



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN
NICOLÁS DE HIDALGO**



**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES**

**“LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU
REGULACIÓN EN MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA
DE LOS DERECHOS HUMANOS”**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON
OPCIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PRESENTA:**

LICENCIADO RODOLFO GARCÍA GARCÍA

ASESORA: DOCTORA EN DERECHO

MA. OVIDIA ROJAS CASTRO

MORELIA, MICHOACÁN, AGOSTO DE 2014



ÍNDICE

	Pág.
Resumen/Abstract	V
Introducción	VI
Antecedentes	X
Justificación	XV
Objetivos	XVII
Hipótesis	XIX
CAPÍTULO 1. MARCO CIENTÍFICO-HISTÓRICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN GENERAL	
1.1 Técnicas de reproducción humana asistida	21
1.1.1 Definición de maternidad y de la coexistencia de las maternidades	22
1.1.2 Noción fundamental de maternidad	22
1.2 Características de las técnicas de reproducción humana asistida	24
1.2.1 Clasificación	26
1.2.1.1 Inseminación artificial	26
1.2.1.2 Fecundación <i>in vitro</i>	27
1.2.1.3 Alquiler de vientres o maternidad sustituta	28
1.2.1.4. Donación de semen, óvulos y embriones	32
1.2.1.4.1 La donación de semen	34
1.2.1.4.2 La donación de óvulos	34
1.2.1.4.3 La donación de embriones	35
1.3 Análisis del caso “Baby M.” como antecedente judicial	36
1.4 Concepto, importancia y evolución de la familia	40
1.4.1 Familia, parentesco y paternidad	40



CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS RELACIONADOS CON LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA A TRAVÉS DE DIVERSOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

2.1 Derechos humanos	45
2.1.1 Derecho a la integridad y libertad personal, vida privada y familia	46
2.1.2 Derecho a la integridad física	48
2.1.3 Derecho a la salud reproductiva	49
2.1.4 Derecho a la intimidad	51
2.1.5 Derecho a la personalidad	55
2.1.6 Derecho a la vida	59
2.2 Momento a partir del cual se considera al embrión persona para efectos de tutela judicial desde el ámbito internacional de los derechos humanos	60
2.3 El derecho a la procreación como derecho humano	64
2.3.1 El derecho a la igualdad y a la no discriminación en torno al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida	65
2.3.2 Discriminación en relación con la condición de discapacidad por infertilidad	69

CAPÍTULO 3. EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU FORMA DE REGULACIÓN JURÍDICA

3.1 Países que cuentan con regulación jurídica de las técnicas reproductivas	72
3.1.1 Países Europeos	75
3.1.2 Latinoamérica	76
3.1.3 Canadá	77
3.2 Teoría sobre la protección de la vida en su desarrollo analizada desde diversos ordenamientos jurídicos	78
3.3 Tratamiento de la reproducción humana asistida desde el ámbito interno del sistema jurídico mexicano	80



3.3.1 Criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la reproducción humana asistida 81

CAPÍTULO 4. ENFOQUE ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN MÉXICO

4.1 Ventajas y desventajas de la reproducción asistida	96
4.2 Consentimiento y responsabilidad jurídica de los involucrados en las técnicas de reproducción	98
4.2.1 El consentimiento	101
4.2.2 La responsabilidad jurídica	103
4.3 La responsabilidad del Estado para garantizar la protección de los derechos humanos del nasciturus	106
4.3.1 Instrumento jurídico regulador de las relaciones procreativas	108
4.3.2 Posibles cláusulas compromisorias.	112
4.3.2.1 Experiencia legislativa en la ciudad de México, Distrito Federal	113
4.3.2.2 Experiencia legislativa Estado de Tabasco	116
4.4 Postura que México debe adoptar en torno al tema de la reproducción humana asistida	117
4.4.1 Principal crítica a la postura permisiva	119
4.4.2 Principal crítica a la postura prohibitiva	120
4.5 Limitaciones en los descubrimientos científicos reproductivos	122
CONCLUSIONES	125
FUENTES DE INFORMACIÓN	130



RESUMEN: Esta investigación trata sobre los problemas jurídicos suscitados por la aplicación de los avances científicos en materia de reproducción humana asistida, que modifican las formas de filiación comúnmente conocidas hasta ahora en el sistema jurídico mexicano, además del impacto que tiene en los derechos humanos de las personas concebidas a través de estos métodos reproductivos y los comitentes de los mismos. Por tal razón, se hace patente la necesidad de realizar una serie de adecuaciones al ordenamiento jurídico de nuestro país con la finalidad de tutelar ampliamente los derechos fundamentales a la vida, la procreación, el desarrollo, la integridad física, entre otros, previendo posibles soluciones a los problemas jurídicos que incluso justifican el nacimiento de otro ordenamiento que regule positivamente esta materia.

Palabras clave:
reproducción, perspectiva, humano

ABSTRACT: *This research deals with the legal issues raised by the application of scientific advances in assisted human reproduction, which modify affiliation forms commonly known so far in the Mexican legal system, in addition to the impact on human rights people conceived through these methods reproductive and principals thereof. For this reason, it makes clear the need for a series of adjustments to the legal system of our country in order to protect fundamental rights broadly to life, procreation, development, physical integrity, among others, providing possible solutions to the legal problems even justify the birth of another system that positively regulate this matter.*

Key words: reproduction, perspective, human





INTRODUCCIÓN

Son incesantes los descubrimientos y adelantos científicos que el hombre ha producido en las últimas décadas, sobre todo en materias como la medicina, la genética, la biología y en general todo lo concerniente al comienzo y generación de la vida humana, pues hace apenas unos años era impensable la concepción de un hijo sin que existiera la unión de los aparatos reproductivos del hombre y la mujer. Sin embargo, hoy en día con los tratamientos de procreación médica asistida puede lograrse, mediante diversos tipos de fecundación asistida, la concepción de un ser humano sin necesidad de que la pareja mantenga una relación sexual, abriendo un abanico de posibilidades a aquellas parejas que, por diversas razones, naturalmente no han podido concebir un hijo.

De estos acontecimientos científicos derivan diversos conflictos con los que se ponen en pugna intereses éticos, religiosos, culturales, sociales, políticos y jurídicos, pues tales avances revolucionan completamente los principios del derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad, a la reproducción humana, a la identidad, entre otros; sin embargo, en el presente trabajo se analiza la importancia de que el legislador no sea un mero espectador de los avances científicos sino que se le debe buscar una regulación jurídica que brinde una solución oportuna a los futuros conflictos que existen con la implementación de las técnicas reproductivas y las violaciones a los derechos humanos de los diversos sujetos inmiscuidos, ya que al no contar en México con un marco jurídico regulador convierte a nuestro país en un destino de fácil acceso para el turismo reproductor como acontece con la clínicas en donde se practican abortos clandestinos.

Sobre tales consideraciones descansa el estudio realizado en la presente tesis que de manera metódica y pragmática fija las bases y consideraciones



que debe tomar en cuenta el legislador mexicano al proponer la iniciativa de ley que logre regular las técnicas de reproducción humana asistida desde la perspectiva de los derechos humanos inmersos en el tema, como lo han hecho diversos países alrededor del mundo. Sin que lo anterior implique formular una propuesta de ley en el presente trabajo, sino que únicamente se analizan las bases sobre las que considero se debe edificar la legislación correspondiente.

La hipótesis que se plantea contempla la posibilidad de que en México se regulen los avances científico-tecnológicos en materia reproductiva, a través de un sistema mixto que se considera es el más adecuado de acuerdo a las necesidades de la sociedad mexicana, pues con ella se establece una protección más amplia y eficaz a los derechos humanos de las personas involucradas, pero principalmente del producto de la concepción a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

Aceptado lo anterior, es posible crear o diseñar una regulación específica sobre reproducción humana asistida en nuestro país, centrada en una interdisciplinariedad que prevea y aborde los posibles conflictos que pueden surgir con la implementación de dichos avances reproductivos y brindar a los juzgadores las herramientas básicas para resolverlos en el supuesto de que le sean sometidos a su jurisdicción, superando con ello la omisión legislativa de la materia reproductiva que actualmente existe en nuestro país.

Bajo esta óptima se concibe que el objetivo principal de esta tesis se centra en demostrar la vinculación entre el derecho y el contexto real que impera en materia reproductiva a través de los avances científicos y tecnológicos, así como el análisis sobre cuál es la postura que México debe adoptar al interior de su sistema jurídico para su regulación con una visión protectora de los derechos humanos, pues actualmente existe una omisión legislativa entorno al tema.



Para lograr tal cometido he dividido este trabajo en cuatro capítulos, cuyo desarrollo permiten esbozar conceptos e instituciones que culminen con la demostración de la hipótesis planteada.

En ese orden de ideas, en el primer apartado de este trabajo se aborda el marco científico-histórico de las técnicas de reproducción humana asistida en general, cuyo objetivo principal es demostrar que el derecho no puede estar desvinculado de los avances científicos, pues con éstos se generan situaciones e instituciones que antes simplemente eran inconcebibles, como son las nuevas formas de filiación que planea una evolución en la concepción originaria del concepto de familia a través de la participación de más de dos personas en el proceso de procreación humana, hasta el análisis del caso “Baby M” resuelto por el Tribunal Superior del Estado de Nueva Jersey el 3 de febrero de 1987 y el antecedente judicial establecido en la resolución del mismo.

El segundo capítulo tiene como propósito analizar los diversos derechos humanos relacionados con el tema de la reproducción humana asistida, y que han sido reconocidos por el estado mexicano a través de los tratados internacionales, así como al interior de su Constitución Política a favor de todas las personas. Respecto de este tema se emplean diversos criterios analíticos y definiciones que justifican el derecho humano a la procreación y el momento a partir del cual al embrión se le considera persona para efectos de la tutela judicial.

El tercer apartado se refiere a la experiencia internacional que en materia de reproducción humana asistida han observado algunos países como España, Alemania, Estados Unidos, Brasil, entre otros, al regular dicha materia al interior de su sistema jurídico. En nuestro país encontramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido una serie de criterios que constituyen un



antecedente clave de la ideología que se espera sea adoptada por el legislador para emitir la ley respectiva en torno al derecho a la vida y el momento a partir del cual se debe respetar la misma, estableciendo una serie de teorías sobre la protección a la vida en su desarrollo analizada desde diversos ordenamientos jurídicos.

La cuarta parte que es el capítulo final de este trabajo, plantea el pensamiento complejo de la postura que México debe adoptar al interior de sus sistema jurídico que le permita garantizar el acceso efectivo a los avances científico-reproductivos a favor de todos sus habitantes, lo anterior bajo la premisa de evitar una posible condena internacional por violación a los derechos humanos de las personas que padecen alguna discapacidad reproductiva. Bajo ese contexto se analizan en el último capítulo las ventajas y desventajas que presentan los avances científicos en esta materia, así como la responsabilidad jurídica de los involucrados y la posible reparación del daño en caso de incumplimiento o violación a sus derechos.

La metodología empleada es múltiple con base en el análisis, en la comparación, en la inducción, en la deducción y en el método histórico que se emplearon como base metodológica. Las técnicas de investigación utilizadas en el presente trabajo son de tipo documental y la bibliográfica y hemerográfica consultada en diversos medios existentes.



ANTECEDENTES

Muchas y muy variadas son las opiniones que se han dicho sobre el tema de la reproducción humana asistida, lo que provoca un dilema con relación a su regulación jurídica pues por un lado tenemos la corriente de aquéllos que dicen que permitir este tipo de técnicas de procreación tendrá consecuencias inimaginables en el campo del derecho pues, en primer término, será difícil determinar a qué sujeto le corresponderá la titularidad de los derechos filiales del humano por nacer, además, de que no debe dejarse de lado la protección jurídica que se le debe otorgar a la vida humana, tales como el derecho a nacer, a tener una familia, etcétera. Por otro lado, hay quienes opinan que el derecho debe adaptarse a los nuevos descubrimientos científicos, pues el prohibirlos implica una paralización de las bondades que la ciencia y la tecnología le ofrecen a la humanidad.

Partiendo de las ideas anteriores, considero que se deben retomar los conceptos básicos provenientes del derecho romano, pues desde entonces en la vida cotidiana el sentido y significado de la palabra familia aparece comprendida desde el sentido común como aquellas personas que tienen algún vínculo jurídico de orden familiar. Sin embargo, con los avances científico-tecnológicos en materia de procreación humana entra en crisis el núcleo social, pues conceptos como la maternidad y paternidad deben ser reconsiderados.

Así pues la palabra familia ha sido utilizada en gran variedad de acepciones, entre los que destacan los términos amplios –como el mencionado en el párrafo anterior- o los restringidos que hacen relación sólo a la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos. En el Derecho Romano se entendía en su sentido propio por familia o “*domus*”: la reunión de personas colocadas



bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único¹. No obstante, distintos tratadistas han intentado dar una definición exacta de la Familia. Rafael de Pina, por ejemplo, define la familia como un “agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. // Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar”², en similar sentido el colombiano Arturo Valencia Zea afirma que la familia es “el grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica”³, por su parte el autor clásico Rojina Villegas, establece que la familia está integrada exclusivamente por los parientes consanguíneos (excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo), pero aun dentro de los mismos existe una limitación. En su sentido amplio, la familia comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común, para abarcar a los parientes en línea recta y en línea colateral, hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisando; la familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entretanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia⁴.

Con entera independencia de los diversos matices, en todo tiempo ha sido y es la familia considerada como la verdadera célula de la sociedad. Sin embargo, ahora se hace hincapié que con las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, se deben reconsiderar los lazos familiares, pues evidentemente, gracias a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se perfilan con gran dificultad y, en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia en el ámbito interdisciplinario, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta realidad social.

¹ Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9na. ed., Chile, Abogados Asociados Editores, 1999, p. 96.

² De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Trigésima ed., México, Porrúa, 2001, p. 287.

³ Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil-Derecho de Familia*, 6ta. ed., Bogotá, Temis, T. Quinto, p. 9.

⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I, Introducción, Personas y Familia*, trigesimosegunda ed., México, Porrúa, p. 211.



A causa de lo anterior, se han generado diversas ramas que estudian el fenómeno científico desde un punto de vista muy particular, prueba de ello tenemos a la bioética, que es un término acuñado durante la década de 1970 para la ciencia, utilizado para referirse a las investigaciones y otros estudios y manipulaciones que se estaban realizando en orden al manejo de embriones humanos y técnicas de fertilización asistida, así pues su fin sería trazar un puente entre dos mundos: el mundo de los valores éticos y el mundo de los hechos biológicos. Así las cosas, la bioética plantea la necesidad de hacer una reflexión para conciliar los avances de las biotecnologías con las exigencias de la humanidad y orientar los progresos de la ciencia al servicio del desarrollo humano, promoviendo el trabajo interdisciplinario⁵.

Por su parte la biotecnología es un concepto que atañe la necesidad de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles efectos adversos de los productos de la moderna biotecnología, entendiéndose como tal la aplicación de: a. Técnicas in vitro de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o b. La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional⁶.

En una forma tradicional la biotecnología únicamente se utilizaba para obtener productos de valor para el hombre, es decir, aquellos que cubrieran sus necesidades básicas de alimentación y salud; empero, con la biotecnología moderna se está manipulando la genética humana, razón por la cual ahora a

⁵ Castillo Salinas, Sara, *La Bioética. Un reto del tercer milenio*, II Simposium Interuniversitario, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, http://salud.edomexico.gob.mx/salud/doc/cobiem/revista/revista_bioetica_4.pdf.

⁶ *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica*, Montreal, Quebec, Canadá, 2000, p. 4, <https://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-es.pdf>.



esta rama se le conoce como ingeniería genética pues su estudio se concentra en el análisis del ADN, pero con el fin de manipulación. En otras palabras, es la manipulación genética de organismos con un propósito predeterminado, con lo que se actualiza la posibilidad de crear nuevas especies, la corrección de defectos genéticos y la fabricación de numerosos compuestos –humanos- idénticos en carga de ADN o mejor conocido como clonación.

En estas circunstancias se consideró prudente desarrollar la presente investigación con el ánimo de clarificar que la omisión legislativa en materia de reproducción humana asistida no es correcta, pues actualmente es alarmante el aumento del número de parejas que presentan dificultades para concebir de manera natural un hijo, lo que produce que más personas consideren las alternativas que la ciencia les ofrece para lograrlo. Por tal razón, obligadamente se debe preguntar ¿cuál es la postura que el sistema jurídico mexicano debe adoptar respecto a la reproducción humana asistida? ¿Con dichas regulaciones jurídicas se considera que frenado el avance científico y tecnológico en México?, y ¿Realmente se puede hacer desde una perspectiva protectora de los derechos humanos de las personas involucradas?

Además de lo anterior, ¿realmente será necesario legislar una nueva ley especializada en el tema de la reproducción humana asistida? y en su caso ¿qué se debe hacer para no caer en el error de positivizar todos los conflictos que posiblemente se puedan suscitar, limitando las experimentaciones en los fetos humanos tal como se ha hecho en la experiencia de varios países?, la respuesta a las interrogantes anteriores se desarrolla a lo largo de este trabajo, todo lo anterior sin caer en el absurdo de que a través de un instrumento legislativo se va a acabar con dicha problemática, pues necesario será fomentar un cambio de cultura tendiente a concientizar sobre la propagación de enfermedades de transmisión sexual, la mala utilización de métodos anticonceptivos a temprana edad, los cambios de alimentación e inclusive la



integridad psíquica y emocional de las personas y en general todos aquellos factores determinantes para la concepción.

Una vez analizado lo anterior, aquí se pretende contestar la siguiente interrogante ¿en el sistema jurídico mexicano qué postura se debe adoptar en base a la experiencia de otros países para regular las técnicas de reproducción humana asistida?

Entre dichas posturas encontramos la permisiva, prohibitiva y mixta, las cuales serán desarrolladas en el apartado correspondiente del presente trabajo; asimismo, considero oportuno señalar que las posturas mencionadas son el resultado del análisis conjunto de legislaciones que en diversos países se han emitido con relación al tema que aquí nos ocupa, tales como Estados Unidos, Canadá, España, Brasil, entre otros, las cuales se desarrollan con amplitud y el debido aparato crítico de cada una de ellas.



JUSTIFICACIÓN

El estudio realizado sobre la reproducción humana asistida desde la perspectiva de los derechos humanos, es de suma importancia en virtud a que los índices de parejas infértiles se ha elevado de manera considerable en nuestro país en las últimas décadas, siendo distintos los factores que han producido dicha enfermedad social como son el estrés, la contaminación, las enfermedades de transmisión sexual, la unión de las parejas en la vida adulta, entre otros; por ende, los científicos se han dado a la tarea de realizar importantes descubrimientos que hacen posible concebir un hijo a través de métodos distintos al natural.

Motivados por dichos avances científicos, los sistemas jurídicos de diversos países como España, Italia, Canadá, Japón, Chile, Estados Unidos de Norte América, por mencionar algunos, se han dado a la tarea de incorporar una protección especial a los derechos del embrión a través de leyes que regulan las técnicas de reproducción humana asistida, pero en nuestro país aún existe ese vacío legal ya que no existe una legislación especial sobre el particular, o bien, falta realizar las adecuaciones necesarias a la Ley General de Salud que brinde una protección eficaz a los derechos humanos del nasciturus.

Así pues son distintos los factores sobre los que se debe enfocar el legislador como es la regulación jurídica de las clínicas reproductivas, el cobijo legal del embrión procreado a través de los métodos reproductivos, que permita una eficiente protección a los derechos humanos como el derecho mismo a la vida, la dignidad, la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad y a la identidad, que penden del ánimo que los científicos le quieran otorgar, por un lado, y por otro implica dejar las contiendas que se susciten con motivo del empleo de las técnicas reproductivas al libre albedrío del juzgador, lo que desde mi particular punto de vista tampoco debe acontecer.



Motivo de lo anterior, es menester insistir en que la obligación del Estado mexicano será efectuar a través de una ley o bien realizar a través de una serie de adecuaciones a su sistema jurídico interno para que sean respetados y garantizados en todo momento los derechos del producto de la concepción, regulando los supuestos en los que a las parejas les será permitido el acceso a tales técnicas, el instrumento jurídico a través del cual se van a obligar y limitar seriamente la experimentación de ingeniería genética humana, todo lo anterior sin caer en el exceso legislativo, pues la consecuencia inmediata sería fomentar de la burocracia en nuestro país.



OBJETIVOS

General:

En el presente trabajo se analiza la postura que México debe adoptar al interior de su sistema jurídico respecto a la reproducción humana asistida con una visión protectora de los derechos humanos, pues como ya se señaló actualmente no existe una legislación especializada en el tema.

Particulares:

1. Describir en qué consiste la reproducción humana asistida.
2. Describir el tratamiento que se le ha dado a la reproducción humana asistida en las últimas dos décadas, tanto en los tratados internacionales, como al interior de nuestra propia constitución.
3. Analizar las diversas posturas que México puede adoptar en su sistema jurídico en torno a los avances científicos reproductivos, así como los factores de riesgo que se deben considerar con la finalidad de brindar una protección eficaz a los derechos humanos del producto de la concepción.
4. Describir la problemática jurídica de las tecnologías reproductiva frente a la protección efectiva de los derechos humanos de las personas que sean concebidas a través de esas técnicas reproductivas, pues no debemos olvidar que ante todo se trata de personas que aun y cuando nazcan a través de un proceso “diferente” al que normalmente se conoce, también son sujetos de protección que el Estado debe otorgarles



a fin de garantizar su desarrollo en las mismas condiciones que cualquier otra persona.



HIPÓTESIS

Como ya se dijo con antelación, en este trabajo se pretende contestar la siguiente interrogante ¿en el sistema jurídico mexicano qué postura se debe adoptar en base a la experiencia de otros países para regular las técnicas de reproducción humana asistida?

