; es algo definido, único.

No siempre ha sido ni es reconocida la existencia del ser humano desde la concepción, no siempre se le ha respetado desde ese comienzo de su vida; desde ese momento se han permitido prácticas médicas, considerándolo más como una cosa que como un ser humano en desarrollo, como ejemplos de esto tenemos los casos de destrucción, investigaciones, manipulaciones genéticas e incluso la experimentación con finalidades eugenésicas en los embriones que no han sido implantados.¹⁴¹

Como ya sabemos para el no nacido existe un gran problema jurídico, si se le puede considerar persona o no, sabemos que biológicamente es un ser humano desde la fecundación pues al realizar un estudio a su ADN, se determinaría que no es otra cosa que un ser humano pero para la ley tal vez no se le pueda considerar persona, no tiene ese reconocimiento.

La tutela penal del concebido inicia no cuando se da la fertilización, sino cuando ya se puede determinar que una mujer se encuentra embarazada, es decir, cuando el concebido se ha logrado implantar en el útero, como ya se sabe algunos consideran que la protección al no nacido debe tomarse en cuenta en el momento en que se pueda comprobar la existencia del individuo y ese momento es cuando se puede comprobar el embarazo en una mujer, por supuesto que tienen razón ya que se manifiesta su existencia con el embarazo cuando se trata de una fecundación en el vientre materno; pero ¿qué sucede con los concebidos in vitro?¹⁴²

¹⁴¹cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, A., *Op. cit.*, pág. 120.

¹⁴²cfr. WEINBERG, Inés, M., *Op. cit.*, pág. 92.

Antes de que los legisladores del Distrito Federal, despenalizaran el aborto a mediados del año 2007, el feto podía ser abortado sólo en casos de violación, en el caso de que la vida de la madre estuviese en peligro o bien por la situación de que el feto tuviera malformaciones y que sea dentro de la doceava semana de gestación (artículo 334 Código Penal para el Distrito Federal); estos requisitos no son ni eran anticonstitucionales, pues no violan el artículo 4º ya que no cometen discriminación. Por lo tanto grupos en contra del aborto, consideran que la despenalización actual en el citado código, sí discrimina al permitir que al producto de la concepción se le prive de la vida, en ese momento se comete discriminación, pues el aborto no puede realizarse por capricho de la madre, es decir, justificarse cuando no lo desee pues ella no es dueña de ese ser, el feto es un huésped, es independiente a la madre, por lo que se debe castigar en materia penal, la consecuencia de la acción del aborto, es la muerte del concebido. Es importante señalar que únicamente se despenaliza el aborto si se practica a las 12 semanas de gestación sin importar la causa que lleva a la mujer a practicarlo, continua su penalización en caso de que el aborto que se practique una mujer rebase este periodo de gestación, a excepción de los casos antes contemplados.

Existe un criterio en el Tribunal Segundo Colegiado en el Séptimo Circuito que claramente considera que el concebido no es persona y no se le debe considerar como tal, pues no se le debe dar el estado de hijo ni su existencia debe afectar los requisitos que se cumplen para tramitar un divorcio administrativo deseado por los padres, pues a la letra dice: **DIVORCIO ADMINISTRATIVO. IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE NULIDAD DE, POR ENCONTRARSE EMBARAZADA LA CONYUGE AL MOMENTO DE DECRETARSE EL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).** Cuando el legislador estableció como requisito para el divorcio "administrativo", entre otros, que los consortes "no tengan hijos", no se refirió al simple estado de preñez de la mujer, sino que debe vincularse con el estadio biológico apto para conceptuarlo como persona en la connotación jurídica que le da el derecho civil, con sus atributos, como son el nombre, la nacionalidad, la capacidad, etcétera; esto se corrobora, tomando en cuenta las disposiciones de los artículos 24, 25, 26 y 28 del Código Civil vigente en la entidad, en cuanto refiere, el primero, que para los efectos de esa ley "es persona el ser o la entidad capaz de tener derechos y obligaciones"; el segundo, que "las personas son físicas o morales."; el tercero establece que "Es persona física, todo ser humano nacido, vivo o viable."; el último precisa que "Las personas físicas adquieren la capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte."; de la correlación de esos preceptos es dable establecer que el ser humano concebido no es conceptuado como persona física, dado que de acuerdo con el artículo 26, "es persona física todo ser humano nacido, vivo o viable.", y el artículo 268 de ese código sustantivo establece: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.", y si bien el artículo 28 ya citado establece que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento, pero que 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"., esa ficción del nacimiento sólo es operante en los casos expresamente contemplados en la ley, sin que se encuentre disposición legal expresa por virtud de la cual, para los efectos del divorcio "administrativo", deba tenerse

por nacido al que no se ha desprendido del organismo de la madre, esto es, no puede considerársele como persona y, por ende, con la calidad jurídica de hijo.¹⁴³

Aunque no se le reconozcan sus derechos, sus bienes, sus intereses, ni se le reconozca como persona; el concebido ya tiene un patrimonio y ese es el patrimonio genético de la especie humana. Artículo 22 del Código Civil, establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte e inmediatamente agrega que 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, relacionándose con la fracción I del artículo 1313 y con el 1314 del mismo ordenamiento legal; donde éste puede ser heredero, legatario o donatario con lo que podríamos sostener que el concebido es persona pues para poder tener derechos patrimoniales es necesario tener personalidad jurídica.¹⁴⁴ Otros derechos pueden ser: reclamar alimentos, reclamar filiación, ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones y de estipulaciones a su favor (seguro de vida), se le respete su desarrollo normal, no ser víctima de lesiones u homicidios, tener padres, saber quiénes son sus padres (derecho a la identidad), integrar una familia, gozar de integridad física y por supuesto derecho a la vida, para reafirmar lo dicho, haré referencia al criterio que el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito considera en la interpretación que hacen de su legislación: **ALIMENTOS. EL NASCITURUS MERECE LA PROTECCIÓN LEGAL Y EL DERECHO A AQUÉLLOS, COMO UNA EXCEPCIÓN A LA REGLA EN UN SISTEMA PROCESAL DE LITIS ABIERTA, SI SE DEMUESTRA SU VIABILIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO).** Y que a la letra dice: “Si bien es cierto que al concebido pero no nacido la ley no le confiere el título de persona, también lo es que le resguarda, desde luego, sus derechos futuros a través de las medidas que salvaguarden sus intereses inalienables. De ese modo, no es sólo el recién nacido el que comienza a merecer la protección legal, sino también el que apenas es una esperanza de nacimiento, pues éste tiene la protección de sus derechos eventuales. Esto, bajo los derechos civiles, en lo que se refiere a la óptica del derecho público; así esta reflexión lleva a asentar que, como excepción a la regla se está, precisamente, en un sistema procesal de litis abierta consignado en el artículo 489 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tabasco, por lo cual si el nacimiento es posterior al planteamiento de la demanda inicial, la responsable tiene el deber de proveer lo conducente y dar oportunidad a la tercero perjudicado de demostrar la viabilidad del producto y resolver en consecuencia, dado que los alimentos del nasciturus fueron prestaciones de la demanda inicial, y con el proceder de aquélla se protege un derecho natural que está por encima de cualquier otro, pues debe privilegiarse como valor fundamental la cuestión de alimentos, ya que la subsistencia de una persona es el valor de mayor preponderancia que debe proteger la ley, por estar de por medio la vida humana y el acceso a la justicia como garantía protegida por el artículo 14 constitucional.¹⁴⁵

El artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal, hace referencia a que los concebidos deben ser viables, esto no quiere decir que no sean personas, sino que su capacidad está restringida o limitada. Nadie puede ser privado de la vida, la vida es inherente a la persona y si la declaración universal de los derechos humanos, protegen la vida del embrión; podemos

¹⁴³SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Ius 2007*, Registro 209065, México, 2007.

¹⁴⁴CHAVEZ ASENSIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 49.

¹⁴⁵SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Op. cit.*, registro 178249.

concluir que el embrión es persona.¹⁴⁶ Los derechos del por nacer se deferirían en el vientre materno, si ya estuviera nacido y viviera, por lo tanto están suspensos hasta que nazca. El nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que defirieron;¹⁴⁷ esto es que legalmente se le considera existente cuando adquiere un derecho (aceptar o repudiar una herencia o una donación), si es que naciese, si muere en el vientre o no sobrevive, estos derechos pasan a otros y el no nacido se considera jamás existente. La existencia natural del no nacido tiene efectos jurídicos, es titular de derechos y obligaciones, para suceder es necesario que ya este concebido, es decir exista, dejando la herencia o legado a condición suspensiva y por supuesto los demás herederos deberán esperar a que nazca para continuar con el procedimiento sucesorio, todo esto no quiere decir que sea una ficción jurídica sino una excepción a la regla.¹⁴⁸

Algunos juristas consideran que de acuerdo al artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño, al declarar que no se debe hacer distinción alguna para respetar los derechos de todos los niños, también abarca los derechos del concebido no nacido, pues el concebido es ya un niño ya que cumple con la descripción que hace la misma convención de un niño (aquel menor de 18 años) y no se debe hacer ninguna distinción con los demás niños, aunque éste aún no nazca. Además se le debe proteger, ya que como se ha estudiado el concebido es una persona natural, dependiente de la madre pero que no afecta lo que es, sino como se relaciona con su medio.¹⁴⁹

La siguiente tesis del Pleno nos refleja el criterio que debe regir en las legislaciones de nuestra nación, de cómo deben proteger al concebido y en base a qué, considero importante se conozca dicho criterio que a la letra expondré: DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. “Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquella, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de

¹⁴⁶CHAVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 49.

¹⁴⁷UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, *Op. cit.*, pág. 36.

¹⁴⁸cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, pág. 162.

¹⁴⁹cfr. WEINBERG, Inés M., *Op. cit.*, pág. 73.

diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.¹⁵⁰

En conclusión, si para la ley el concebido no nacido no es persona, si es sujeto de derecho pues aunque no sea considerado persona, se le llega a equiparar para tener protección legal y derecho a la vida, se le protege por su valor esencial, pues el Estado tiene el poder de proteger la vida y los intereses del no nacido; las posibilidades de la futura existencia de un ser humano no puede ignorarse por el Estado. Queda claro que el nasciturus aunque se le niegue el carácter de persona, o de ser humano, no es una cosa cualquiera, es algo, es un ser de gran valor, siendo merecedor de protección que el Estado debe brindarle con un tratamiento jurídico especial. También es necesario resaltar que la vida del feto y la de la madre para las ciencias genéticas y biológicas, son independientes, así como para la Ley General de Salud que en su artículo 327 hace diferencia de salud entre el feto y la madre al señalar que “sólo una mujer embarazada puede donar órganos o tejidos si no se encuentra en riesgo la salud del feto”, siendo esto porque naturalmente son personas distintas.

2.4.3 Viabilidad en el embrión

La lengua española define a la viabilidad como la calidad de ser viable, es decir que tiene las posibilidades de realizarse, que es capaz de vivir. Se llama viabilidad en el nacido a la aptitud para mantener la vida extrauterina, ser viable, es haber nacido vivo, haber vivido con una vida diferente de la fetal y presentar un desarrollo y una conformación no incompatibles en absoluto con la continuación de la vida. Se dice que hay viabilidad cuando los órganos están constituidos y funcionan correctamente, en especial los órganos encargados de la respiración y la circulación, es decir, debe ser apto para vivir.¹⁵¹

Algunos criterios legales consideran que la viabilidad en el nacido, no es condición para tener una capacidad de goce, es más una cuestión médica de conocer los signos vitales del nacido; pero para otras cuando es completamente notorio de que el nacido no es apto para mantenerse con vida y pronto puede morir, entonces no se le atribuyen derechos porque la capacidad también depende de la viabilidad.¹⁵²

¹⁵⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Op. cit.*, registro 187886.

¹⁵¹ cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 119.

¹⁵² cfr. IBIDEM, pág. 121.

Por lo que se ha dicho, entonces, la viabilidad en los embriones es la capacidad que tienen de mantenerse con vida y es la aptitud que tienen para irse desarrollando hasta realizarse y cumplir su desarrollo.

Los embriones que con seguridad no pueden considerarse viables, son aquellos que no pueden ser implantados, pues manifiestan degeneración, consistente en que su división celular no progresa y contienen más de dos pronúcleos, la calidad de los embriones es fundamental y se determina con estudios que detectan su morfología y su metabolismo; tomando en cuenta el número, forma y tamaño de las células que los componen. Los más óptimos para que se logre el embarazo son los que tienen un porcentaje alto de implantabilidad en el útero, aún no se puede predecir completamente que embrión es totalmente incapaz de implantarse; pero si se puede determinar que los viables a que suceda la implantación son los que cuentan con más de la mitad de las células que los conforman con una forma normal.

Los embriones congelados, al descongelarse, tienen una capacidad de vivir alrededor de un 50% y 70%, con un 15% de lograr gestar al ser transferidos, también influye en el porcentaje de viabilidad de un embrión crioconservado el que se haya congelado por la congelación lenta o rápida ya sea en cigotos de cuatro células (menor el porcentaje) que en preembriones de ocho células (mayor porcentaje).¹⁵³

Los embriones que son abortados, se consideran muertos o no viables, por lo que la ley permite que se realicen en ellos investigaciones, aparentemente sin limitación alguna, aunque los científicos no pueden realizar grandes avances en sus investigaciones pues estos embriones no tienen las características de los que sí se desarrollan y son a los que se intenta proteger. También se debe permitir que se investigue sobre los embriones no viables que se encuentran congelados como resultado de una técnica de reproducción, mas no se debe confundir la no viabilidad de un embrión por encontrarse fuera del seno materno con su imposibilidad de implantarse a este cuando sea su momento.

2.4.4 El embrión concebido in vitro, ¿un nuevo ser?

En este tipo de temas existen gran diversidad de opiniones, para unos el embrión in vitro no es persona, ni se puede equiparar para recibir la protección jurídica, sólo al momento de transferirse a la matriz de una mujer y anida hasta ese momento será un nasciturus y podrá tener la protección que le corresponde.

Pero juristas como el argentino ZANNONI considera que si biológicamente la fecundación fuera del seno materno es la fusión genética de las células germinales entonces es la primera célula del nuevo ser, por lo que la protección jurídica también debe alcanzarle, el embrión in vitro también está destinado a nacer. Los que opinan como este gran jurista defienden su postura fundamentándose en el sentido filosófico y jurídico de que al estar ante un humano desde que existe la vida humana por lo que el derecho civil a un hombre que existe naturalmente es persona natural.¹⁵⁴

¹⁵³cfr. MARIS MARTÍNEZ, Stella, *Op. cit.*, pág. 45.

¹⁵⁴cfr. IBIDEM, pág. 42.

El embrión humano lo podemos considerar como un agente humano que al ser concebido es un nuevo ser que viene a la vida, es una materia formada por información inscrita que llevará a que la materia deje de ser materia para convertirse en un nuevo ser humano. Lo único que diferencia al embrión in vitro de los otros embriones (intrauterinos) es que la concepción se realiza en un tubo de ensayo y no en las trompas de Falopio, la concepción jurídicamente no debe utilizarse como el momento de la anidación sino el momento de la fecundación. No porque la concepción sea in vitro debe afectar el inicio de la vida. Todos los argumentos anteriores nos pueden llevar a determinar que el embrión humano fecundado in vitro debe protegerse y el legislador, el juez pueden protegerlo como si fuera persona ya que con todas estas consideraciones la probabilidad de que lo sea es altamente cierta.¹⁵⁵

La ideología anterior se sustenta en los derechos de los seres humanos, defendiendo el punto de que no debe existir desigualdad entre el concebido, ya sea intra o extra uterino y el nacido ya que se desconocen derechos esenciales del hombre y ambos individuos pertenecen a la especie humana, por lo tanto ambos tienen el mismo derecho a la vida. Por ejemplo, en Colombia se considera que la existencia legal comienza con el nacimiento y la vida desde la concepción.¹⁵⁶

En Costa Rica se considera al embrión desde el momento de la concepción (fecundación) persona, por lo que no puede exponerse a un riesgo de muerte, ni puede ser sometido a procesos de selección, transfiriéndose inmediatamente al útero después de ser fecundados en el laboratorio.¹⁵⁷

Estos embriones no deben ser un medio sino un fin, por lo que no debe permanecer mucho tiempo congelado, goza del derecho de nacer haciendo posible el que se implante en otra mujer pues no son susceptibles a ser propiedad de alguien, nadie debe tener derecho de propiedad sobre un embrión pues no es una cosa.

Para defender la postura de que el embrión in vitro debe considerarse como un nuevo ser en desarrollo lo podemos sustentar en que los biólogos coinciden en que la vida del hombre comienza con la fusión nuclear de dos gametos, donde se determina una nueva genética con un ADN propio, es el inicio de un proceso evolutivo y continuo por lo que se debe proteger para continuar. Se le puede buscar un nombre al embrión, como los romanos le buscaron a las "personas jurídicas" que sin ser un hombre son sujetos de derecho, ya que ese ente o material genético humano o individuo, como sea que se le nombre, merece respeto por su vida actual y por lo que llegue a ser en el futuro.¹⁵⁸

Los legisladores deben proteger a todos los embriones no se sabe todo lo del ser humano además es mejor proteger ampliamente, de manera preventiva a que se deje sin protección al embrión preimplantatorio, pues de lo que si deberíamos estar seguros es de que el embrión en donde se encuentre es antropológicamente la fase del inicio de la vida humana.

¹⁵⁵cfr. VILA CORO BARRACHINA, María Dolores, *Op. cit.*, pág. 101.

¹⁵⁶cfr. HOYOS CASTAÑES, Ilva Myriam, *Op. cit.*, pág. 45.

¹⁵⁷cfr. PORRAS DEL CORRAL, Manuel, *Op. cit.*, pág. 166.

¹⁵⁸cfr. GARZA GARZA, Raúl, *Op. cit.*, pág. 125.

El embrión es humano pues no pertenece a otro género, es dueño de su propia genética, que lo llevará a ser un hombre aunque necesite de otro ser para poder vivir y no sea viable por sí, tiene una potencialidad única que implantado en un medio natural lo logra completar. Debería ser considerado como un sujeto en potencia, sin olvidar que ya es un individuo humano.¹⁵⁹

El embrión in vitro es un bien jurídico que requiere de protección merece una consideración especial, que no puede ser tratado como un objeto disponible, agregando que para la sociedad, la vida como uno de los bienes jurídicos más importantes de la humanidad, no puede negarse el derecho a la vida al no nacido ni se puede poner en peligro por lo que el embrión que se encuentra in vitro no es una condición para dejarlo sin tutela, pues tanto el embrión in vivo como el in vitro presentan un mismo desarrollo idéntico. En resumen: El derecho es dar a cada quien lo suyo (lo que merece); y lo que merece el embrión in vitro por ser suyo es la vida, convirtiéndose en un derecho que se le debe dar y que al no ser indivisible deberá gozarlo totalmente.

El embrión in vitro es una entidad viviente de la especie humana, genéticamente única, que merece respeto especial, mayor que el que se le otorga a cualquier otro tejido humano, no sólo por su capacidad potencial de engendrar un individuo sino por el significado simbólico que numerosas personas le otorgan.¹⁶⁰

CHÁVEZ ASECIO opina que el embrión in vitro en nuestro país ya tiene una protección jurídica debido a que el artículo 22 del Código Civil no hace referencia en que momento el individuo es concebido, en consecuencia está bajo la protección de la ley, además cabe mencionar que este ilustre mexicano considera que desde el momento de la concepción el individuo ya tiene personalidad jurídica debido a que al hacer la interpretación del artículo 1313 y 1314 concluye: Al determinar estos artículos, sin personalidad no se puede heredar y como el concebido puede heredar, entonces se le reconoce su personalidad. También coincide con la ideología que se ha venido conociendo en cuanto a que el concebido in vitro debe ser desde ese momento considerado persona para los efectos jurídicos pues desde la fecundación existe una individualidad genética propia del nuevo ser y con su desarrollo e implantación en el útero no se altera su individualidad.

2.4.5 Naturaleza jurídica del embrión

Ningún bien tiene valor absoluto por sí mismo sino que su relevancia jurídica depende de la significación que a dicho bien relevancia jurídica depende de la significación que a dicho bien se le otorgue en una comunidad y en un tiempo determinado, pues el derecho selecciona los bienes o intereses considerados dignos de protección y brinda una tutela legal.¹⁶¹

Se debe aceptar que existen etapas embriológicas que son fáciles de diferenciar por lo que cada etapa debe tener una valoración y protección jurídica que también debe ser distinta, en

¹⁵⁹WEINBERG, Inés M., *Op. cit.*, pág. 81.

¹⁶⁰MARIS MARTÍNEZ, Stella, *Op. cit.*, pág. 97.

¹⁶¹MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 34.

consecuencia, el material embriológico no debe ser utilizado de forma incontrolada y debe ser regulado de manera específica y no se debe permitir que sea utilizado sin ninguna regularización. Se debe proteger de manera distinta al preembrión y al embrión; pero si al embrión se le considera jurídicamente persona no se le podrá congelar, no podrá ser tratado como un objeto ni podrá exponérsele a riesgos que puedan originar su muerte, si concluimos que los momentos de un embrión tiene una categoría legal diferente, sus efectos y consecuencias que se deriven, jurídicamente también serán distintas a la etapa del por nacer.

En el Pacto de San José de Costa Rica, se ha establecido que toda persona tiene derecho a que se le respete su vida desde la concepción, la Real Academia Española se refiere al término embrión como la forma más joven de un ser precisando que ese nuevo ser comienza como una célula fertilizada, el huevo fecundado se llama así cigoto, este ya es una nueva vida, un individuo humano distinto de su progenitores, no una persona humana dudosa o en proyecto, es ya un organismo que lleva en sí todo lo necesario para organizar su propio crecimiento, multiplicación y diferenciación, es ya un ser que posee todos los requisitos tanto biológicos como ontológicos específicos y constitutivos de la persona humana.¹⁶²

El artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud expresa en materia de investigación: Para la utilización y para la fertilización de embriones y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.¹⁶³

La protección a un ser humano debe ser mayor cuando éste es más débil pues no puede hacer valer sus derechos y por lo tanto es más vulnerable, para que algunos factores no interfieran en su desenvolvimiento, se le deben dotar los derechos que le corresponden por naturaleza desde su fecundación y desde ese momento se deben ir fortaleciendo su tutela para lograr su plenitud y ejercitar lo que por naturaleza se le atribuye.

El embrión como ya se sabe se encuentra constituido por la información genética que dará origen al nuevo ser, es su patrimonio genético, el cual se protege para que no se pueda alterar, respetando su integridad genética, no tratando al embrión como un objeto, respetando la dignidad humana, con la única excepción de que exista un fin terapéutico.

Se debe considerar que si un bien jurídico determinado merece protección, ante la duda sobre la existencia de una o varias entidades a proteger lo lógico es mantener o incrementar esa protección, pero nunca eliminarla.¹⁶⁴

Debo reiterar que el derecho de los hombres a gozar de la dignidad se encuentra profundamente ligado al derecho de la vida pues sin vida no es posible la dignidad, la dignidad es el derecho que goza todo hombre a ser respetado como ser humano, con todos sus atributos, es por ello que la vida y la dignidad al encontrarse profundamente ligadas y

¹⁶²cfr. IBIDEM, pág. 37.

¹⁶³BRENA SESMA, Ingrid, *Op. cit.*, pág. 31.

¹⁶⁴MARIS MARTÍNEZ, Stella, *Op. cit.*, pág. 82.

coexisten entre sí, es necesario que se consideren los derechos humanos supremos y por lo tanto sean completamente respetados. Por lo tanto si se protege al embrión hasta que ha sido implantado en el útero (hasta que se logre embarazo), se deja en desprotección a los que se encuentran in vitro, y tan sólo legalmente se les reconocería como una cosa.

El embrión tiene derechos a la vida, a ser titular del derecho a nacer, el derecho a la identidad genética (no se pueden elegir sus caracteres genéticos: Sexo, color de piel, cabello, etc.), no puede ser objeto de experimentación al menos esa experimentación tenga una finalidad únicamente terapéutica y no se arriesgue su vida y su salud o bien sea permitida la investigación en estos cuando no sean viables, tiene derecho a ser transferido al útero de la mujer, derecho a ser portador de específica dignidad y a ser respetado en razón de su propio ser.¹⁶⁵

No considero apropiado que la protección jurídica del embrión sea de acuerdo a la etapa o fase de su desarrollo debido a que no se pueden dividir el valor de la vida humana pues es un todo, un devenir continuo, la igualdad de los seres humanos radica en el hecho de ser hombre. La personalidad del embrión se origina por determinación de la autoridad civil y no por conclusión del derecho natural, exactamente igual que si fuera una pena. Ello porque los poderes públicos no pueden imponer una concepción sobre el inicio de la vida que anule los derechos de una mujer embarazada. La personalidad puede ser determinada (libremente) entonces al momento de la concepción, de su movilidad, de su viabilidad o de su nacimiento.¹⁶⁶

El embrión puede considerarse vida gracias a las pruebas que se han realizado, los estudios descubren que el embrión se encuentra con un genoma humano único completamente desarrollado lo que lo hace miembro de la familia humana por lo que debemos respetar su dignidad aunque otros asumen que no es un ser humano por lo que no deben reconocerle el derecho a la vida ni al nacer.

La identidad personal es ser idéntico así mismo, ser en sí (pertenecer al hábitat que le corresponde que es el ambiente de sus progenitores y su herencia genética), personalidad son las potencialidades y facultades que realiza el ser humano.

Para concluir con todo lo estudiado en este capítulo, se puede decir que no siempre va a ser posible lo que uno debe hacer y puede hacer, la investigación y el desarrollo técnico y científico de la ingeniería, es también un derecho humano que no puede negarse aunque constituya un problema, lo único que debe hacerse es evitar daño o perjuicio al individuo.

La aptitud para ser titular de derechos y obligaciones es un don que el ordenamiento jurídico otorga, pero no es un regalo que hace el legislador, esta tutela se exige por la naturaleza humana del hombre, sin importar si el derecho reconoce al individuo como persona, pues naturalmente ya es humano, desde sus orígenes ya es un individuo que pertenece a la

¹⁶⁵cfr. STILERMAN, Marta, *Adopción: integración familiar*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1999.

¹⁶⁶INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *La bioética: un reto del tercer milenio*, UNAM, México, 2002, pág. 101.

especie humana. Por lo que desde que hay manifestaciones latentes de un ser humano y que si es una vida, tiene el derecho a conservarla y mantenerla, permitiéndole al concebido gozar de derechos patrimoniales, continuar con su vida, nacer y gracias a su viabilidad durante este acontecimiento lograr sus derechos patrimoniales. El nasciturus es un momento de desarrollo de la vida, pues la vida es un proceso continuo donde el ser humano pasa por estadios y desarrollo, por último considero que el concebido en general cumple genéticamente con las características de su especie humana que cumple con una programación genética que lo llevará a configurar un individuo adulto, por lo que es digno de tutela jurídica por no ser una simple cosa, un objeto o algo.

El derecho no define las cosas y los sujetos, sólo debe reconocer o no su existencia, regulando las relaciones de éstos entre sí, busca el deber ser de la conducta humana para garantizarlas, protegiendo los objetos y los sujetos; entonces al derecho no le debe preocupar lo que es una persona sino desde cuándo se le debe otorgar esa categoría para que pueda ser sujeto de derecho y lo pueda gozar.

El embrión puede que no sea una persona para el derecho pero aunque el ordenamiento jurídico no le otorgue esa categoría, no puede ignorar que es una unicidad de desarrollo; es único e irrepetible de la especie, siendo jurídica y científicamente imposible negar esa formación viviente a los atributos básicos de la humanidad: derecho a la vida y a su integridad física.

La sustancia embrionaria por su valor humano en pos de la supervivencia merece protección y una dignidad especial, que sólo podrá cederse ante él cuando se encuentre presente un interés jurídico superior en beneficio y bienestar de la humanidad, de la mayoría de los hombres, permitiéndose se lesione o destruya, el embrión debe considerarse como una entidad diversa, con protección especial, siguiendo los lineamientos de los delitos contra la humanidad; por lo que la crioconservación no conspira contra el material celular embrionario (patrimonio genético) que es el bien jurídico que debe titularse ni los experimentos que eliminen enfermedades genéticas.

CAPÍTULO III

LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1 Breve reseña histórica de la adopción en México

La adopción es una figura jurídica que inicia en el derecho romano y que persiste hasta nuestros días. Sus orígenes tenían una finalidad religiosa, para que se mantuviera el culto doméstico (mantener el fuego sagrado) y realizarse los ritos sagrados en aquellas familias que por su falta de descendientes se extinguiera dicho culto. Mientras que en el derecho germánico, la adopción era una institución guerrera para ayudar a las familias en las campañas bélicas, por lo que las características del adoptado debían ser de valor y destreza.

A medida que el ser humano fue evolucionando y la sociedad cambiando las necesidades de adoptar fueron transformándose hasta el punto que fuese convirtiéndose en una institución en que los efectos que generaban la adopción eran que el adoptado pasara a la patria potestad del adoptante, a su cuidado, creando obligaciones de alimentos y podían pactar derechos sucesorios, usando el apellido, pero los vínculos del adoptado con su familia biológica permanecían (adopción simple).¹⁶⁷

Posteriormente la adopción simple se suprime en un gran número de países y en algunos Estados de la República Mexicana, pues la mayor utilidad de la adopción (plena) en la actualidad, es equipararla con la filiación consanguínea.

En la Convención de los Derechos del Niño, se determinan los derechos que corresponden principalmente a los niños, el compromiso de los Estados para velar por el cumplimiento de la protección integral del menor, es lo más importante velando siempre por el interés superior del niño, es una persona que debe ser tomada en cuenta, deben en una base democrática ser incluidos y evitar que se les discrimine o se les maltrate, descuide y mucho peor abusen físicamente de ellos. El artículo 21 de la convención admite el sistema de adopción considerando el interés superior del niño como parte primordial, siempre que dicha adopción sea autorizada por una autoridad competente y con el consentimiento de las partes interesadas, siendo aceptado en México, al haber instituido la adopción internacional o la realizada por extranjeros, siempre y cuando no sean con fines y beneficios económicos (tráfico y venta de niños). Lo anterior, en resumen, es que con los derechos del niño los

¹⁶⁷cfr. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., Op. cit., pág. 194.

Estados parte buscan garantizar la protección del menor, ya sea en una familia o en instituciones sustitutas.¹⁶⁸

En México la adopción en inicio fue para no terminar con el linaje, revolucionando hasta ser una institución para proteger al menor, los códigos de 1870 y 1884, no contemplaban la figura jurídica de la adopción del Código Napoleónico en el que el adoptado no se desvinculaba de su propia familia, existió un tiempo en que los códigos, ni siquiera la consideraban pues era ajena a nuestras costumbres, hasta la Ley de Relaciones Familiares promulgada por Venustiano Carranza en 1917, aparece por primera vez como figura jurídica y fue hasta el código de 1928 cuando se reguló la adopción simple y es hasta 1998 que el código civil del Distrito Federal establece como única la figura de la adopción plena.¹⁶⁹

En un principio adoptaban los de 60, luego los de 40, 35, 30 y en la actualidad los que pueden adoptar son los mayores de 25 años de edad, sólo los que se encontraban casados podían adoptar; ahora solteros y concubinos también pueden hacerlo, sólo podían adoptar los que no tuviesen hijos; pero como la concepción actual de la adopción es de proteger a los menores es legítimo que quienes ya tengan hijos propios puedan incorporar a su familia un hijo por adopción y no tuviesen que ser célibes y tan sólo podían adoptar menores; ahora pueden adoptarse mayores de edad incapaces las diferencias de edad entre adoptado y adoptante fueron variando primero era una edad de diferencia de 18 años y luego de 17 años de edad.¹⁷⁰

Antes sólo adoptaban huérfanos, niños expósitos, ahora eso no importa, la adopción era simple y plena; la simple consistía en la relación entre adoptante y adoptado y conservando los efectos y lazos consanguíneos con la familia natural, mientras que en la adopción plena la relación del adoptado entra como miembro de la familia del adoptante dejando todo vínculo con su familia consanguínea. En 1852 con los niños expósitos sólo se cuidaba del menor en cuanto a su patrimonio, durante 1857 se equiparaba a la adopción con la legitimación y reconocimiento de hijos naturales sin que estos pudieran heredar entre los años de 1870 y 1884 solo existían los parentescos de consanguinidad y afinidad, a partir de ese año al adoptar los efectos eran como los de los hijos naturales en la adopción. Más adelante era como un contrato, las partes lo podían terminar.

El 28 de mayo de 1998 mediante un decreto se reformó y adicionó al Código Civil para el Distrito Federal la adopción internacional y dejándose únicamente como figura de adopción, la adopción plena.¹⁷¹

¹⁶⁸cfr. ANTONIO CANIEL, Hugo D., Convención sobre los derechos del niño; análisis de su contenido normativo, aplicación jurisprudencial, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires Argentina, 2001, pág. 61.

¹⁶⁹cfr. GARZA GARZA, Raúl, Op. cit., pág.169.

¹⁷⁰cfr. CHÁVEZ ASECIO, Manuel, F., Op. cit., pág. 209.

¹⁷¹cfr. IBIDEM, 210.

3.2 El concepto de adopción y los fines que persigue

La adopción tiene como finalidad primordial crear una relación de parentesco entre dos personas para que sean padre e hijo, sin importar que no provengan de un mismo tronco en común de ascendencia, es decir que no compartan vínculos de sangre, sin embargo eso no quiere decir que la adopción violente un derecho humano, el cual es inalienable, este es el derecho de conocer su identidad biológica, pues resulta una necesidad psicológica, que se presenta constantemente entre los adoptados, convirtiéndose en la Convención de los Derechos del Niño en uno de los atributos inalienables de la personalidad.

En el artículo 8 de la convención antes citada los Estados parte, se comprometen a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. El adoptado tiene el derecho de acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad y llegar a conocer su identidad biológica, aún en contra de la voluntad de los adoptantes; es un derecho que el adoptado goza en todo momento y que los adoptantes se comprometen a resguardar y que asumen en el momento de realizar la adopción. El que la ley contemple los 18 años como edad óptima para acceder al expediente de su adopción, no quiere decir que los adoptados con minoría de edad no puedan acceder a su expediente pues pueden contar con la aceptación de los que ejercen la patria potestad o su tutoría además de que considero psicológicamente apropiado que a cierta edad de entendimiento se le haga saber que ha sido adoptado.¹⁷²

Otra finalidad es el de resguardar y proteger a un menor abandonado y desamparado, permitiendo a su vez que muchos matrimonios y personas solas mitiguen su dolor y los conflictos que se presentan con la esterilidad y con el no poder ser padres. En el artículo 4º Constitucional se señala el derecho individual de los menores, de ser protegidas sus garantías por las autoridades y las instituciones públicas respetando y promoviendo a través de éstas sus necesidades, es deber del Estado y de los padres de cuidar y proteger a los menores para que logren su desarrollo físico y mental, preservando sus derechos para que satisfagan todas sus necesidades.

La adopción es la decisión de compartir la vida con quien no siendo hijo biológico, se le equipara con un vínculo y un sentimiento.

3.2.1 Concepto de adopción

La palabra adopción viene del latín *adoptio*, y adoptar, de *adoptare*, de *ad* y *optare*, desear (acción de adoptar o prohijar). Es recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La adopción es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a la que tienen lugar en la filiación legítima.¹⁷³

¹⁷²cfr. STILERMAN, Marta, *Op. cit.*, pág. 195.

¹⁷³CHAVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 191.

La adopción es un acto jurídico en el cual se crea una relación de parentesco civil entre dos personas generando un vínculo del que derivan relaciones que resultan de la paternidad y la filiación.¹⁷⁴

El parentesco es un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.¹⁷⁵

Debemos recordar que existen distintas formas de parentesco, siendo éstas: El parentesco por consanguinidad (une a los miembros de la familia los lazos de sangre, es un vínculo que existe entre los que descienden unos de otros o tienen un antecesor o tronco común), por afinidad (une a los miembros de la familia los lazos generados por el matrimonio o concubinato, hombre y mujer y sus respectivos parientes consanguíneos) y el parentesco civil o por adopción (une a los miembros de la familia un acto jurídico que crea entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que surgen con la filiación legítima, como si fuesen padre e hijo unidos por lazos de sangre). Estos dos últimos parentescos a los que nos hemos referido no son ficticios sino son los establecidos por la ley y por lo tanto son completamente legítimos.¹⁷⁶

Existen dos tipos de filiación: Natural y adoptiva, los hechos jurídicos que se relacionan con la filiación son la concepción, gestación y nacimiento; la concepción, como hemos dicho, es referencia que en el Derecho toma para determinar la maternidad y paternidad. Son madre y padre quienes hubieren concebido al hijo. De aquí que el Derecho atribuya personalidad jurídica al concebido y no necesite del nacimiento para reconocerle personalidad. Con el nacimiento se inicia el estado jurídico de la filiación, que debe combinarse con el hecho jurídico del parto y la identificación del hijo en relación a la madre, y con la presunción de que lo es del marido o del concubino.¹⁷⁷

La filiación adoptiva y el parentesco generado por este acto jurídico son legítimos ya que la ley acepta esta relación paterno filial, la reglamenta generando los derechos y obligaciones civilmente exigibles. Por lo tanto el acto de adopción no es por imitar el acto biológico de la concepción y el nacimiento, lo produce la ley.

Para algunos la adopción es un contrato, aunque en realidad no existe un verdadero contrato entre las diversas partes que intervienen, por lo que debe entenderse como un acto jurídico plurilateral mixto.¹⁷⁸ No es posible aceptar la transacción en relación a la filiación que es parte del estado de familia, no es posible transigir sobre el estado civil de las personas, determinada persona es padre o madre de otra, y entre ellos hay una relación jurídica, que no puede alterarse o modificarse por convenio entre las partes, puesto que esta filiación deriva del nexo o vínculo biológico, que no permite convenio modificatorio alguno. La filiación no puede ser materia de convenio entre partes, ni transacción, o sujetarse a

¹⁷⁴cfr. CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *Op. cit.*, pág. 201.

¹⁷⁵ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, pág. 260.

¹⁷⁶cfr. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 220.

¹⁷⁷IBIDEM, pág. 19.

¹⁷⁸ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, pág. 264.

compromiso en árbitros (artículo 338 Código Civil). La filiación no depende, salvo la adoptiva o la asistida, de convenio o compromiso alguno.¹⁷⁹

Más que un contrato, la adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, institución en la cual se crean y modifican relaciones de parentesco, donde se vinculan intereses del Estado y del orden público de gran interés para el Estado por su utilidad social pues protege a la infancia desvalida; por lo mismo que interviene el estado es un acto jurídico en el que se crea un vínculo jurídico entre adoptado y adoptante en consecuencia a la aprobación judicial. Es un acto jurídico mixto, plurilateral en el que intervienen personas físicas y el Juez de lo Familiar, un acuerdo de voluntades entre el o los adoptantes, el adoptado si es mayor de doce años y las personas que otorgan el consentimiento, se expresa el consentimiento ante el juez correspondiente, y éste con todos los requisitos legales, dicta resolución judicial.¹⁸⁰

Es un acto constitutivo ya que genera deberes, derechos y obligaciones derivada de una relación paterno filial y al ser una adopción; es una acto extintivo ya que al generarse una relación paterno filial entre adoptante y adoptado extingue el parentesco del adoptado con sus progenitores extinguiendo la filiación preexistente. Y por lo mismo es un acto irrevocable (adopción plena) ya que no hay revocación debido a que la adopción se equipara a un hijo consanguíneo debido a que genera un parentesco, un estado de familia que no puede ser destruido.¹⁸¹

Cuando la adopción se realiza lo más importante es el interés superior del menor, bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, en un momento histórico determinado¹⁸², es decir, se determinará y dependerá de circunstancias específicas.

Desgraciadamente no se ha llegado a un nivel social en el que se acepte que la vida se califica humana por su proceso de sociabilización, que la personalidad se construye en la convivencia diaria, en un constante intercambio relacional y no se genera el amor y la calidad humana solamente por el vínculo de sangre.

3.2.2 Los objetivos de la adopción

La adopción busca principalmente un acogimiento familiar, integrar plenamente al menor desamparado en otra familia cuando el retorno a su familia biológica ya no sea posible, logrando entre el adoptado (hijo) y el adoptante (padre) un vínculo exclusivamente de parentesco jurídico, generando un parentesco con los mismos efectos (derechos y obligaciones) de una filiación matrimonial o extramatrimonial, es decir, que sea una relación

¹⁷⁹CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 44.