Del desarrollo de la investigación se obtiene que el sistema mixto sería la postura más adecuada en cuanto a que a través de ella se establecería una protección más amplia y eficaz de los Derechos Humanos en México y en particular del derecho Humano a la vida del producto de la concepción a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

Por lo tanto, con la investigación se demuestra que las alternativas de reproducción humana asistida deben ser permitidas en nuestro país, pues el hecho de negarlas acarrearía un retroceso en los avances científicos y tecnológicos; sin embargo, se debe legislar al respecto para establecer las limitaciones necesarias que salvaguarden los derechos de los seres humanos concebidos a través de estos métodos y los usuarios de los mismos, como son la prohibición de experimentar en fetos desarrollados, la fecundación excesiva de gametos, los bancos de óvulos y espermias con fines de selección racial y sexual, entre otros; por tanto, en el caso particular de nuestro país considero que deberá adoptar un sistema mixto de regulación jurídica, ello con la intención de no limitar los avances científicos en la materia y por otro lado para no caer en omisiones legislativas como en la actualidad acontece en torno al tema, velando en todo momento por la tutela efectiva de los derechos humanos de todas las personas interesadas.

Considero pertinente aclarar desde este momento que este trabajo se constreñirá a analizar la problemática actual de las diferentes técnicas o



métodos de reproducción humana asistida, así como la postura más adecuada que nuestro sistema jurídico mexicano puede adoptar, teniendo como fin primordial la protección de los derechos humanos de aquellas personas inmiscuidas en los métodos reproductivos dejando de lado las cuestiones morales y religiosas que en torno al tema se han formulado.



CAPÍTULO 1. MARCO CIENTÍFICO-HISTÓRICO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN GENERAL

1.1 Técnicas de reproducción humana asistida

Aunque la preocupación de sociólogos, filósofos, psicólogos, moralistas y juristas, además de los biólogos y médicos ha existido desde el mismo inicio de los primeros descubrimientos respecto al descubrimiento de la reproducción humana asistida, será a partir de los años setenta cuando principalmente se llevan a cabo los intentos más firmes de estudiar en profundidad el fenómeno de las técnicas destinadas a facilitar la procreación en todas sus vertientes, así como para establecer una reglamentación de conjunto que controle tanto su desarrollo como las consecuencias⁷.

La reproducción humana asistida como nueva ciencia era desconocida fuera del ámbito científico, hasta que fue publicado el paradigmático caso “Baby M.”⁸ visto como uno de los temas más polémicos y actuales en ese entonces dado los delicados intereses en juego en ese estudio: el tema de la maternidad sustituta, suplente o subrogada, la maternidad de alquiler, como ha sido llamado por varios ensayistas. El citado caso fue resuelto por el Tribunal Superior del Estado de Nueva Jersey el día 3 de febrero de 1987, quien determinó, por unanimidad, revocar casi en su totalidad la decisión que había emitido un tribunal inferior el 31 de marzo de ese mismo año, bajo las consideraciones que más adelante se analizarán.

⁷ Moro Almaraz, María de Jesús, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988, p. 41, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CVI-19-08.pdf>.

⁸ Publicado en el boletín número 1.447 de fecha 25 de febrero de 1987, titulado “*Estudio Doctrinal Completo del caso Baby M*”, http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mjusticia.gob.es%2Fcs%2FSatellite%2F1292344065158%3Fblobh&ei=xy3sU--0BYuUyASH94HQCw&usg=AFQjCNGGox-ZeILfk_0JYhV5j7itLxhSuw&bvm=bv.72938740,d.aWw



1.1.1 Definición de maternidad y de la coexistencia de las maternidades

La maternidad subrogada es una figura que se ha utilizado en diversas partes del mundo, entre las que se encuentra nuestra país, sin embargo, los estudios sobre la misma presentan un alto grado de complejidad,⁹ es por ello que el presente trabajo se ha hecho expansivo a abarcar un poco más el tema desde la óptica de las técnicas de reproducción humana que existen en general y no únicamente desde el punto de vista desde una de ellas, como el caso de la maternidad subrogada, ello obedece a la propia delimitación del tema que se estudia, pues está encaminado a determinar desde qué momento de la concepción el Estado está obligado a brindar la protección jurídica a los embriones humanos y la forma en que debe regir dicha protección.

1.1.2 Noción fundamental de maternidad

A consecuencia de los adelantos tecnológicos, algunas de las figuras clásicas del derecho civil han sufrido algunos cambios, como en el caso de las personas que son concebidas de una forma diferente a la “natural”, es decir a través de un método alternativo de procreación.

Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en el cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, a fin de definir cuál de las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada es la madre del bebé y en su caso quién tendrá mejor derecho sobre el mismo, aunque este rubro ya no corresponde tanto a la ciencia sino a los tribunales auxiliados por los científicos.

⁹ Arámbula Reyes, Alma, *Investigación Parlamentaria sobre Maternidad Subrogada*, Centro de documentación, información y análisis de la Cámara de Diputados, SPE-ISS-14-08, Agosto 2008, p. 10, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.



La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa “Estado o cualidad de madre”¹⁰ con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende “la mujer [que] es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc...”¹¹.

De lo anterior se deduce que madre no es aquella que únicamente procrea y en su caso pare al hijo, sino que su significado abarca incluso los cuidados de aquel.

Atendiendo el criterio de Irene López Faugier en su obra la prueba científica de la filiación, la maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina¹²; continúa indicando que en un sentido etimológico la palabra madre procede del latín “mater/matris”, la cual a su vez deriva del griego “matér/matrós”, cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta. Con posterioridad, en roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar

¹⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua *Española*, 1992, p. 1337.

¹¹ Casanova, Martha P., *et al.*, *Ser mujer. La formación de la identidad femenina*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1989, p. 25, citado en Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, p. 10.

¹² López Faugier, Irene, *La prueba científica de la Filiación*, Porrúa, México, 2005, p. 276, citado en *idem*, p. 10.



en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor; en ese orden, indica que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, gramaticalmente maternidad significa: “Estado o cualidad de madre”, mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: “Hembra que ha parido”, “Hembra respecto de su hijo o hijos”, “Mujer casada o viuda, cabeza de su casa”; el término biológico, se le atribuye a la relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural; y, finalmente encontramos que desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la filiación de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.

1.2 Características de las técnicas de reproducción humana asistida

A través de las técnicas de reproducción humana asistida se va dejando de lado la posibilidad de una fecundación natural, con lo que se abre el abanico de posibilidades para la concepción de un nuevo ser humano, esta es la principal característica que los avances científicos y tecnológicos ofrecen.



Desde mi óptica, la tesista Awad Cucalón¹³ utiliza una forma sinóptica muy digerible para comprender que el hecho de que una fecundación se lleve a cabo en un consultorio médico y sea planeada y manipulada, puede prestar solución a los diferentes problemas que puede presentar una pareja, por ejemplo:

Tipo de infertilidad	Espermatozoide	Óvulos	Útero	Solución
Madre y padre con capacidad de concebir. Problemas para fecundar naturalmente	Padre	Madre	Madre	Inseminación artificial homóloga
Padre infértil. Madre con capacidad de concebir.	Donante	Madre	Madre	Inseminación artificial heteróloga.
Padre con baja posibilidad de fertilidad. Madre con capacidad de concebir	Padre y donante	Madre	Madre	Inseminación artificial mixta.
Madre infértil capaz de portar el feto	Padre	Donante	Madre	Fecundación in-vitro.
Pareja infértil y madre capaz de portar el feto	Donante	Donante	Madre	Fecundación in-vitro.
Madre infértil e incapaz de portar el feto	Padre	Donante	Alquilado	Maternidad substituta.
Pareja infértil y madre incapaz de portar el feto	Padre	Madre	Alquilado	Maternidad substituta.
Madre fértil incapaz de portar el feto. Padre infértil	Donante	Madre	Alquilado	Maternidad substituta.

Las anteriores soluciones son las que comúnmente aceptan la mayoría de científicos e investigadores del tema, por lo tanto se generan nuevas formas de derechos paterno filiales que anteriormente no se conocían y que ahora no deben quedar fuera del marco jurídico.

¹³ Awad Cucalón, María Inés, *Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2001, pp. 3-4, <http://142.4.211.67/~coebioet/biblioteca/libros/ceboax-0040.pdf>.



1.2.1 Clasificación

A las técnicas de reproducción humana asistida pueden recurrir aquellas personas que no tengan la posibilidad de fecundar de manera natural, es por ello que existen diversos tipos de técnicas que tienen como principal objetivo curar la infertilidad o evitar el peligro de transmisión de graves enfermedades venéreas o de índole genético. Entre las técnicas que se pueden encontrar están la inseminación artificial homóloga, heteróloga y mixta, fecundación in-vitro y el alquiler de vientres,¹⁴ mismas que serán estudiadas a continuación.

1.2.1.1 Inseminación Artificial

Esta técnica consiste básicamente en el depósito de semen, fuera del marco de una relación sexual, realizada por parte de un especialista médico, un ginecólogo, en los genitales internos de una mujer, con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual. Se le puede definir como el depósito de espermatozoides previamente preparados en el útero de la mujer, sin efectuar un contacto sexual, la técnica más utilizada y efectiva es la intrauterina, aunque también se han empleado la intracervical, vaginal, intraperitoneal e intrafolicular¹⁵.

La inseminación artificial tiene como principal objetivo que a través de un acto diverso al coito genital para lograr la procreación de un ser humano.

El procedimiento de inseminación artificial consta de varias fases:

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁵ Lema Añón, Carlos, *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, 1999, p. 35.



1. La estimulación del ovario, con sustancias inductoras de la ovulación es necesaria para conseguir los resultados esperados. Lleva consigo el desarrollo de varios óvulos lo cual implica el riesgo de embarazos múltiples.
2. La preparación del semen, que consiste en seleccionar y concentrar los espermatozoides móviles. Para ello se procesan las muestras durante una o dos horas mediante técnicas de preparación o capacitación seminal.
3. La inseminación propiamente dicha, se realiza en el consultorio médico y consiste en la introducción del semen en el aparato reproductor femenino¹⁶.

1.2.1.2 Fecundación In-Vitro

Se dice que la Fecundación In-Vitro (FIV) es la técnica más compleja que existe, en virtud de que en ésta se realiza la extracción de los óvulos de la comitente por punción a través de la vagina para posteriormente realizar la fecundación con el líquido seminal del hombre en el laboratorio, es decir es un proceso más elaborado que requiere conocimientos especiales para su ejecución.

De ahí que a esta técnica de reproducción humana se le conozca con el nombre de “fecundación en vidrio”;¹⁷ entendemos como fecundación in vitro la modalidad de reproducción asistida en la cual la unión del gameto femenino y masculino se realiza en condiciones extracorpóreas, es decir la fecundación se lleva a cabo en un laboratorio en un tubo de ensayo o crisol, y el óvulo fecundado es implantado luego en el útero de la mujer para continuar con la gestación¹⁸.

¹⁶ Awad Cucalón, María Inés, *op. cit.*, nota 13, p. 5.

¹⁷ Es muy común encontrar en varias lecturas el término de “niños probeta” con lo cual se hace referencia aquellas personas que son procreadas a través de esta técnica de laboratorio.

¹⁸ Awad Cucalón, María, *op. cit.*, nota 13, p. 7.



Explica el Instituto Mexicano de Infertilidad en su sitio oficial¹⁹ que el procedimiento de esta técnica consiste, en primer lugar, en la estimulación controlada de la ovulación mediante la medicación de hormonas implicadas en el ciclo menstrual y la monitorización del proceso. Posteriormente el líquido folicular extraído es enviado al laboratorio. Allí el biólogo localiza los óvulos existentes y los coloca junto a los espermatozoides del varón, que han sido seleccionados previamente al igual que en una inseminación artificial, por lo que el espermatozoide más rápido logrará fecundar al óvulo y unas 19 horas después se observa si los óvulos han sido fertilizados. Finalmente, los óvulos fertilizados se transforman en embriones, y es el momento cuando se realiza la transferencia de los mismos al útero materno.

1.2.1.3 Alquiler de vientres o maternidad sustituta

A esta técnica se le han dado diversas denominaciones, pero lo realmente importante es que en ella se combinan los procedimientos científicos asociados a la reproducción con la complejidad que nos ofrece la realidad actual; sin embargo, la variante que aquí se estudia ha sido ampliamente debatida por la bioética y la doctrina jurídica, ya que de una u otra manera alteró los conceptos tradicionales de familia, pareja y procreación, lo que ha impuesto a la ciencia del derecho la tarea de actualizarse y de incorporar estos nuevos comportamientos al amparo del sistema jurídico, el que debe delimitarse correcta y equilibradamente para dar respuesta integral a los esquemas conductuales y valorativos que se desarrollan hoy en día en la sociedad²⁰.

¹⁹ Consultar http://www.imimexico.com/site/index.php?option=com_content&view=article&id=14&Itemid=9&lang=es sitio web,

²⁰ Salas Salzar, Carolina, *El Derecho Fundamental a la Reproducción en el Ordenamiento Constitucional Español: Fundamentación, Estructura y Consecuencias Jurídicas*, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Toledo, 2008, p. 124, <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?fichero=9246>.



Cabe aclarar que esta alternativa de igual forma ha surgido en un contexto médico determinado, misma que persigue abatir la infertilidad o esterilidad de una pareja que buscan mejorar su salud reproductiva y, que desafortunadamente, las técnicas de reproducción humana antes descritas no logran producir el resultado deseado.

Siguiendo con lógica y la generalidad de la doctrina, la madre portadora representa una función real que destaca en la técnica que permite cobijar las distintas modalidades de este complejo fenómeno; la subrogación de vientre o renta de útero, como comúnmente se le conoce en diversos países, prácticamente consiste en que una mujer lleva en su vientre un ser humano, con el compromiso de entregárselo a otra mujer inmediatamente después de ocurrido el nacimiento, obvio es que previo deberán fecundarse los embriones y una vez que logran una formación adecuada son implantados en el útero de la portadora, ello es debido a que la madre biológica no puede realizar una gestación normal, o bien, porque sin motivo aparente no quiere hacerlo. Esta modalidad ofrece dos opciones: 1) la de alquiler, que cede no sólo su útero para la gestación, sino también sus óvulos, con lo cual sería también la madre genética y biológica del neonato al que cederá en adopción a la pareja comitente que ha alquilado sus servicios; y, 2) la cesión de su útero, al cual se trasfiere un embrión que una vez nacido es entregado a la pareja contratante, por lo que se considera como una portadora que no tiene el interés de continuar con la relación de filiación y por ello es lógico suponer que no existen lazos afectivos con el nasciturus²¹.

²¹ En el artículo 347 del Código Civil del Estado de Tabasco se prevé la presunción legal a favor de la madre que contrata los servicios de vientre de otra, a quien se le reconoce el vínculo filial con todas las consecuencias que ello conlleva, estableciendo: “[c]omo excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, al madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató”.



Médicamente la técnica consiste en que la paciente estéril, sin útero o incapacitada para gestar, se somete a una hiperestimulación ovárica para producir ovocitos en sincronía con el ciclo natural de quien será la madre portadora, realizándose luego la técnica asistida que se haya decidido: inseminación artificial de la madre portadora o FIV y posterior transferencia de embriones a la madre gestante, especificándose en un contrato civil, en el caso de los Estados Unidos y del Reino Unido, las cláusulas que detallan los derechos y obligaciones de las partes, principalmente “la obligación de la madre portadora de ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”²².

En conclusión, esta alternativa médico-científica, se puede analizar desde dos perspectivas jurídicas posiblemente alcanzables por una pareja estéril, una es la maternidad subrogada y la otra el acuerdo para gestación o propiamente renta de vientre o útero. La primera alternativa requiere que la madre portadora o biológica sea además la madre genética del recién nacido que en virtud de un contrato, se obliga a renunciar a los derechos materno filiales sobre ese hijo, permitiendo así su adopción por la pareja comitente, siendo este es el caso de subrogación total de la maternidad y técnicamente se ha producido una inseminación artificial heteróloga. Ante esta situación, resulta lógico que la madre gestante no pueda ser obligada a entregar el recién nacido a la pareja comitente, porque es su hijo genético y biológico; por tanto, la subrogación de la maternidad no se produce a consecuencia de un tratamiento médico, sino que opera por medio de dos contratos: el primer contrato vincula al padre y a la madre portadora y está destinado a regular la donación del material genético de parte del padre biológico, las condiciones de la gestación y la renuncia a los derechos materno filiales de la madre sustituta; el segundo contrato, es el contrato de adopción y busca completar el acuerdo anterior, ya que en virtud de éste la pareja del padre biológico se convierte (recién en este

²² Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, nota 15, p. 136.



momento) en madre legal (o social) del recién nacido. Esta figura jurídica conlleva a que la gestación de un hijo sea efectivamente objeto de un contrato²³.

En consecuencia, en voz de varios doctrinarios, esta alternativa no es propiamente una técnica de reproducción asistida y por tal razón habrá de excluirse de la legislación que se promulgue en nuestro país, ya que jurídicamente es un contrato de naturaleza civil que adolece de licitud en el objeto.

Por lo que ve al segundo cuadro jurídico denominado “acuerdo para gestación”, en el que la madre sustituta únicamente cumplirá la función de ser portadora del preembrión proveniente de la pareja comitente y su devolución llegado el momento oportuno, puede ser perfectamente regulado como una forma de solucionar la esterilidad o infertilidad de parejas heterosexuales y homosexuales de varones que lo necesiten. En este caso, el objeto del contrato no es el recién nacido, sino el útero de la mujer portadora lo que nos reenvía a la discusión de si el cuerpo humano, o partes de él, pueden ser objeto de acuerdos civiles, cuestión regulada, por ejemplo, para la donación de órganos humanos para trasplantes o la donación de espermios y óvulos, en donde observamos que esta alternativa legal es permitida sólo si no reporta lucro para las partes, es decir, si se trata de contratos gratuitos. Si consideramos que esta alternativa surgió en un contexto de solución a un problema médico que afecta la salud reproductiva de una pareja, me parece que es posible regularla siguiendo el criterio de la gratuidad y velando por los intereses de ambas partes involucradas, teniendo como fin último el bienestar del menor que se está gestando²⁴.

²³ Salas Salzar, Carolina, *op. cit.*, nota 20, p. 126.

²⁴ *Ibidem*, p. 127.



Por lo tanto, el tema de la reproducción humana necesariamente deberá analizarse desde una perspectiva interdisciplinaria que ayude a regularla conforme a las necesidades de la sociedad mexicana, partiendo desde las posturas éticas-antropológicas que sirvan de base para brindar las soluciones jurídicas para determinar legalmente la maternidad o paternidad que en la técnica analizada son muy variadas; de ahí que la presente investigación se centra en determinar la postura más idónea que debe adoptar nuestro país tomando como referente las experiencias de diversos países pertenecientes a dichos modelos de regulación.

1.2.1.4 Donación de semen, óvulos y embriones

Muchos tratadistas consideran que se debe excluir del sistema en que existe el presupuesto de la paternidad por el solo hecho de haber ofrecido el propio semen. Encontramos aquí la distinción entre el elemento cognoscitivo de presupuestos biológicos del propio origen y el elemento jurídico creador de relaciones entre los sujetos en la transmisión de la vida: estos últimos ligados a un sentido de responsable actividad del hombre. Hay que retener que la donación de semen, o de óvulo, no crea por sí una relación que comprenda que quien hace tal aportación traerá la vida. Aunque es incuestionable que facilita los medios insustituibles para que alguna relación de ese tipo pueda darse. El donante ofrece los medios para que un hijo sea procreado, pero no es él quien pone en marcha las intervenciones con las que la procreación del hijo directamente se produce²⁵. Con dicha consideración se excluyen los derechos filiales que el donante puede ejercitar con relación al producto de la concepción, bajo el argumento de que un donante de semen, teóricamente, puede fecundar miles de ovarios con los cuales sería imposible estrechar lazos de afecto o sentimiento paternal en el donante.

²⁵ Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, p. 70.



Sin embargo, el argumento puede verse cercenado si pensamos que los actuales centros de conservación y los distintos estudios legislativos recomiendan una limitación de embarazos por donante que oscilan entre los cinco del Informe español y los diez del Informe Warnock; siendo así el número no es un problema, pero las circunstancias que concurren y la motivación del sujeto habitualmente es la misma. La necesidad del aspecto biológico vimos que no puede cuestionarse, aunque no debe tener toda la importancia. Ni el hombre vive como los insectos ni la paternidad corresponde a una operación puramente fecundativa. No es la probeta la que por sí puede distribuir la paternidad, como el director de una obra de teatro los papeles entre los actores, y es que la diferencia entre el concepto profundo de paternidad y la derivación biológica puramente animal es trascendental para el hombre²⁶.

Por su parte, la donación de óvulos, donde la donación es anónima y se debe guardar el secreto con la diligencia debida por los profesionales intervinientes, es particularmente intrincado. No obstante, hay que contar con ello. El elemento del parto es un fuerte obstáculo para la donante, pero el complejo proceso para la extracción del óvulo, en comparación con la donación seminal, posibilita un mayor acceso a la información de la identidad recíproca donante-receptora²⁷

La posibilidad de donación tanto de gametos como de embriones plantea, como ya se ha mencionado, la alternativa de su aceptación o prohibición. Pero una vez que son aceptadas -lo que ocurre en general, por lo menos para la donación de semen- el problema principal que el derecho debe afrontar es el de la determinación de la filiación jurídica, toda vez que las personas que proporcionaron sus gametos no lo hicieron con la intención de convertirse en padres o madres²⁸.

²⁶ *Ibidem*, p. 71.

²⁷ Moro Almaraz, María de Jesús, *op. cit.*, nota 7, p. 58.

²⁸ Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, nota 15, p. 114.



Las donaciones que aquí se explican son utilizadas en la técnica conocida como fecundación in vitro, por lo que únicamente se expone de manera breve en qué consiste cada una de ellas, dejando el análisis las consecuencias jurídicos y/o posibles nuevas formas de filiación, así como la licitud del contrato a través del cual se realiza para el capítulo correspondiente al tratamiento que cada país le ha otorgado a las mismas.

1.2.1.4.1 Donación de semen

La utilización de semen de un hombre distinto al de la pareja comitente es una práctica que surge, como se sabe, en un momento relativamente temprano. En un principio es practicada en secreto por los médicos utilizando semen de donantes, en el caso más típico estudiantes de medicina que se prestan para esta práctica. Posteriormente también se utilizará el semen de terceros en técnicas distintas que la inseminación artificial, como la fecundación in vitro²⁹.

Para que la práctica de la donación de semen sea exitosa, se tiene que valer de la crioconservación espermática que supone una autonomía en relación al lugar y tiempo, el aquí y ahora, que exige el uso de semen fresco. La doble utilidad que supone la crioconservación espermática es incuestionable: por una parte permite al hombre conservar su fertilidad antes de recibir tratamientos que pueden provocar esterilidad (radioterapia, quimioterapia y cirugía); y por otro, en el caso de la donación de semen, permite que todo el proceso sea más fácil, fiable y seguro³⁰.

1.2.1.4.2 Donación de Óvulos

²⁹ Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, p. 71.

³⁰ Salas Salazar, Carolina, *op. cit.*, nota 20, p. 92.



La donación de óvulos, aun y cuando en nuestro País no se encuentra regulada, ya es una práctica muy recurrente en las clínicas de fertilización privadas, quienes hacen hincapié en la gratuidad de dicha práctica y se justifica únicamente con el deseo de ayudar a parejas infértiles a conseguir un embarazo. Actualmente existen tres posibles casos de donación de óvulos.

- El caso más frecuente es el caso en que se realiza la fecundación in vitro de los óvulos obtenidos con espermatozoides de la pareja de la mujer receptora, a la cual se le transferirán posteriormente los embriones. Esta práctica fue realizada por primera vez en Australia, por parte del doctor Trounson.
- El segundo caso (que, también podría ser considerado como una donación de embrión) es la inseminación artificial de la donante con el espermatozoides de la pareja de la mujer receptora, seguido unas horas más tarde de un lavado, uterino para recuperar el embrión que se transferirá después a la mujer receptora. Propuesto por primera vez por un equipo médico norteamericano, es un método poco utilizado en gran medida por sus numerosos inconvenientes tanto de tipo técnico como moral, que ya han sido mencionados.
- En tercer lugar estaría la inseminación de la donante, que también llevaría a cabo el embarazo. Esta posibilidad es el caso conocido como maternidad subrogada³¹.

1.2.1.4.3 Donación de embriones

Tal y como ocurre con la donación de espermatozoides y óvulos, la donación de embriones únicamente es aplicable para la fecundación in vitro, sin embargo, en esta donación es en donde más problemas se presentan, por la escases de donantes sobre todo en nuestro país que debido al omisión legislativa, no se tienen bien definidos los alcances de dicha donación como es el destino de los embriones, su almacenamiento, su posible desechamiento, así como otros aspectos como es el anonimato del donador.

Los estudios respecto al tema se centran en dilucidar concretamente si hay embriones sobrantes de un tratamiento de fecundación in vitro, que no vayan a ser utilizados por sus progenitores, la donación podría resultar preferible a otras alternativas como su almacenamiento o su destrucción. El

³¹ Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, nota 15, p. 137.



problema, no obstante, viene por parte de las mujeres o de las parejas receptoras. En general cuando se acude a estas tecnologías, y concretamente a técnicas tan caras y con los inconvenientes de la fecundación in vitro es porque se concede una enorme importancia a tener descendencia biológicamente relacionada con la pareja, o por lo menos con alguno de sus miembros. De otra forma, se acudiría a otro tipo de posibilidades. El acoger un embrión de otra pareja significa que genéricamente no va a tener nada que ver con los que lo reciben: todo lo más -y para quien le dé tanta importancia a la relación biológica quizá no sea poco- la mujer receptora va a tener la oportunidad de gestarlo. Sin embargo, en esta dinámica es probable que sólo lo acepten aquellas parejas que son infértiles tanto por problemas con los gametos masculinos como con los femeninos³².

En particular considero que este tipo de donación debe quedar perfectamente bien establecida en la ley que regule dichas técnicas en nuestro país, pues existen varias hipótesis respecto al tema, como es: la adopción prenatal para el caso de que se vayan a utilizar gametos ajenos, o bien la donación de los mismos para fines de experimentación. De igual forma se deberán establecer supuestos para resolver los posibles conflictos que se susciten con relación al parentesco entre el producto de la concepción y los padres tanto genéticos como de gestación. Por tanto, las cuestiones de atribución de la filiación no presentan mayores especificidades con relación a estos casos que el hecho de que en este supuesto se dan combinadas ambas circunstancias. Por el mismo motivo, lo dicho con respecto a la gratuidad y al anonimato valen para este caso³³.

1.3 Análisis del caso “Baby M.” como antecedente judicial

³² Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, p. 85.

³³ Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, nota 15, p. 136.



El tema de la reproducción humana asistida era desconocido fuera del ámbito científico, hasta que fue publicado el paradigmático caso “Baby M”³⁴ visto como uno de los temas más polémicos y actuales en ese entonces dado los delicados intereses en juego en ese estudio: el tema de la maternidad sustituta, suplente o subrogada, la maternidad de alquiler, como ha sido llamado por varios ensayistas. El citado caso fue resuelto por el Tribunal Superior del Estado de Nueva Jersey el día 3 de febrero de 1987, quien determinó, por unanimidad, revocar casi en su totalidad la decisión que había emitido un tribunal inferior el 31 de marzo de ese mismo año.

Lo interesante del caso “Baby M.” fue determinar si las cláusulas del contrato de maternidad subrogada celebrado el 6 de febrero de 1985, entre la señora Whitehead, su esposo y el señor Stern, padre natural o biológico, podían ser legalmente aceptadas conforme al sistema jurídico de los Estados Unidos, entre las más importantes se encuentran las siguientes estipulaciones:

1. *“El único propósito de este acuerdo es facilitar al señor Stern y su infértil esposa –que no es parte contractual- procrear una criatura que esté biológicamente relacionada/tenga parentesco biológico con Stern.*
2. *Mary Beth Whitehead, madre subrogada, asegura que es capaz de concebir niños. Ella entiende y consiente, por el mejor interés del niño, a no establecer ni intentar establecer una relación paterno filial con la criatura o criaturas que pueda concebir, gestar y procrear, de conformidad con este acuerdo; y, libremente renunciará y entregará su custodia a Stern, padre natural, inmediatamente luego del nacimiento; y concluirá todos sus derechos materno- filiales con dicha criatura.*
3. *Mary Beth Whitehead y Richard Whitehead, su esposo, han estado casados desde el 2 de diciembre de 1973; Richard Whitehead está conforme con este convenio y reconoce que su esposa será inseminada artificialmente según se establece en este acuerdo. Richard Whitehead conviene, por el mejor interés del niño, en no establecer ni intentar establecer una relación paterno-filial con la criatura o criaturas que Mary Beth Whitehead pueda concebir mediante inseminación artificial. Él acuerda, además, entregar a Stern, padre biológico, la criatura para su custodia concluyendo y renunciando a sus derechos paterno-filiales. Además, él reconoce que realizará todos los actos necesarios*

³⁴ Publicado en el boletín número 1.447 de fecha 25 de febrero de 1987, titulado *Estudio Doctrinal Completo del caso Baby M.*



para impugnar/desconocer la presunción de paternidad de la criatura que pudiera nacer.

4. *Stern, padre biológico, otorga este contrato por escrito, con Mary Beth Whitehead, acordando que ella será inseminada artificialmente por un médico, con el semen de Stern. Mary Beth Whitehead, madre subrogada, reconoce que ella gestará el embrión/feto hasta el parto. Los esposos Whitehead convienen en entregar la custodia de la criatura a Stern, inmediatamente después del nacimiento, reconocimiento que es por el mejor interés del niño lo que así acuerda... Entienden los esposo Whitehead que la criatura a ser concebida se concebirá con el único propósito de entregarla a Stern, su padre natural y biológico...*
5. *Que la consideración (3) por este convenio, que es compensación por los servicios y gastos, y de ninguna forma debe ser interpretada como honorario por la renuncia de derechos paterno-filiales o pago a su cambio de la entrega de la criatura consintiendo su adopción, será: (a) \$10,000.00 se pagarán a Mary Beth Whitehead al entregar la custodia a Stern; (b) la consideración a pagarse a Mary Beth Whitehead será depositada con el Centro de Infertilidad de Nueva York, representante de Stern al momento de la firma de este acuerdo, y (c) Stern pagará los gastos en que incurra la señora Whitehead debido al estado de embarazo.*
6. *Los Esposo Whitehead acuerdan que es derecho único y exclusivo de Stern, padre biológico, dar nombre a la criatura.*
7. *En caso de muerte de Stern, antes o después del nacimiento de la criatura, los esposos Whitehead reconocen que entregarían su custodia a la señora Stern.*
8. *Mary Beth Whitehead conviene que no abortará el niño concebido, excepto que en opinión profesional del médico que la inseminó ello fuese necesario para su propia salud o que se determine que la criatura concebida fuese psicológicamente anormal³⁵.*

Con motivo de la celebración de dicho contrato la señora Whitehead fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procreando una criatura que nació el 27 de marzo de 1986. La misma fue inscrita con el nombre de Elizabeth. Sin embargo, tres días más tarde, la madre biológica, gestante y jurídica, entregó la recién nacida a los esposos Stern, los cuales llaman Melissa. Al día siguiente, la señora Whitehead visitó a los Stern y, ante la patente crisis emocional por la cual atraviesa le dejan que se lleve el bebé por

³⁵ Silva-Ruiz, Pedro F., *Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente*. Boletín número 1503, 2011, p. 39-39, Consultado en www.mjusticia.gob.es/cs/satélite.



una semana. Transcurren cuatro meses pero la madre biológica la sustrajo a otro país de los Estados Unidos de América. Después de varias órdenes judiciales, fundamentalmente relacionadas con la custodia de la niña, los Stern exigieron el cumplimiento del contrato³⁶.

Por tal razón, comenzó la controversia judicial en la que el Tribunal Supremo estatal tiene que declarar la validez o no de un contrato que pretende facilitar nuevas vías de traer hijos a una familia, quien en su momento resolvió que las partes expresaron sus respectivas ofertas y sus acuerdos fueron escritos, sí las promesas mutuas no fueron suficientes para establecer una consideración válida, entonces ciertamente hubo consideración en cuanto a la concepción. El hombre dio su semen; la mujer dio su óvulo en su esfuerzo planificado por crear un niño. Por ende, [hay] un contrato. Por el contrario, el Tribunal Supremo estatal, revocando la decisión emitida en instancia, pronunció la nulidad del contrato por contrariarse con la legislación y la política pública estatal vigente. En consecuencia, determinó su invalidez e inexigibilidad.

Finalmente, el alto tribunal en la misma resolución estableció que uno de los fines principales del contrato de maternidad subrogada es lograr la adopción de un niño a través de gestiones de una agencia privada. El uso de dinero para ese propósito es ilegal, lo que resulta lógico pensar si nos vamos a la licitud en el objeto de los contratos como uno de los elementos de validez de los mismos, sin embargo, el tribunal estimó que no era contrario a las leyes vigentes en ese momento que una mujer voluntariamente y sin mediar pago aceptara actuar como una madre “subrogada”, siempre que no quedara obligada por el contrato a la entrega del hijo. Al final del litigio se concedió la custodia de la menor al padre natural por haberse demostrado que era lo más conveniente para los intereses de la niña, en tanto que a la madre subrogada se le concedió el derecho de visita³⁷.

³⁶ *Ibidem*, p. 39.

³⁷ *Ibidem*, p. 40.



Ahora las preguntas que nos podemos formular con relación a este caso son: ¿Realmente se resolvió conforme a derecho? ¿Qué tan errada estuvo la decisión del tribunal de Nueva Jersey? ¿Se violaron los derechos contractuales de las partes? y ¿Si la sentencia violentó o no algún derecho humano o fundamental de la menor o de las partes involucradas? a lo largo del presente trabajo se asientan las diversas respuestas que los especialistas han otorgado a los anteriores cuestionamientos.

1.4 Concepto, importancia y evolución de la familia

Muchas y muy variadas son las opiniones que se han dicho sobre el tema de la procreación humana asistida, lo que provoca un dilema con relación a su regulación jurídica en nuestro país, pues por un lado tenemos la corriente de aquéllos que dicen que permitir este tipo de técnicas en nuestro país tendrá consecuencias inimaginables en el campo del derecho, pues, en primer término, será difícil determinar a qué sujeto le corresponderá la titularidad de los derechos filiales del humano por nacer, además, en su opinión, no debe dejarse de lado la protección jurídica que desde el momento de la concepción se le debe otorgar a la vida humana, tales como el derecho a nacer, a tener una familia, etcétera; en cambio, por otro lado existe la corriente de los que opinan que el derecho debe adaptarse a los nuevos descubrimientos científicos, pues el prohibirlos en nuestro Estado, sería equiparable a paralizar los avances que la ciencia y la tecnología están logrando. Por ello es necesario, que previo a tomar una conclusión, se realice un análisis en forma breve de las diferentes corrientes de pensamiento existentes en torno al tema.

1.4.1 Familia, parentesco y paternidad



Partiendo de esa idea, considero que debemos retomar los conceptos básicos heredados por los romanos a nuestro sistema jurídico, pues tenemos que desde entonces, en la vida cotidiana, el sentido y significado de la palabra familia aparece comprendido desde el sentido común como aquellas personas que tienen algún vínculo jurídico de orden familiar. Sin embargo, con los avances científicos y tecnológicos en materia de procreación humana entra en crisis tal núcleo social, pues conceptos como maternidad, paternidad, etcétera, deben ser reconsiderados.

Así pues la palabra familia ha sido utilizada en gran variedad de acepciones; entre los que destacan los términos amplios –como el mencionado en el párrafo anterior- o los restringidos que hacen relación sólo a la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos. En el Derecho Romano se entendía en su sentido propio por familia o “*domus*”: la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único³⁸.

No obstante, distintos tratadistas han intentado dar una definición exacta de la familia. Rafael de Pina, por ejemplo, define la familia como un “agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. // Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar”³⁹.

De la misma forma, Valencia Zea afirma que la familia es “el grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica”⁴⁰.

Así, para el autor Rojina Villegas, la familia está integrada exclusivamente por los parientes consanguíneos (excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo), pero aun dentro de los mismos existe una

³⁸ Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 1, p. 96.

³⁹ De Pina Vara, Rafael, *op. cit.*, nota 2, p. 287.

⁴⁰ Valencia Zea, Arturo, *op. cit.*, nota 3, p. 9.



limitación. En su sentido amplio, la familia comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común, para abarcar a los parientes en línea recta y en línea colateral, hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisando; la familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entretanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia⁴¹.

El diccionario de la Real Academia la define como “un conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje”.

La declaración universal de los derechos del hombre de la ONU (1948) en su artículo 16 consagra que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Es así como nos encontramos frente a un sinnúmero de definiciones sobre un concepto totalmente relevante; la familia, sin importar la definición que se quiera tomar, es la base de la integración de la sociedad y del Estado, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad, tal como lo contemplan los artículos 1º y 3º del Código Familiar para el Estado de Michoacán, ya que en ella surgen todos los principios y valores que van a influir en el desarrollo de cada una de las relaciones a nivel social, y frente a ella, debemos tomar una conciencia de igualdad y respeto para con todos sus miembros, aún y cuando éstos estén por nacer.

Así pues e independientemente de estos matices, en todo tiempo ha sido y es la familia, como se ha dicho tantas veces, la verdadera célula de la sociedad; sin embargo, ahora se hace hincapié que con las nuevas técnicas de

⁴¹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 4, p. 211.



reproducción humana asistida, se deben reconsiderar los lazos familiares, pues evidentemente, gracias a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se perfilan con gran dificultad y, en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia en el ámbito interdisciplinario, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta problemática.

A causa de lo anterior, se han generado diversas ramas que estudian el fenómeno científico desde un punto de vista muy particular, prueba de ello tenemos a la bioética, que es un término acuñado durante la década de 1970 para la ciencia, utilizado para referirse a las investigaciones y otros estudios y manipulaciones que se estaban realizando en orden al manejo de embriones humanos y técnicas de fertilización asistida, así pues su fin sería trazar un puente entre dos mundos: el mundo de los valores éticos y el mundo de los hechos biológicos. Así las cosas, la bioética plantea la necesidad de hacer una reflexión para conciliar los avances de las biotecnologías con las exigencias de la humanidad y orientar los progresos de la ciencia al servicio del desarrollo humano, promoviendo el trabajo interdisciplinario⁴².

Por su parte la biotecnología es un concepto que atañe a la necesidad de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles efectos adversos de los productos de la moderna biotecnología, entendiéndose como tal la aplicación de: a. Técnicas in vitro de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o b. La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional⁴³.

⁴² Castillo Salinas, Sara, *op. cit.*, nota 5.

⁴³ *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica*, *op. cit.*, nota 6, p. 4.



En una forma tradicional la biotecnología únicamente se utilizaba para obtener productos de valor para el hombre, es decir, aquellos que cubrieran sus necesidades básicas de alimentación y salud; empero, con la biotecnología moderna se está manipulando la genética humana, razón por la cual ahora a esta rama se le conoce como ingeniería genética pues su estudio se concentra en el análisis del ADN, pero con el fin de manipulación. En otras palabras, es la manipulación genética de organismos con un propósito predeterminado, con lo que se actualiza la posibilidad de crear nuevas especies, la corrección de defectos genéticos y la fabricación de numerosos compuestos –humanos- idénticos en carga de ADN o mejor conocido como clonación.



CAPÍTULO 2

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS RELACIONADOS CON LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA A TRAVÉS DE DIVERSOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

En este apartado se analiza el desarrollo de la protección convencional de los derechos humanos que se considera se encuentran inmersos en el tema de la reproducción humana asistida. Por tal razón, se parte de las normas jurídicas hasta aspectos doctrinales y jurisprudenciales, en las cuales, a decir de Salas Salazar, se reconoce que la procreación en tanto área de desarrollo individual y social, se ha perfilado en las últimas décadas como un derecho de las personas, y por ende, cuenta con el amparo del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, con un espacio propio dentro de la evolución actual de los derechos fundamentales; espacio que a su juicio es necesario delinear ahora desde la perspectiva que nos entrega la Teoría General de los Derechos Humanos⁴⁴.

2.1 Derechos Humanos

En puntos anteriores se han determinado los antecedentes sociales, científicos, culturales y hasta algunos morales, que permiten hoy en día plantear la estrecha relación que existe entre los avances científicos en torno a la reproducción asistida y la teoría de los derechos fundamentales; también se ha analizado el impacto social que ha tenido el tema desde una óptica interdisciplinaria, pero en este espacio se analizan los derechos humanos que se encuentran relacionados con el presente tema; es decir, se trata de analizar el alcance de los derechos humanos que los usuarios o comitentes de las técnicas de reproducción humana asistida tienen frente a la posible negativa de prohibir su acceso en países como Costa Rica entre otros y que servirán de experiencia para la regulación jurídica que se pretende en México, así como las

⁴⁴ Salas Salazar, Carolina, *op. cit.*, nota 20, p. 267.



posturas que defienden los “derechos humanos” de los no nacidos. Por lo que en este apartado se analiza la relación que guardan algunos de los derechos humanos inmersos en el tema de la reproducción humana.

2.1.1 Derecho a la integridad y libertad personal, vida privada y familiar

Es necesario establecer el alcance de estos derechos desde el ámbito del derecho internacional de Derechos Humanos, ello con la finalidad de establecer los derechos con amplitud de los usuarios de las técnicas de reproducción humana asistida frente al derecho del nasciturus y la posible prohibición de las técnicas de reproducción humana asistida en el sistema jurídico mexicano.

Partiendo de esa idea, es necesario tener los conceptos de dichos derechos humanos, para lo cual se hace referencia a diversas resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en cuanto interprete última de la Convención Americana de los Derechos Humanos. En ese sentido, es importante resaltar el contenido del artículo 5 de dicha Convención, en el que se establece que *[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral(...)*, para que el derecho a la integridad física pueda ser ejercitado por los gobernados y a su vez respetado por las autoridades necesariamente se debe valer del contenido del artículo 11 de dicho Instrumento Internacional, mismo que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias.

Lo anterior es el principal argumento que la Corte ha utilizado para sostener que el ámbito en el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar



exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública⁴⁵.

Además la Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7⁴⁶ de la Convención americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana⁴⁷.

El derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales nacionales e internacionales, quienes han considerado que la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales⁴⁸. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí

⁴⁵ Caso *"Las Masacres de Ituango Vs. Colombia"*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 194. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf.

⁴⁶ "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (...)" <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>.

⁴⁷ Caso *"Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez. VS. Ecuador"*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C no. 170, párr. 52. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

⁴⁸ Caso *"Artavia Murillo y Otros. Vs. Costa Rica"*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C no. 170, párr. 143. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.



mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad⁴⁹. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres⁵⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Interamericana ha considerado que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.⁵¹ Sin embargo, con la finalidad de no generar argumentos abstractos, es necesario relacionar el derecho a la integridad personal con el derecho a la integridad personal sobre la decisión de tener hijos biológicos, lo cual pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar; de esta forma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º, ha recogido el derecho a la libertad personal de manera amplia, esto es reconoce el derecho humano relativo a que *[t]oda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos (...)*, dejando su desarrollo para el apartado correspondiente.

2.1.2 Derecho a la integridad física

Este derecho es una derivación del derecho a la integridad personal, considerado como el derecho humano primordial e imprescindible que tiene como finalidad última el respeto a la vida y el desarrollo personal del ser humano. Este derecho humano se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales de protección a los derechos humanos, claro ejemplo de ello en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 5º, establece que *“[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles,*

⁴⁹ Caso “Rosendo Cantú y otra. VS. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C. No. 216, párr. 119.

⁵⁰ Caso “Gelman Vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 97. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

⁵¹ Caso “Artivia murillo y Otros. Vs. Costa Rica”, *op. cit.*, nota 48, párr. 143.



*inhumanos o degradantes*⁵²; por su parte el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, le ha dado en su artículo 7º una definición más amplia a este derecho humano, pues además de lo anterior señala que nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. Sin embargo, es en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1968, en donde este derecho humano tuvo mayor desarrollo legislativo en el ámbito internacional, pues en su artículo 5º lo establece como parte integrante del derecho a la integridad personal, tanto la integridad física, así como la psíquica y moral, quedando prohibidas las prácticas que tengan por objeto agredir con la intención de causar daño o algún mal físico.