¹⁸⁰cfr. IBIDEM, pág. 223.

¹⁸¹cfr. IBIDEM, pág. 224.

¹⁸²WEINBERG, Inés M., *Op. cit.*, pág. 104.

entre padre e hijo como el que se da entre los padres e hijos que comparten la misma sangre, produciendo los mismos efectos que la filiación por naturaleza.

Busca garantizar la protección del menor, satisfaciendo sus necesidades en armonía con las del núcleo familiar. El niño para un pleno desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia en un ambiente sano y así desarrolle responsabilidades en la comunidad, situación que un niño abandonado no puede, la mayoría de las ocasiones, llegar a disfrutar; tal vez también sucede con menores que permanecen con su familia natural que ésta no puede de plano brindarle eso, sólo que los menores abandonados ya están condenados a probablemente nunca vivirlo, además que crecen con el dolor de ser huérfanos, es por ello que la adopción como objetivo principal es brindarle al menor una mejor oportunidad de vida, bajo el cuidado de personas que realmente le deseen brindar aquello que el Estado a pesar de garantizar su protección no puede otorgarle.¹⁸³

El Estado a través de la adopción también busca proporcionar protección al menor cuando su medio familiar no pueda dársele o no sea conveniente para el menor permanecer en su entorno familiar.¹⁸⁴

La consecuencia jurídica de la adopción es aplicar entre el adoptante y el adoptado todos los derechos y obligaciones que impone la filiación legítima entre padres e hijos, sin olvidar que la filiación es el vínculo que se genera entre ascendientes y descendientes, es una relación de derecho que existe entre progenitor e hijo. Para que haya filiación no basta con la relación biológica natural, sino que se requiere de un reconocimiento legal. La filiación adoptiva, otorga jurídicamente al adoptado el estado de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, sin existir el hecho biológico de la procreación.¹⁸⁵

Crea el derecho y obligación de los alimentos, origina el derecho subjetivo de heredar (sucesión legítima), exigir alimentos en la sucesión testamentaria, crea incapacidades en el matrimonio, origina derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad (padres, e hijos, abuelos y nietos, según el caso).¹⁸⁶

La adopción en la actualidad lo que busca es solucionar un problema de abandono de muchos niños, acoger a menores de edad que son vulnerables pues no son capaces aún de valerse por si mismos y requieren de cierta protección, cariño, amor, cuidados para crecer con una mayor solidez psicológica y lograr un desarrollo digno que lo lleve a realizar su vida plenamente, convirtiéndose en un ser humano de bien, que sea de gran aporte para la sociedad, logrando vivir con plenitud y dignamente; por ello la adopción siempre cuidará el interés del menor y considerará el interés del adoptado por arriba del de los adoptantes.

La Convención de los Derechos del Niño, la verdadera intención respecto a proteger sus derechos humanos y regular y permitir la adopción van enfocados a crearle condiciones favorables que le permitan una participación activa y creadora en la vida social.

¹⁸³ cfr. ANTONIO CANIEL, Hugo D., Op. cit., pág. 106.

¹⁸⁴ cfr. IBIDEM, pág. 336.

¹⁸⁵ cfr. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., Op. cit., pág. 2.

¹⁸⁶ cfr. IBIDEM, pág. 224.

La adopción constituye una filiación con los mismos efectos tanto familiares como patrimoniales, rompiendo con todas las relaciones jurídicas con su familia de origen y el adoptado se integra en la familia adoptiva, perdiendo todos los derechos y obligaciones que le corresponden con relación a la familia de origen. Sólo subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna y/o materna, según el caso cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante y para efectos de los impedimentos matrimoniales que el adoptado tenía con su familia de origen y a los que habrán de añadirse los correspondientes a su nueva familia.¹⁸⁷

Para los adoptantes también tiene un objetivo loable ya que busca también satisfacer la falta de un hijo, brindando un vínculo que satisfaga lo que biológicamente la vida no pudo brindarles.

La adopción también tiene una finalidad de gran importancia para el individuo, al importar el interés superior del niño más que todos los demás derechos de quienes se encuentran involucrados en la adopción y proteger sus derechos humanos primordiales, ante los agravios que se le causan al adoptante; se protege el derecho de preservar la identidad del adoptado por lo que la regulación legal de la adopción protege el vínculo existente entre el adoptado y su padre biológico (derecho de identidad); lo anterior es en cumplimiento al artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados parte donde se comprometen a respetar y preservar la identidad y las relaciones familiares.

Recordemos que la identidad es aquella realidad que emana de lo que hacemos, construimos y elaboramos; es la forma en que nos identifican y distinguen de los demás, es una cualidad de proyección externa del individuo.¹⁸⁸

Por lo antes mencionado debemos saber que en nuestro país aunque la adopción sea plena y el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiéndose el parentesco y los efectos jurídicos, es incuestionable el derecho a conocer su realidad biológica, respeta el derecho del adoptado de conocer sus vínculos de sangre, se mantiene su registro de nacimiento.

3.3 Los tipos de adopción en el código civil

La legislación del Distrito Federal reglamenta dos clases de adopción la nacional e internacional. Anteriormente se conocían dos tipos de adopción en esta entidad, la simple y la plena, la primera con las reformas de 25 de mayo de 2000 se suprimió, estableciéndose como única, la adopción plena, en respuesta al reclamo social.

La adopción nacional es la promovida por personas que radican en el país ya sean nacionales o extranjeros, es la que conocemos como adopción plena, y se reglamenta por medio de las normas jurídicas que se aplican en nuestro territorio nacional, existiendo en algunas entidades federativas la aplicación aún de la adopción simple, pero nuestro estudio se enfoca al Distrito Federal y su código civil y como sólo contempla la adopción plena y la

¹⁸⁷cfr. IDEM.

¹⁸⁸cfr. ANTONIO CANIEL, Hugo D., Op. cit., pág. 80.

internacional, cuando nos refiramos a las características de la adopción plena y nacional en el Distrito Federal nos estaremos refiriendo a la misma por ser la plena, la única adopción contemplada como nacional en esta entidad.¹⁸⁹

Anteriormente se contemplaba también la adopción simple, la cual solo rompe el vínculo de filiación con sus padres biológicos conservando su parentesco con los demás miembros de la familia, adquiriendo el adoptado derechos sucesorios tan sólo para con los adoptantes y no para con sus parientes, teniendo los adoptantes sólo derecho a tener alimentos y los familiares biológicos ascendientes del adoptado tendrán derecho a heredar; además esta adopción podía ser revocable por consentimiento de las partes, por ingratitud del adoptado o por no dar alimentos al adoptante. El adoptante respecto a los bienes del adoptado tenía los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y los bienes de los hijos. El nombre del adoptante era dado al adoptado si se estimaba conveniente.

La patria potestad es transmisible en primer grado en línea recta, y no se extinguen los derechos y obligaciones del parentesco biológico.¹⁹⁰

La adopción internacional comienza en el mundo a practicarse durante la Segunda Guerra Mundial todos aquellos desplazados, desatendidos o abandonados, eran candidatos para adopción por parejas viviendo en países fuera del conflicto, estas adopciones eran entre Europa y Estados Unidos, eran respuesta a la situación mundial como una ayuda en una situación de emergencia y de crisis. Paulatinamente fueron creándose agencias especializadas para esta adopción en países desarrollados, cada conflicto que se ha suscitado en el mundo va generando mayor aceptación en este tipo de adopciones. En la década de los setenta, la adopción adquiere un carácter internacional donde un mayor número de países se involucran, América Latina, no es la excepción pero es hasta el año de 1984 cuando, México, firmó la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores y el 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁹¹

México aprueba el 22 de junio de 1994 la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, estableciendo garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración del interés superior del niño y cooperen los Estados para evitar el tráfico, sustracción y venta de menores y los Estados Contratantes reconozcan las adopciones realizadas.¹⁹²

3.3.1 Adopción plena

Esta adopción sus efectos son equiparados a los de una filiación biológica, el adoptado entra a formar parte de la familia del adoptante rompiendo con los vínculos jurídicos de su

¹⁸⁹cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 243.

¹⁹⁰cfr. KUTHY PORTER, José, *Temas actuales de bioética*, Editorial Porrúa S.A., México, 199, pág.170.

¹⁹¹cfr. GONZÁLEZ MARTIN, Nuria, *OEstudios sobre adopción internacional.*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2001, pág. 28.

¹⁹²cfr. IBIDEM, 37.

familia anterior. La relación jurídica que afecta a toda la familia por lo que no sólo será hijo del adoptante sino también será hermano de los demás hijos del adoptante, nieto de los padres del adoptante, sobrino de sus hermanos y por lo tanto tendrá los mismos derechos y obligaciones que también tienen todos los miembros de la familia.¹⁹³ Por lo antes dicho y de acuerdo al criterio del gran jurista GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, en su último libro critica la derogación que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, realizó respecto de la adopción simple, pues lo considera jurídicamente inapropiado y aberrante el que cualquier miembro de la familia fuera de los adoptantes tengan que ser sometidos a derechos y obligaciones para con el adoptado, derechos y obligaciones que en realidad ellos nunca solicitaron, no tienen porque cargar con las consecuencias de un acto jurídico (adopción) que ellos no celebraron, no efectuaron, ni mucho menos desearon; critica duramente a los legisladores pues dice que no conocen de derecho al no saber distinguir un acto jurídico de un hecho, es decir, que el parentesco consanguíneo es un hecho de la naturaleza, por lo que la relación de un hijo biológico con los demás miembros de la familia del padre es natural y no es a consecuencia de un acto jurídico que solamente debe implicar a los que participan en este acto por lo que obviamente, no tiene porque ningún otro miembro de la familia cargar en lo que no ha participado como lo es la adopción; debe existir una relación únicamente entre el adoptante y el adoptado, situación que la adopción plena no contempla.

No comulgo con este análisis en el sentido de que también nos puede llevar a decir que por naturaleza sólo los derechos y las obligaciones deberían corresponder a los padres para con los hijos pues en realidad a ningún miembro de la familia tampoco se le debería generar ningún derecho ni obligación para con los hijos (aunque de sangre) de otros miembros de la familia, pues sólo los que realmente buscan y desean un hijo son los padres, son quienes realizan el acto natural de concepción y también son los que deciden formar una nueva familia y compartir su vida para ello y no los demás parientes, ellos no lo solicitan, además como ya se dijo, los únicos que participan en el acto natural de la concepción para tener a sus hijos, son los padres.

Desde el punto de vista técnico-jurídico opino como él, el acto jurídico sólo sus consecuencias se deben generar para los participantes, sólo para los que tienen la relación jurídica no para los terceros; pero desde el punto de vista de que el derecho debe brindar protección al más vulnerable e indefenso, no puedo coincidir, creo que olvida que el interés del menor se encuentra por arriba que cualquier otro, pues si los adoptantes llegasen a fallecer el menor volvería a quedar desamparado, por ello el Estado y el legislador busca que el menor no vuelva a las condiciones anteriores de la adopción, no debe otra vez estar solo sin afecto y sin una familia. Ahora bien no debe existir una desigualdad ni diferenciaciones entre los miembros de una familia; supongamos que los adoptantes logran concebir un hijo de sangre, por ese hecho los miembros de la familia inconscientemente desarrollarían notables diferencias de cariño y afecto para con el hijo adoptado, provocándole un descontrol emocional seguramente incorregible o bien si mueren los padres se separarían a los hijos quedando el adoptado nuevamente solo; en cambio el hijo de sangre quedaría al calor de la familia. Ahora bien, en el aspecto moral, social y emocional me encuentro convencida de que la sangre no lo es todo, por lo general los vínculos muchas veces pueden ser más estrechos, fuertes y duraderos gracias a los sentimientos que se

¹⁹³ cfr. KUTHY PORTER, José, *Op. cit.*, pág. 171.

generan a través de la convivencia y las relaciones que se dan entre los humanos. Ahora bien una sociedad que genere y promueva este tipo de principios y valores puede ser más sólida y mejor evolucionada pues sus bases y sentimientos no sólo los ata a la relación de sangre sino a la relación generada por la convivencia, la protección, el cuidado, el trabajo y el amor que todos nos debemos procurar para una mejor vida, con mayor dignidad y una mejor supervivencia del ser humano; así que puede ser esta consideración del legislador posiblemente un inicio para empezar a desarrollar núcleos familiares más fuertes y por ende una sociedad más preocupada por otro tipo de valores en beneficio de todos. La adopción debe generar otros valores morales en los miembros de la familia, tal vez no se les debería obligar jurídicamente pero sí moralmente, se debe culturalmente generar esos valores por el menor adoptado.

Además no debemos olvidar que no puede haber transacción sobre la filiación, el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio (art. 338 y 2948 C.C.); entiendo que tampoco sobre el parentesco. Una persona es o no pariente, sin que se pueda pactar cambio o transacción sobre tal situación. El estado civil y el parentesco son inmutables. Por ser de orden público la voluntad está restringida. Por lo mismo debe la adopción ser irrevocable.¹⁹⁴

También no puede ser revocable por varias razones en primera, se genera un parentesco, un estado de familia el cual no puede ser destruido; además el parentesco es inmutable por ser de orden público, por lo cual la voluntad se encuentra restringida.

La adopción plena no puede romper con el vínculo natural de sangre que hay entre el adoptado y con la familia biológica de éste, ese se mantiene pero en relación con su familia natural desaparecen los derechos y obligaciones; cuando por derecho de identidad llega a conocer su verdadero origen puede trascender en afecto, además que en muchas ocasiones es necesario buscar su origen natural para poder lograr salvarle la vida pues sus parientes consanguíneos son los únicos que pueden realizar trasplantes aunque su vínculo haya sido roto por la adopción. Como ya dijimos la filiación biológica no puede truncarse ni siquiera con la adopción, lo único que realmente sucede es que se transfiere la patria potestad.¹⁹⁵

La única forma en que debe continuar la filiación consanguínea en cuanto a los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultando de la filiación consanguínea, es cuando el adoptante pretenda casarse con alguno de los progenitores o familiares consanguíneos que la ley en grado prohíba que contraigan matrimonio.

La adopción plena es irrevocable, puede excepcionalmente extinguirse con la muerte del adoptante o adoptantes y con la privación de la patria potestad.

Los verdaderos padres son aquellos que han criado, educado e infundado en los hijos los valores morales, de manera que los han formado para integrarse dentro de la sociedad de la cual forman parte como elementos de vital importancia.

¹⁹⁴CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 215.

¹⁹⁵ IBIDEM, pág. 45.

Actualmente el hijo legítimo se equipara con el consanguíneo por lo que es un hijo legítimo legal por disposición.

EFFECTOS DE LA ADOPCIÓN PLENA: Abarca a todos los miembros de la familia (adoptado mismos derechos, deberes y obligaciones de hijo de sangre), parentesco semejante al consanguíneo, se extingue la relación del adoptado con su familia de origen, la patria potestad se transfiere al adoptante, el adoptado debe llevar el apellido del adoptante o adoptantes, se genera un parentesco con su nueva familia haciendo la adopción irrevocable e impugnabile, siendo sus efectos definitivos, tienen derechos de sucesión, no pueden darse información del adoptado a excepción que los solicite el adoptado o para impedimentos para contraer matrimonio, acta de nacimiento igual a la que se expide para los hijos consanguíneos y los antecedentes quedarán reservados bajo la responsabilidad del Registro Civil.

La adopción plena no puede extinguirse pero sí puede determinarse una nulidad, como en cualquier acto jurídico, ya sea por violaciones a las normas y puede ser absoluta o relativa. La absoluta se dará por violaciones a la ley, por no cumplir con requisitos que ésta exige, por falta de consentimiento de los que exige la ley o por si dado el consentimiento haya sido dado por error, arrancado por violencia o por dolo, requiere de prueba plena y encontrarse fundamentada. Si procede la nulidad, destruye retroactivamente los efectos producidos por la adopción.¹⁹⁶

3.3.2 Adopción internacional

Para el artículo 133 constitucional son los convenios internacionales ley suprema de la unión, se incorpora al Código Civil la adopción internacional. Algunos de los diversos tratados y convenciones internacionales que México ha suscrito son entre otros los siguientes: Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño, Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Fe de Erratas del Decreto de Promulgación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, Convención sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.¹⁹⁷

La adopción extranjera es otorgada conforme a derecho interno de un Estado extranjero ajeno al foro, es decir es aquella adopción conferida en el extranjero que fue otorgada en el territorio de otro Estado, pero deviene trascendente para nuestro derecho al querer hacer valer los efectos de la misma en nuestro territorio. Una adopción es internacional cuando en

¹⁹⁶cfr. CAZORLA GONZÁLEZ, María José, *Op. cit.*, pág.395.

¹⁹⁷cfr. GONZALEZ MARTÍN Nuria, *Op. cit.*, pág. 21.

virtud de la localización de los elementos, entraña un conflicto de leyes, es decir, da vocación a más de un derecho para regir el caso.¹⁹⁸

Las adopciones realizadas por extranjeros con residencia habitual en el territorio nacional se rigen siguiendo las reglas aplicables en materia de competencia por el mismo código o las disposiciones vigentes en cada una de las entidades federativas.¹⁹⁷

El Código Civil para el Distrito Federal estipula que dará preferencia para adoptar en igualdad de circunstancias a los nacionales respecto de los extranjeros (principio de subsidiaridad en la adopción internacional), esto genera una desigualdad jurídica.

Definimos la adopción internacional como la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio, y tiene por objeto, incorporar en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen¹⁹⁸ (art.410-E C.C), es erróneo pues no es necesario que los adoptantes sean ciudadanos de otro país, basta con que su residencia sea habitual fuera del territorio nacional para que se considere adopción internacional.

Existen dos casos de adopción internacional: El primero es que el adoptante proviene de un Estado distinto al del adoptado y el segundo es que el adoptante y el adoptado son del mismo Estado pero después de la adopción residen en otro.

Esta adopción siempre será plena, no por transferencia sino por la relación de parentesco se aplicaran los tratados internacionales, suscritos por el país que sean aprobados por la Cámara de Senadores y finalmente ratificados. En el momento que cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte autorizando la adopción, quedará consumada.¹⁹⁹

Es un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, el juez competente será el del domicilio de los menores o incapacitados, los requisitos serán los que señala el artículo 390 del C.C., los estudios socioeconómicos y psicológicos serán efectuados por el DIF. Deberá existir una constancia de 6 meses que otorgue la institución o persona que acogiera al menor expósito o abandonado por seis meses después de su abandono y en caso de que no hubiesen transcurrido los seis meses el juez decretará el depósito del menor con el adoptante hasta que transcurra dicho plazo; si no estuviese acogido por ninguna persona o institución el depósito del menor transcurrirá con el presunto adoptante.²⁰⁰

AUTORIDADES CENTRALES, son las que intervienen en la adopción y son designadas por cada Estado contratante, asesoran, cooperan, coordinan, controlan, reciben y transfieren información en materia de adopción internacional; cuidando y dando cumplimiento a las obligaciones que la convención le impone, en nuestro país la autoridad central para todos los estados federales se nombró al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la

¹⁹⁸CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 346.

¹⁹⁷GONZALEZ MARTÍN Nuria, *Op. cit.*, pág. 23.

¹⁹⁸CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 246.

¹⁹⁹IDEM.

²⁰⁰cf. GONZÁLEZ MARTIN, Nuria, *Op. cit.*, pág. 24.

Familia, al igual que en el Distrito Federal y a la Secretaría de Relaciones Exteriores como consultoría jurídica para expedir las certificaciones de las adopciones y para la recepción de documentos provenientes del extranjero.

También pueden intervenir en una adopción internacional en apoyo de las autoridades centrales involucradas en el trámite de adopción, organismos acreditados o entidades colaboradoras que las auxilien como intermediarios entre éstas y los particulares que soliciten la adopción, sin finalidades de lucro.

Los deberes entre adoptante y adoptado serían regulados por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción.²⁰¹

La Convención de los Derechos del Niño determina que los Estados deberán promover la colocación del niño en otro país para su adopción con un riguroso mecanismo de protección para así evitar el tráfico y venta del niño.

Conforme a la convención será un requisito para efectuar la adopción el que las autoridades competentes del Estado de origen (lugar de residencia del menor que se pretende adoptar) establezcan que el niño es adoptable; si el niño es adoptable en su Estado de origen y si el interés superior del menor es correspondido con la adopción. Deben presentar una autorización de la autoridad correspondiente del país en el cual tiene su domicilio habitual y otra autorización de la misma autoridad para que el menor que adopten ingrese y resida en dicho país.