Por tanto, el derecho a la integridad física se puede definir como el hecho de que nadie puede ocasionar un daño físico, moral o psicológico, ni someter a la persona a cualquier tratamiento médico o científico sin su previo consentimiento. En la presente investigación cobra gran relevancia lo anterior, en virtud a que es justamente en el cuerpo humano –así como el material genético de una persona- la que se encuentra en juego con las técnicas de reproducción humana asistida, por ello es imprescindible que los sujetos que serán sometidos a las mismas, ya sea como donadores, comitentes o portadores, sean debidamente informados sobre los alcances y las posibles repercusiones que dichas prácticas trae consigo, lo que sin lugar a dudas tendrá que contemplarse en la ley mediante la cual se pretenda regularlas.

2.1.3 Derecho a la salud reproductiva

En ese sentido, encontramos con la misma relevancia el análisis del derecho a la salud reproductiva como derecho humano, el cual para el Fondo de Población de las Naciones Unidas constituye un derecho tanto de hombres

⁵² Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/documents/udhr/#tabs-5>.



como de mujeres, basándose en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, a disponer de la información y los medios para ello; y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

La consideración del derecho a procrear como parte del derecho a la salud posibilita el reclamo al Estado de los recursos sanitarios públicos necesarios para llevar a cabo esta clase de terapia, además, de solucionar los eventuales problemas relacionados con la responsabilidad de los terceros intervinientes en la procreación, en especial, la de los médicos y equipos correspondientes en los casos de nacimientos de niños con taras físicas o psíquicas. Pues de acuerdo con la autora Roca I Trías el derecho a la reproducción se fundamenta como una de las manifestaciones del derecho a la salud, en el que la esterilidad y la ausencia de hijos, y la posibilidad de transmitir enfermedades genéticas constituyen patologías de tipo físico y psicológico que pueden ser tratadas mediante las técnicas de fecundación artificial. Por lo que encuadrar el derecho a procrear dentro del derecho a la salud resulta cuestionable, ya que ni la esterilidad ni la falta de hijos afectan la integridad psicosomática o la salud de la persona, ni la fecundación artificial constituye una terapia en sentido estricto⁵³. De ahí que el derecho a la salud reproductiva, también debe ser garantizado por el Estado para lograr un sano desarrollo de la sociedad en general.

⁵³ Roca I Trias, Encarna, "Derecho y Salud", *Bioteología y Normas Jurídicas*, Barcelona, vol. 12, núm. Extra 1, 2004, p. 25, http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.meubook.com%2Fmod%2Ffile%2Fdownload.php%3Ffile_guid%3D54602&ei=JzHsU7GKFcWPYASr0IBQ&usg=AFQjCNHgmBe1-lbzdKZvbuNXZtU65yDQ4A&bvm=bv.72938740,d.aWw



2.1.4 Derecho a la intimidad

Etimológicamente la palabra “intimidad” viene del latín *intimus* que da la idea de algo interior, algo recóndito, profundo del ser y por lo mismo oculto, escondido, de manera tal que podemos decir que se trata de un ámbito individual de existencia personal, en el cual el sujeto decide su forma de ser y estar, de verse él mismo, para gozar de su soledad o convivencia tranquila a fin de encontrarse en aptitud de reflexionar, analizar, pensar, crear, trabajar, amar, soñar; en fin, para sentirse anímicamente dueño de sí y mantener su libertad como suprema aspiración humana⁵⁴.

La palabra intimidad es definida por el diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, de la siguiente forma: “intimidad, f. Amistad íntima. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.

Por su parte, el artículo 11, apartado 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”; por lo que de manera general se puede concluir que el derecho a la intimidad se define como aquel ámbito de la vida personal de una persona, que se desarrolla en el espacio más reservado y debe otorgarse el carácter de confidencial, por lo que el Estado también está obligado a promover, respetar y garantizar la protección de este derecho fundamental.

No existen dudas de que este derecho se encuentra íntimamente vinculado con el tema que aquí se estudia, pues la procreación a través de un

⁵⁴ Celis Quintana, Marcos Alejandro, *La Protección a la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos*, www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2253/9.pdf.



medio natural ya no es la única forma posible de concebir un hijo, por lo tanto es justificado realizarnos las siguientes interrogantes ¿qué ocurre con el derecho a la intimidad cuando la procreación es por medios artificiales?, ¿los actos de fertilización asistida son, o no, parte de la intimidad de cada individuo?, ¿se puede considerar que se ven afectados derechos de terceros por su aplicación? sobre dichos cuestionamiento no existe uniformidad en la doctrina. Por un lado encontramos aquellos que sostienen que el derecho a la intimidad debe ser considerado en sentido amplio, entendiendo que así como la procreación por medios naturales forma parte de este precepto, la fertilización asistida también lo hace⁵⁵. Lo que sí es innegable, es el derecho a la autodeterminación propio de todo individuo, que implica que puede ejercer sus elecciones personales conforme a sus propios valores y principios sin intromisión de otros individuos, que garantiza el propio proyecto de vida sin interferencias arbitrarias por parte de terceros, es inclusive mucho más amplio que el concepto bioético de autonomía, entendido este último como el derecho de todo individuo a tomar las decisiones en orden al cuidado de la salud, luego de ser informado de manera adecuada, completa y veraz por el profesional, tal y como lo garantiza el artículo 4º de la Carta Magna.

Por el otro lado están quienes afirman lo contrario, ya que sostienen que la práctica de las técnicas de fecundación artificial excede el marco de la intimidad de cada sujeto. “El Estado no debe interferir cuando se ejerce la libertad de procrear por medios naturales, o sea, cuando acontece la reproducción humana en la intimidad; pero no es lo mismo si se acude a métodos artificiales con el auxilio y el concurso institucionalizado de los médicos y los centros de fertilización que operan en el país; ámbito en el que está

⁵⁵ Cabaleri, Diego A., *Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica* [en línea], documento inédito, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, 2014, pp. 8 y 9, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf>.



comprometida la responsabilidad de la sociedad toda, por lo que la cuestión se veda aquí de la mera privacidad”⁵⁶.

Hay una tendencia actual a absolutizar la voluntad personal, invirtiéndose el orden lógico de todo razonamiento al respecto, ya que, partiendo de la autonomía personal los derechos a la vida y a la identidad quedan subordinados a la privacidad y la autonomía. A partir de ello, existe una exaltación absoluta del bien jurídico libertad que hace emerger un profundo individualismo que deriva en la consideración de que toda persona tiene el derecho de organizar su vida individual y social según sus propias convicciones. “En definitiva, se trata de una exaltación de la autonomía de personas adultas que subordina la determinación del estatuto jurídico del embrión humano y su derecho a la vida a esa pretendida privacidad”⁵⁷.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (dudh) en su artículo 12, establece que el derecho a la vida privada es un derecho humano, y que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni su familia, ni cualquier entidad, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Asimismo, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, consagra, al respecto, lo siguiente: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

En el ámbito regional, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece una norma de protección de la honra y dignidad, al señalar: “1. Toda persona tiene derecho

⁵⁶ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 12.



al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

De lo anterior, se puede concluir que el derecho a la intimidad o privacidad consiste en la potestad o facultad que tiene toda persona para mantener en reserva, determinadas facetas de su personalidad, teniendo como uno de sus elementos esenciales la inviolabilidad de la vida privada, referida al escenario o espacio físico en el que se desenvuelve, como es el domicilio, los medios relacionales de comunicación y correspondencia, así como los objetos que contienen manifestaciones de voluntad o de conocimiento, no destinadas originalmente al acceso de personas ajenas o extrañas, lo que involucra escritos, fotografías u otros documentos. En ese sentido, debe entenderse que el derecho a la intimidad no se reduce únicamente al espacio físico de una persona, sino que va más allá, incluso a la protección de sus pensamientos y hasta la carga moral de cada uno para ejercerlo de la forma que cada quien considere adecuado de acuerdo a su entorno.

De ahí que el derecho a la intimidad cobra relevancia en la presente investigación, toda vez que aquella concepción original que se tenía de la procreación ahora evoluciona, al permitir la participación de terceros para lograr que a través de las técnicas de reproducción humana sea posible concebir a uno o más seres humanos, dicha amplitud no podrá pasarse por alto por el legislador al momento de que se emita la Ley reguladora de las técnicas de reproducción humana en México, pues si bien el derecho a la intimidad debe encontrarse libre de injerencias por parte de terceros, también lo es que ese derecho, como casi todos los derechos humanos, no es ilimitado, pues el estado necesariamente debe garantizar ese derecho a través de mecanismos



eficaces y sobre todo para evitar en la medida de lo posible la violación de ese derecho a los propios involucrados en los métodos alternativos de procreación.

2.1.5 Derecho a la personalidad

La doctrina mexicana ha reconocido que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce una libertad general de acción para que el individuo desarrolle su personalidad, en tanto aspecto dinámico de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, pues ésta sólo puede realizarse en la medida en que el individuo ponga en marcha libremente dicha cualidad que le es intrínseca, para así concretarla en su vida. Por tal razón el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en los artículos 19 y 29 de la Carta Magna es una de las libertades más importantes por ser un derecho subjetivo público que cada persona tiene por el simple hecho de ser hombre.

Este derecho tiene como base y fundamento la condición personalísima del ámbito interior de cualquier persona e implica la imposibilidad de intromisión o perturbación de cualquier ente-agente en el fuero personal del ser humano sin que exista autorización expresa de la persona o en su caso una orden judicial. Sin embargo, este principio no debe ser confundido con el llamado derecho a la privacidad que protege a los sujetos jurídicos para no ser molestados por otras personas en su vida particular o en sus actividades cotidianas. En este caso se impide la molestia hacia la persona en su ámbito de convivencia social pero no referido a su fuero interno⁵⁸.

De ahí que el derecho a la personalidad, al igual que el derecho a la dignidad humana, igualdad y no discriminación y el derecho a la intimidad, sea uno de los derechos fundamentales que se encuentran en juego en la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida y al encontrarse consagrado

⁵⁸ Flores Trejo, Fernando, *Bioderecho*, México, Porrúa, 2004, p. 177.



como un derecho humano debe respetarse por todas las autoridades y garantizarse por el Estado.

Lo anterior, ya que el artículo 1o. Constitucional, establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución y que éstas no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que la misma establece, así como que queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas⁵⁹.

Este derecho además es desarrollado en los diversos instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, en donde se establece lo siguiente:

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Preámbulo. Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los miembros de la familia humana ... La asamblea general proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto de estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos tanto en los pueblos de los Estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción... Artículo 3. "*Todo individuo tiene derecho a la*

⁵⁹ Cfr. con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



vida, a la libertad y a la seguridad de su persona." "Artículo 6. "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). "Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. "1. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. "2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano." "Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." "Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica."

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. "Artículo 2. "1. Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. "Artículo 16. "Todo ser humano tiene derecho, en todas sus partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."



Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

"Artículo 2. "... 2. Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

Ahora bien, conforme a dichas disposiciones, se puede concluir, en primer término, que nuestro orden fundamental, en el primer párrafo de su artículo 1o, establece que todo individuo debe gozar de las garantías que la Constitución otorga, las cuales no pueden restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y bajo las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar, en los más amplios términos, el goce de los derechos fundamentales y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Además, establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación, deben ser tratados igualmente, sin privilegio, ni favor alguno⁶⁰.

El marco teórico Constitucional, indican que el individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes. De ahí el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, definida ésta por el Diccionario de la Real Academia Española, como la *singularización, el distintivo de la persona*. Por ende, el libre desarrollo de la personalidad es la

⁶⁰ Tesis XVIII.4o.10C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, enero de 2014, p. 3050.



consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo. Como ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público⁶¹.

Así pues, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma; de manera correlativa, se encuentra la obligación por parte del Estado de promulgar los instrumentos jurídicos suficientes para garantizar este derecho a todas las personas, tal y como en el último apartado de la presente tesis se establecerá, deberá hacerse a través de la emisión de la Ley que regule la materia aquí analizada.

2.1.6 Derecho a la vida

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del

⁶¹ *Idem.*



mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atentes contra él⁶².

Sobre el particular hasta antes de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) en el caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*, de fecha 28 de noviembre de 2012, no existía pronunciamiento sobre controversias suscitadas con relación al derecho a la vida y mediante la cual se estableciera, jurídicamente, el momento a partir del cual el Estado tiene la obligación de brindar protección al no nacido.

Mediante dicha resolución la CIDH, en cuanto intérprete última de la Convención Americana, estableció que anterior al nacimiento de una persona el sistema interamericano de derechos humanos no reconoce protección al producto de la concepción, sino que hasta el momento de su nacimiento entra bajo la tutela y protección de dicho sistema interamericano; consideración que de acuerdo con dicho Organismo encuentra su fundamento en las consideraciones que a continuación se exponen.

2.2 Momento a partir del cual se considera al embrión persona para efectos de tutela judicial desde el ámbito internacional de los derechos humanos

⁶² Caso *"de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala"*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf.



En primer lugar la CIDH realiza una interpretación conforme al sentido corriente de los términos involucrados en la reproducción humana asistida, particularmente se enfocó a establecer el momento a partir del cual, para la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) -en adelante la CADH-, comienza la vida jurídica de una persona.

Al respecto es importante citar lo que establecen los artículos 1º y 4.1 de la CADH:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

[4.]1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”⁶³

De los artículos citados con antelación se desprenden varios conceptos básicos que no pueden pasar desapercibidos si se quiere establecer el momento a partir del cual en dicha Convención se reconoce la calidad de persona para los efectos de su tutela; en ese sentido lo primero que se debe considerar es que la Convención fue suscrita en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. Es decir, en dicho año aún no se contaba con la tecnología de la reproducción humana asistida, sino que la concepción era considerada como el acto más natural a través del cual sólo un hombre y una mujer podían procrear hijos y éstos a su vez no podían ser concebidos fuera del vientre materno.

Sin embargo, con la llegada de las técnicas de reproducción humana asistida se evidenció que es posible generar vida humana fuera del cuerpo

⁶³ Cfr. Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.



vientre de la mujer; por tal razón, la definición de concepción establecida en la Convención Americana tenía que cambiar.

Ahora bien, el perito Seger-Hochschild, al rendir el dictamen solicitado por la CIDH, señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía “concepción” como “acción y efecto de concebir”, “concebir” como “quedar preñada la hembra” y “fecundar” como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”⁶⁴.

Sin embargo, dichos conceptos básicos se han replanteado atendiendo las circunstancias que actualmente nos atañen, indicando el perito antes citado que:

*una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero (...) [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación[, que] comienza con la implantación del embrión[,] [...] ya que la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Ganadotropina Coriónica y lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio*⁶⁵.

Dicho experto concluye indicando que si la intención de la Convención Americana hubiera sido definir el derecho a la protección desde el momento de la fecundación, se habría usado esa palabra que en el diccionario define perfectamente tal evento.

⁶⁴ Citado en sentencia de 28 de noviembre de 2012, CIDH, *caso Artivia Murillo y otros (“fecundación in vitro”)* vs. *Costa Rica*, párr. 181, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

⁶⁵ Cfr. sentencia de 28 de noviembre de 2012, CIDH, *caso Artivia Murillo y otros (“fecundación in vitro”)* vs. *Costa Rica*, párr. 181, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.



Por otro lado, según el perito Monroy Cabra, la palabra concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide⁶⁶, dicha postura también fue asumida por la perito Condic, quien en su declaración rendida en la audiencia del caso Artavia Murillo y otros, manifestó que “*la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un momento de concepción observable*”⁶⁷.

En igual medida las teorías acerca del momento a partir del cual comienza la vida son muy variadas, pues todo depende de la perspectiva médica, biológica, moral ética, filosófica o religiosa con la que se vea. Sin embargo, lo cierto es que un óvulo fecundado y no implantado en el útero difícilmente podría desarrollarse al no recibir los nutrientes necesarios que obtiene de la madre, por lo tanto al no existir una definición consensuada sobre el tópico, en el presente caso se observa el alcance que a dicho derecho le ha otorgado la CIDH, en el siguiente sentido:

(...) [n]o obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”⁶⁸.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 182.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Cfr.* sentencia de 28 de noviembre de 2012, CIDH, caso “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, párr. 60.



De lo anterior, es válido concluir que el término “concepción” no puede verse ajeno al proceso que se produce en el cuerpo de la mujer, pues como ya se dijo, las posibilidades de que un embrión se desarrolle fuera de éste, son nulas, prueba de ello es que la hormona llamada “Gonodotropina Cariónica” sólo se produce una vez implantado el óvulo fecundado en el útero, siendo que el artículo 4 de la Convención Americana al momento de su redacción no contemplaba la posibilidad de que la “concepción” se generara fuera del vientre materno, por lo que actualmente el alcance de dicho precepto ha cambiado y permite establecer que la protección de la vida humana se genera a partir de la implantación, y hasta este momento el embrión entra en la protección del artículo 4 de la Convención.

2.3 El derecho a la procreación como derecho humano

Los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad, a la reproducción humana y a la identidad, como ya se analizó, entran en juego en la reproducción humana asistida, la que repercute en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación y en general en los principios e instituciones del derecho de familia⁶⁹.

Sin embargo, considero que no se puede hablar de las técnicas de reproducción humana asistida, sin definir previamente si es o no reconocido como un derecho humano de los individuos el acceso a la reproducción humana asistida a través de las diversas técnicas analizadas en el presente trabajo. Al

⁶⁹ Escobar Fornos, Iván, *Derechos a la Reproducción Humana (Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro)*, IIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Derechos Reservados, ©2011, p. 1, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932007000100005&script=sci_arttext.



respecto, la CIDH ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad persona y a la vida privada y familiar. Además la forma en cómo se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja⁷⁰.

2.3.1 El derecho a la igualdad y a la no discriminación en torno al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida

En primero lugar, es preciso señalar en qué consiste la discriminación y el tratamiento que se le ha dado a la misma en el *corpus juris internacional*, no sin antes estudiar un poco de la doctrina jurídica especializada. Por ejemplo, Luigi Ferrajoli habla de cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias, que representan 4 concepciones de la igualdad:

1. Indiferencia jurídica a las diferencias. Este modelo se daría en un supuesto estado de naturaleza donde las diferencias son ignoradas.
2. Diferenciación jurídica de las diferencias. Es propio de sociedades jerarquizadas y aristocráticas, en las que, a través de la discriminación normativa, algunas diferencias son tomadas en cuenta por el sistema para conformar privilegios o simples discriminaciones.
3. Homogeneización jurídica de las diferencias. La generalidad de la ley no establece diferencias que sean tomadas en cuenta. Es difícil que esta situación se dé en plenitud, ya que un sistema que cumpla estrictamente con este mandato de no diferenciación jurídica parece absurdo.
4. Valoración jurídica de las diferencias. Reconoce importancia jurídica a la diversidad, pero no sólo para evitar que las diferencias de hecho sean tomadas en cuenta como relevantes para discriminar, sino para considerar aquellos factores que basadas en prejuicios hayan provocado desventajas sociales y, de esta forma, establecer privilegios a favor de colectivos que por su situación de desventaja merecen recibir un trato específico para conseguir una igualdad real. A esto se le ha llamado discriminación positiva⁷¹.

⁷⁰ Caso "Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica", *op. cit.*, nota 48, párr. 272.

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Madrid, Trotta, 1999, pp. 74-76, citado en Santiago Juárez, Mario, *Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Obligaciones específicas de acceso a la justicia y debido proceso*, México, FLACSO, 2011, p. 8.



Lo anterior es considerado por muchos doctrinarios como las bases para que la igualdad entre los gobernados realmente sea palpable y no sólo se establezca como un mero discurso teórico constitucional; así, una vez que la igualdad fue reconocida en los textos constitucionales,⁷² se convierte en un derecho para todos los ciudadanos. No obstante, una cosa es la retórica del derecho y otra muy distinta la exigibilidad real de esas normas. Lo cierto era que la obligatoriedad de las normas constitucionales no parecía ser una obviedad en el siglo XVIII. La igualdad, como el resto de los derechos consagrados en las constituciones, parecía más bien un simple apotegma que, como dijera, Hamilton, “sonaría mucho mejor en un tratado de ética que en la Constitución de un gobierno, pues en realidad no existían los mecanismos jurídicos para hacer realidad las normas constitucionales. El cambio copernicano, se daría en el sistema jurídico de los Estados Unidos en virtud de una resolución de un juez de la Corte Suprema que otorga, por primera vez, una verdadera fuerza normativa a las normas constitucionales. Con esto me refiero a que esos “aforismos” serían desde entonces principios y reglas exigibles y, lo que es más importante, la norma constitucional será considerada superior al resto de las normas jurídicas. El caso al que nos referimos es *Marbury v. Madison* de 1803. Para la historia de la exigibilidad de los derechos, la sentencia *Marbury* es paradigmática, pues la lógica usada en ésta sería aplicada más tarde en todas las sentencias de la Corte: ningún acto del Estado podrá ser válido si viola los derechos consagrados en la Constitución; incluyendo, por supuesto, el derecho a no ser discriminado⁷³.

Si bien es cierto, el caso citado con antelación, pudiera considerarse que no guarda relación con el tema aquí analizado, lo cierto es que dicho antecedente es importante en razón a que dicha sentencia rompió con varios paradigmas respecto a la superioridad de las normas Constitucionales sobre las

⁷² Véase el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se establece el derecho humano a la igualdad entre el hombre y la mujer.

⁷³ Santiago Juárez, Mario, *Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Obligaciones específicas de acceso a la justicia y debido proceso*, México, FLACSO, p. 13.



leyes secundarias; por tal razón al establecerse en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que:

“Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” (Resaltado fuera de texto).

Por su parte el artículo 4º Constitucional señala: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

La “cláusula de no discriminación” de nuestra Carta Magna es interpretada por la ley como una prohibición de los actos que tengan como consecuencia fáctica la marginación o la exclusión, es decir, la discriminación en su sentido peyorativo. Discriminación no es sólo la distinción basada en algunos de los criterios expresamente prohibidos, sino sólo la diferenciación que, al hacer uso de esos criterios “tengan por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas”.⁷⁴

De los preceptos Constitucionales citados con antelación, se desprende el derecho humano a la igualdad ante la ley y a la no discriminación motivada,

⁷⁴ *Ibidem*, p. 26.



entre otras cuestiones, por las discapacidades y las condiciones de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, debiéndose proteger y garantizar estos derechos por el Estado Mexicano.