Una vez que se cumplan todos los requisitos y que el consentimiento sea obtenido sin pago alguno, las autoridades del Estado de recepción (lugar de los adoptantes, país al que ingresará y residirá el menor adoptado) deberán haber constatado que los padres son adecuados y aptos para adoptar y hayan sido asesorados y que el niño ha sido autorizado para entrar y residir por siempre en el Estado de recepción.²⁰²

REQUISITOS PARA ADOPTAR A UN MENOR DE NACIONALIDAD MEXICANA:

1) Carta de los solicitantes dirigida al Sistema DIF, expresando su motivo de adopción, 2) Certificado de idoneidad expedida por la autoridad central de su país, 3) Estudio socioeconómico y psicológico, 4) Certificado de no antecedentes penales, 5) Certificado de salud de los solicitantes, 6) Constancia de trabajo, 7) Copia certificada del acta de nacimiento de los solicitantes y en su caso de matrimonio, 8) Dos cartas de recomendación, 9) Una fotografía a color tamaño credencial de los solicitantes y 10) Fotografías tamaño postal del domicilio donde habitan los solicitantes fachada e interior y de una reunión familiar.²⁰³

²⁰¹IBIDEM, pág. 123.

²⁰²cfr. CÓRDOBA, Jorge Eduardo, Op. cit., pág. 343.

²⁰³cfr. IBIDEM, pág. 143.

PROCEDIMIENTO:

El procedimiento se realizará manteniendo comunicación las autoridades centrales de cada uno de los Estados (origen y receptor), desahogadas las pruebas y habiendo cumplido con todos los requisitos exigidos, el Juez decidirá si procede la adopción, al declararse la ejecutoria de la resolución la adopción quedará consumada, se levantará un acta como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos.

Los que deseen adoptar a un menor en un Estado con residencia en otro Estado contratante, deberán acudir a la autoridad central de su país quien se encargará de realizar los estudios correspondientes (psicológico y social) y serán quienes determinarán si los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar mediante un certificado de idoneidad para adoptar a un menor de nacionalidad mexicana, los solicitantes reunirán los documentos necesarios y solicitados por la autoridad mexicana, el Estado de recepción enviará un informe a la autoridad central del Estado de origen en original y con su debida traducción en español.

El Estado de origen a través de su autoridad central recibirá los documentos y los revisará y evaluará, emitirá la viabilidad o la no solicitud, si se acuerda la viabilidad se ingresará a una lista de espera para la asignación de un menor, cuando éste es asignado se elabora un informe de adoptabilidad con todos los datos, condiciones y rasgos del menor y determinaran si es adoptable y si obedece la adopción al interés superior del niño, haciendo de su conocimiento mediante un informe a la autoridad central del país receptor.²⁰⁴

La autoridad de recepción, remitirá a la autoridad de origen su conformidad para que se continúe con el proceso de adopción y la autorización para que ingrese y reside permanentemente en el país de recepción, se procede a citar a los adoptantes para que donde se encuentra albergado el menor elabore el programa de convivencias, los solicitantes acudirán al Instituto Nacional de Migración para tramitar el permiso de adopción acreditando su legal estancia en el país, el DIF procederá a realizar el proceso judicial de adopción, obtenida la sentencia, se inscribe el acta en el Registro Civil, se tramitará pasaporte y visa cual sea el caso, el centro de asistencia que albergó al menor levantará el acta de externamiento definitivo.

Si el Consejo Técnico de Adopción no considera exitosas las convivencias se lo harán saber a la autoridad central receptora, las resoluciones de este consejo son por mayoría de votos contando el presidente con voto de calidad.

Los padres adoptivos firman una carta-compromiso donde se comprometen a pasar revista cada seis meses a la oficina consular más cercana, el cambio de domicilio del menor y sus

²⁰⁴cfr. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Op. cit.*, pág. 144.

adoptantes se deberá notificar de manera inmediata a la autoridad central correspondiente.²⁰⁵

Esta adopción es reconocida de pleno derecho por lo que no se reconocerá si un Estado contratante, es contraria a su orden público (interés superior del niño).

3.4 Procedimiento para realizar la adopción en el Distrito Federal

La adopción antes de ser una solución se convierte en un problema, el trámite es lento debido al juicio ordinario requerido para la pérdida de la patria potestad del abandonado, por lo que se ha propuesto que el juez iniciando el juicio de adopción y acreditando su abandono decreta la pérdida de la patria potestad, se debe facilitar el trámite, es sabido que es muy complicado ya que en muchas ocasiones se imponen muchas trabas para lograr la finalización del trámite pues debido al tráfico de personas y la trata de blancas, la autoridad es muy cuidadosa para otorgar la adopción, sin considerar que ya se tienen todos los datos del adoptante debido a que las actuaciones realizadas abiertamente por lo que hay poca posibilidad de actuar ilegalmente o de manera inmoral.

La adopción requiere de requisitos formales pues se constituye mediante una resolución judicial, perfeccionándose a través de la forma procesal. La adopción puede hacerse de uno o más menores tanto para solteros como para casados y pueden ser simultáneas o sucesivas.

Los elementos solemnes se integran por el nombre del adoptante, el del menor o del incapacitado y los nombres de quienes ejercen la patria potestad o tutela; el consentimiento de quienes deben otorgarlo dándole ante el juez y por último la resolución del Juez de lo Familiar con lo que la adopción se consumará.

Los elementos formales son el domicilio de quienes adoptan, del adoptado y de los que ejercen la patria potestad o de quienes tienen la guarda del menor o incapacitado; las pruebas; el levantamiento del acta de adopción (Juez del Registro Civil) y la inscripción de la misma.²⁰⁶

REQUISITOS PARA ADOPTAR: ser persona física ya sean mexicanos o extranjeros con plena capacidad, no estar afectado de ninguna prohibición (sus derechos civiles no hayan sido suprimidos) ni ser un incapaz natural; el adoptante sea mayor de 25 años de edad, si es una pareja la que adopta con que uno cumpla con el requisito de edad pero ambos cónyuges deberán contar en relación con el adoptado 17 años de diferencia, los cónyuges tienen que adoptar conjuntamente a excepción de que uno de los cónyuges este por adoptar al hijo de su consorte, pueden adoptar las parejas que se encuentren unidas permanentemente (concubinos); deben contar con medios económicos suficientes, medios bastantes para proveer la subsistencia, la educación y cuidado de la persona de adoptar, cuenten con trabajo o bienes propios que le permitan incorporar al adoptado a su vida o a su familia, no se requieren ingresos determinados; que sea una persona apta, determinándose

²⁰⁵cfr. IBIDEM, pág. 145.

²⁰⁶cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Op. cit.*, pág. 230.

su aptitud a través de un dictamen (estudios socioeconómicos y psicológicos por medio del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia DIF); goce de buena salud comprobándolo por medio de un certificado médico.²⁰⁷

En el caso de extranjeros además de los requisitos ya analizados deben acreditar su legal estancia o residencia en el país.

El adoptante no necesariamente debe estar casado, existen criterios en contra de que una persona soltera, “sola”, adopte a un niño situación que se defiende con el simple hecho de que se busca acoger a un niño abandonado que también está solo por lo que en este caso aunque el niño se críe sin un padre o sin una madre no es peor a que crezca abandonado, sin sentir el calor de una persona que lo necesita tanto como el a ella y que además ambos se puedan dar la oportunidad reciproca de brindarse cariño y un desarrollo pleno en varios sentidos, material, físico, psíquico y ante todo espiritual.²⁰⁸

En la actualidad para poder adoptar no se requiere la ausencia de hijos para que la adopción proceda, los que tienen hijos también pueden ser adoptantes. Todos aquellos que la ley no prohíba pueden adoptar (hombres, mujeres, solteros, cónyuges, concubinos nacionales o extranjeros que demuestren su estancia legal en el país). En igualdad de condiciones se preferirá al adoptante que haya acogido al menor que se pretende sea adoptado (art. 392 bis C.C.), el acogedor es el tutor del menor y sólo puede adoptar hasta después de ser aprobadas las cuentas de la tutela, el curador no tiene prohibición alguna para adoptar y no debe existir ningún interés pendiente o encontrado que pudiere originar alguna razón económica para la adopción.²⁰⁹

Para que los cónyuges y concubinos adopten se requiere del consentimiento de ambos para considerar al adoptado como hijo. El hijo de una madre o padre que celebre nupcias con persona distinta al padre o madre de su hijo, podrá ser adoptado por el nuevo consorte, habiendo contradicción legal en el sentido que el artículo 446 C.C. establece que el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior y peor aún cuando el artículo 419 C.C. previene que la patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerá la persona que lo adopte por lo que excluye a los que se hubieren casado en segundas nupcias y aceptaran que su nuevo consorte adoptara su hijo. Para que esto suceda el consorte anterior padre o madre del menor deberán haber perdido la patria potestad o bien se le hubiese suspendido.

Actualmente un pariente consanguíneo podría adoptar mediante adopción plena pues al suprimirse la adopción simple con la reforma del 2000 y con el nuevo artículo 410D C.C. en donde se expresa que si las personas tienen un vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte los derechos y obligaciones se limitan al adoptante y adoptado, debido a que no se puede romper el vínculo familiar ya existente entre los otros miembros de la familia.²¹⁰

²⁰⁷cfr. IBIDEM, pág. 231.

²⁰⁸cfr. IDIBEM, pág. 235.

²⁰⁹cfr. IBIDEM, pág. 231.

²¹⁰cfr. IBIDEM, pág. 236.

Los sacerdotes católicos no tienen ningún impedimento legal para adoptar, no hay un trato especial ni lo prohíbe, la doctrina considera su imposibilidad para adoptar pues no es aconsejable por la función sacerdotal y por el celibato eclesiástico o que se preste a encubrir la realidad de un hijo natural.²¹¹

REQUISITOS PARA SER ADOPTADO: ser menor de edad no emancipado o mayor de edad incapaz, ser huérfano, ser un menor abandonado (menor en desamparo que se conoce su origen) o expósito (menor abandonado que no se conoce su origen), otorgar consentimiento si es mayor de 12 años, al menos que hubiese existido convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido los 14 años, antes no podían adoptar los ascendientes, parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad ahora con las reformas de 2000 y lo ya antes mencionado la adopción puede existir entre consanguíneos, la doctrina afirma que no tiene que ser el adoptado extraño al adoptante y puede ser su pariente; otros opinan que el parentesco entre tío y sobrino para ser adoptado no afecta pero en el caso de adopción entre hermanos, abuelos y nietos son impropias; en el caso de los hermanos la relación fraternal impide la paterno-filial y en el caso de los nietos, si los padres no ejercen la patria potestad a los que les corresponde es a los abuelos, por lo tanto no debería haber adopción.²¹²

Un pupilo no puede ser adoptado por su tutor hasta que haya sido aprobada la cuenta de la tutela. Para ser adoptado no importa que tenga vínculos de parentesco consanguíneo. Cuando un menor es abandonado es necesario que previa la adopción se realice el juicio de pérdida de la patria potestad de los padres y si hay abuelos a ellos les corresponde ejercerla por lo que ellos serán los indicados para otorgar el consentimiento de adopción.

El menor deberá ser escuchado de acuerdo a su grado de madurez y atendiendo a su edad, pues conforme a la Convención Sobreprotección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, se exigen medidas protectoras del menor, éste deberá ser debidamente asesorado e informado sobre las consecuencias de la adopción, son importantes sus deseos y opiniones del niño y que su consentimiento sea libre.²¹³

Cuando se tramita una adopción es necesaria la propuesta de la Institución que ha acogido al menor, aunque no es necesario cuando el adoptado se encuentra bajo las siguientes circunstancias:

- a) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- b) Ser hijo del consorte del adoptante.
- c) Ser mayor de edad o menor emancipado.
- d) Haber estado bajo su tutela.²¹⁴

La ley antes descrita menciona las personas que deben intervenir en este acto jurídico: Los que ejercen la patria potestad o tutela de quien se desea adoptar o bien los que lo hayan

²¹¹cfr. IBIDEM, pág. 240.

²¹²cfr. IBIDEM, pág. 241.

²¹³IBIDEM, pág. 233.

²¹⁴cfr. IBIDEM, pág. 242.

acogido como un hijo, el Ministerio Público del domicilio del adoptado, cuando este desprotegido, el adoptante (25 años), en pleno ejercicio de sus derechos, el adoptado si es mayor de catorce años y el Juez que debe dictar sentencia.

Se forma un expediente en el juzgado, iniciando la etapa judicial, en esta fase de la adopción es necesario cumplir con formalidades, los interesados comparecerán ante el Juez (adoptante, adoptado y personas afectadas por la adopción).

La vía idónea para tramitar una adopción es la de jurisdicción voluntaria, la autoridad competente es el juez de lo familiar en turno. La promoción con la que se inicie el juicio de adopción deberá contener: nombre y edad del menor o incapacitado a adoptar, nombre, edad y domicilio de quienes ejercen la patria potestad o del tutor. Si el menor fue acogido por una institución será acompañado por una constancia del tiempo que permaneció en ella y de los estudios socioeconómicos y psicológicos (comprueban buenas costumbres, moral y medios suficientes para proveer la subsistencia, educación y cuidado del adoptado) a cargo del DIF o el que autorice; si no fue acogido y no tuviere padres, se decretará el depósito del menor con el que pretende adoptar por seis meses, transcurrido este tiempo los que ejercían la patria potestad la pierden y en el supuesto que los que ejercían la patria potestad lo hayan entregado para promover su adopción, es suficiente para perderla sin que transcurran los seis meses. Certificado de salud del adoptante, demostrar que la adopción es benéfica para el adoptado, los extranjeros deben acreditar su legal estancia y con residencia habitual en el país.²¹⁵

La adopción puede hacerse de uno o más menores tanto para solteros como para casados y pueden ser simultáneas o sucesivas. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto cuando los adoptantes sean cónyuges o concubinos (art. 391 y 392 C.C.).

Es necesario que se exprese el CONSENTIMIENTO de los involucrados (artículo 397 código civil), en el caso del adoptado cuando este sea mayor de doce años, si no existe la manifestación de la voluntad, la adopción no podrá ser aprobada aunque todos los demás requisitos sean cumplidos satisfactoriamente.

EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES DEL MENOR, consiste en la expresión de conformidad general a que el hijo pueda ser adoptado, obviamente este requisito se puede cumplir cuando existen y se conocen debido a que éstos son los que ejercen la patria potestad, se exceptúa el asentimiento a los padres del menor cuando estuvieran privados de la patria potestad del adoptando, que no se hallare emancipado o bien cuando existe una declaración judicial de abandono; en caso de oposición de los padres, no cabe la adopción. Es el primer consentimiento fundamental, el de los que ejercen la patria potestad sobre el menor que se trata adoptar si no se conoce el domicilio de los progenitores o de los abuelos se sigue el juicio ordinario de pérdida de la patria potestad por lo que el trámite de adopción queda en suspenso y se alarga el tiempo de la adopción.

Cuando sea un menor quien ejerza la patria potestad, deberán constituir la adopción los progenitores de éste si se encuentran presentes, en caso de que sean incapaces otorgará

²¹⁵ cfr. KUTHY PORTER, José, *Op. cit.*, pág. 173.

el consentimiento quien ejerza la tutela sobre estos o bien si se trata de un menor emancipado el que otorgará el consentimiento será el tutor encargado de sus negocios judiciales. Si el adoptado no se encuentra bajo la patria potestad de los padres, el tutor o los que hayan acogido al menor como su hijo o a falta de ellos el Ministerio Público o los directores de las instituciones de asistencia social ya sean públicas o privadas que reciban expósito o abandonados, sea el caso deberán expresar su consentimiento. En este caso el Juez no tiene facultades decisorias por lo que si alguno de los que la ley señala deben expresar su consentimiento no lo otorgan, no podrá otorgarse la adopción, pero la ley señala que si no están presentes el Juez de lo Familiar suplirá el consentimiento, convirtiéndose en un grave error jurídico pues la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal no le atribuye al Juez otorgar consentimientos. Pero se previene que cuando se opongán a la adopción deberán expresar la causa en se funden que el juez calificará tomando en cuenta el interés del menor (artículo 398 C.C.).

Cuando sea aprobada la adopción el juez girará oficio dentro de los ocho días siguientes acompañado de copias certificadas de las diligencias practicadas al Registro Civil correspondiente, a efecto de que inscriba el acta correspondiente, debido a que se afecta el estado civil de las personas. La inscripción consistirá en registrar únicamente a los padres adoptivos, será un acto en los mismos términos que la de expedida ante un hijo consanguíneo no haciéndose mención alguna al carácter de adoptivo.²¹⁶ Considero no apropiado que en el acta no se asiente que es un adoptado pues no garantiza el derecho a la identidad; no hay la garantía de que los adoptantes den a conocer a su hijo que es adoptado y así otorgarle la opción de llegar a conocer su verdadero origen e identidad.

El acta de nacimiento originaria quedará reservada de la cual el Registro Civil tienen prohibido expedir alguna constancia donde revele el origen del adoptado ni su condición actual, la única excepción es mediante una orden proveniente de un juicio, para los impedimentos para contraer matrimonio y cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares.

En caso de que el adoptado haya sido adoptado por una sola persona, se registrará con los dos apellidos del nuevo padre o madre (como cuando se registra un menor que no es reconocido por el padre) y en el supuesto de ser dos los que adoptan, los apellidos serán registrados de la misma manera en que se registra a un hijo consanguíneo, es decir, nombre del menor, apellido paterno y apellido materno.²¹⁷

Una vez adoptado el hijo, no podrá ser objeto de una nueva adopción.

La solución de otorgar la adopción a los adoptantes debe ser si el interés superior del niño es satisfecho independientemente de que cumplan con todos los requisitos que la ley exige, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia, y toda decisión debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección.

²¹⁶cfr. GÓNZALEZ MARTÍN, Nuria, *Op. cit.*, pág. 20.

²¹⁷cfr. KUTHY PORTER, José, *Op. cit.*, pág. 174.

3.5 ¿Adopción prenatal?

Se le podría considerar a la adopción de embriones como una adopción prenatal debido a que aún el adoptado no ha nacido y este es el caso de los embriones, esta adopción se entiende como la originada por la implantación del embrión en el útero de una mujer que no ha aportado el óvulo, que ya se encuentra fecundado por un semen que no ha elegido la mujer debido a que no es de su marido, ni del donador que ella hubiese elegido; esto porque quien lo está dando en adopción fue quien se sometió al tratamiento de fecundación in vitro y por alguna circunstancia no se ha implantado en su útero los embriones sobrantes, o bien ya no desea implantarse ninguno o posiblemente sean huérfanos de padre y madre o peor aún los ha olvidado dejándolos congelados y abandonados en el centro médico al que acudió para el método de fecundación.²¹⁸

Si los embriones se encuentran huérfanos de madre, el padre es quien deberá decidir si entrega en adopción los embriones o viceversa, si existen personas con el deseo de adoptar algún embrión en específico, éste no podrá ser destruido.

Basándonos en la experiencia de otros países, como el caso muy específico del programa de adopción de embriones congelados realizado por el Instituto Marqués en Barcelona España, podemos considerar como una solución al problema de los embriones humanos congelados y abandonados brindándoles la oportunidad de ser implantados y tal vez de vida. Ya que dicha institución por su propia decisión ha implantado los embriones en esta situación (dándolos en “adopción”) a mujeres y parejas interesadas como una última oportunidad para engendrar un hijo, sin que la autoridad intervenga para su adopción, la institución se encarga de realizar los trámites; esto ha tenido un gran éxito toda vez que de los implantes realizados, un 32% ha logrado engendrar y además las parejas que crean embriones, con mayor facilidad logran decidir el futuro de sus embriones en caso de no ser implantados, debido a que es difícil para las parejas elegir un futuro de investigación y destrucción para sus embriones.²¹⁹

Es por lo antes mencionado que existe la propuesta para que en México se permita realizar la adopción prenatal, la cual se aplicaría a los embriones congelados que hayan sido abandonados o no se hayan podido transferir como resultado de la fecundación in vitro y para lo cual considero apropiado que las instituciones que se encarguen de mantener los embriones congelados y transcurrido el tiempo necesario para que los padres busquen su implantación (5 años), si después de ese tiempo se considera han sido abandonados o bien los padres han realizado la donación de los mismos para que las instituciones los den en adopción; deberá crearse un registro de los aspirantes para la adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios, para que a través de ese registro de aspirantes a la adopción tengan las mismas posibilidades todos los que ingresen su solicitud y que por orden cronológico de inscripción de aspirantes a la adopción se den trámite a las solicitudes. A diferencia del caso mencionado en Barcelona, España; propongo que intervenga la autoridad, tal y como en la adopción, es decir, los aspirantes previa la

²¹⁸ cfr. <http://www.bioeticaweb.com/content/view/109/45/>, 25/abril/07, 18:00hrs.