Se ha dicho a lo largo del presente trabajo que, en su mayoría, las parejas que deciden acceder a las técnicas de reproducción humana asistida es porque sufren algún tipo de disfuncionalidad propiciado por diversos factores que de modo natural les impide procrear una familia. Por lo tanto, es válido sostener que la decisión de procrear un hijo o hija biológicos a través de los métodos o prácticas que ofrecen los avances tecnológicos, tiene su origen en una discapacidad natural; entonces es válido formular la siguiente interrogante ¿se violan los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación de las personas incapaces de procrear un hijo de forma natural cuando al interior de un sistema jurídico se adoptan leyes que prohíben la práctica de dichos avances científicos?, válidamente se puede sostener que sí, con fundamento en las siguientes razones:

1. La Carta Magna, como ya se dijo, reconoce de manera expresa los derechos humanos a la igualdad y a no ser discriminado por motivo de discapacidad o salud; disposición que al ser incluida en la ley suprema, cualquier ordenamiento jurídico que pretenda regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida necesariamente deberá observarla atendiendo al principio de Supremacía Constitucional.
2. Por otro lado, el artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión,



opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2.3.2 Discriminación en relación con la condición de discapacidad por infertilidad

La Organización Mundial por la Salud (en adelante “OMS”) ha definido a la infertilidad como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos como bajo nivel de esperma, endometriosis, factores inmunológico o pobre reserva ovárica. Se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un aproximado de 10% de las mujeres en edad reproductiva.⁷⁵ Según el perito Zegers-Hochschild, “la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso, genera angustia, depresión aislamiento y debilita los lazos familiares”.⁷⁶

En esa línea del pensamiento, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”), en su artículo 25 establece el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva y a su vez se establece el compromiso para el Estado de hacerlos asequibles a los habitantes de su país⁷⁷.

⁷⁵ Zegers-Hochschild, Fernando, *peritaje médico*, caso: “Artivia Murillo y Otros vs. Costa Rica”, CIDH, Tomo IV, folio 2818, p. 14, http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf.

⁷⁶ Citado en la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, caso: *Artivia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *op. cit.*, nota 48, párr. 288.

⁷⁷ “Artículo 21. Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a



Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante "CIADDIS") define el término "discapacidad" como "una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social"; en tanto que, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), en su artículo 18, señala que "[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad".

De lo anterior se puede concluir que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades; derechos, entre los que se encuentran, los reproductivos.

En las Convenciones mencionadas se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, actitudinales o socioeconómicas.

servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población".



Derivado de lo anterior, la CIDH ha señalado que “[t]oda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. (...) no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”⁷⁸. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras⁷⁹.

Con base en las consideraciones anteriormente señaladas, se puede sostener que para la CIDH la infertilidad es considerada como una enfermedad del sistema reproductivo, y por lo tanto constituye una limitación funcional reconocida como una enfermedad de quienes la padecen, por lo que al no permitirse al interior de un Estado parte de dichas convenciones el acceso a los métodos alternativos de reproducción humana, sin lugar a dudas se estaría ante un caso de discriminación o como lo define la Corte ante una barrera generada por la decisión de una legislación interna.

⁷⁸ Caso de la “*Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, Párr. 111, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.

⁷⁹ Caso “*Furlan y Familiares Vs. Argentina*”, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párr. 134, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.



CAPÍTULO 3

EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU FORMA DE REGULACIÓN JURÍDICA

Como casi cualquier ámbito de naturaleza científica, el tema de la reproducción humana asistida no ha sido exclusivo de un país, por lo que debido a su interdisciplinariedad biojurídica que lleva inmerso, diversos países se han dado a la tarea de regularlo al interior de sus sistema jurídico, tratando, en su mayoría, de legislar una ley interna exclusiva para esta materia o en otros casos, como el de México, se han quedado tan sólo en una buena intención, constituyendo una verdadera omisión legislativa ante una realidad que día a día alcanza un mayor auge y crecimiento desproporcional por su falta de regulación. El apartado que aquí se desarrolla constituye la antesala a lo que considero se debe hacer en México para dejar de formar parte de ese grupo de países que se han quedado como un simple espectador ante el festejo científico por el descubrimiento y desarrollo de técnicas generadoras de vida humana.

3.1 Países que cuentan con regulación jurídica de las técnicas reproductivas

Dentro del contexto jurídico internacional son muy pocos países los que se han aventurado a regular los descubrimientos científicos en torno al tema de la reproducción humana asistida; países como España y Estados Unidos de Norte América, que se consideran los punta de lanza, o algunos otros como Chile, Japón, Canadá o Nueva Zelanda que emitieron su ley reglamentaria con posterioridad, pero que de igual forma existen elementos que ayudarán a definir el rumbo de la legislación reproductiva mexicana.



Como se ha dicho en el desarrollo de esta investigación, el tema de las técnicas de procreación asistida plantean complejas interrogantes de diversa índole que van desde lo ético, religioso, científico, hasta lo jurídico, que es lo que aquí interesa en el sentido de establecer, jurídicamente hablando, cuál es el trato que debe darse al embrión humano, así como las limitantes que en materia de ingeniería genética se deben establecer en función del interés generalizado que ha observado la sociedad.

De esta forma podemos decir que varios países, principalmente los sistemas jurídicos europeos, en los cuales ha primado un gran dilema entre los diversos sectores sociales difícil de conciliar en torno a este tema.

Siguiendo a Andorno, es menester plantearse la siguiente pregunta: de elaborarse un instrumento interamericano sobre cuestiones de bioética, ¿deberían incluirse en el mismo normas específicas sobre procreación asistida? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuán detalladas deberían ser tales normas?, en otras palabras, ¿hasta qué punto es posible lograr un consenso regional en esta delicada temática?⁸⁰.

Cabe señalar que si bien es cierto las cuestiones de la reproducción humana asistida es un tema que en distintos congresos tanto locales como en el Congreso de la Unión ya se han discutido diversas iniciativas de ley que regulen de una forma efectiva y sistemática esta materia, también lo es que al menos en el ámbito nacional no se ha conseguido dicha regulación.

Analizando dichas propuestas como la de la ciudad de México Distrito Federal que se han puesto en tela de juicio, se advierte que todas parten de un sistema comparado europeo, en donde según varios doctrinarios como Roberto Andorno, se cuenta con un mayor avance; es por ello que en el presente

⁸⁰ Andorno, Roberto, *Técnicas de Procreación Asistida*, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, p. 1, consultada en www.juridicas.unam.mx.



apartado de mi tesis quiero referirme a esas legislaciones que en el ámbito internacional se han establecido, aunque como bien lo indica Andorno⁸¹ aún existe la duda acerca de que si en algunas normas sobre la materia deberían incluirse en un instrumento interamericano. Partiendo de esta base, *-sigue indicando-* en mi opinión, las normas sobre procreación asistida que eventualmente se incluyan en tal instrumento deberían consistir en principios muy generales, inspirados en el marco legal ya existente a nivel nacional o regional, debiendo evitarse entrar en una detallada regulación del tema.

Considerando dicha idea, procedo a abordar dicha interrogante bajo el siguiente estudio comparativo:

En Europa existen dos grupos de legislaciones sobre procreación asistida, con posiciones totalmente opuestas. En forma esquemática, se puede decir que estos dos grupos reflejan un conflicto entre lo que se podría llamar, por un lado, la “primacía del libre acceso a las técnicas” y, por el otro lado, la “primacía de la protección de la vida embrionaria y del interés del menor”.⁸²

Por un lado encontramos el grupo de los países que otorgan mayor énfasis en los avances científicos y tecnológicos permitiendo que se experimente sin limitaciones sobre los embriones humanos, bajo el argumento de que esto puede tener un doble beneficio a la humanidad, por un lado nos ayuda a comprender de mejor manera la posibilidad de curar enfermedades, y por el otro, ayudar a las parejas infértiles a lograr el sueño de ser padres, es por ese motivo que realmente la vida humana embrionaria no es considerada de una protección particular, puesto que esto pasa a segundo término en tratándose de descubrimientos científicos.

⁸¹ *Ibidem*, p. 2.

⁸² *Ibidem*, p. 3.



Por tal razón, se autoriza la selección, congelamiento y destrucción de los embriones resultantes de la fecundación *in vitro*, e incluso su uso con fines de experimentación. Tampoco se da prioridad al interés del menor de contar con un padre y una madre legal que coincidan con su padre y madre biológicos, al legitimarse el uso de gametos de donantes⁸³.

3.1.1 Países Europeos

Ejemplos paradigmáticos de los países que cuentan con legislaciones abiertas o denominadas para el presente trabajo como “permisivas”, encontramos las leyes españolas 35 y 42 de 1988 (hoy reemplazadas por la ley 14 de 2006, Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida) y la ley británica de 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act)⁸⁴.

Por otro lado, encontramos un segundo grupo de leyes, en las cuales, al contrario de las anteriores, sí aceptan la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, siempre y cuando exista un equilibrio entre lo permitido y lo que se debe prohibir, es decir este grupo de leyes conforman el bloque de los llamados sistemas jurídicos mixtos tendientes a los prohibitivos.

Así tenemos que dentro de este grupo se prohíbe la experimentación con embriones y su selección. También se prohíbe el uso de gametos de donantes anónimos, ya que esta práctica genera una fragmentación de la paternidad y/o maternidad entre diversos individuos, lo cual no parece ser lo más beneficioso para el interés del menor. Dicha prohibición se sustenta en el derecho que tenemos reconocidos en el *Corpus Iuris* internacional de los Derechos en el sentido de que todas las personas tiene el derecho a conocer sus orígenes e identidad y es por ese motivo, que la donación anónima se desalienta y no es

⁸³ Por esa razón es que la iglesia católica, a través de diversos comunicados, ha fijado una postura rotunda tendiente a prohibir la selección incluso de la raza humana.

⁸⁴ Andorno, Roberto, *op. cit.*, nota 80, p. 4.



bien vista, pues pensando en el interés superior del “menor” y los daños psicológicos y emocionales que el *nasciturus* pueda tener en cierta etapa de su desarrollo por no conocer dichos antecedentes paternos lo que se considera violatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989⁸⁵, que en su artículo 7º dispone que el niño tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En este grupo de legislaciones, que enfatizan principalmente la protección del embrión y del interés del niño concebido por las técnicas, se destacan sobre todo la Ley Alemana de Protección de los Embriones del 1990 y las leyes adoptadas en Austria (1992), Suiza (1998) e Italia (2004)⁸⁶.

3.1.2 Latinoamérica

Por otro lado, en Latinoamérica encontramos ejemplos como el de los Estados Unidos, como se expuso en el capítulo primero del presente trabajo la madre subrogada no llevó a feliz término el caso de “*Baby M*”, en donde incluso tuvo que haber una declaratoria judicial para hacerla cumplir con el contrato de alquiler, debido a su arrepentimiento al momento de entregar el “producto”

⁸⁵ Sin duda alguna el preámbulo de la citada convención nos ayuda a comprender el contexto y la protección que los Estados miembros de la misma han considerado para la protección de los derechos de los infantes, los aspectos que podemos rescatar para efectos del tema son: *“Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10 y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño; teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”* consultado en el sitio web: http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/document/internac/convdeni/convdeni_00.htm.

⁸⁶ Andorno, Roberto, *Op. Cit.*, nota 80, p. 5.



dando la razón al padre biológico, situación que ha acarreado que en este país cada vez sea mayor el número de demandas planteadas ante los tribunales jurisdiccionales para que éstos definan la situación jurídica de las personas concebidas a través de estas técnicas.

Actualmente son ocho los estados de los Estados Unidos de Norte América que han emitido leyes que permiten la utilización de los contratos de maternidad subrogada, aunque contrario a lo que el derecho romano establecía que madre es aquella mujer que da a luz un niño prohibiendo por tanto cualquier tipo de técnica reproductiva que tienda a utilizar la subrogación de útero como es el caso de España, Alemania, Francia, Holanda, Suecia, el Reino Unido, entre muchos otros como más adelante se hará notar.

3.1.3 Canadá

Existen muchos otros países, como es el caso de Canadá, que han establecido cláusulas de prohibición la reproducción humana con tendencias a realizar beneficios económicos, pues dicen que es tanto como equiparar la vida humana a una cosa que se encuentre dentro del comercio; sin embargo, admiten la reproducción asistida desde la óptica altruista o con fines no lucrativos, en cuyos casos se tendrá que realizar a través de un familiar cercano a los comitentes que se encuentre dispuesto a donar o portar *—en el caso del útero materno—* al producto de la concepción, en donde además prima la buena voluntad de las partes y es casi innecesaria la formalización de un convenio para someter a las partes al cumplimiento estricto de un clausulado contractual.

Por otro lado encontramos el caso de Brasil, en donde se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de cualquier práctica reproductiva. Siendo por lo tanto un sistema de los que al inicio de esta investigación se les denomina mixto o flexible. Pero señala que las clínicas, centros o servicios de



reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica (en una relación de parentesco hasta el segundo grado). Los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina⁸⁷.

3.2 Teoría sobre la protección de la vida en su desarrollo analizada desde diversos ordenamientos jurídicos.

En el capítulo anterior, se desarrolló con amplitud el criterio que la CIDH ha adoptado en torno a la protección del derecho a la vida y el momento a partir del cual se debe considerar ésta para efectos de la tutela del *corpus juris* internacional. Sin embargo, en este apartado se explican diversas teorías sobre las etapas de protección del *nasciturus* en su desarrollo biológico, siendo una de las mayormente aceptadas, la desarrollada por el Maestro Iván Escobar Fornos:⁸⁸

a) Teoría de la fecundación o de la formación del genotipo. La vida humana tiene su inicio desde la fecundación fuera o dentro del seno materno. La unión del óvulo y el espermatozoide crea una nueva vida, distinta de la de sus padres.

La persona física y jurídica (la capacidad de ser sujeto de derecho) comienza desde la concepción dentro o fuera del seno materno. Esto se da cuando se une el óvulo al espermatozoide. Se crea una nueva vida única e irrepetible.

⁸⁷ Países que actualmente permiten la Reproducción Humana Asistida, <http://www.bebesymas.com/ser-padres/vientre-de-alquiler-o-maternidad-subrogada-legalidad-en-el-mundo>, consultado el 18 de diciembre de 2012.

⁸⁸ Andorno, Roberto, *op. cit.*, nota 80, pp. 2 y 3.



El embrión como sujeto de derecho es titular de un complejo conjunto de derechos: derecho a la vida, derecho a la dignidad, derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la salud, derecho a tener una familia, derecho a la identidad consagrado en la Convención de los derechos del Niño.

La identidad comienza con la concepción y se extiende durante toda la vida. La identidad comprende tres aspectos: identidad referida a la realidad biológica; identidad referida a los caracteres físicos; e identidad en la realidad existencial.

La Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 4o., establece que "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...". Este convenio tiene rango Constitucional de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las convenciones anteriormente citadas podrían ser invocadas y aplicadas por analogía a la procreación asistida fuera del seno materno para restringirla o para rechazarla en su caso.

b) Teoría de la anidación. Existe vida humana hasta que el cigoto se fija en la pared del útero, lo que se realiza a los catorce días de la fecundación. Se funda en dos argumentos: antes de esa fecha no existe individualidad que caracterice a la persona, ya que el embrión es susceptible de segmentación o desdoblamiento, como sucede con los gemelos monocigóticos; hasta este momento existe una relación entre la madre y el concebido.

c) Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central (recién a partir de quince a dieciséis días de la fecundación aparecen los



rudimentos). La personalidad e individualidad se produce cuando principia el proceso de formación del sistema nervioso que comienza el día quince de la concepción y se completa a las ocho semanas.

d) Teoría del nacimiento con vida. Esta señala que el feto no es independiente mientras permanezca en el seno materno, ya que necesita de ella para su subsistencia y antes del nacimiento es una víscera de la madre. Una vez que nace surge su personalidad e individualidad y las consecuencias jurídicas que éstas traen, esta teoría permite que se proteja al concebido en forma amplia. La teoría de la fecundación es seguida por la Iglesia católica, y protege al embrión en toda su etapa del desarrollo hasta el nacimiento, no permitiendo el aborto.

Para las otras teorías mientras no se cumplan las condiciones que cada una exige, el embrión es una cosa o un bien y puede ser objeto de manipulación genética y abren las puertas al aborto.

3.3 Tratamiento de la Reproducción Humana Asistida desde el ámbito interno del sistema jurídico mexicano

Mucho es lo que se ha dicho a lo largo de la presente investigación a cerca de la necesidad que actualmente tiene nuestro país de legislar en torno al tema de la reproducción humana asistida, por lo que en este apartado me enfocaré a desarrollar la necesidad de legislar una nueva ley especializada en el tema o en su caso lo que se debe hacer desde el ámbito legislativo para no caer en el error de positivizar todos los conflictos que posiblemente se puedan suscitar, lo cual comienza desde limitar las experimentaciones en los fetos humanos; ello, desde luego, sin caer en el absurdo de que a través de un instrumento legislativo se va a erradicar la problemática de fondo, pues necesario será fomentar un cambio de cultura tendiente a concientizar sobre la propagación de



enfermedades de transmisión sexual, la mala utilización de métodos anticonceptivos a temprana edad, los cambios de alimentación e inclusive la integridad psíquica y emocional de las personas y en general todos aquellos factores determinantes para la concepción.

Una vez aclarado lo anterior, considero que se debe adoptar o en su caso adaptar una de las tres posturas susceptibles que otros países han planteado, como lo planteaba desde el inicio de esta investigación, existen diversas clasificaciones, sin embargo, cada una de ella se analiza en el siguiente capítulo del presente trabajo de investigación⁸⁹.

3.3.1 Criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en torno a la reproducción humana asistida

No me queda la menor duda que el poder del Estado facultado para regular y en su caso establecer las bases de la postura que nuestro país debe tener en torno al tema de la reproducción humana asistida, es el poder legislativo. Sin embargo, resulta muy interesante analizar algunos de los criterios que la SCJN ha sostenido en los conflictos que se han sometido a su conocimiento y en los cuales encontramos un antecedente clave de la ideología que se espera el legislador tome en cuenta para emitir la ley respectiva.

Ejemplo claro lo encontramos en el voto particular del Ministro José Fernando Franco González Salas, en relación con la acción de inconstitucionalidad 62/2009, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión pública del jueves 29 de septiembre de 2011⁹⁰, que por su relevancia e importancia en el presente tema considero necesario traer a colación algunos los siguientes aspectos:

⁸⁹ En términos similares lo plantea la autora Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, p. 56.

⁹⁰ Registro 47607, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Oficial*, Décima Época, p. 819.



El asunto sometido a su consideración versó en que doce integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí promovieron acción de inconstitucionalidad, en la que solicitaron la invalidez del artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, reformada mediante Decreto 833, que se publicó en el Periódico Oficial de esa entidad federativa el tres de septiembre de dos mil nueve. El precepto impugnado establece:

“Artículo 16. *El Estado de San Luis Potosí reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción. Queda prohibida la pena de muerte, la cual no podrá aplicarse en ningún caso.”* (Resaltado fuera de texto)

No es punible la muerte dada al producto de la concepción, cuando sea consecuencia de una acción culposa de la mujer; el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación indebida; o de no provocarse el aborto la mujer corra peligro de muerte. Los promoventes de la acción de inconstitucionalidad plantearon que el precepto impugnado es violatorio de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 16, 24, 40, 41, 128, 130 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haciendo valer los conceptos de invalidez que estimaron pertinentes.

El proyecto de resolución presentado por el Ministro se discutió en la sesión pública del 29 de septiembre de 2011 en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante una metodología que finalmente consistió en posicionamientos generales de las y los señores Ministros, y que desembocó en una votación de siete votos a favor de la invalidez de la norma y cuatro a favor de su validez, por lo que al no haberse alcanzado los ocho votos necesarios para declarar la invalidez o los seis necesarios para considerar válida la porción normativa impugnada, la determinación final fue de desestimación de la acción; con la decisión de que así se hiciera constar en la parte relativa de los



considerandos de la resolución, sin mayor abundamiento sobre los distintos conceptos de invalidez hechos valer por la parte accionante, las consideraciones del proyecto en relación con ellos, o a los argumentos que se vertieron por los integrantes del Pleno durante las sesiones públicas de esos días para sustentar sus posicionamientos.

Vale la pena destacar que previamente a la discusión de dicho asunto, el Tribunal Pleno resolvió la acción de inconstitucionalidad 11/2009 (en las sesiones públicas de los días 26 a 28 de septiembre de 2011), cuya temática es muy similar a la de acción que aquí se discutió. Por tanto, en el curso del debate, se destacaron las diferencias concretas entre unos y otros asuntos, pero también se reiteraron de manera genérica los posicionamientos de los señores Ministros en la acción de inconstitucionalidad 11/2009.

En atención a lo anterior, en el voto de dicho Ministro –desde mi muy particular punto de vista muy acertado- se hace referencia, en lo conducente, a lo discutido en la mencionada acción de inconstitucionalidad, con el fin de tener una visión completa de los temas discutidos en torno al derecho a la vida.

Concretamente, las notas distintivas de este asunto que hizo notar el citado Ministro en su intervención del 29 de septiembre de 2011, consistió en que el artículo 16 de San Luis Potosí: 1. Determina expresamente el momento en que inicia la vida; 2. Reconoce a la vida como fundamento de todos los derechos de los seres humanos; y, 3. Establece tasadamente causas para la no punibilidad de la muerte dada al producto de la concepción.

Dado que en la sesión pública del 28 de septiembre señaló que, de acuerdo con las manifestaciones de varios de los Ministros, de ser necesario, en el engrose ajustaría el proyecto a la luz de algunos de los argumentos expresados en las sesiones públicas por las señoras y señores Ministros y toda



vez que la decisión plenaria fue de desestimación de la acción en los términos antes señalados, dejando como voto particular la parte del estudio de fondo del proyecto por él sustentado en el considerando séptimo, así como el considerando octavo y puntos resolutivos, manteniéndolo con la misma estructura y argumentación del estudio de fondo por no haber encontrado razones para una modificación sustancial⁹¹.