²¹⁹ cfr. http://www.institutomarques.com/programa_adopcion_embriones.html, 12/abril/07, 16:30hrs.

solicitud ante la institución deberán haber acudido al DIF a realizarse estudios psicológicos y socioeconómicos y posteriormente ya en el registro de aspirantes y la certificación médica del instituto que admita el implante deberán acudir ante el Juez de lo Familiar, para que dicte una sentencia propia de adopción, con el fin de cumplir con los requisitos de una adopción y de garantizar el derecho de identidad del individuo adoptado.

En esta adopción, que considero apropiada para comenzar a resolver el problema de los embriones congelados que no serán implantados en la familia que originalmente buscó su creación, también se deberá conocer las condiciones personales de aquellos que deseen adoptar estos embriones, conocer sus condiciones de edad, sus aptitudes tomando en consideración las necesidades e intereses del futuro menor.

Los encargados de crear el registro propuesto deberán ser las propias instituciones que deberán actuar como autoridad de aplicación o bien atribuírselo al DIF, en realidad lo que se busca con la creación de un registro es garantizar un mejor funcionamiento de esta nueva adopción y como se ha dicho de respetar el derecho de identidad del adoptado.

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN AL EMBRIÓN EN MÉXICO Y EL EXTRANJERO

Debido a las relaciones entre todos los países, existen intercambios e influencias culturales de toda índole; los avances tecnológicos, el respeto a los derechos de todos los individuos y la protección al medio que los rodea determinan el grado de evolución de cada nación.

Sabemos que los individuos se relacionan entre sí para formar diversos grupos sociales que van formando otros más y más grandes y complejos relacionados entre sí. Los hombres se relacionan entre sí de acuerdo a sus costumbres, ideas, necesidades y modos de vida, identificándose con la gente del lugar en el que habitan y con el medio ambiente que los rodea formando grupos que se interrelacionan, llegando a formar comunidades y hasta naciones que a su vez se relacionan entre sí.

Actualmente en el mundo de la globalización, todos los países requieren para sobrevivir de las relaciones comerciales y diplomáticas que mantengan con los demás. Los países subdesarrollados, dependen aún más de la ayuda general de los países más poderosos, por lo que deben ser, los más preocupados por resolver sus problemas sociales internos para evitar un rezago fundamentalmente económico y cultural en relación a los más poderosos; pues estos países al percatarse que sus nacionales no cuentan con una seguridad en todos los planos (jurídica, económica, social, de salud), no generan inversiones e intercambios en países subdesarrollados que no garanticen ni salvaguarden a sus intereses y por lo tanto, se vean afectados; además de que con grandes rezagos los países subdesarrollados también pueden llegar a estar en desventaja y por lo mismo los poderosos llegan abusar de éstos por no contar realmente con sistemas más eficaces.

Las leyes, su eficacia y respeto; para la mayoría de los países desarrollados son una forma de brindar seguridad a sus nacionales en otras partes del mundo, debido a que es el reflejo del bienestar social interno de un país y por lo mismo del bienestar social que pueden brindar a un extranjero y la capacidad de éste para relacionarse con el mundo internacional, motivo por el cual, es muy importante mantener nuestras leyes en la vanguardia social y mundial (respetando y manteniendo los derechos, principios, valores y las buenas costumbres que cada pueblo ha adoptado, respetando sus leyes y su soberanía). Por lo antes manifestado es necesario garantizar, ante todo, los derechos humanos de los individuos que se encuentren habitando nuestro territorio y extenderlos al mundo.

Lo dicho en líneas anteriores, ha hecho que considere necesario hacer un breve estudio de legislaciones extranjeras en cuanto a la protección que brindan al embrión, comparándola con la mexicana; para así lograr una mejor interpretación de la situación biotecnológica que se está viviendo en el mundo y en nuestra nación y determinar con mayor objetividad respecto al criterio que deberá manejarse en nuestra legislación y brindar la protección a los embriones que de nuestra legislación requieran, sin transgredir ningún derecho reconocido a los embriones por nuestro país de manera interna y externa.

4.1 Convención sobre los derechos del niño

México siempre ha sido considerado un país que mantiene buenas relaciones con otros, respetando su soberanía, y participando activamente en varias convenciones a nivel internacional, preocupado siempre por lograr hacer respetar en su propio territorio y en todo el mundo los derechos de los más débiles; habiendo participado en la Convención de los Derechos del Niño, la cual, no sólo busca proteger al niño contra la violación de sus derechos humanos, sino también busca lograr en los niños condiciones de vida favorables para su participación en la vida social.

Los países parte deben asumir el compromiso de ante todo tener en cuenta el interés superior del niño, es un principio básico que rige las relaciones del niño con el adulto. El niño debe ser considerado persona, un elemento del presente y del futuro, siendo importante el que se le tome en cuenta; se le debe proteger del maltrato, de la discriminación, del descuido y de la explotación.

Para esta convención y de acuerdo al artículo primero de la misma, se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que la ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En la cúspide de los derechos fundamentales de esta Convención se encuentra el “*derecho a la vida*”, es de básica trascendencia y la plataforma de los demás derechos, la regulación de este derecho se incluyó en el proyecto de 1988 con la finalidad de garantizar la supervivencia y el sano desarrollo del niño. Y así evitar la mortalidad infantil y prolongar la vida de éste. Así se vinculan la vida y el desarrollo. Debe existir el compromiso del Estado de garantizar en la medida máxima posible, la supervivencia y el desarrollo del niño, es un derecho del niño lograr desarrollarse física y espiritualmente, hasta llegar a su plenitud como persona, cumpliendo sus etapas en armonía; por lo que se considera un derecho fundamental el desarrollo personal.²²⁰

El derecho del niño a desarrollarse plenamente, desde mi muy personal punto de vista, se encuentra ligado al derecho a tener una familia (derecho que la misma Convención reconoce), pues en una familia a un menor se le brinda cobijo y todas las necesidades requeridas para su crianza y pleno desarrollo; por ello es de vital importancia que los Estados comprometidos a resguardar los derechos de los niños, creen instituciones para que un menor huérfano o abandonado sea acogido y también deben impulsar a las personas para que se atrevan a adoptar un menor desamparado y así garantizar su supervivencia.²²¹

Desde una perspectiva de la Convención se puede desprender o deducir que desde la existencia del nasciturus existe un ser propio, único, el cual es dueño de su propia identidad, a la cual tiene derecho que se le respete y proteja. El artículo 6 de la Convención de los Derechos del Niño, dice: Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho

²²⁰cfr. HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Miryam, *Op. cit.*, pág. 47.

²²¹cfr. WEINBERG, Inés M., *Op. cit.*, pág. 89.

intrínseco a la vida. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.²²²

Es claro que la convención tutela al menor desde la concepción al igual como se debe regir en el ámbito internacional, aunque cada Estado y de acuerdo a su legislación y sus necesidades tutela este derecho, por ejemplo: En Argentina consideran al concebido persona ya que el ser humano existe desde la concepción, es decir, los por nacer desde el vientre de la madre son persona y tienen una personalidad jurídica de hombre. Para estos derechos, la vida y la persona son inseparables; por lo tanto el derecho a la vida de los niños, debe garantizarse en todos los períodos de su desarrollo, incluso el prenatal; protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico y mental; el niño por nacer es autónomo a la madre aunque requiera de ésta para desarrollarse.

Otros países como México, protegen al menor desde su nacimiento y en ese momento lo llegan a considerar persona, aunque desde que es concebido (*nasciturus*) recibe ciertos derechos con la condición que nazca vivo y también se le protege de manipulaciones genéticas, aunque no se le considere persona está penado el aborto, en otros países muy específicamente como en México, Distrito Federal, el aborto es permitido, es decir, no es penalizado, si se cumplen ciertos requisitos.

El derecho a la vida es importante que sea respetado pues es primordial, los derechos restantes carecen de sentido, si se bloquea el derecho a la vida, los demás son aniquilados junto con las posibilidades humanas, pues sin sujeto no hay titular de ninguna otra garantía.

4.2 La protección al embrión en diversos países extranjeros

La crioconservación de embriones varía de acuerdo a cada país, por ejemplo: Finlandia, Israel y Australia los congelan durante 10 años. En Francia, Inglaterra, Suiza, Alemania y Argentina, durante cinco años. En Suecia y Dinamarca durante dos. En Japón y Estados Unidos se mantienen mientras esté vivo el donante.²²³

En el año de 1986 La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, invitó a los Estados miembros a prohibir las prácticas o manipulaciones consideradas indignas de la persona, como, la clonación, la ectogénesis, las quimeras, entre otras y específicamente sobre los embriones vivos fueran o no viables.²²⁴ En este Consejo se permitía el estudio de investigación hecho en los embriones muertos y que sólo fuera con fines terapéuticos.

En 1988 se en la Conferencia de la Asociación Internacional de Leyes se protegió el patrimonio genético de cada persona desde la concepción, con el fin de asegurar la individualidad de los humanos y se prohibieron cualquier tipo de experimentaciones no terapéuticas sobre cualquier embrión humano. En 1990 el Parlamento Europeo desechó

²²²ANTONIO CANIEL, Hugo D., *Op cit.*, pág 19.

²²³MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 171.

²²⁴SAMBRIZZI, Eduardo A., *Op. cit.*, pág. 161.

cualquier diferenciación en el grado de protección de acuerdo a la etapa de desarrollo en que se encuentre un embrión.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras aprobada en 1994, se prohíbe causar daño a la forma humana, del genoma y de la herencia genética de la humanidad. La Organización de las Naciones Unidas reconoce al genoma humano como la base de la unidad de los miembros de la familia humana y del conocimiento de su dignidad y diversidad, el patrimonio de la humanidad, entidad digna de protección. Se prohíbe crear embriones para ser investigados y sólo se puede investigar en el genoma humano con fines terapéuticos y de diagnóstico sin que se modifique el genoma.²²⁵

4.2.1 Alemania

En Alemania cualquier mujer sin necesidad de estar casada podrá acudir a practicarse técnicas de reproducción asistida siempre y cuando manifieste su consentimiento y si se encontrara casada será necesario el consentimiento del marido. La sustitución materna o alquiler de úteros se encuentra completamente prohibida, pues ninguna mujer puede renunciar a su filiación materna a favor de un tercero.

Cuando exista un donante, se deberá respetar su derecho de identidad, es decir, ésta no se dará a conocer y la donación será anónima, sólo se dará a conocer su identidad en caso de que el hijo se encuentre grave con peligro de muerte, el derecho del hijo será sólo buscar datos generales del donador sin que se de a conocer su identidad salvo el caso antes mencionado.²²⁶

El Código Civil de Alemania dispone que la capacidad jurídica de las personas empieza con la consumación del nacimiento, sin que esto impida la protección al concebido. En 1975 una Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán referente a la redacción de los artículos 218 y 219 de su Código Penal conforme a la reforma de 1974. El Tribunal consideró anticonstitucional la reforma que permitía la interrupción del embarazo con base en el derecho a la vida que concede el art. 2 de la Carta Fundamental. Consideró el Tribunal Constitucional que el embrión es un ser humano independiente, protegido por la Constitución la cual no hace ninguna distinción entre las diversas etapas de la vida y por tanto, al proteger ésta, protege la vida prenatal y postnatal. Se inclina al derecho de la vida del no nacido sobre la libertad de la madre.²²⁷

La ley alemana define en su artículo 8 al embrión: *“Se considera embrión en el sentido de esta ley el óvulo humano ya fecundado y capaz de desarrollarse, a partir del momento de la fusión nuclear, así como toda célula pluripotencial extraída del embrión que, dadas las condiciones ulteriores indispensables para ello, pueda seguir dividiéndose hasta desarrollarse en un individuo. En las primeras veinticuatro horas siguientes a la fusión nuclear se considerará susceptible de desarrollo al óvulo humano fecundado, a menos que,*

²²⁵cfr. IBIDEM, pág 169.

²²⁶cfr. LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág., 474.

²²⁷PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Op. cit.*, pág. 85.

antes de la expiración de ese plazo, se compruebe su incapacidad de pasar de su fase monocelular”.²²⁸

La ley alemana de protección al embrión destaca por su amplitud y especificación de cada una de las situaciones que reglamenta aprobada por el Parlamento con la intención de evitar el manejo indiscriminado de embriones humanos tutelando al embrión no implantado con una postura restrictiva, por ejemplo: En el artículo 1 fija una serie de límites a la fecundación in vitro con penas que van desde la multa hasta penas privativas de la libertad: Aquél o aquéllos que transfieran a una mujer el óvulo de otras; fecundare un óvulo con fines distintos al del embarazo; transfiera más de 3 embriones a una misma mujer en un mismo ciclo; fecunde más de tres óvulos en un mismo ciclo; retirare un embrión de una mujer antes de su implantación por fines distintos a implantárselo o dárselo a otra mujer o bien transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a abandonarlo a terceros luego de su nacimiento. Queda prohibido completamente, la creación de un preembrión con la misma información genética que otro embrión, feto ser humano o muerto, así como implantación, es decir queda en este país prohibida la clonación humana.²²⁹

También y de acuerdo a esa ley queda prohibido que vendan un embrión o lo utilice antes de ser anidado en la mujer, así mismo será castigada la tentativa. Se castigará al que modifique el sexo del preembrión a excepción de cuando la elección del sexo sea para evitar una enfermedad grave hereditaria según el sexo. También se sancionará a los que sin consentimiento de la mujer y el varón utilicen su óvulo y espermatozoide para fecundar, lo mismo sucederá al que implante un embrión sin consentimiento de la mujer, la fecundación post mortem también se encuentra sancionada y por lo tanto prohibida.

La ley alemana protege a los embriones regulando el número de óvulos que pueden ser fecundados in vitro; pues se deben de transferir todos los embriones y que no podrán ser más de tres. Pero si llegan a generarse preembriones sobrantes y no sean transferidos al útero, se crioconservarán en bancos autorizados no por más de cinco años.²³⁰

La investigación o experimentación en preembriones vivos es permitida sólo si su desarrollo no es mayor a los 14 días después de la fecundación del óvulo y si son viables, sólo se autoriza la investigación de carácter de diagnóstico y con fines terapéuticos y no se modifique su patrimonio genético no patológico.²³¹

Existe un derecho por arriba al del embrión fecundado y es el de la mujer a decidir sobre su procreación, ya que se permite hasta las doce semanas de embarazo el interrumpirlo sin importar la causa por la cual la mujer decide practicarse el aborto, toda vez que se maneja el criterio que durante ese tiempo de vida del embrión las células que forman el embrión aún son parte de la madre, de su cuerpo y ello, tiene la facultad de decidir si lleva a término el embarazo o no. Pasado este tiempo (12 semanas de fecundación), la mujer no podrá

²²⁸ LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 471.

²²⁹ cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Op. cit.*, pág. 85.

²³⁰ cfr. MARIS MARTINEZ, Stella, *Op. cit.*, pág. 77.

²³¹ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 169.

abortar y será penado si lo efectúa, debido a que en la ley alemana se considera que el embrión al cumplir más de doce semanas de formación activa su sistema nervioso central, siendo ya conciente e independiente de la madre por lo que se trataría de un individuo que ha dejado de pertenecer a un tercero y tan sólo necesita de él para desarrollarse y sobrevivir. Cabe señalar que el practicarse un aborto por la simple decisión de la mujer queda estrictamente prohibido si ésta quedó embarazada por haberse practicado voluntariamente una técnica de reproducción asistida, sólo se admitirá en este caso si está en peligro su vida, si el feto está mal formado o bien el embarazo fuera resultado de cualquier técnica de reproducción asistida hecha sin su consentimiento.²³²

A pesar de todo lo anterior, considero que en Alemania se protege al embrión humano ya que a nivel constitucional el criterio manejado es que se debe proteger su vida y que no deben existir distinciones en las etapas de vida.

4.2.2 Argentina

En Argentina existe un proyecto de 1997 que aún no ha sido aprobado y es en cuestión al congelamiento de embriones, en éste no se permite la fertilización extracorpórea de más de tres óvulos y de inmediato se efectúe debe realizarse la transferencia en su totalidad y no deben exceder, sólo se permite la fecundación de óvulos humanos con fines de procreación, queda prohibida la conservación de óvulos fecundados por un tiempo superior al que requiera para su transferencia salvo, la muerte de la madre o que por razones médicas no estuviere apta para su transferencia.

Esta ley prevé que si la madre muere o bien no se puede hacer la transferencia a la madre por razones de salud, se podrán aplicar las normas sobre la adopción previstas en el Código Civil, siendo una adopción plena cuando los embriones sean huérfanos de padre y madre o hayan sido abandonados en el centro médico.

En el artículo 33 de la Constitución Nacional Argentina, consagra el derecho a la vida y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, según la cual el protege el derecho a la vida: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (art. 4).²³³

En la legislación argentina, se encuentra prohibido el aborto de manera general, con la excepción de que se encuentre en peligro la vida de la madre, que el feto esté con severas malformaciones o bien que sea producto de una violación a una mujer con deficiencia mental o que sea idiota; esos son los únicos casos que justifican el aborto, por lo que genera inconformidad en muchos juristas, doctrinarios y grupos que defienden los derechos de la mujer. En dicho país, existen proyectos de ley los cuales permitan el aborto por violación a cualquier mujer, sólo que no faltan grupos religiosos, de juristas y doctrinarios que al estar a

²³²cfr. LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 403.

²³³cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 89.

favor de la vida, consideran grave el que se permitan esos abortos, pues su criterio es que no tan sólo la madre es víctima de la violación sino también el feto y que por lo tanto no debe pagar al ser también víctima e inocente.

Argentina participó en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en donde hizo reserva de que la noción de niño se debía entender desde la concepción hasta los 18 años de edad y en esa convención al haberse pactado que se debe garantizar el derecho a la vida del niño; por lo tanto para los argentinos la protección de la vida de un niño debe ser desde que un óvulo es fecundado, es decir desde la concepción.

Para la legislación argentina, niño, es todo aquel menor de 18 años desde su concepción en el seno materno; por lo tanto se le protege desde que se encuentra en vientre de su madre pues se le denomina persona por nacer y se protege su derecho a la vida pues como se le considera niño y todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.²³⁴

En materia civil y de acuerdo al artículo 70 de dicho código, desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y pueden adquirir derechos antes de su nacimiento como si ya lo hubiesen hecho. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes, después de estar separados de su madre.²³⁵ Al embrión y al feto se le adjudican derechos en una categoría especial de la incapacidad absoluta, la de personas por nacer.

Del mismo cuerpo legal el artículo 51 preceptúa que son personas de existencia visible los que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades y accidentes. Por lo tanto, en esta legislación no se hace distinción alguna en cuanto a protección en cualquiera de las etapas embrionarias ni se utiliza el vocablo de preembrión sólo se refieren a los óvulos fecundados como embriones.

El artículo 63 del mismo código, establece que son personas por nacer las que no han nacido pero ya están concebidos en el vientre de la madre y estas personas pueden ser representadas si están por adquirir donación o herencia.²³⁶

De acuerdo a lo anterior podemos deducir que jurídicamente en Argentina el embrión que aún no ha sido implantado en el vientre materno no se le debe considerar persona hasta en tanto no sea transferido de su medio de cultivo al útero.

Por lo anterior legisladores y juristas argentinos han generado dos criterios distintos en cuanto a que si el embrión es persona desde su fertilización o bien hasta que anida, el criterio en común es que debe legislarse regulando las conductas que afecten al huevo que es fecundado hasta su anidación. De acuerdo a lo anterior la jurisprudencia de este país determina: Que el embrión sin implantar no es persona por nacer, no es feto jurídicamente

²³⁴cfr. IBIDEM, pág. 90.

²³⁵UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, *Op cit.*, pág. 261.

²³⁶cfr. IBIDEM, pág. 261.

pues es considerado como tal desde el momento de la anidación hasta el nacimiento, pues no existe figura alguna tan sólo las referidas a las concebidas en el seno materno.²³⁷

En principio las técnicas de reproducción se practican en parejas heterosexuales aunque no se indaga mucho al respecto, no se crioconservan muchos embriones y respetando la voluntad de los pacientes se donan de manera anónima, aunque se guarda la información del donante.

Mientras que países discuten si es persona o no un concebido, Argentina se preocupa si un embrión in vitro es persona o no y quizás lo sea pues de acuerdo a la interpretación del artículo 31 del Código Civil de este país en que se establece: Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes son personas de existencia visible.²³⁸

4.2.3 Colombia

En el derecho colombiano el ser humano desde que es procreado, tiene todos los derechos inherentes a su condición: El derecho a la vida, a la integridad (identidad genética), a no ser discriminado, a su familia, a desarrollarse, a nacer y a ser protegido por ser indefenso y vulnerable.

Todos los menores tienen derecho a la protección y, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un desarrollo físico, mental y social; estos derechos se reconocen desde la concepción, es decir en el derecho colombiano el concebido no nacido se le reconoce su condición de menor. Todo menor tiene derecho a la vida por lo tanto es obligación del Estado garantizar su supervivencia y desarrollo.²³⁹

La Corte Constitucional de manera expresa, acepta que desde que se forma el cigoto hay vida; en cambio una parte de la doctrina civil, lo considera como una parte del cuerpo de la madre y otra parte reconoce que la concepción genera un ser que es diferente a la madre. La Corte Constitucional afirma que el nasciturus tiene una vida humana latente, que se trata de una vida que está en formación, de un ser humano en gestación, de una vida potencial de una esperanza de vida o de una vida en potencia que tiene posibilidades de futura existencia, porque del concebido pero no nacido tiene una vida en acto, no en potencia. La vida humana se predica de un alguien que es no de un no ser que puede llegar a ser.²⁴⁰

Para la Corte Constitucional colombiana la vida humana tiene su principio en el momento de la fecundación y se extiende a la formación en el vientre materno hasta su nacimiento. La Constitución protege la vida como algo primordial siendo uno de los bienes más valiosos y se debe proteger al nasciturus no porque el neonato sea persona sino porque puede llegar a ser persona. En este país es tan importante la vida desde el embarazo que hasta hace unos pocos años el aborto estaba penado, no importaba la causa, estaba completamente penado,

²³⁷ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 93.

²³⁸ CORDOBA, Jorge Eduardo, *Op. cit.*, pág. 87.

²³⁹ cfr. HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, *Op. cit.*, pág. 31.

²⁴⁰ IBIDEM, pág., 117.

sólo era una atenuante para reducir la pena en que existiera violación, peligrara la vida de la madre o el feto estuviese con mal formaciones, ahora son los únicos motivos por los cuales una mujer puede abortar.

En Colombia, la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, el término de persona equivale a ser humano, la existencia legal del ser humano principia al nacer. El factor determinante de la personalidad jurídica es la vida no el nacimiento, se debe proteger la vida del concebido no nacido ya que el mayor peligro al que se enfrenta es al de morir y porque sin su existencia natural, no puede configurarse la existencia legal.

La Corte Constitucional determinó que el nasciturus no es jurídicamente persona, porque requiere de nacer, pero si es titular del derecho a la vida. En el Código Civil colombiano se establece en el artículo 74 que son personas naturales todos los de la especie humana sin importar edad, sexo, estirpe o condición por lo que el neonato es un ser humano y por tanto una persona natural. Para la Corte el nacimiento determina la existencia de la persona jurídica natural, individualiza al concebido no nacido.²⁴¹

4.2.4 España

España es uno de los países europeos y de habla hispana con una gran aceptación y práctica de las técnicas de reproducción asistida, pues se ejerce el derecho de fundar una familia; desde hace años las mujeres (sin importar que sean solteras) y parejas de heterosexuales y de lesbianas acuden a las clínicas para resolver sus problemas de procreación; siempre y cuando y de acuerdo a la ley existan posibilidades de éxito y no se presuman riesgos graves para la salud de la mujer o de su descendencia.

Es importante que las parejas y las mujeres solteras expresen su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito.

Las únicas mujeres solteras que no pueden acudir a las técnicas de reproducción son las viudas que pretenden utilizar el semen de su marido ya fallecido pues la ley prohíbe la fecundación post mortem.

Es muy importante el secreto de identidad de los donantes y el consentimiento de los que acuden a estas técnicas. Los donantes no pueden ser elegidos por la mujer, al menos que el donante sea su pareja y asuman tal condición, determinándose la filiación por el reconocimiento de ambos. La donación debe ser anónima, formal y gratuita, sin un carácter lucrativo comercial, además que es irrevocable. De un mismo donante no pueden nacer más de seis hijos. Los hijos nacidos de una donación tienen derecho a obtener información del donador sin que incluya la identidad de éste.²⁴²

Para ser donador de embriones es necesario cumplir con ciertos requisitos: ser mayor de 18 años y no tener mas de 35 años las mujeres y 50 los varones ser capaces, contar con salud

²⁴¹cfr. IBIDEM, pág. 129.

²⁴²cfr. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Op cit.*, pág. 77.

psicofísica no tener antecedentes en su familia de malformaciones o no haber generado más de 6 descendientes o más por reproducción asistida o no asistida, ya sea por uno o ambos miembros de la pareja.²⁴³

Los médicos son los que tienen la obligación de elegir a la pareja donante ya que ellos tienen que garantizar similitud física e inmunológica con la mujer receptora y su entorno familiar.

En la reglamentación de España podemos percibir que existe un Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, este registro fue creado con la finalidad de guardar bases de datos de cada centro donde los datos de los donantes y de las receptoras resguardan su identidad con estricta confidencialidad para que en caso de que el hijo nacido obtenga información general de los donantes no incluya su identidad, al menos que este en riesgo la vida del hijo.

Específicamente en la fecundación in vitro y con respecto al embrión, se prohíbe transferir al útero un número de preembriones (vocablo utilizado para referirse a los óvulos ya fecundados) mayor al científicamente adecuado. Los óvulos no pueden ser fecundados con un fin distinto a la procreación.²⁴⁴

La legislación española no permite que una mujer sometida a las técnicas de reproducción asistida pueda solicitar la suspensión de la realización de ésta si ya se ha efectuado la inseminación o implantación del embrión y por lo mismo se encuentre embarazada; puede solicitar la suspensión de la técnica a la que se sometió en cualquier otra etapa anterior a las ya mencionadas. El aborto es permitido si existe violación, si la vida de la mujer está en riesgo o bien porque el feto esté mal formado, en algunos Estados españoles, como en Barcelona, se permite el aborto sin importar el motivo sólo hasta las doce semanas después de la fecundación.²⁴⁵

De acuerdo al jurista español JAIME VIDAL MARTÍNEZ, la Constitución española suministra la base jurídica para la protección al embrión humano concebido in vitro al dar a entender en el artículo 10.1 que la identidad y el desarrollo biológico del ser humano se producen ininterrumpidamente y de forma progresiva desde la concepción.

La ley considera que los preembriones deben estar a disposición de los centros aún cuando no haya donación, transcurridos dos años de la crioconservación hasta un tiempo máximo de cinco años, pues es el tiempo máximo de congelación. El embrión congelado puede ser sometido a un diagnóstico para determinar su bienestar y para evitar su transferencia en caso de que presente enfermedades hereditarias o no se le considere viable.

El destino de los preembriones debe ser por conformidad de la pareja y son los que deben determinar si se permite su investigación o experimentación o bien su donación a parejas para su transferencia. La donación de los embriones es un contrato que se origina entre el

²⁴³SÁNCHEZ CARO, Javier, *Op. cit.*, pág. 148.

²⁴⁴cfr. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Op cit.*, pág. 77.

²⁴⁵cfr. IBIDEM, pág. 93.

donante y el centro autorizado. Es irrevocable salvo que el donante después de hacerla se convierta en infértil y aún se encuentren los embriones disponibles. La pareja deberá devolver el importe de los gastos originados por el receptor.²⁴⁶

La ley española permite la donación, investigación, experimentación y tecnología genética en los preembriones. En el supuesto de que en dos años la pareja no se comuniquen con el centro para la procreación de ésta y no se supiera o no existiera consentimiento respecto a que destino eligieron para el embrión o bien no fuera posible la donación de los embriones a otras parejas o utilizarlos para la investigación; siempre y cuando el centro intentara comunicarse con la pareja por dos ocasiones con acuse de recibo certificado y ya hayan transcurrido cinco años; entonces el centro a cargo de los preembriones procederá a su descongelación y los destruirá.

La ley española específicamente en su Código Civil y Código Penal protegen al nasciturus, civilmente se asigna al concebido un valor que podría corresponder al de persona potencial, específicamente en el Código Penal se tipifica el delito de lesiones al feto y manipulación genética en embriones humanos.²⁴⁷

La ley sobre las técnicas de reproducción asistida que existe en este país, permite la donación de embriones a otras parejas, respecto de los embriones viables; aquellos que no lo son, se permite la donación de éstos para la investigación y experimentación (con finalidades terapéuticas) y aquéllos que son viables sólo serán investigados con fines de diagnóstico, fines terapéuticos o preventivos.

La investigación en los preembriones no podrá realizarse cuando éste tenga más de catorce días de fecundado y aquéllos que hayan sido investigados no podrán ser transferidos, estas investigaciones sólo pueden ser realizadas por centros autorizados.²⁴⁸

El Código Penal considera una falta muy grave la creación y mantenimiento de embriones en el útero o fuera de este con cualquier fin distinto a la procreación, como para fabricar productos cosméticos o que se experimente con embriones no viables sin que dicho proyecto sea aprobado por la autoridad pública correspondiente.

Es importante resaltar que en España la clonación de seres humanos se encuentra totalmente prohibida y penalizada, incluso para casos terapéuticos.

También está prohibido crear preembriones a partir de personas del mismo sexo, aunque sea con fines reproductores; la manipulación genética del embrión se encuentra totalmente prohibida excepto se seleccione el sexo para evitar transmitir enfermedades genéticas vinculadas con el sexo; está prohibido fusionar preembriones para producir quimeras, prohibido intercambio genético del embrión con otras especies y así crear híbridos, prohibido transferir embriones humanos a úteros de otra especie animal, prohibido transferir

²⁴⁶ cfr. IBIDEM, pág. 96.

²⁴⁷ cfr. IBIDEM, pág. 97.

²⁴⁸ cfr. SANCHEZ CARO, Javier, *Op cit.*, pág. 122.

embriones a un mismo útero pero creados con diferentes espermatozoides o con diferentes óvulos.²⁴⁹

Como podemos ver en España, es obligación del estado preservar la viabilidad del embrión cuando ésta existe, pues es un bien jurídico constitucionalmente protegido, pues las actuaciones del estado van dirigidas a preservarlo. Para concluir podemos decir que el derecho español no encuentra la vida del nasciturus como un derecho fundamental a la vida, sino se encuentra ante un bien jurídico constitucionalmente protegido.

4.2.5 Francia

En Francia no se cuenta con un artículo en especial que especifique en que momento uno es persona, aunque la doctrina si lo determina y ésta sostiene que la persona comienza desde el nacimiento, siendo preciso que nazca vivo y viable (con condiciones de vivir).

Al igual que en México y en la mayoría de los países, los concebidos pueden recibir beneficios por sucesión o recibir donaciones pero condicionados a nacer con vida.

En Francia se protege a la mujer por encima a la vida del embrión, pues la libertad de procrear y de decisión de ésta a concebir un hijo justifica el aborto, el cual al igual que en Alemania no requiere de ningún requisito para practicarse hasta las 12 semanas desde la fecundación, de hecho es muy avanzado el sistema de abortos pues el gobierno proporciona los medios para que se realice en hospitales públicos y autorizados, otorgando a la mujer el lugar apropiado para su recuperación, también en Francia desde el 2006 se autorizó la realización de los abortos fuera de los hospitales hasta las 5 semanas de embarazo por medio de una píldora, el médico la receta, la mujer la ingiere, se retira a su casa a esperar su efecto y abortar; con la seguridad de que si hay alguna complicación, ésta podrá acudir a su médico y éste la atenderá en un hospital.

La legislación francesa conciente que los embriones congelados sean donados por consentimiento escrito de los miembros de la pareja para otra pareja lo reciban por no poder procrear con asistencia médica sin recurrir a un tercer donante, puede recibir un embrión, tal recepción está subordinada a una decisión de la autoridad judicial; el juez debe asegurarse que la pareja receptora cumpla con los requisitos antes descritos y debe realizar las investigaciones que permitan apreciar las condiciones relativas al plano familiar, educativo, psicológico que la pareja ofrezca al hijo.²⁵⁰

La pareja que dona y la que recibe, no pueden conocerse entre sí, su identidad debe ser secreta, al menos que por necesidad terapéutica el médico requiera de información que permita su identificación. Queda prohibido que se le de un pago a la pareja que done el embrión, siendo castigada por una pena de siete años de prisión o una multa de 700,000

²⁴⁹cfr. LEMA AÑÓN, Carlos, *Op cit.*, pág. 411.

²⁵⁰cfr. MEDINA, Graciela, *La adopción*, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, 2000, pág. 37.

francos, el obtener un embrión humano a cambio de un pago o entregarlo a título oneroso es igualmente castigado.²⁵¹

Es penalizado el que se conciba o utilice un embrión para fines industriales o comerciales, también se penaliza el que se conciba un embrión para fines de experimentación y de investigación y no con fines de procreación. La pareja que se somete a la fecundación in vitro a título excepcional conjuntamente pueden aceptar por escrito que sean realizados estudios sobre sus embriones, siendo estos estudios con un fin médico y que no pongan en peligro al embrión.

Un médico autorizado puede realizar un diagnóstico a partir de las células extraídas de un embrión in vitro si certifica que la pareja tiene antecedentes familiares que pueden dar en nacimiento a un hijo con una enfermedad genética grave e incurable.²⁵²

Es penalizado el hecho de que se transfiera un embrión sin haber realizado los estudios para determinar las condiciones del embrión y detectar enfermedades contagiosas.

El Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud francés recomienda el implante de dos preembriones como número óptimo que evite los riesgos gestacionales a la madre y a los niños.

Un embrión no puede ser concebido in vitro mas que en caso de procreación y no puede ser concebido mas que con gametos que provenga de al menos de uno de los miembros de la pareja, la pareja por escrito puede decidir la conservación de embriones con la intención de concretar su paternidad en un plazo de cinco años.²⁵³

4.3 La protección al embrión en México

La protección al embrión es evidente en muchos países, variando en cada uno de los criterios para determinar si el embrión es persona, si desde ese momento tiene derechos, si ya se le considera vida o bien si es primero el derecho de la mujer al del concebido. Existen diferencias de un país a otro y en otros casos son notorias las coincidencias, pero en todos los países existe cierta protección, muy en especial respecto a la investigación en los embriones, su manipulación genética, las limitaciones para crearlos y la prohibición de considerarlos dentro del comercio, pues podemos concluir que es un criterio universal y que nunca variará, el que los embriones son el principio de la vida humana y que cualquier manejo no profesional y sin limitante alguna sobre los embriones podría ocasionar en un futuro individuo consecuencias graves que afectaran su vida y su dignidad como persona; poniendo en riesgo la preservación de la raza humana.

México no es la excepción, existe cierta protección al manejo de los embriones, aunque no como en Alemania, Francia y España que existen leyes muy específicas en este tema; en México, no existe una ley específica para reglamentar las técnicas de reproducción asistida

²⁵¹cfr. LOYARTE, Dolores, *Op. cit.*, pág. 474.

²⁵²cfr. IBIDEM, pág. 477.

²⁵³cfr. IBIDEM, pág. 486.

y por lo tanto, mucho menos existe una ley para el manejo de los embriones resultado de la fecundación in vitro y otras técnicas.

En nuestro país son pocos los artículos que hablan de una protección específica al embrión, estos se encuentran ubicados en algunos códigos y leyes, por ejemplo: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, códigos civiles, penales y en la Ley General de Salud; y en muchas ocasiones en dichos artículos no hay especificaciones al tema, sino que de la interpretación de éstos y mediante la doctrina y su análisis se puede llegar a determinar dicha protección, por lo que se puede concluir que es un tema muy nuevo en la jurisdicción mexicana y que en realidad faltan legisladores y profesionistas de la carrera que se atreven aunar más en estos temas, que representan una verdadera revolución tecnológica y social.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege las garantías individuales del hombre sin hacer discriminación a nadie pues podría poner en peligro la dignidad humana y los derechos de las personas; por lo tanto, aunque no se especifique la protección al embrión en nuestra Carta Magna; gracias a la interpretación que de el artículo primero se puede hacer, el embrión aunque no se considere individuo o persona, representa la unicidad del hombre pues es un hombre, una persona en potencia; representa el inicio de la existencia del individuo, por lo que también se encuentra protegido por nuestra máxima ley y al desprenderse que la discriminación se encuentra prohibida, el embrión debe ser protegido pues un mal manejo de éste atenta contra la vida y la dignidad humana y puede anular o menoscabar los derechos de las personas como el derecho a la identidad y a la salud; al ser una protección que brinda la Constitución, se puede interpretar que en nuestro país debe ser protegido un embrión fuera o dentro del vientre materno, pues nuestra Carta Magna garantiza los derechos de todos. También de la interpretación del artículo 4º de la Constitución, al defender y garantizar los derechos de los niños, podemos interpretar que incluye al embrión y al nasciturus, garantizando sus derechos, en especial el de la vida; conclusión que se llega por el derecho fundamental que protege la Convención de los Derechos del Niño, en la cual, México, participó y se comprometió.

México es un país que mantiene buenas relaciones con los extranjeros, su política internacional es considerada como pacífica y bien relacionada con todos, por lo mismo, ha participado en muchas convenciones y ha celebrado con varios países y con organismos internacionales una serie de tratados que permiten mantenerlas; comprometiéndose a cumplir lo pactado. Por lo mismo, ante la comunidad internacional debe mantener dentro y fuera de su territorio la paz y lograr lo pactado. Al haber participado en la Convención de los Derechos del Niño, ha tenido que implantar todos los medios necesarios para mantener y salvaguardar las necesidades de los menores para su óptimo desarrollo. Al haberse definido en la Convención de los Derechos del Niño, que niño: “Es todo aquel menor de 18 años”, sin especificar el inicio de un niño, se puede entender que es desde su concepción hasta cumplir la mayoría de edad. Esta determinación de la Convención se robustece en nuestro país al haber participado en la Convención realizada por los países latinoamericanos en San José, Costa Rica, donde concluyeron y pactaron que desde que existe la concepción se le considera a ese ser, niño, y por lo tanto desde ese momento debe ser protegido por el Estado.²⁵⁴

²⁵⁴cfr. MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op. cit.*, pág. 90.

Por lo antes mencionado, actualmente se vive en nuestro país una situación de descontento en la sociedad, con algunos legisladores, grupos religiosos y doctrinarios; pues en el Distrito Federal se despenalizó el aborto, esto es, que una mujer puede acudir a practicarse un aborto sin importar la causa de su embarazo; simplemente importa que no desee convertirse en madre pues ella es dueña de su cuerpo y por lo mismo tiene la libertad de decidir si da a luz o no a quien se encuentra en su vientre. La única limitante que existe para practicarse un aborto, es que debe ser dentro de las primeras doce semanas de gestación, cumpliendo con la Ley General de Salud que en su artículo 314 define al embrión como: *“El producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana de gestación”*, además este criterio sigue la teoría de que se puede considerar que hay vida hasta que se ha desarrollado el sistema nervioso central, que es inmediatamente después de este periodo de gestación. A todo esto quiero hacer una pregunta: ¿Qué sucede con las mujeres que se someten a métodos de fecundación voluntariamente con consentimiento expreso y resultan embarazadas?, ¿Pueden practicarse un aborto?, de acuerdo a la despenalización actual, sí, situación que los legisladores debieron haber considerado, ya que no puede uno estar buscando desesperadamente tener un hijo y luego destruir a ese ser, las mujeres que se someten a estas técnicas es por su deseo de ser madres y porque están decididas a asumir ese compromiso; sería una contradicción que abortaran sin una justificación (peligro de muerte de la madre o por malformaciones del feto o bien porque el médico lo considere necesario).