Por consiguiente el considerando séptimo fue propuesto en los siguientes términos:

“Protección de la vida desde el momento de la concepción. Los promoventes sostienen que es inconstitucional este precepto, puesto que identifica a la vida como fundamento de todos los derechos que corresponden a las personas físicas y amplía la protección de la vida para incluir todo el proceso de la gestación a partir de la concepción.

Además, señalan que hay una inconsistencia entre el Texto Constitucional aprobado y la exposición de motivos, ya que en el primero, se hace referencia a la persona desde el momento de la concepción, pero a partir de la exposición de motivos, debe entenderse que el Constituyente Local quiere decir que hay persona desde el momento de la fecundación.

Los accionantes consideran que es inconstitucional el que se modifique el concepto de persona, para efectos jurídicos, pues se amplía indebidamente a los no nacidos, es decir, se redefine el concepto jurídico de ‘persona’, para también incluir al cigoto, al blastocisto, al embrión y al feto, a quienes se les otorga personalidad jurídica para efectos de protección constitucional y legal. Esto es así, debido a que sólo la Constitución Política de los Estados Unidos

⁹¹ Nota: Es por esa razón, que dicho voto particular se presentó con el mismo formato del considerando séptimo del proyecto original, con pocas modificaciones y con algunas anotaciones a pie de página.



Mexicanos puede restringir o suspender los derechos fundamentales de los individuos, y las entidades federativas no pueden definir el concepto jurídico de persona. De ser así, la protección constitucional no sería uniforme y universal. Adicionalmente, la Constitución Federal no puede entenderse en el sentido de que hay persona jurídica desde la concepción.

Por otro lado, se argumenta que el ampliar el universo de individuos a quienes se considera como sujetos de derecho se traduce en la limitación de los derechos fundamentales de otras personas. En este sentido, señalan que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, determinó que es constitucional la norma que permite la interrupción del embarazo en el primer trimestre sin que se imponga sanción penal a la mujer. Consecuentemente, dicen que si el Constituyente de San Luis Potosí puede definir que hay persona desde el momento de la concepción, habría disparidad entre la protección constitucional de las mujeres de distintas entidades federativas, ya que en algunas podría recurrir a la terminación anticipada del embarazo y en otras no, violándose así la garantía de igualdad consignada en el artículo 1o. Constitucional.

En otras palabras, en opinión de los promoventes si se permite que los Estados definan cuándo hay persona para efectos jurídicos, se rompería la unidad del orden jurídico nacional, y la protección a los derechos constitucionales no sería homogénea. Así pues, sólo la Constitución General puede definir el concepto de persona.

En primer lugar, es necesario analizar las distintas porciones normativas del primer párrafo del artículo 16 impugnado, para determinar cuál es su alcance.



La primera frase de ese precepto dice: 'El Estado de San Luis Potosí reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción.'. Aquí se contienen varias ideas:

1. La entidad federativa reconoce la vida humana.
2. La vida humana es fundamento de todos los derechos de los seres humanos.
3. El respeto y protección a la vida humana se da desde la concepción, pues es en ese momento cuando inicia; y,
4. El reconocimiento del derecho a la vida

A partir de la redacción del primer párrafo del artículo 16 combatido, se desprende que hay una protección al derecho a la vida. Esta tutela, por sí sola, no es contraria a la Constitución Federal.

Por el contrario, con motivo de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, el artículo 29 vigente reconoce expresamente el derecho a la vida de todas las personas. Es decir, ese precepto prevé el procedimiento y condiciones para restringir o suspender los derechos fundamentales y sus garantías y, entre otras cuestiones, indica que no es posible restringir el ejercicio de ciertos derechos, entre los cuales se incluye el derecho a la vida.

Sin embargo, ni en los documentos relativos al proceso legislativo que dio lugar a la mencionada reforma constitucional ni en las discusiones en las Cámaras del Congreso de la Unión se hizo referencia a los alcances del derecho a la vida en relación con el momento en que ésta inicia. Únicamente se señaló que en el artículo 29 constitucional reformado se pretendía incluir ciertos derechos que no pueden ser suspendidos ni aun en casos de invasión,



perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto; en concordancia con los estándares internacionales y particularmente en cumplimiento a lo establecido en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es decir, no es posible conocer cuál es el alcance del derecho a la vida con el solo texto del artículo 29 constitucional, conforme a su redacción vigente.

Además, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, la mayoría de los integrantes de este Pleno se manifestó en tres aspectos medulares para la resolución de ésta, en el sentido de que:

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el derecho a la vida (derecho que también está consagrado expresamente en su artículo 29, como se ha señalado), pero también que dicha protección y derecho no son absolutos.
2. De los informes que se requirieron, prueba pericial y comparecencias que se realizaron para resolver aquella acción: ‘... puede derivarse la conclusión de que no existe unanimidad en los criterios éticos, morales filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado, sustentándose a este respecto afirmaciones encontradas entre sí
3. En el ámbito de la protección de los derechos fundamentales por los tratados y convenciones internacionales suscritos por México, el único instrumento que reconoce que el derecho a la vida de toda persona se encuentra protegido, por lo general, desde el momento de la concepción, es la Convención Americana de Derechos Humanos, pero que este



derecho no es absoluto, pues la expresión ‘por lo general’ se introdujo para establecer la posibilidad de que los Estados puedan fijar el momento en que inicia, conforme a su legislación interna, esa protección y las modalidades a que queda sujeta la misma. Además, México formuló dos declaraciones interpretativas y una reserva, de las cuales la primera declaración interpretativa versó sobre tal expresión, por lo que México ‘no aceptó el establecimiento de un momento específico a partir del cual debía proteger el derecho a la vida y, en esa medida, se encuentra obligado el Estado Mexicano a proteger y garantizar el derecho a la vida como en el resto de los tratados internacionales lo disponen(sic), esto es, sin un momento específico para el inicio de la protección y aceptando que no es un derecho absoluto.

Considero que una vez que el Máximo Tribunal Constitucional de nuestro país defina su postura legal con relación a la reproducción humana asistida, le facilitará en gran medida la tarea al legislador para crear una ley especializada en el tema que establezca con toda claridad si en nuestro país contamos con una regulación prohibitiva, permisiva o mixta. Con relación a lo anterior, es pertinente señalar que del estudio de este tema de investigación he advertido que a nivel internacional se han propuesto los siguientes tres sistemas de regulación jurídica respecto a las técnicas de reproducción humana asistida:

Permisiva: es aquella postura en la cual los métodos alternos de reproducción humana se adoptarían sin limitaciones de experimentación; es decir el embrión humano puede ser sometido a diversos experimentos científicos bajo el argumento de que es lo mejor para dar pie a nuevos descubrimientos que faciliten la cura de enfermedades detectables desde el momento de la concepción.



Prohibitiva: esta postura es el lado contrario de la permisiva, pues en ésta no solamente se protege la vida humana desde el momento de la concepción, sino que además se prohíbe realizar cualquier tipo de experimentación relativo a la reproducción humana asistida.

Mixta: este tipo de postura adopta un poco de las dos posturas señaladas con antelación, pues por un lado se adoptarían en nuestra legislación los mecanismos o rutas de acceso a este tipo de técnicas, las personas que pueden ser candidatas a las mismas, las condiciones a través de las cuales se van a regir la relación paterno filiales y los requisitos que deben cubrir las clínicas reproductivas y el personal que las integre, además de ello, se vela por los derechos fundamentales de las personas que se conciban a través de las mismas, así como los demás sujetos involucrados, pero sobre todo se limita la experimentación en fetos humanos.

Como ya se dijo líneas arriba, uno de los antecedentes más importantes que existen en nuestro país es la sesión de fecha 26 de septiembre de 2011, en donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió la acción de inconstitucionalidad 11/2009, planteada por el representante de la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de Baja California, en contra del Decreto de reforma al artículo 7° de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, publicado en el Periódico Oficial de aquella entidad el 26 de diciembre de 2008⁹², cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 7. El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos

⁹² “Crónicas de las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009 Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” reformas constitucionales de los estados de Baja California y San Luis Potosí que tutela el derecho a la vida, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 1, <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr-290911-BCySLPvida.pdf>.



Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución; de igual manera esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.”

De acuerdo con el Maestro Saúl García Corona, la cronología de la acción de inconstitucionalidad número 11/2009⁹³, se puede resumir de la siguiente forma:

“El 26 de diciembre de 2008, mediante decreto 175, en el Estado de Baja California se publicó en el periódico Oficial del Estado, la reforma al artículo 7º, primer párrafo, de su Constitución Política, en la que se estableció la tutela del derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, considerándolo como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.

Derivado de la aludida reforma, el 26 de enero de 2009, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Procurador de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California promovió acción de inconstitucionalidad en la que solicitó la invalidez del artículo mencionado.

El Ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente relativo a dicha acción, a la que correspondió el número de expediente 11/2009 y, por razón de turno, designó al señor Ministro José Fernando Franco González Salas para que actuara como instructor en el procedimiento, quien la admitió y requirió al Congreso y al Gobernador de Baja California, así como a los municipios del mismo Estado, para que rindieran sus respectivos informes; asimismo se dio vista al Procurador General de la República para que formulara el pedimento respectivo.

El 5 de noviembre del mismo año, el Ministro instructor tuvo al Procurador General de la República formulando el pedimento correspondiente, donde expresó que, a su parecer, se debía declarar que la acción de inconstitucionalidad era procedente, que el Poder Reformador de Baja California no incurrió en violaciones al proceso

⁹³ *Ibidem*, p. 10.



legislativo que culminó con la reforma al artículo 7° de la Constitución estatal y que los conceptos de invalidez resultaban infundados.

En sus conceptos de invalidez, el Procurador de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California consideró que era inconstitucional la protección incondicionada y absoluta que el precepto combatido otorga al concebido no nacido, por los siguientes motivos:

1. Se viola la esfera de competencias de la Federación, ya que legislar sobre la fecundación in vitro o de su restricción, escapa a la competencia de las entidades federativas.

2. Porque la reforma impugnada condiciona indebidamente el contenido de las normas secundarias, toda vez que el artículo impugnado es una regla prohibitiva, en contraste con una regla meramente descriptiva. En ese orden, estimó que no sería posible que en la ley común se establecieran supuestos en los que el aborto pudiera no considerarse una conducta sancionable, es decir, la norma combatida implicaría una protección incondicionada y absoluta en favor del concebido y no nacido, que obligaría al legislador secundario a sancionar penalmente el aborto en todos los casos.

3. Que el precepto impugnado reconoce indebidamente el carácter de persona al concebido y no nacido, pues si bien es cierto que las garantías constitucionales son derechos mínimos que pueden ampliarse, también es verdad que esto no es posible si esa ampliación a su vez restringe los derechos fundamentales de otros sujetos (o sea de las mujeres), así como para crear nuevos sujetos de derecho.

4. Que se restringen indebidamente los derechos fundamentales de las mujeres, ya que no se ponderaron los bienes constitucionales en conflicto y se tuteló la vida en gestación a costa de los derechos de las mujeres, como son el derecho a la vida, a la libertad, a la protección de la salud, a la libertad sobre su cuerpo, a la igualdad de género, a la no discriminación, a la libertad reproductiva, a la libertad sexual, a la libertad religiosa, a la educación en materia de salud sexual y reproductiva, a la autodeterminación, al libre desarrollo personal y a la dignidad.



5. Que hubo una indebida fundamentación y motivación del acto de autoridad legislativa que dio lugar al precepto combatido.

6. Que en el proceso legislativo existieron violaciones que generaban falta de certeza jurídica, ya que al momento de enviar la iniciativa se violó el artículo 112 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California⁹⁴.

Concluidos los trámites procesales respectivos en la acción de inconstitucionalidad intentada, el señor Ministro ponente José Fernando Franco González Salas presentó ante el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación su proyecto de resolución, el cual se analizó en las sesiones celebradas los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2011⁹⁵.

Dicho antecedente cobra relevancia en la presente investigación, en virtud de que me permite apreciar la postura que cada uno de los Ministros ha sustentado respecto al tema de la reproducción humana asistida y en particular el momento en el que consideran que una persona nace a la vida jurídica en nuestro país. Los posicionamientos de cada uno de los ministros fueron los siguientes:

⁹⁴ "ARTICULO 112.- Esta Constitución sólo podrá adicionarse o reformarse con los siguientes requisitos: cuando la iniciativa de adición o reforma haya sido aprobada por acuerdo de las dos tercias partes del número total de diputados, se enviará ésta a los Ayuntamientos, con copia de las actas de los debates que hubiere provocado; y si el cómputo efectuado por la Cámara, de los votos de los Ayuntamientos, demuestra que hubo mayoría en favor de la adición o reforma, la misma se declarará parte de esta Constitución.

Si transcurriere un mes después de que se compruebe que ha sido recibido el proyecto de que se trata, sin que los Ayuntamientos remitieran al Congreso el resultado de la votación, se entenderá que aceptan la adición o reforma. Las reformas o adiciones efectuadas a esta Constitución, aprobadas de conformidad al procedimiento señalado, podrán ser sometidas a Referéndum, de conformidad a las disposiciones que la Ley establezca. Las adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que afecten a esta Constitución, serán inmediatamente adoptadas por el Congreso del Estado, mediante Dictamen, referente a la afectación del texto de ésta, y a la parte de su cuerpo en que deba de incorporarse, aprobado por mayoría calificada, produciendo una declaratoria de reforma o adición constitucional, que deberá promulgarse sin necesidad de ningún otro trámite."

⁹⁵ García Corona, Saúl, *Crónicas del Pleno y de las Salas*, las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 69/2009, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reformas en las constituciones de los estados de Baja California y San Luis Potosí que tutelan el derecho a la vida, pp. 1-3, publicado en www.scjn.gob.mx/Cronicas/.../cr-290911-BCySLPvida.pdf.



- **Ministro José Fernando Franco González Salas.** En su carácter de ponente, señaló como primer punto a discutir que el artículo aludido reconoce personalidad jurídica al no nacido, lo que se contrapone con la Constitución Federal.
- **Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.** Propuso que se hiciera una interpretación conforme al artículo 1°, párrafo segundo, de la Constitución Federal, en virtud de la cual, las normas relativas a los derechos humanos se deben interpretar de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, lo cual, a su juicio, no se hizo en el proyecto. Agregó que ningún tratado internacional establece como un derecho de la mujer el aborto y que, desde su perspectiva, el producto de la concepción no es solamente un bien jurídico a proteger.
- **Ministro Luis María Aguilar Morales.** Argumentó que para que la aplicación de los derechos fundamentales sea uniforme en todo el país, lo que evita la discriminación, éstos deben de estar contemplados solamente en la Constitución Federal y no así en una Constitución local. Recordó algunos precedentes de la Corte en donde se ha establecido que los Estados pueden ampliar los derechos contenidos en el Texto Fundamental, pero no modificarlos. Por tal motivo concluyó que por ese sólo hecho debía procederse a la declaración de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sin entrar en cuestiones de fondo.
- **Ministro José Ramón Cossío Díaz.** Apoyó el argumento de la interpretación conforme al párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución, con la aclaración de que esa forma de interpretar no



tiene por objeto salvar el posible problema de inconstitucionalidad de la norma objeto de demanda, sino solamente darle su mayor amplitud protectora, para después hacer el debido análisis y comparación con la Constitución Federal.

- Finalmente y ante los comentarios ya mencionados, así como los respectivos de los señores Ministros Sergio A. Valls Hernández y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, el Ministro Presidente Juan N. Silva Meza estimó pertinente que se siga la metodología del proyecto y a partir de ahí, en última instancia, separarse⁹⁶.

En particular, me parece relevante el voto particular emitido por el Ministro José Fernando Franco González Salas mismo que constituye uno de los antecedentes más importantes que en materia de protección de los derechos humanos de las personas concebidas pero no nacidas se ha emitido en México, ello en virtud de que si bien en a nivel Nacional no se cuenta con una ley especializada en la materia, a nivel jurisprudencial la SCJN ya ha emitido diversos pronunciamientos con relación a los derechos humanos de los individuos concebidos. Lo que en primer lugar se tendrá que dilucidar es si los sujetos concebidos pero aún no nacidos tienen los mismos derechos y obligaciones de toda persona, lo que se tendrá que analizar a la luz de los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales y sobre todo a la luz del criterio sustentando por la CIDH, el cual fue ampliamente analizado en el capítulo precedente. En particular este Ministro sostuvo lo siguiente:

“En atención a que el artículo 29 constitucional reconoce expresamente el derecho a la vida, aunado a los criterios anteriormente señalados, este Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llega a la convicción de que el reconocimiento que hace el artículo 7º de la Constitución de Baja California sobre la

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 2 y 3.



tutela al derecho a la vida⁹⁷, en sí mismo, es acorde a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, la vinculación de esa tutela a ciertos presupuestos explícitos –que es lo que esencialmente impugna el accionante en el primer concepto de invalidez que se analiza–, como son:

- 1. Que la protección inicia al momento de la concepción; y,*
- 2. Que se otorga el carácter de individuo al concebido, es decir, al producto de la concepción y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, y que la protección es efectiva hasta la muerte natural o no inducida, obliga a realizar un juicio sobre la conformidad a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de esa tutela a la luz de esos presupuestos⁹⁸.*

Como señalé al principio del presente capítulo, estos criterios deberán ser fundamentales para el legislador, pues hasta cierto punto se encuentran en la misma línea establecida por la CIDH y desde origen se pueden evitar posibles violaciones a los derechos humanos de las personas que se conciban a través de los métodos alternativos o cualquier otro involucrado en las mismas.

⁹⁷ Nota: El artículo 7 de dicha constitución textualmente establece: “El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución; de igual manera esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida”.

⁹⁸ Voto particular presentado por el ministro José Fernando Franco González Salas en relación a la acción de inconstitucionalidad 11/2009, resuelta por el pleno de la suprema corte de justicia de la nación, en sesión pública del miércoles 28 de septiembre de 2011, consultado en www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../09000110.019.doc.



CAPÍTULO 4

ENFOQUE ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN MÉXICO

En la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se pueden visualizar diversos intereses y derechos atribuidos, incluso, a personas que aún no nacen a la vida jurídica. Esta idea se manifiesta tomando en consideración las diversas opiniones doctrinarias y jurídicas, las cuales han sido esbozadas de manera general en el desarrollo del trabajo aquí expuesto. Pero aun y cuando el debate en torno a los avances científicos del ramo no se agotan con lo planteado, sin lugar a dudas se han expuesto los aspectos principales de la reproducción humana asistida y el tratamiento que a nivel internacional se ha dado. Sin embargo, es necesario establecer este apartado las cuestiones fundamentales que la problemática jurídica del tema necesariamente orilla a dilucidar, siendo ésta la principal razón por la que se plantea el presente capítulo.

4.1 Ventajas y desventajas de la reproducción asistida

De las consideraciones expuestas a lo largo del presente trabajo, se puede concluir que son más las ventajas que las desventajas que se presentan con el reconocimiento y regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en México; en principio, encontramos que al establecerse una regulación de las mismas se garantiza de forma segura el derecho a la reproducción humana, particularmente de aquellas personas que sufren de una incapacidad reproductiva e indirectamente el estado mexicano evitaría responsabilidad a nivel internacional por la omisión legislativa en torno al tema.

Directamente el beneficio que obtendrían las personas que sufren de discapacidad reproductiva evitarían los gastos innecesarios al trasladarse a otro país para buscar seguridad jurídica, a las personas que decidan concebir a un



hijo a través de dichos avances tecnológicos, además de los siguientes beneficios:

- Personas que tienen algún tipo de infertilidad pueden llegar a procrear.
- Mujeres que tengan problemas a nivel del aparato reproductor pueden llegar a tener hijos.
- Estos métodos presentan beneficios psicológicos a las parejas ya que les da una esperanza de poder llegar a ser padres.
- El procedimiento por lo general no es doloroso
- Es una práctica que está empezando a ser considerada como común, por lo tanto los centros de reproducción asistida están aumentando cada vez más⁹⁹.

Sin lugar a dudas, los métodos de reproducción asistida estudiados en los capítulos precedentes, como ya se dijo, presentan gran cantidad de soluciones a los problemas de infertilidad y esterilidad que obstaculizan la facultad de reproducción, pues aun y cuando parece un problema lejano a nuestra realidad, lo cierto es que muchas parejas están acudiendo actualmente a estos métodos ante la imposibilidad de tener sus propios hijos de modo natural, obteniendo una esperanza, que de otro modo no sería posible.

Sin embargo, son muchas las críticas que han surgido contra estos métodos, no sólo a nivel moral, ético, psicológico y jurídico, sino también a nivel médico, debido a las desventajas e inconvenientes que estos métodos reproductivos pueden tener. Por ello, también resulta relevante mencionar las desventajas que se presentan en estas técnicas:

- El precio de estas técnicas es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ellas sólo a personas que tengan suficiente capacidad económica.

⁹⁹ Awad Cucalón, María Inés, *op. cit.*, nota 13, p. 25.



- Los medicamentos que se inyectan en la fecundación in vitro, pueden crear algún tipo de anafilaxia, y el uso de medicamentos inductores pueden provocar el síndrome de hiperestimulación ovárica (OHSS).
- Diversos autores han relacionado el uso de los medicamentos utilizados con cáncer de ovario.
- El procedimiento de extracción puede provocar daño a órganos vecinos tales como vejiga o venas y arterias.
- En varios casos se dan embarazos múltiples no deseados.
- Existen grandes inquietudes en el ámbito ético y moral sobre el límite de manipulación genética que se da en estos procedimientos.
- Eventuales efectos psicológicos y adversos en el núcleo familiar¹⁰⁰.

Lo anterior por lo que respecta únicamente a la técnica de reproducción conocida como Fecundación *In Vitro*; sin embargo, sin embargo, existe muchas otras desventajas por ejemplo el reconocimiento de la paternidad y/o maternidad en casos de la donación de material genético; el derecho de la persona concebida a conocer su verdadera identidad, sus orígenes, además de los derechos hereditarios que se generan derivados del parentesco y muchas otras cuestiones que desde luego tendrán que preverse en la legislación que al efecto se emita, lo cierto es que al reconocer el derecho humano a la reproducción y la importancia del respeto por la privacidad, la libertad, la integridad personal, y el derecho a la familia, como derecho fundamental de toda persona para decidir sobre el número y esparcimiento de los hijos que cada persona desee tener, se estará dando un importante paso al regular y establecer con claridad los mecanismos para lograr dicho desarrollo personal.