Desde mi muy personal punto de vista, me atrevo a decir que lo que implica y significa el aborto, me lleva a estar en contra de él; pero desgraciadamente se ha convertido en un mal necesario, pues a pesar de que existe en la actualidad mucha información para que se planifique un hijo y se utilicen métodos de anticoncepción que hasta el gobierno gratuitamente llega a ofrecer a los habitantes de su país; la realidad es que muchas mujeres se embarazan en un momento de su vida en el cual no desean un hijo y mueren por practicarse abortos clandestinamente; resultado de una mala e inadecuada atención. Entiendo que el legislador busque a través de la despenalización del aborto evitar más muertes de mujeres, que por no tener los medios económicos suficientes para acudir, aunque ilegalmente, a un lugar más apropiado y seguro para practicarse un aborto que no le provoque la muerte o daños irreversibles a su salud. Al despenalizar el aborto el Estado les brindaría la atención médica adecuada a la que tienen derecho y les garantizaría su salud, haciendo que todas aquellas clínicas clandestinas puedan llegar a desaparecer; además aunque suena algo frío y duro con esta medida tan drástica, se puede evitar que por encontrarse penalizado el aborto, una mujer tenga un hijo no deseado y después sea abandonado o maltratado por haberlo tenido por no haber podido practicarse un aborto. Un criterio que no comparto con el legislador es que con el aborto despenalizado se quiera proteger el derecho de la mujer a la libertad de procreación, cuando en realidad éste se puede ejercer a través de la utilización de métodos anticonceptivos sin tener que llegar a un aborto.

El Código Penal para el Distrito Federal en el TÍTULO SEGUNDO, PROCREACIÓN ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y MANIPULACIÓN GENÉTICA, penaliza a quienes dispongan de óvulos o esperma para fines distintos a los que designan sus donantes, a quien insemine artificialmente a una mujer sin su consentimiento, a quien implante un embrión a una mujer fecundado con un óvulo o esperma ajeno al elegido por ésta o la pareja; además de las penas de prisión se suspenderá al médico para ejercer su profesión o según sea el caso se inhabilitará para que desempeñe su empleo. También se sanciona a los que manipulen genes que alteren el genotipo sin finalidad terapéutica, fecunden óvulos con un fin distinto a la procreación humana y a quien clone seres humanos.

La Ley General de Salud, protege en cierta medida a la disposición del embrión, ésto es, que regulariza el manejo que de éstos debe hacer, la Constitución por otro lado protege el derecho de los individuos a la libertad de procrear, sin que exista una restricción a la utilización de técnicas de reproducción asistida, incluyendo la fecundación in vitro que es de donde se obtienen los embriones fuera del vientre materno. La Ley General de Salud como ya se dijo, define al embrión como el producto obtenido en la concepción hasta la doceava semana de gestación. Respecto a la disposición de los embriones esta ley es muy escueta pues tan sólo en el artículo 318 se limita a mencionar que el control sanitario de los productos y del embrión se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales.

La donación en la Ley General de Salud es muy genérica, habla de la disposición que las personas tienen sobre su cuerpo (órganos, tejidos células y cadáveres) pero no especifica sobre la donación de embriones, pues de acuerdo a la propia definición que hace del embrión no se encuentra considerado dentro de estos términos, las donaciones de todos los componentes del cuerpo antes mencionados, deben ser por consentimiento expreso y por escrito, puede ser revocable únicamente por el donador. Como se puede ver no existe disposición certera respecto a la donación de un embrión. En el artículo 327 de la ya antes citada ley se prohíbe comerciar con órganos, tejidos y células, sin que se haga referencia específica al embrión, podemos interpretar que no se debe comerciar con los embriones pero no existe tal disposición expresamente.

En el capítulo III de trasplantes del TÍTULO DÉCIMO CUARTO DE DONACIÓN, TRASPLANTES Y PÉRDIDA DE LA VIDA, específicamente en el artículo 330 fracción segunda, se prohíbe el uso de tejidos embrionarios de abortos inducidos. Para disponer de un feto se requiere del certificado de muerte fetal.

Existe en la Ley General de Salud un título para la investigación para la salud, sin que exista algún artículo en específico para la investigación que se pudiera practicar en los embriones tal y como en otras legislaciones sí se especifica y especializa en una ley para el control de la disposición de los embriones. En el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud muy específicamente en el capítulo IV de la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, obitos y fetos y de la fertilización asistida, en su artículo 43 se requiere para permitir la utilización de embriones en la investigación de la carta de consentimiento firmando por la mujer y en su caso por su cónyuge o pareja con la

información de los riesgos posibles para el embrión o en la mujer y con un beneficio terapéutico ya sea para la mujer o para el embrión. El artículo 55 del reglamento antes citado, dice que las investigaciones con embriones muertos serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto por el título décimo cuarto de la ley que en realidad no es muy clara y especializada en el tema.

La investigación en la fertilización asistida sólo será admisible para resolver casos de esterilidad, por lo que se puede creer e interpretar es que sólo se crearán embriones para dicho fin.

Para finalizar con la protección que las leyes mexicanas otorgan al embrión, citaré las fracciones IX, XI y XIII del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos en la que tan sólo define lo que es destino final, siendo ésta: *La conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias de los embriones; disposición de órganos se entiende como las actividades para la preservación, obtención, preparación, utilización, suministro y destino final de los embriones con fines terapéuticos, de docencia o de investigación;* este reglamento también define al embrión, pero a diferencia de la ley, lo considera embrión hasta la décimo tercer semana de gestación. La disposición y destino final de los embriones sólo podrá ser en instituciones autorizadas para ello. De este reglamento, aunque no exista artículo específico para la disposición de embriones como materia prima con fines industriales, se puede interpretar que se encuentra totalmente prohibida dicha disposición, pues sólo se permite tal disposición en los productos de seres humanos (tejidos o sustancias excretadas por el cuerpo humano, resultado de procesos fisiológicos incluyendo la placenta y la piel).

Aunque el Código Civil no hace referencia a los embriones in vitro ni se les considera persona ni mucho menos se les brinda protección, es necesario analizar la protección que esta ley le brinda al nasciturus, para comprender el criterio jurídico que se tiene en nuestra ley civil respecto al inicio de la vida y de la persona. En capítulos anteriores se analizó profundamente lo que es la persona y es sabido que en el Código Civil, en su artículo 22 señala que la capacidad jurídica se adquiere por nacimiento, pero desde que el individuo es concebido, se protege por esta ley y se le tiene por nacido para los derechos que el mismo código le brinda. Se tendrá por nacido al que desprendido del seno materno viva veinticuatro horas o se presente vivo al Registro Civil.

El concebido no nacido a la muerte de su ascendiente o testador tiene derecho a heredar como, siempre y cuando sea viable y haya sido concebido al momento de la muerte del autor de la herencia (artículo 1314 código civil del Distrito Federal), así mismo los no nacido con fundamento en el artículo 2357 del multicitado código, los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables.

El no nacido también goza del derecho para realizar la acción para reclamar su filiación con el padre, siempre y cuando éste declare reconocer que la mujer embarazada lleva en el vientre a su hijo (artículo 353-Quáter código civil para el Distrito Federal).

Como un dato adicional referente al Código Civil para el Distrito Federal, es de comentarse que para proteger el derecho de una pareja a la libertad de decidir el número de hijos, en el artículo 162 segundo párrafo señala que podrán bajo ese fin emplear cualquier método de reproducción asistida.

A manera de conclusión a este capítulo, me atrevo a afirmar que en México a pesar de los avances biotecnológicos que se aplican en el país, la vanguardia de nuestras leyes es muy superficial y escueta, pues existen varias lagunas en la ley, que a pesar de hacer breves menciones a las técnicas de reproducción asistida y a la adecuada aplicación de éstas, muy a pesar de ello, en comparación con otros países, no es suficiente pues las leyes no están especializadas en el tema, para la complejidad del tema son extremadamente generales, no son lo suficientemente claras pues se han generado muchas lagunas, muy en especial al trato que deberán recibir los embriones resultado de la fecundación in vitro, que en las clínicas y hospitales públicas y privadas se efectúa. Es importante que se formule una ley de reproducción asistida debido a que nuestras leyes protegen la vida y la dignidad humana y por lo mismo exigen reglamentaciones para evitar que éstas sean vulnerables por prácticas inadecuadas de los avances biotecnológicos, muy en especial a la protección que se deberá brindar al embrión in vitro que en realidad representa el origen del individuo, de la persona, del hombre y por esas mismas consideraciones es el más vulnerable por el futuro que representa y un mal manejo de éste, podría llegar a ser jurídicamente catastrófico pues su manipulación, su comercialización, su investigación, su conservación y su destrucción ponen en riesgo el derecho a la vida, a la salud, a la identidad y en especial a la dignidad humana; por ello es necesario que el manejo de los embriones sea reglamentado de una manera que tampoco se ponga en riesgo los derechos de otros, ni a los avances médicos que también gracias al estudio, a la investigación y experimentación se han logrado para el beneficio de todos. Lo que si no podemos dudar y es seguro, es: Los embriones in vitro, sean vida o no, sean personas o no (puntos en los que siempre existirá controversia) son dignos a ser protegidos con una adecuada reglamentación.

PROPUESTA

Con el objeto de que en el Distrito Federal y en toda la República Mexicana, se dé un adecuado manejo de los embriones in vitro y se garantice que su destino sea más digno y concuerde con lo que representan, se propone en el presente trabajo de tesis, que la ley que regule su protección deberá considere los siguientes elementos:

- 1)** Que a los embriones se les considere merecedores de tutela legal considerándolo un bien jurídico independiente, concediéndole la protección adecuada.
- 2)** La creación de embriones sólo será para cumplir con fines terapéuticos, es decir, para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias (hemofilia) o bien para resolver problemas de esterilización e infertilidad; estará prohibido de acuerdo a nuestra propuesta crearlos con fines comerciales y para la experimentación e investigación.
- 3)** La investigación y experimentación con embriones será permitida sólo cuando estos no sean viables y en caso de que no lo sean la investigación únicamente podrá tener fines de carácter de diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos y después de esto no podrán ser implantados.
- 4)** Los que se sometan a la fecundación in vitro deberán encontrarse en los supuestos de esterilidad o infertilidad, a excepción de los que quieran que se les implante embriones crioconservados, será permitido a parejas heterosexuales, mayores de edad y sin requisito de estar unidas en matrimonio.
- 5)** Los que se sometan a un tratamiento por fecundación in vitro deberán expresar su consentimiento informado, conociendo los riesgos y efectos, además de conocer la posibilidad de éxito, decidiendo ellos junto con el médico el número de embriones a generar sin que sea superior al permitido por la ley. En ese momento se les dará a conocer los riesgos de crioconservarlos en un plazo no mayor de cinco años y la información de la posible adopción de sus embriones después de transcurrido los cinco años de crioconservación, sin que los progenitores efectúen el implante o bien los embriones queden huérfanos.
- 6)** Si la madre que se ha sometido a la fecundación in vitro, y no acepta el implante de los embriones crioconservados, se debe permitir su implante en otra mujer, aunque ésta no sea estéril o no esté unida en matrimonio, buscando que se intente el nacimiento del engendrado, a través de una adopción “prenatal”.
- 7)** La ley debe prever que lo más adecuado sería prohibir la conservación de los embriones, debiéndose transferir inmediatamente al útero, sólo podrán crioconservarse, en caso de que la madre haya muerto, o bien por razones médicas la mujer no tuviese su útero listo y físicamente apto para la transferencia de los embriones y se lograra un implante exitoso, situación que por lo general es común y hace necesaria su crioconservación.

8) La ley debe prever que los embriones abandonados en el centro especializado a los cinco años de crioconservación pueden ser adoptados con carácter pleno.

9) La creación de un registro de embriones, con sus datos filiatorios y de radicación en el centro de fecundación asistida o banco, resultando útil para los casos de adopción y permitir al individuo ejercer su derecho de identidad genética y conocer su origen, siempre y cuando así lo desee.

10) Se debe considerar como adopción el que se le implante el embrión a mujer diversa a la que se sometió a la técnica de fecundación in vitro, deberá existir para este efecto una sentencia judicial en la que se cree un vínculo paternal, por medio de un proceso judicial sencillo, impidiendo una futura reclamación de paternidad o maternidad; pues será una adopción plena.

11) Para que la institución que crioconserva los embriones pueda dar los embriones en adopción, previamente a que se sometan las personas a la fecundación in vitro, deberá solicitarles que al momento de manifestar su consentimiento por escrito, también decidan el destino que deberán sufrir los embriones en caso de que no se les implanten, ya sea que los donen para ser adoptados, para ser investigados o bien sean destruidos; en caso de no decidirlo la institución será quien decida respecto a la viabilidad de los mismos a los cinco años de crioconservación y la pareja no los reclame.

12) El límite de embriones a procrear e implantar es de un número apropiado y adecuado de tres. Y el tiempo máximo para crioconservarlos es de cinco años, después de ese tiempo se cumplirá con el destino que sus procreadores decidieron para ellos (adopción, destrucción e investigación), de no existir esta determinación la institución a cargo decidirá su destino de acuerdo a su viabilidad.

13) El período de desarrollo en los embriones in vitro previo a su implantación o en su caso a su crioconservación será de catorce días.

14) Las personas que se sometan a la fecundación in vitro sólo podrán intentarlo un máximo de tres veces.

15) Quedará prohibida la comercialización de los embriones, por no ser un bien que se encuentre dentro del comercio y por lo mismo la donación de éstos será gratuita. Así mismo la donación será anónima, aunque los datos quedaran en el registro para el caso de que la persona quiera conocer su identidad o se encuentre en peligro su salud, sin revelar los datos personales del donador.

16) Propongo la creación de un Comité que dependa de la Secretaría de Salud, que deberá coordinarse con el Desarrollo Integral de la Familia para los adoptantes; formado por médicos y juristas, y que como autoridad regule el control de investigación en los centros autorizados para practicar la fecundación in vitro y para controlar el registro de embriones y su adopción.

17) Para efectos de la donación y bienes hereditarios a que tiene derecho el nasciturus, se entenderá concepción al momento en que se implante en el útero de la madre el embrión fecundado in vitro y de positivo el embarazo; no se tomará en cuenta el momento de la fecundación; por lo que el embrión tendrá el derecho del nasciturus al momento de ser transferido al seno materno y éste se implante.

18) Por no encontrarse la fecundación post-mortem permitida en nuestro país y por no ser jurídicamente apropiada, los embriones huérfanos ya sea de madre o padre, se les considerará huérfanos y por lo tanto se procederá al cumplir los cinco años de crioconservación, con el destino del embrión que la pareja decidió; por ello deberá ser obligatorio que desde el momento en que la pareja firme el consentimiento de ser sometida a la fecundación in vitro decida el destino de los embriones en el caso de no ser transferidos al útero. Por ello será obligatorio por parte del médico explicar a la pareja que sucederá en el caso de la muerte de alguno de ellos y la importancia de su decisión.

19) En dicha ley quedará prohibido implantar a la pareja o mujer adoptante embriones provenientes de diferentes progenitores y no se podrán implantar embriones de mismos progenitores a diferentes parejas o mujeres.

20) A los que violen los preceptos dispuestos por esta ley, se propone: Una punibilidad de 6 meses a 10 años de prisión, cancelando la licencia de médico a los profesionistas que incurrieran en incumplimiento a lo dispuesto por esta nueva ley y por lo tanto no podrán seguir ejerciendo.

21) En el Código Penal para el Distrito Federal deberá penalizar el aborto que se practique a una mujer que habiéndose sometido a una técnica de reproducción asistida voluntariamente interrumpa su embarazo, sin que se encuentre su vida y salud en peligro o bien sin que el producto esté malformado o el médico lo considere necesario.

Por los preceptos que se regirán en esta nueva ley para la protección y disposición de los embriones resultado de la fecundación in vitro, y por la admisión de esta nueva ley será necesario y conveniente que el legislador en el Código Civil para el Distrito Federal considere reformar el capítulo V de adopción debiendo quedar de la siguiente manera:

SECCIÓN QUINTA

DE LA ADOPCIÓN PRENATAL

ARTÍCULO 410-G. La adopción prenatal es promovida por toda pareja o mujer libre de matrimonio que desee adoptar embriones congelados por un tiempo de cinco años, huérfanos o abandonados, que hayan sido donados por sus progenitores a través de su consentimiento y por escrito para ese fin en la institución autorizada. Teniendo por objeto garantizar el derecho del embrión a ser transferido a un útero y lograr su implante.

Esta adopción deberá ser promovida por mayores de edad, que no se hayan sometido a la técnica de fecundación in vitro sin haber transferido sus propios embriones, dejándolos abandonados en el centro de salud autorizado. La adopción prenatal será plena por lo que se regirá por las disposiciones generales de éste capítulo.

ARTÍCULO 410-H. En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a los infértiles y estériles y a los que el médico considere más óptimos para que al transferir a los embriones se implanten al seno materno con éxito. Las mujeres no deberán ser mayores de 40 años y no de 35 en caso de ser su primer embarazo.

El artículo 397 deberá ser reformado agregando un inciso debiendo quedar de la siguiente manera:

ARTÍCULO 397.

.....

VI En el caso de adopción de embriones, la institución o centro de salud que se encuentre crioconservando los embriones no transferidos a sus progenitores en un lapso de cinco años y fueron donados a ésta para darlos en adopción.

Respecto al procedimiento de la adopción prenatal prácticamente será el mismo con sus respectivas diferencias, debido a que la pareja o la mujer que deseen adoptar un embrión, antes de acudir con el juez, deberán acudir a la institución o centro de salud que cuente con un registro de embriones que legalmente puedan darse en adopción, la mujer deberá someterse a un estudio médico en el que se pueda determinar su salud y si es óptimo se le transfiera un embrión, por lo que en la institución le expedirá un certificado de buena salud y si es óptimo transferirle o no los embriones abandonados. También le expedirá una constancia del tiempo transcurrido (cinco años) sin que se transfirieran a los progenitores, así como una constancia del consentimiento por escrito de éstos aceptando su donación para ser adoptados; por otro lado los interesados deberán acudir al DESARROLLO INTEGRAL PARA LA FAMILIA a someterse a un estudio psicológico y socio-económico para ver si cumplen con los requisitos que el código señala en su artículo 390 y artículo 410-G y 410-H. Una vez cumplido con lo anterior podrán acudir con el Juez de lo Familiar e iniciar el procedimiento tal y como lo solicita el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, agregando al expediente los certificados médicos expedidos por la institución junto con los datos generales de los embriones, así como los estudios practicados, una vez que concluya el procedimiento se inscribirá el acta de adopción en el Registro Civil, la mujer acudirá con el médico a que le implanten el embrión y una vez que el individuo haya nacido se acudirá nuevamente al Registro Civil para que le expidan el acta de nacimiento con el dato de registro de la otra acta que se encuentra archivada para cuando el menor quiera saber su identidad, tal y como sucede con la adopción plena.

CONCLUSIONES

- 1)** Las nuevas tecnologías reproductivas representan un remedio a los problemas de reproducción ocasionados por la infertilidad y la esterilidad, garantizando a las personas ejercer libremente su derecho de procreación, evitando sus sufrimientos psicológicos y el riesgo de la interrupción de reproducción de la especie humana.
- 2)** La acción de los científicos debe contribuir y generar las condiciones para mantener la existencia humana digna, se le debe conceder un margen de libertad para hacer descubrimientos y realizar los mismos, sujetos a un código ético que el Estado determine.
- 3)** La libertad de investigación es un derecho fundamental humano, el cual debe ser respetado, en el campo de la biotecnología, que es un área delicada, pero se deberá evitar afectaciones a los individuos.
- 4)** La norma jurídica no debe ni puede ser un simple esquema, sino que debe responder a la realidad concreta, significando que en México es necesario la creación de leyes especializadas en las técnicas de reproducción asistida y muy en especial a las consecuencias que éstas generan para así responder a las necesidades de nuestra sociedad.
- 5)** Las técnicas de reproducción asistida deben resolver no tan sólo los intereses de la pareja, sino el interés en función del niño y de la sociedad.
- 6)** En la fertilización in vitro el propósito, es lograr la evolución vital del huevo, los fracasos son ajenos a los fines del método, pero no se debe considerar un proceso abortivo, pues no produce la interrupción del embarazo (aborto) el embrión no está alojado en el vientre materno.
- 7)** El derecho civil regula a la persona, tanto física como jurídicamente, no tan sólo desde su nacimiento sino desde que el ser humano es concebido. El nacimiento determina la personalidad, al derecho civil le importa, quién puede ser titular de derechos subjetivos y de obligaciones; la personalidad que depende del nacimiento, es la capacidad para la titularidad jurídica, es la capacidad jurídica en suma.
- 8)** La personalidad del embrión se origina por determinación de la autoridad civil y no por conclusión del derecho natural, porque la autoridad, no puede imponer una idea sobre el inicio de la vida que anule los derechos de una mujer embarazada, por lo que la personalidad puede determinarse libremente ya sea al momento de la concepción de que se mueva, de que sea viable o de que nazca.

9) El nasciturus ni es persona ni tiene capacidad jurídica, pero en el derecho civil se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, siempre y cuando nazca vivo y se desprenda completamente del seno materno por 24 horas vivo.

10) Al nacer obtiene todos los derechos que contempla el Código Civil y que hubiese podido recibir si ya hubiese sido persona, si esto no se cumple, simplemente no se pierden ni se transmiten los derechos, sino únicamente se incurre en la no adquisición de los mismos.

11) La vida, la integridad física y la dignidad humana, como bienes privados, se encuentran bajo la protección del sistema positivo mexicano.

12) La vida del ser humano representa el proceso continuo donde pasa por estadios sucesivos y diversas etapas de desarrollo. El ser humano en esencia es desde el principio al fin de su vida, es humano, porque no muta de mineral a ser humano, ni de vegetal a persona, sólo se desarrolla biológicamente mutando dentro desde su misma especie y esencia humana. Al fecundarse el óvulo con el espermatozoide, inicia el proceso irreversible de ser humano conforme a lo que determina su ADN desde el principio.

13) El concebido no es parte del organismo materno, sino es único, es individual, no puede ser tratado como un objeto comercial ni siquiera por sus progenitores. Tiene que ser reconocido y respetado en sus derechos fundamentales.

14) El embrión merece respeto, ya que es el inicio de todo ser humano, por lo mismo, el derecho no puede permanecer indiferente a su suerte, merece se proteja su destino de ser racional y persona, pues es un humano en potencia.

15) Desde la concepción debe existir protección, porque la dignidad de la persona humana ya nacida, no estaría garantizada sino se protegiera al embrión, pues representa todos los momentos secuenciales que su desarrollo previo implica.

16) Al embrión humano debe reconocérsele el derecho a su propia identidad genética, esto es que no se puede decidir los caracteres genéticos de otro ser humano, ni en lo que hace a su sexo (a excepción de que padezca enfermedad genética transmisible respecto al sexo), color de piel, cabello, ojos, etcétera.

17) Crioconservar óvulos evitaría congelar embriones, pero actualmente el proceso de congelación favorecen la formación de cristales y les puede crear graves anomalías genéticas, por lo que los médicos prefieren fecundarlos y congelarlos como embriones.

18) La crioconservación del embrión y las experimentaciones que se hagan, no atentan contra el embrión, siempre y cuando, se busque eliminar enfermedades genéticas, comprender más el desarrollo biológico y de esta manera erradicar enfermedades que dañan y son fatales para la humanidad.

19) Es reprobable la investigación en embriones viables que dañe al embrión, al igual que la experimentación realizada en los embriones viables y no viables sin un fin terapéutico y que sólo se realicen por situaciones de índole comercial o industrial.

- 20)** La adopción en nuestros días, tiene por finalidad dar una familia a quien no la tenga, buscando el interés del adoptado, convirtiéndose la adopción en protectora al abandono y resolviendo un problema de la infancia desprotegida.
- 21)** La conveniencia del menor considerada en la Convención sobre los Derechos del Niño, hace necesaria la adopción prenatal ya que ante la imposibilidad de la implantación del embrión en el seno de su madre, de no adoptarse, estaría destinado a ser destruido.
- 22)** La paternidad y la maternidad derivan de un hecho, por lo que la pareja o mujer que desee se le implante un embrión congelado previamente donado, deberá adoptarlo, pues no tiene ningún parentesco consanguíneo con ese ser, al celebrarse la adopción se generaría un vínculo que no aporta los elementos genéticos.
- 23)** En la actualidad se considera más importante el componente de gestación que el genético, debido a que la genética moderna, no cree que todo se encuentra determinado en los genes, sino en la interacción con el ambiente que rodea el funcionamiento del sistema.
- 24)** El hijo adoptado, puede investigar su paternidad y maternidad, pues tiene el derecho de ejercer su derecho de identidad, y así conocer su origen.
- 25)** La filiación, estado de familia, no es materia de convenio, ni transacción ni debe sujetarse a un compromiso en árbitros. La filiación no depende, salvo la adoptiva o la asistida, de convenio o compromiso alguno. La filiación deriva del nexo biológico.
- 26)** La adopción es una institución jurídica solemne de orden público que crea y modifica relaciones de parentesco creando una filiación que produce la ley.
- 27)** La adopción en el Distrito Federal, debe ser plena para que cumpla con la finalidad de velar por el interés superior del niño y proteger al niño desvalido, debido a que genera un parentesco, un estado de familia no destruible.
- 28)** No existe transacción en la filiación, el estado civil de las personas, si sobre el parentesco, se es o no pariente, siendo estado civil y parentesco inmutables, por ser del orden público, la voluntad está restringida.
- 31)** La adopción sólo rompe con los derechos y obligaciones ante el adoptado y su familia biológica, no rompe con el vínculo natural. Lo único que sucede en la adopción es la transferencia de la patria potestad.
- 32)** La adopción internacional, surge por la necesidad de países en conflicto (Segunda Guerra Mundial) con la finalidad de proteger a los menores desamparados, desprotegidos, actualmente la situación mundial y de cada país en particular, ha generado que la adopción internacional opere entre países subdesarrollados, donde los menores se encuentran en situaciones de vida lamentables y entre países como Europa y Estados Unidos, donde las parejas deciden formar familias en una etapa de la vida que biológicamente no les es posible procrear.

33) La adopción internacional, siempre será plena y deberá cumplir un riguroso procedimiento, velando por el bienestar y el interés superior del menor; protegiéndolo de la sustracción, tráfico y venta de niños.

34) El procedimiento de la adopción en el Distrito Federal, lejos de ser una solución se convierte, en un problema, debido a que el trámite es lento y se deben cumplir muchos requisitos; esto para evitar el tráfico de personas y la trata de blancas sin considerar que el adoptante como requisito debe proporcionar todos sus datos.

35) Al ser, la adopción una situación que busca acoger a un niño abandonado, se permite que el adoptante no deba estar casado, sino que puede adoptar una persona soltera; debido a que se considera que es mejor que el niño crezca sin padre o madre a que se desarrolle completamente solo, generando un vínculo de reciprocidad entre el adoptante y el menor.

36) Es necesario para adoptar en el Distrito Federal, se exprese el mutuo consentimiento de los adoptantes que se encuentren unidos en matrimonio o bien vivan en concubinato, así como del menor adoptado mayor de doce años y de los que ejercen la patria potestad sobre el menor.

37) El juez de lo familiar, otorgará la adopción a los adoptantes, siempre y cuando se satisfaga el interés superior del niño, independientemente que se cumplan con todos los requisitos exigidos por la ley, toda vez que la adopción tiene como prioridad la protección del menor.

38) La adopción prenatal, se considera a la adopción de embriones no implantados en el útero de una mujer, debido a que se realiza previamente al nacimiento del adoptado.

39) En México es necesario comenzar a regular y permitir la adopción prenatal de los embriones sobrantes y abandonados en los centros de salud tras fecundación in vitro, debido a que es una situación real y actual en nuestra sociedad; evitando su destrucción y comercialización; permitiéndoles lograr la finalidad con la que fueron creados (ser implantados).

40) En la adopción prenatal es conveniente que intervenga la autoridad, para que previo a la implantación del embrión se les realicen estudios psicológicos a los aspirantes, se dicte una sentencia propia de adopción; garantizando el derecho de identidad del individuo adoptado y se cree un vínculo paternal, impidiendo una futura reclamación de paternidad o maternidad.

41) La Convención de los Derechos del Niño, busca primordialmente que los Estados parte cumplan con protección al menor, teniendo en cuenta ante todo el interés superior del niño, para garantizar su supervivencia y sano desarrollo.

42) De la Convención de los Derechos del Niño, se puede concluir que el “no nacido” tiene derecho a la vida, ya que de ella emana, el reconocimiento que hacen los Estados parte a que todo niño tiene derecho a la vida.

43) La protección a la vida es primordial, si la vida no se protege y se destruye; los demás derechos, no tienen razón de ser; el sujeto es el titular de toda garantía, sin éste, no hay garantías.

44) La protección al embrión y su crioconservación varía de un país a otro; como pacto internacional, se ha protegido el patrimonio genético de cada persona desde la concepción, asegurando la individualidad de los seres humanos, su dignidad como persona y la preservación de la raza humana; prohibiendo cualquier experimentación en embriones humanos que no tenga ninguna finalidad terapéutica.

45) La protección al embrión varían sus criterios para proteger al embrión, pero en todos se brinda cierta protección, muy en especial en relación a la investigación en ellos, concluyendo que un criterio universal que no variará, es que los embriones son un principio de vida humana, cualquier mal uso pondría en riesgo al futuro individuo y a la misma raza humana.

46) México, brinda cierta protección al manejo de embriones, que en relación a otros países (Alemania, Francia y España) que existen leyes específicas al tema, para nuestra legislación es un tema nuevo, sin especificaciones al mismo, siendo escueta y superficial.

47) La legislación mexicana, cuando se refiere en algún momento al embrión tan sólo lo define; en cuanto a la regularización de la investigación en el embrión, no se especifica si se puede investigar en los embriones, únicamente se regula el consentimiento que deberá otorgar el cónyuge para la investigación en el embrión o la mujer y sólo se menciona que en los embriones muertos se podrá investigar sólo con fines terapéuticos; sin ser clara y especializada en el tema.

48) Es necesario y de gran importancia, la formulación de una ley de reproducción asistida, debido a que nuestras leyes protegen la vida y la dignidad humana; con dicha ley se evitaría que los embriones sean vulnerables por la manipulación, comercialización, investigación, conservación y destrucción de los mismos; protegiendo el derecho a la vida, la salud, la identidad y a la dignidad humana.

49) Los embriones sean vida o no, personas o no; son dignos a ser protegidos con una adecuada reglamentación por ser merecedores de tutela legal y así controlar un adecuado manejo que de éstos se haga.

50) Se debe buscar crear embriones sólo para cumplir fines terapéuticos y evitar de esa manera la transmisión de enfermedades genéticas o bien resolver problemas de esterilización e infertilidad; prohibiéndose su creación con finalidad comercial y experimental.

51) Para proteger adecuadamente a los embriones, se debe permitir la investigación y experimentación en embriones no viables, es decir, aquellos que no son adecuados para ser implantados y únicamente será una investigación de diagnóstico, terapéutica o preventiva.

52) Los que se sometan a la fecundación in vitro, deberán encontrarse en los supuestos de esterilidad o infertilidad, a excepción de los que se les implante embriones crioconservados, será permitido a parejas heterosexuales, mayores de edad y sin requisito a estar unidas en matrimonio; así como a mujeres solteras.

53) Los que se sometan a la fecundación in vitro, deberán expresar su consentimiento informado, se les dará a conocer los riesgos de crioconservarlos por un plazo no mayor de cinco años y la información de la posible adopción de sus embriones si en el transcurso de cinco años no han, los progenitores, efectuado el implante.

54) Si la madre que se ha sometido a la fecundación in vitro, no ha sido posible el implante de los embriones crioconservados, se deberá permitir su implante a otra mujer, aunque ésta no esté unida en matrimonio o bien no necesariamente sea estéril, buscando el nacimiento del engendrado, a través de la adopción prenatal.

55) Los embriones deben ser transferidos inmediatamente al útero, sin la posibilidad de crioconservarse, excepto que la madre haya muerto, o bien por razones médicas en que el útero de la mujer al momento del implante no estuviese su útero listo y apto para la transferencia de los embriones para un implante exitoso.

56) Los embriones abandonados en el centro especializado a los cinco años de crioconservación pueden ser adoptados con carácter pleno, creándose un registro de embriones, con sus datos filiatorios y de radicación en el centro de fecundación asistida o banco, resultando útil para los casos de adopción protegiendo su identidad genética y conocer su origen, si así lo desea.

57) Las personas que se sometan a la fecundación in vitro deberán manifestar su consentimiento por escrito sobre el destino que sufrirán los embriones en caso de no ser implantados, ya sea el de adopción, investigación o destrucción; en caso de no decidirlo, la institución será quien decida respecto a la viabilidad de los mismos a los cinco años de crioconservación y la pareja no los reclame.

58) El límite de embriones a procrear es de un número adecuado y apropiado de tres, el periodo de desarrollo de los embriones por implantar es el de catorce días y el tiempo máximo de crioconservación es de cinco años.

59) Las personas que se sometan a la fecundación in vitro, sólo podrán intentarlo un máximo de tres veces.

60) Los embriones no pueden ser objeto de comercialización, no es un bien dentro del comercio y por lo mismo su donación será gratuita, anónima; aunque los datos quedarán en el registro para el caso de que la persona quiera conocer su identidad o se encuentre en peligro su salud, sin que se revelen los datos personales del donador.

61) Resulta conveniente para una mejor intervención de la autoridad en la adopción prenatal de un Comité que dependa de la Secretaria de Salud, para que se coordine con el Desarrollo Integral de la Familia para los adoptantes; formado por médicos y juristas, y que como autoridad regule la investigación en los centros de salud autorizados, controlen el registro de embriones y su adopción.

62) La concepción será al momento que se implante en el útero de la madre el embrión fecundado in vitro y de positivo el embarazo, a partir de ese momento y no al de la fecundación, el embrión tendrá el derecho del nasciturus para efectos de la donación y bienes hereditarios a los que tiene derecho.

63) La fecundación post-mortem, no se encuentra permitida en nuestra legislación, motivo por el cual, cuando los embriones se encuentren huérfanos de padre, se les considerará huérfanos, a pesar que su madre se encuentre con vida y por lo tanto se procederá al cumplir los cinco años de crioconservación, el destino que la pareja eligió para los embriones.

64) No resulta conveniente implantar a la pareja o mujer adoptante embriones de diferentes progenitores, ni implantar embriones de mismos progenitores a distintas parejas o mujeres.

65) Los que incumplan con lo dispuesto por la ley de protección al embrión y la ley que regule las técnicas de reproducción asistida, deberán cumplir con una penalidad de 6 meses a 10 años de prisión, además que en el caso de los profesionistas que incurran en incumplimiento, se les cancele la licencia de médico; deberá prohibirse en el Código Penal para el Distrito Federal la práctica del aborto a las mujeres que se hayan sometido voluntariamente a una técnica de reproducción asistida, sin que se encuentre su vida y salud en peligro o bien sin que el producto esté malformado o el médico lo considere necesario.

66) Por la protección legal que se le brindará al embrión resultado de la fecundación in vitro, será necesario y conveniente que el legislador en el Código Civil para el Distrito Federal considere reformar el capítulo V de la adopción, debiendo agregar la adopción prenatal de los embriones congelados.

67) Sólo podrá ser promovida la adopción prenatal por mayores de edad, que no se hayan sometido a la fecundación in vitro sin haber transferido sus propios embriones, dejándolos abandonados en el centro de salud autorizado.

68) Se dará preferencia para adoptar a los infértiles o estériles y a los que el médico considere más óptimos para la transferencia de los embriones para que se implanten en el útero con éxito. Las mujeres no deberán ser mayores de 40 años y no mayor de 35 en caso de ser su primer embarazo. Será necesario en el caso de la adopción prenatal la autorización de la institución o centro de salud que crioconserva los embriones no transferidos.

69) El procedimiento de la adopción prenatal será el mismo que con la adopción plena, con la diferencia que los adoptantes antes de acudir al juez, deberán acudir al centro o institución de salud que legalmente cuente con un registro de embriones y puedan darse en adopción, sometiéndose a estudios médicos, la mujer, y así se le expida un certificado médico que determine buena salud y si es óptimo se le implante el embrión; junto se les expedirá documento que avale los cinco años de crioconservación y el consentimiento de los progenitores aceptando su donación para la adopción, realizándose el trámite ante el juez y una vez nacido se acudirá al Registro Civil para el acta de nacimiento con el dato del acta de adopción que se archivará para el caso de que el menor quiera conocer su identidad.

BIBLIOGRAFÍA

ANTONIO, Caniel, Hugo D., Convención Sobre los Derechos del Niño; Análisis de su Contenido Normativo, Aplicación Jurisprudencial, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De palma, Buenos Aires, Argentina 2001.

BARBERO, Santos, Marino, Ingeniería Genética y Reproducción Asistida, Editorial Artes Gráficas Benzal, Madrid España 1989.

BRENA, Sesma, Ingrid, El Derecho y la Salud; Temas a Reflexionar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2004.

CAZORLA, González, María José, Sistema de Derecho de Familia Civil, Editorial Dykinson, S.L., Madrid España 2002.

CÓRDOBA, Jorge Eduardo, Fecundación Humana Asistida; Aspectos Jurídicos Emergentes, Editorial Alveroní Ediciones, Córdoba, Argentina 2000.

CHÁVEZ, Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial Porrúa, S.A., México 2001.

GARZA, Garza, Raúl, Bioética, La Toma de Decisiones en Situaciones Difíciles, Editorial Trillas, S.A., México 2000.

GONZÁLEZ, Martín, Nuria, Estudios Sobre Adopción Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2001.

HOYOS, Castañeda, Ilva Myriam, La Persona y sus Derechos, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia 2002.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, La Bioética: Un Reto del Tercer Milenio, UNAM, México 2002.

KEMELMAJER, de Carlucci, Aída, El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas, Rubinzal-Culzoni Editores, tomo II, Buenos Aires, Argentina 1999.

KUTHY, Porter, José, Temas Actuales de Bioética, Editorial Porrúa, S.A., México 1999.

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: Un Desafío Bioético, Editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina 1995.

MARIS, Martínez, Stella, Manipulación Genética y Derecho Penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 1994.

MASSAGLIA, de Bacigalupo, María Valeria, Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal, Editorial Encuadre Jurídico, Buenos Aires, Argentina 2001.

MEDINA, Graciela, La Adopción, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, Buenos Aires, Argentina 2000.

PACHECO Escobedo, Alberto, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Panorama Editorial, 2ª. ed., México 1991.

PORRAS, del Corral, Manuel, Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, Argentina 1996.

ROJINA, Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil I, Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa,S.A., 33ª. ed., México 2003.

SAMBRIZZI, Eduardo A., La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 2001.

SÁNCHEZ, Caro, Javier, Reproducción Humana Asistida Protocolos de Consentimiento Informado de la Sociedad Española de Fertilidad, Editorial Comares, Madrid, España 2002.

STILERMAN, Marta, Adopción: Integración Familiar, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 1999.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano: Contribuciones para la Redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia 1995.

VIDAL, Martínez, Jaime, Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida, Editorial Comares, Granada, España 1998.

VILA-CORO, Barrachina, María Dolores, Introducción a la Biojurídica, Facultad de Derecho, Madrid, España 1995.

WEINBERG, Inés M., Convención Sobre los Derechos del Niño, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina 2002.

LEGISLACIÓN

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

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista, S.A de C.V., México 2007.

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO, <http://www.edomexico.gob.mx/legistel/cn4leyEst-00.2.html>, 30/abril/07, 22:30 hrs.

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO, <http://www.tsj-tabasco.gob.mx>., 30/marzo/07, 20:00hrs.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, <http://www.77info4.jurídicas.unam.mx/ijure/fed/91>, 30/abril/07, 22:00 hrs.

LEY GENERAL DE SALUD, Agenda de Salud 2007, Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México 2007.

LEY DE SALUD PARA EL DISTRITO FEDERAL, Agenda de Salud 2007, Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México 2007.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS, Agenda de Salud 2007, Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México 2007.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD, Agenda de Salud 2007, Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México 2007.

OTRAS FUENTES

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, IUS 2007, México 2007.

<http://www.bioeticaweb.com/content/view/109/45/>, 25/abril/07, 18:00 hrs.

http://www.institutomarques.com/programa_adopcion_embriones.html, 12/abril/07, 16:30 hrs.