4.2 Consentimiento y responsabilidad jurídica de los involucrados en las técnicas de reproducción humana asistida

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp.29-30.



El consentimiento, al igual que los derechos humanos expuestos en el capítulo segundo, así como los daños a la integridad física, la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y otros aspectos jurídicos que se ven afectados por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, por su intrínseca relación.

En tratándose de las reproducción humana asistida el consentimiento como tradicionalmente se concibe desde luego queda obsoleto, pues si se da al consentimiento el valor de reconocimiento anticipado, el reconocimiento de los donantes resultaría contradictorio a lo que actualmente establece el sistema jurídico mexicano. Es por ello que sería aconsejable realizar varias adecuaciones a la legislación civil para regular el consentimiento de los sujetos involucrados en los diversos procesos de reproducción asistida, para otorgarle una nueva connotación cuando se esté en presencia de un método alternativo de procreación, sobre todo para privilegiar el derecho humano a la reproducción humana. Una de las formas de proteger a la pareja receptora del posible hijo, es reconocerlo desde su estado embrionario, de esta forma se evitarían posibles problemas sucesorios y de filiación en caso de muerte de uno de los miembros la pareja comitente.

Como se puede advertir la cuestión inherente al estado civil es indisponible y que no está al alcance de la voluntad individual renunciar a las acciones de estado. Igual podría alegarse respecto a los donantes de gametos. Sin embargo, jurídicamente el problema se aminora si equiparamos el consentimiento de los involucrados a las mismas características que tienen en la adopción los prestados por los padres del adoptando cuando no se dan las circunstancias de abandono. En realidad, *mutatis mutandis*,¹⁰¹ el fundamento último de lo que quiere significarse con esa manifestación de la voluntad es el mismo: por parte de los padres del adoptando la «renuncia» a su posición

¹⁰¹ Elías Azar, Edgar, *Frases y Expresiones Latinas*, 2ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 216.



respecto al hijo; por parte de los adoptantes de aceptación con los mismos deberes y derechos que los padres biológicos, si la adopción es plena¹⁰².

También es plena, incluso desde antes de la concepción (por eso no es propiamente una adopción), la sustitución en los papeles maternos de la mujer que recibe los óvulos de otra. Y ese espíritu semejante a la adopción es lo que permite establecer que, no declarando ilícita la práctica y cumplidos los requisitos que conlleva disponer de la propia integridad para la donación, la mujer al donar sus gametos, como ocurría con el hombre, consciente a la finalidad de procreación para terceros con la conciencia de que no tendrá vinculación alguna con el futuro nacido. Por eso mismo se propugna que el consentimiento de la receptora sea determinante para la filiación del hijo, de modo que para este tipo de filiación quede sentado jurídicamente que la derivación biológica no es constitutiva del vínculo legal¹⁰³.

Aquellos otros consentimientos que se pedirían a los consortes de los donantes, tendrían un mero valor de asentimiento, sin significado respecto a la filiación del futuro niño. Es más, cuando concurre la donación de óvulo el consentimiento del marido sería un asentimiento semejante al que ha de prestar en la adopción por un solo cónyuge el otro. Lo mismo se diría respecto al consentimiento concreto de la mujer a ser fecundada con semen de donante y no del marido o compañero, que se adiciona a la autorización que necesariamente tiene que dar para que el médico pueda realizar cualquiera de las prácticas a que se someta y que vimos en su momento el valor que tenía¹⁰⁴.

De esa manera se delimitarían sin conflictos los papeles de los sujetos de las prácticas de fecundación asistida, pues incluso cuando se tratara de impugnar con posterioridad el consentimiento por parte de una donante, existe

¹⁰² Moro Almaraz, María de Jesús, *op. cit.*, nota 7, p. 257.

¹⁰³ Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, pp. 99-100.

¹⁰⁴ Moro Almaraz, María de Jesús, *op. cit.*, nota 7, p. 258.



el secreto profesional de la clínica tratante que desde luego obstaculiza proporcionar cualquier que lleve a conocer a los destinatarios de sus células o bien la finalidad que éstas tuvieron.

Pese a lo anterior, en condiciones normales, la problemática jurídica es prácticamente inexistente; pero necesariamente se debe establecer una regulación concreta en la materia, estableciendo los parámetros para regular el consentimiento y sus consecuencias, así como algunas causas legales de extinción de la filiación en momentos y casos determinados.

De todos ellos, son dos los más relevantes, desde un punto de vista personal: el consentimiento y la responsabilidad. Desde luego, es necesario iniciar el ejercicio con una definición que perfile ambos conceptos, así como las relaciones causales que emergen en toda aplicación de las técnicas de reproducción médicamente asistida¹⁰⁵.

4.2.1 El consentimiento

La teoría general del derecho se ha encargado de establecer que el consentimiento es un elemento esencial para la existencia de un acto jurídico bilateral, como en el convenio, pues es la forma a través de la cual se exterioriza la voluntad con el objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

En palabras de la autora Alma Arámbula Reyes: *“La voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. La autonomía de la voluntad ha sido decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión, aun cuando en la actualidad cada vez se encuentra más*

¹⁰⁵ Guzmán Ávalos, Aníbal, *Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación*, Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz, México, 2001, p. 69.



*restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad. Así, el Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros*¹⁰⁶.

El consentimiento es un elemento fundamental en la celebración de un acto jurídico, y se concreta una vez que las dos partes contratantes manifiestan su voluntad respecto a cierto acto jurídico; en este sentido, el consentimiento es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado. Cabe señalar que algunas personas sostienen que cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las receptoras¹⁰⁷.

En el tema de la reproducción asistida, como en cualquier otro acto jurídico, el consentimiento ser un requisito esencial de validez; sin embargo, si no se emite primero la ley que regule dicha materia, el acto jurídico se equipara a un acto ilícito y por lo tanto aun y cuando exista el consentimiento, dicho acto jurídico sería nulo de pleno derecho. Dicho consentimiento debe ser otorgado por persona capaz de obligarse en derecho, en pleno goce de sus facultades mentales y ausente de cualquier vicio del consentimiento, siendo obligación de las partes el brindarse la información suficiente sobre la manipulación que existirá con el material genético, en el caso de donadores de esperma y óvulos,

¹⁰⁶Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, p. 101.

¹⁰⁷ Entre otros. Ferrando Mantovani. "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados", Revista de derecho y genoma humano, Núm. 1 (julio-diciembre), Edición española, 1994. Universidad de Deusto. Bilbao, España, 1994, p. 108; quien textualmente señala que "*Las intervenciones genéticas obre el hombre, con el consentimiento necesario, son lícitas dentro de los mitos objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental; debe tratarse de un consentimiento informado y personal del sujeto. si éste es .paz de entender y querer o, de otro modo, de su representante legal; debe tratarse del consentimiento de los padres (o de sus representantes legales) en caso de intervenciones sobre células germinales, óvulos fecundados, etc. a implantar después en el vientre de la mujer. Siempre que se trate de los puestos en los que la fecundación in vitro esté considerada lícita.*" Citado en Arámbula Reyes, Alma, *idem*.



o la manipulación del cuerpo, en el caso de la maternidad subrogada, y siendo conscientes en todo momento que el objetivo final es la concepción de un nuevo ser humano. De ahí la importancia de que se definan los alcances del consentimiento en materia de reproducción humana asistida en la ley que al efecto se emita por parte del poder legislativo.

4.2.2 La responsabilidad jurídica

El término responsabilidad es de alta importancia para cualquier sistema normativo de que se trate, por evocar a un aspecto básico a través de la cual se garantiza la eficacia de las normas que lo conforman; para los seres humanos la responsabilidad es un término trascendental, pues constituye el contra peso que posibilita la sana convivencia social y a su vez la limitación del querer-hacer por parte de una persona.

En este contexto, partiendo de la tesis de que el adecuado funcionamiento y la observancia de las reglas que integran un sistema normativo posibilitan su viabilidad, entonces, comprender la naturaleza de los conceptos que integran dicho sistema, entender el valor de su aplicación, identificar las consecuencias de su transgresión, así como el rechazo y reprehensión por su desacato, fundamentalmente con respecto al concepto de responsabilidad, tiene una importancia de primer orden, no sólo a nivel teórico, sino práctico por antonomasia, para cualquier sistema normativo, pero en especial para los de carácter jurídico¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sanz Encinar, Abraham, "El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho", Universidad Autónoma Metropolitana, 1998, p. 28, en Romero Silva, José Marco, *A propósito de la responsabilidad jurídica*, <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho.pdf&rct.>, consultado: 30 de julio de 2014, p. 2.



El Diccionario de la Lengua Española (*DRAE*)¹⁰⁹ le atribuye a la palabra “responsabilidad” las siguientes acepciones:

- “1. f. *Cualidad de responsable.*
2. f. *Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.*
3. f. *Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.*
4. f. *Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.*” (El subrayado es agregado).

Las definiciones anteriores son importantes para clarificar el concepto de la palabra responsabilidad, o mínimo para tener clara la idea que de la misma es generalmente aceptada; sin embargo, en el presente trabajo únicamente nos interesa la responsabilidad de tipo legal, definida en la segunda acepción antes señalada, la cual se produce como resultado de la acción u omisión en la que una persona se comporta de forma contraria a la norma jurídica y que dicho comportamiento pueda ser susceptible de sanción.

La responsabilidad jurídica es el género cuyos tipos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La subjetiva descansa en la teoría de la culpa, originada por un hecho ilícito. En cambio, la responsabilidad objetiva se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la ración de los daños que produzca con dicho objeto, por su aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa¹¹⁰.

La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, a saber la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños

¹⁰⁹ *Diccionario de la lengua española (DRAE)*, 22.^a ed., 2001, <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>, consultado: 25 de mayo de 2014.

¹¹⁰ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, nota 105, p. 74.



y perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber: jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable; de esta forma encontramos que la diferencia entre una y otra es la distinción entre derecho penal y derecho civil. En materia civil, al no cumplir con una obligación únicamente se causa un daño y como consecuencia el daño debe ser reparado. La sanción tiende a asegurar la acción del daño causado, o sea, una condena pecuniaria, indemnización de daños y perjuicios a cargo de su autor¹¹¹.

En el caso de la reproducción humana asistida la responsabilidad también se hace patente, ya que los sujetos que intervienen en cualquiera de las técnicas, pueden violar el orden jurídico que al efecto se establezca ya sea vía contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, lo cual tendrá que ser calificado por un Juez competente para deslindar las responsabilidades correspondientes; de esta forma los usuarios pueden ser sujetos de responsabilidad ya sea frente a su pareja, hijo, o donantes de material genético; asimismo, se deberá establecer en la legislación correspondiente la responsabilidad penal o civil en que incurre el personal médico y la clínica interventora en caso de faltar a los protocolos, el secreto profesional o la utilización de material genético sin la responsabilidad del donante o la pareja comitente, debiéndose establecer un apartado especial de sanciones.

Lo anterior es de suma importancia, pues constituye un freno eficaz ante el posible incumplimiento de cualquiera de los involucrados, quienes en todo caso deben estar informados de las posibles sanciones a las que se pueden hacer acreedores para reparar el daño que ocasionen con su actuar u omisión en los procedimientos reproductivos.

¹¹¹ *Idem.*



4.3 La responsabilidad del Estado para garantizar la protección de los derechos humanos de los involucrados

Aun y cuando el Estado no es un sujeto que participe directamente en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, desde luego que no queda sustraído de la obligación de vigilar y garantizar que la ejecución de las mismas se haga con estricto apego al marco legal que para tal efecto se emita, pues en caso de no hacerlo incluso puede incurrir en responsabilidad internacional.

Dicha obligación deriva de la propia CADH, misma que en su artículo 1.1 establece la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos por la Convención, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.¹¹² En este sentido la CIDH ha señalado que: *“[E]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”*¹¹³.

¹¹² Caso “Neira Alegría y Otros Vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 85, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf.

¹¹³ Caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 154, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf.



El cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas dentro de su jurisdicción¹¹⁴. Dicha protección integran involucra al Estado, así como a sus legisladores y en general a toda institución estatal; por lo tanto se puede hablar de una responsabilidad previa por parte del Estado de establecer las normas reguladoras de la reproducción humana asistida y en un segundo plano el seguimiento y vigilancia de la aplicación de las mismas.

Por tal razón, es misión del legislador promulgar una ley que tenga una eficacia y vigencia social lo más apegada a la realidad, pues de nada sirve que se emita una norma que no sea aplicada ni acatada; por ello debe de ser expresión de los valores socioculturales, pues si se trata de una norma rígida o idealista, puede imponer quizá la clandestinidad; de lo contrario, la procreación asistida va a continuar creciendo con o sin sanción legal y su utilización clandestina podría ser sumamente perjudicial¹¹⁵.

Lo cierto es que la reglamentación que se adopte cumplirá un rol directriz en el desarrollo de esta rama de la ciencia y la conducta de los ciudadanos. Existe toda una gama de alternativas que el legislador puede disponer entre dos extremos, que va de un sistema prohibitivo a uno liberal; donde en el primero se permita la utilización de las técnicas excepcionalmente; y en el segundo, contrariamente, sólo se prohíba en casos excepcionales¹¹⁶.

¹¹⁴ Caso "Myrna Mack Chang Vs. Guatemala", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 153, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf.

¹¹⁵ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, nota 105, p. 93.

¹¹⁶ Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, p. 109.



Se comparte lo anterior, en virtud de la omisión legislativa que actualmente existe por parte del Estado para emitir la ley en materia de reproducción humana asistida o bien realizar las adecuaciones necesarias a la Ley General de Salud para garantizar de forma efectiva el acceso a los métodos alternativos de reproducción, lo anterior por ser parte de su obligación, ya que a su cargo se encuentra el establecimiento de las políticas de salud pública y definir la directriz que los avances científicos en esa materia alcancen en nuestro país, y desde luego las limitaciones que se consideren pertinentes.

4.3.1 Instrumento jurídico regulador de las relaciones procreativas

Sin duda alguna en la legislación que regule la procreación asistida, se tendrá que establecer el instrumento jurídico mediante el cual se establezcan los derechos y obligaciones de cada una de las partes, así como la posible reparación del daño en caso de incumplimiento; por tal razón, en el presente trabajo se propone que dicho medio a través del cual se regule esa relación jurídica, sea a través de un contrato firmado ante notario público, mismo que contendrá las cláusulas compromisorias que en el siguiente apartado se señalan.

Sin embargo, hablar del contrato de concepción no es tan sencillo; éste ha sido uno de los problemas más discutidos, sobre todo en lo referente a la técnica conocida como “maternidad subrogada”, pues si consideramos que el objeto del contrato es una vida humana, desde luego se concluye que el contrato que al efecto se suscriba es ilícito. Lo anterior implica reconocer que el derecho contractual también debe evolucionar, sobre todo si se pretende establecer la legalidad y regulación de dichas prácticas en nuestro país y partiendo de la idea de que el derecho debe adecuarse a las necesidades actuales y abandonar su posición de simple espectador.



De forma esquemática, entre los argumentos a favor de la licitud se sitúan fundamentalmente los basados en perspectivas utilitaristas y contractualistas¹¹⁷ mantienen que este acuerdo maximiza la utilidad de las partes implicadas, desde el primer punto de vista, y que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes entran libremente, desde el segundo. De otro lado están los argumentos basados en similares objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros (ser antinatural, o adúltero), y los argumentos basados en la fuerza de la relación natural entre madre e hijo.

Desde otro punto de vista, se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de la madre subrogada como de los nacidos por causa de estos contratos, con los cuales se comercia y son “vendidos”¹¹⁸.

En el campo del feminismo -especialmente el anglosajón- esta cuestión ha sido muy debatida. Por un lado el feminismo liberal asume en general los presupuestos contractualistas, haciendo hincapié incluso en el hecho de que la limitación de estas prácticas se puede considerar -por lo menos en ciertos casos- como una limitación a la libertad reproductiva de las mujeres.¹¹⁹ Por el contrario, entre el feminismo de inspiración marxista y socialista se insiste en la coerción económica a que se ven sometidas las mujeres, y cómo en este sentido en realidad no entran libremente en los contratos, cuyas condiciones provocan realmente su explotación, sobre todo desde el momento en que – salvo en los casos de subrogación dentro de la familia- la pareja contratante suele tener una posición social y económica relativamente alta, mientras que las madres subrogadas suelen ser pobres, en la mayoría de los casos con más hijos¹²⁰.

¹¹⁷ Lema Añón, Carlos, *op. cit.* nota 15, p. 139.

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ Martha Purdy, Laura, *La reproducción de las personas; problemas de bioética feminista*, Cornell University Press, Londres, 1996, p. 182.



En la mayoría de los países, conforme a su sistema jurídico interno, este tipo de contratos es considerado ilícito, en algunos otros se ha establecido la prohibición total o bien con ciertas limitantes; por ejemplo la subrogación altruista o gratuita, se considera ideal en el caso de familiares o amigos cercanos que se prestan a tener el hijo de la pareja que no puede hacerlo por impedimentos biológicos o discapacidad para concebir; en el alquiler comercial o económico entra en juego un acuerdo económico entre las partes que acuerdan.

En algunos países como los Estados Unidos, la demanda se ha visto incrementada en razón a los criterios judiciales que han dado la razón a los padres biológicos sobre los derechos de las madres sustitutas, esto en caso de que se arrepientan o rehúsen cumplir a cabalidad el contrato celebrado con los comitentes, lo que incluso ha provocado a que en ocho Estados de dicho país existen leyes que permiten los contratos de maternidad subrogada.

La novedad y gravedad de los problemas surgidos con motivo de esta práctica, ha sido causa de que se descalifique como aceptable la que es motivada por la convivencia de una mujer físicamente capaz de gestar que recurre a otra para que se embarace por ella. Esto implica el serio riesgo de permitir que surja la explotación comercial, por lo tanto, en varios países se ha legislado en el sentido de considerar un delito el funcionamiento de mujeres que se embaracen por cuenta de otra, o llevar a cabo arreglos para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre gestadora¹²¹.

Derivado a la práctica existente entre aquellas mujeres que quieren evitar la molestia del embarazo y que recurren a otra para que se embarace por ellas, se ha generado lo que se conoce como “subrogación comercial”, misma que ha dado pie a la creación de agencias especializadas que se encargan de

¹²¹ Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, p. 60.



relacionar a los interesados, formalizar los contratos y vigilar su cumplimiento; las cuales se conforman por un grupo especializado de abogados, médicos, psicólogos y un catálogo de mujeres dispuestas a rentar su vientre onerosamente, situación que desde luego no deberá pasarse por alto en la legislación mexicana, con la finalidad de evitar la explotación de mujeres o la “compra-venta” de niños.

Los problemas jurídicos que derivan de lo anterior, se puede sistematizar de la siguiente forma:

a) Establecer los requisitos y condiciones, así como el marco de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida;

b) Las prohibiciones, efectos jurídicos y la responsabilidad de los contratantes, sin soslayar las cláusulas de penalización y la forma de reparar el daño.

c) Establecer el protocolo a que se deben ceñir los médicos tratantes, la responsabilidad de la clínica de fertilidad y los alcances del secreto profesional con relación a los posibles donantes de material genético para los casos en que se requiera.

Los problemas jurídicos a los que quizá más atención se les ha prestado han sido los relativos al derecho civil, y concretamente al derecho de filiaciones, pues han sido los que primero se plantearon con relación a la inseminación artificial con semen de donante. Sin embargo, en el momento en que se contempla la posibilidad de elaborar reglamentaciones omnicomprensivas de estas prácticas, se ven afectadas otras ramas del derecho, especialmente: el derecho penal -para establecer las limitaciones más graves-; el derecho administrativo para la regulación de los centros y actividades médicas en toda una amplia gama de formas de intervención pública, incluidas las sanciones; y,



el derecho constitucional por cuanto se ven afectados los derechos fundamentales de las personas¹²².

4.3.2 Posibles cláusulas compromisorias

Existe un avance significativo en la materia convencional o compromisoria en la maternidad subrogada, en donde comúnmente suelen incluirse una serie de cláusulas que contemplen las consecuencias de las posibles incidencias que pueden ocurrir previo, durante la gestación o en la etapa post parto; dichos contratos son elaborados por abogados especializados en el tema, y desde luego se tendrán que ir perfeccionando con las decisiones judiciales para lograr mayor eficacia. Sin embargo como se dijo en el capítulo primero del presente trabajo, las cosas se complican cuando la madre sustituta rehúsa entregar al recién nacido, es en donde se requiere la intervención de órganos jurisdiccionales, tal y como aconteció en el caso “Baby M”, o Stern vs. Whitehead, resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en los Estados Unidos¹²³.

A través de las cláusulas que figuraban en el contrato de este caso, se pueden ejemplificar algunas de las que son habituales: la madre gestante (Whitehead) asumía los riesgos del embarazo y del nacimiento, al tiempo que renunciaba a intentar establecer ningún vínculo materno-filial. Se sometería a un examen psicológico pagado por Stern. Éste tenía derecho a escoger el nombre de los descendientes. En la hipótesis de que el señor Stern muriese, la criatura sería confiada a la guardia de su esposa. Whitehead no podría abortar. Además se sometería a una amniocentesis y si el resultado fuera que el feto estuviese dañado por una deficiencia genética o congénita, el aborto tendría lugar, pero sólo una vez que Stern lo exigiese. En la hipótesis de que la criatura

¹²² Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, nota 15, p. 95.

¹²³ Para mayor referencia de las cláusulas estipuladas en el contrato del caso “Baby M”, o Stern vs. Whitehead, véanse las páginas 37-39 del presente trabajo de tesis.



una vez nacida fuera genética o congénitamente anormal, Stern asumiría todas las responsabilidades legales después del nacimiento. También es habitual en este tipo de contratos la prohibición -con la correspondiente penalización- de que la mujer gestante consuma tabaco, alcohol o drogas, así como la inclusión de algunas otras normas de salud. Es igualmente habitual que se le prohíba mantener relaciones sexuales, para evitar un embarazo en el que el padre fuese otra persona. También se pueden establecer medidas aseguradoras para el caso de que la madre subrogada cambie de opinión con respecto a la entrega de la criatura al nacer¹²⁴.

4.3.2.1 Experiencia legislativa en torno a la reproducción humana asistida en la ciudad de México, Distrito Federal

La ciudad de México, Distrito Federal, es una de las dos entidades federativas de México, en donde se puede encontrar un proyecto de decreto por el que se expida la Ley de Maternidad Subrogada, presentado por la Diputada Diada Maricela Contreras Julián, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática de la V Legislatura de la Asamblea Legislativa, mediante el cual se propone que la regulación de esta materia se debe hacer a través de un instrumento para la Maternidad Subrogada que deberá ser suscrito por la madre y el padre subrogados y la mujer gestante, previo cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14, a saber:

- I. Ser habitantes del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedido por autoridad competente;
- II. Poseer capacidad de goce y ejercicio.
- III. La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación de la mórula, y manifieste su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a el menor y los padres subrogados con el nacimiento, y

¹²⁴ Arámbula Reyes, Alma, *op. cit.*, nota 9, pp. 57-58.



- V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley. Para los efectos de las fracciones III y V del presente artículo, el médico tratante deberá extender los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes.

Asimismo, en dicho decreto se establece que el Instrumento para la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos (artículo 15):

- I. Deberá suscribirse por todas las partes que intervienen, estampando su nombre y firma en el mismo;
- II. Suscribirse ante Notario Público, presentando para tal efecto los documentos descritos en los artículos 11 y 14 de esta Ley, y
- III. Contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe sin ningún objeto de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor. Previa firma del Instrumento, el Notario Público deberá consultar el Registro a que refiere el artículo 27 de esta Ley, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de Maternidad Subrogada.

Por su parte el artículo 18 establece que para garantizar el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada para el caso de fallecimiento de alguno de los padres subrogados, se podrá establecer fideicomisos que garanticen el bienestar económico del menor. De igual forma, es interesante lo establecido en el numeral 19, en donde se establece la obligación para que una vez que sea suscrito el instrumento correspondiente, se deberá notificar a la Secretaría de Salud y al Registro Civil para que el estado del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados.

De lo anterior se advierten diversos elementos que ayudarían a prevenir posibles conflictos jurídicos entre los padres subrogados y la madre sustituta, para lo cual se requiere hacer modificaciones a diversas leyes como la Ley General de Salud para establecer la obligación de dar aviso de dicho contrato,



así como a los lineamientos del Registro Civil para que se contemple la figura de la paternidad y maternidad subrogada.

Sin embargo, aun y cuando en la Ciudad de México, la práctica de la maternidad subrogada es cada vez más recurrida, aún no existe una ley con respecto a la subrogación de maternidad, acreditándose el retraso legislativo en torno a la realidad social. No obstante lo anterior, es importante mencionar que el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, hace referencia a los derechos y obligaciones que son propios del matrimonio, mencionando lo siguiente: *"Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."*

El artículo no pone límites, ni al tipo de pareja que puede ser compuesta por homosexuales o heterosexuales, ni al modo en que la pareja pueda llegar a tener hijos. Por esto, la maternidad subrogada, así como otras técnicas de reproducción asistida, son plenamente admitidas por la ley civil en vigor, ya sea que los involucrados sean personas casadas o concubinos¹²⁵.

No obstante lo anterior, los efectos jurídicos de la reproducción asistida aún no han sido regularizados, por lo que se configura el vacío legal u omisión legislativa al respecto, que genera conflictos complejos al no brindar las herramientas necesarias y/o los lineamientos a los que se deben ceñir los Tribunales al resolver cuestiones de esta índole.

¹²⁵ Baffone, Cristiana, *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 46, no. 137, México, 2013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>.



4.3.2.1 Experiencia legislativa en torno a la reproducción humana asistida en el Estado de Tabasco

Tabasco hoy en día representa al único Estado de la República Mexicana que establece expresamente la maternidad subrogada en su Código Civil, reconociendo textualmente en su artículo 92, lo siguiente:

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

De lo anterior se desprenden dos elementos importantes: el primero que se reconoce el derecho del hijo a ser reconocido por quien solicitó la subrogación, y en el segundo que la madre subrogada deberá responder por el menor; pero algo aún más interesante que lo anterior es el establecimiento de la adopción plena de la madre comitente frente al concebido, para lo cual se prevé dicha posibilidad en forma paralela a la gestación del nasciturus.

Por su parte el artículo 347 de dicho cuerpo normativo establece:

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

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



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

El Código Civil de Tabasco, en el artículo 351 indica que el reconocimiento hecho por el padre puede ser contradicho por un tercero que a su vez pretenda tener ese carácter. El reconocimiento hecho por la madre, puede ser contradicho por una tercera persona que a su vez pretenda tener ese carácter. En tanto que el diverso artículo 360, establece:

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

Este último párrafo sugiere que en caso de sustitución, tanto el marido de la subrogada como el marido de la mujer solicitante, no serán reconocidos como el padre del bebé. Esto difiere mucho de las leyes de otros países. Sin embargo, algunos especialistas de la materia señalan que esta idea resulta inaplicable, quedando en un plano meramente abstracto, puesto que contradice los principios que rigen las relaciones familiares en México, así como el mismo Código Civil de Tabasco¹²⁶.

4.4 Postura que México debe adoptar en torno al tema de la reproducción humana asistida

Como se ha dicho a lo largo de esta investigación, existen tres posturas adoptadas al interior del sistema jurídico de diversos países; sin embargo, aquí se reitera la pregunta que se formuló desde el principio de este trabajo ¿en el sistema jurídico mexicano qué postura se debe adoptar en base a la

¹²⁶ *Idem.*



experiencia de otros países para regular las técnicas de reproducción humana asistida?, se dijo además, que dichas posturas evocan lo siguiente:

Permisiva: es aquella postura en la cual los métodos alternos de reproducción humana se adoptan sin limitaciones de experimentación; es decir el embrión humano puede ser sometido a diversos experimentos científicos bajo el argumento de que es lo mejor para dar pie a nuevos descubrimientos que faciliten la cura de enfermedades detectables desde el momento de la concepción; se admite además la crioconservación sin limitación de tiempo, la fecundación múltiple de ovocitos, la clonación y los exámenes preimplantacionales.

Prohibitiva: esta postura es el lado contrario de la permisiva, pues en ésta no solamente se protege la vida humana desde el momento de la concepción, sino que además se prohíbe realizar cualquier tipo de experimentación relativo a la reproducción humana asistida.

Mixta: este tipo de postura adopta un poco de las dos posturas señaladas con antelación, pues en principio se emite la legislación correspondiente y se efectúan las adecuaciones necesarias en diversos ordenamientos jurídicos para establecer con claridad los mecanismos o rutas de acceso a este tipo de técnicas, las personas que pueden ser candidatos a las mismas, las condiciones a través de las cuales se van a regir la relación paterno filiales y los requisitos que deben cubrir las clínicas reproductivas y el personal que las integre; además de ello, se vela por los derechos fundamentales de las personas así concebidas, y se limita la experimentación en fetos humanos, reconociendo el derecho a la vida a partir del momento de la fecundación en el vientre materno.



4.4.1 Principal crítica a la postura permisiva

El avance de la técnica genética en los últimos años ha sido sorprendente. El horizonte que se abre para usos terapéuticos que mejoren la calidad de vida es innegable, pero aparecen también riesgos y amenazas para los seres humanos. Se trata de la posibilidad real de alterar lo que somos como especie, ya no sólo, curar, sino incluso seleccionar los rasgos somáticos profundos de los que vendrán al mundo. Las fronteras entre lo dado y lo hecho, entre *ser* cuerpo y *tener* cuerpo, entre la contingencia de la procreación la programación reglada de la misma, pueden desaparecer si no hay mas criterio que el sólo avance de esta biotecnología¹²⁷.

La crítica principal a la postura permisiva en toda extensión es que se ha perdido por completo el valor del respeto a la vida humana por culpa de la ambición científicista, en la que sólo importa continuar con los avances científicos sin limitación alguna; permitiéndose la clonación humana y la selección de la raza bajo el argumento de corregir los posibles defectos genéticos que puede presentar el futuro humano a lo que se le ha llamado neo eugenesia negativa; es decir, en estos países las parejas comitentes tienen a su disposición un catálogo para elegir los rasgos físicos como el color de piel, ojos y cabello, hasta la estatura y la posible complexión que se deseen y el sexo, dejando de lado la idea bondadosa de que las técnicas de reproducción humana asistida sirvan para combatir la infertilidad o discapacidad de procreación.

Por lo general los países en los que existe omisión legislativa al respeto, como es el caso de México, se considera que tácitamente se tiene adoptada esta postura, pues al encontrarse fuera de toda regulación, se deja a la libre voluntad de los particulares y de los científicos el desarrollo y aplicación de los

¹²⁷ Jurgen, Habermas, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2002, p. 147.



avances científico-reproductivos; es decir en este modelo o postura se critica la exacerbación de la libertad de los progenitores quienes caen en el extremo de desconocer la dignidad del nasciturus genéticamente deseado.

4.4.2 Principal crítica a la postura prohibitiva

Contrario a lo anterior encontramos la postura prohibitiva a través de la cual los países establecen de manera expresa dentro de su régimen jurídico interior la prohibición para practicar o experimentar cualquier técnica tendiente a “crear vida humana”, estableciéndose como valor supremo la dignidad humana y los derechos fundamentales de los embriones humanos.

La decisión emitida por la Corte Suprema de Costa Rica es quizás el caso más sonado a nivel Latinoamérica que prohibió de manera general la práctica de la fecundación *in vitro* que estuvo vigente del el 2000 hasta el 28 de noviembre de 2012, que fue declarada inconvencional por la CIDH en el caso “*Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica*”; prácticamente los argumentos adoptados por la Corte Suprema de dicho país giran en torno a la interpretación que se ha generado del artículo 4.1 de la Convención Americana a través del siguiente argumento: *“La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. [...] Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva - primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. [...] Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y*



un ovulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. [...] Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico¹²⁸.

Sin embargo, como ya se dijo en el capítulo segundo de este trabajo, la CIDH consideró que el criterio sustentado por la Corte Suprema Costarricense es inconvencional, por las siguientes razones:

- *La concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención;*
- *No es procedente otorgar el estatus de persona al embrión; y,*
- *El embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana¹²⁹.*

De lo anterior, resulta evidente que la postura prohibitiva en torno a la reproducción humana asistida no es la más adecuada, en principio porque

¹²⁸ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente no. 95-001734-007-CO, citado en Caso “*Artivia murillo y Otros. Vs. Costa Rica*”, *op. cit.*, nota 48, párr. 73.

¹²⁹ Vio Grossi, Eduardo, Voto disidente caso *Artivia Murillo y otros (“Fecundación In vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, fondo, Reparación de Costas), CIDH, pp. 12-13, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.



constituye un freno al progreso científico y tecnológico vinculados con la problemática de la reproducción humana asistida, mismos que si se utilizan de manera adecuada y con la vigilancia por parte del Estado, constituyen un beneficio para las personas con discapacidad reproductiva, respetando y garantizando implícitamente sus derechos fundamentales; y, en segundo lugar porque de prohibirse el empleo de dicha tecnología en nuestro país, podría ser sujeto de responsabilidad internacional al no garantizar el acceso a las mismas a través de los mecanismos adecuados a las personas que lo requieran, lo que redundaría en la necesidad existente en México para abordar y regular esta intrincada problemática.

4.5 Limitaciones en los descubrimientos científicos reproductivos

Congruente con lo que he señalado a lo largo de este capítulo, reitero que nuestro país debe adoptar una postura de regulación mixta o flexible en su sistema jurídico interno en torno a la reproducción humana asistida, lo que desde luego no sólo implica permitir la utilización de dichos avances científicos, sino que además se deben establecer de manera contundente los limitantes a los descubrimientos científicos reproductivos. Como es lógico, ha sido difícil encontrar un consenso en los países que aceptan las técnicas de procreación asistida sobre los límites que se deben establecer en dicha materia, sin embargo, siempre han buscado encontrar un equilibrio entre ésta y la exigencia ético-jurídica de cada país para brindar un mínimo de protección a la vida humana embrionaria y sobre todo la tutela del interés superior del menor concebido a través de las mismas.

Así, por ejemplo, explica Roberto Andorno en relación con el primer aspecto, que estas leyes fijan un límite máximo al número de embriones que pueden obtenerse en cada tentativa (normalmente tres), debiéndose transferir los tres a la madre biológica, con lo que evita de raíz el problema insoluble de



los embriones “sobrantes” y del desdoblamiento de la maternidad; también se prohíbe la experimentación con embriones y su selección (diagnóstico preimplantatorio, DPI). En relación con el segundo aspecto, se prohíbe o al menos se desalienta el uso de gametos de donantes anónimos, ya que esta práctica genera una fragmentación de la paternidad y/o maternidad entre diversos individuos, lo cual no parece ser lo más beneficioso para el interés del menor. Justamente por este motivo, la práctica del anonimato de los donantes de gametos y la imposibilidad para el hijo de rastrear la identidad de su padre o madre genéticos comienzan a ser vistas en los últimos años como violatorias de la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 1989, que dispone que el niño tiene derecho, “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (artículo 7). En este grupo de legislaciones, que enfatizan principalmente la protección del embrión y del interés del niño concebido por las técnicas, se destacan sobre todo la ley alemana de protección de los embriones del 1990 y las leyes adoptadas en Austria (1992), Suiza (1998) e Italia (2004)¹³⁰.

Como es lógico, dada esta disparidad de posiciones legales, el Consejo de Europa no ha podido lograr un consenso de fondo en la materia al momento de elaborar la Convenio sobre Biomedicina y Derechos Humanos. Es por ello que este instrumento se limita a incluir las siguientes normas relacionadas con la procreación asistida:

1. Se prohíbe la generación deliberada de embriones humanos con fines de experimentación (artículo 18, inciso 2). Es importante observar que la Convención no prohíbe la experimentación con embriones, sino sólo la producción deliberada de embriones con tal fin. Por ello, no contradicen a la Convención los países que autorizan la experimentación con los embriones “sobrantes” de los procedimientos de fecundación in vitro. En cambio, en mi opinión, esta norma constituye un obstáculo para la denominada “clonación

¹³⁰ Andorno, Roberto, *op. cit.*, nota 80, pp. 197-198.



terapéutica” (o “clonación con fines de investigación”), dado que prohíbe toda obtención deliberada de embriones con tal fin, sin distinguir si el procedimiento para la obtención de los embriones es una fecundación in vitro o una transferencia de núcleo (clonación).

2. Se prohíbe que las técnicas de fecundación asistida se empleen para seleccionar el sexo del hijo, salvo cuando se trate de prevenir una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo (artículo 14).
3. En relación con la clonación humana, si bien la Convención misma no incluye ninguna norma al respecto, en 1998 se aprobó un Protocolo adicional que prohíbe la clonación con fines reproductivos. Por clonación se entiende “toda intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, vivo o muerto” (artículo 1). Por su parte, con la expresión “ser humano genéticamente idéntico” se hace referencia a un ser humano “que posee en común con otro el conjunto de sus genes nucleares” (artículo 2)¹³¹.

De conformidad con lo anterior y con los análisis previos analizados en este capítulo, puede válidamente concluirse que la ley sobre reproducción asistida que al efecto se emita en nuestro país, necesariamente tendrá que establecer los límites a los avances científicos en esta materia, pues de no hacerlo se dejaría al arbitrio de los investigadores el cuidado y la preservación de los derechos de los menores que sean concebidos a través de algún método alternativo, pero sobre todo se debe especificar el momento a partir del cual el embrión humano es considerado persona para efectos de la tutela de sus derechos humanos por parte del Estado. Por lo mismo y dados los riesgos que presenta la utilización de los adelantos científicos sin la conducción normativa adecuada, exige el actuar de las instituciones del Estado mexicano y en particular la demanda del legislador para que emita la ley correspondiente velando por la protección de los derechos humanos de los sujetos involucrados en esta práctica médica, pero sobre todo los derechos fundamentales del nasciturus.

¹³¹ *Ibidem*, p. 199.



CONCLUSIONES

Primera. Al inicio de esta investigación, se planteó como objetivo principal analizar la postura que México debe adoptar al interior de su sistema jurídico respecto a la reproducción humana asistida con una visión protectora de los derechos humanos de los sujetos involucrados, lo anterior dada la omisión legislativa que existe en torno a este tema. Con esa finalidad se analizaron las tres posibles posturas y sus efectos jurídicos y sociales, de lo cual se concluye que es cierta la hipótesis planteada en el sentido de que el sistema mixto o flexible es la postura jurídicamente más adecuada para nuestro país, pues en ella se establece una protección más amplia y eficaz de los Derechos Humanos de los sujetos involucrados y en particular se define con claridad la protección del derecho a la vida y el momento a partir del cual se debe garantizar por parte del Estado al producto de la concepción a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

Segunda. Con la investigación aquí desarrolla se acredita que las alternativas de reproducción humana asistida deben ser permitidas en nuestro país, pues el hecho de negarlas acarrearía un retroceso en los avances científicos y tecnológicos, en clara violación al derecho humano a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad reproductiva, sin embargo, se debe legislar al respecto para establecer las limitaciones necesarias que salvaguarden los derechos de los seres humanos concebidos a través de estos métodos y los usuarios de los mismos, como son la prohibición de experimentar en fetos desarrollados, la fecundación excesiva de gametos, los bancos de óvulos y espermias con fines de selección racial y sexual, entre otros.

Tercero. Las consideraciones vertidas a lo largo del presente trabajo, evidencian la necesidad de que exista una legislación eficaz y coherente que regule la reproducción humana asistida en nuestro país y todos los aspectos



que el tema encierra en sí, sin que se deje al libre albedrío de la ciencia médica ni a los tribunales judiciales que al final del día son los que tendrían que resolver los problemas que se propicien en esta materia.

Cuarta. Como se puede observar a lo largo del presente trabajo, existen antecedentes doctrinarios, constitucionales, jurisprudenciales y legales suficientes, que sustentan el derecho fundamental a la reproducción humana, en el que se encuentran involucrados, entre otros, los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, si bien es cierto el derecho a la reproducción se considera como un derecho personal en el que no se permite la intromisión por parte de terceros ni del Estado, también lo es que para la eficacia real de tales derechos y de la dignidad humana de las personas necesariamente se requiere una interpretación evolutiva de las normas Constitucionales para adecuarla a la realidad que nos rodea lo cual como se dijo en el apartado correspondiente, los derechos fundamentales inmiscuidos en esta materia han evolucionado, lo que hace patente la necesidad de contar con una legislación adaptada a las necesidades que actualmente nos rodean.

Quinta. Derivado de lo anterior, me permito presentar una breve propuesta del contenido normativo de una regulación respecto a las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, sin pretender que este trabajo sea considerado como una iniciativa de ley, ya el mismo no se enfocó con la técnica legislativa necesaria para tal finalidad, sino que simplemente se analizaron los diversos elementos que considero deben tomarse en consideración por el legislador para una correcta iniciativa de ley en la materia.

Sin lugar a dudas, la Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida o un título analógico, deberá pronunciarse en torno a la complejidad de técnicas reproductivas que existen de manera puntual y específica al uso y



aplicación de cada una de ellas, sin perder de vista las instituciones contempladas en el Código Civil tales como la filiación y los derechos y obligaciones derivados de la misma. Por lo que considero que se deben puntualizar los siguientes aspectos:

- 1) Se debe establecer con toda precisión el instrumento jurídico a través del cual se convengan los derechos y obligaciones de los comitentes, así como de los donantes de material genético y en su caso la madre sustituta o portadora, debiéndose regular las penalizaciones y la reparación del daño a cargo de la parte incumplida, así como las formalidades y la solemnidad que debe observar dicho instrumento.
- 2) Relacionado con lo anterior, y en particular el aspecto de la maternidad subrogada, si la misma se hará a título oneroso o gratuito, así como la posibilidad de que la gestación se realice por una familiar de la pareja comitente y el grado de parentesco de ésta, lo anterior para evitar la subrogación con fines únicamente lucrativos o comerciales; por tal razón, se considera que únicamente se debe permitir la utilización de la maternidad subrogada a aquella mujer que médicamente esté imposibilitada –*discapacidad reproductiva*- para gestar a su hijo, ello con la finalidad de no tergiversar la naturaleza de dicho método reproductivo por cuestiones atribuibles a la vanidad de la mujer comitente.
- 3) En el contrato de maternidad sustituta, deberá prohibirse el establecimiento de cláusulas que impliquen la renuncia de la maternidad a favor de la madre comitente; en todo caso, la experiencia de otros países recomienda que se debe limitar esta práctica para que la gestante no aporte material genético y evitar con ello posibles conflictos sobre la maternidad legítima.



- 4) Deberá establecerse un procedimiento sumarísimo de adopción plena del embrión desde el momento mismo de la concepción, con la finalidad de que a la par del alumbramiento el concebido cuente con su filiación perfectamente definida, garantizando así su derecho a la identidad del *nasciturus*.
- 5) Con relación a los sujetos donadores de material genético se deberá garantizar su derecho al anonimato, estableciendo la obligación a cargo de la clínica reproductiva o banco de material genético de manejar con toda discreción los datos de identidad del mismo, además de la debida información que se proporcionará a los donantes sobre el objetivo y la finalidad que tendrá el material donado, firmando los acuerdos respectivos.
- 6) Deberá establecerse un límite en el intento de fecundación *in vitro*, así como la gestación y el traslado de embriones al útero materno, en este sentido en la mayoría de los países que cuentan con esta legislación se constriñe a tres intentos con tres embriones a trasladar en cada uno y como una obligación a cargo de la clínica reproductiva el contar con un equipo de psicólogos que brinden asesoría a las parejas que no logren concebir un hijo.
- 7) Con la finalidad de no desnaturalizar los avances científicos en la materia, se deberá prohibir la generación deliberada de embriones humanos con fines de experimentación, debiéndose analizar la posibilidad de permitir la “clonación terapéutica” o con fines de investigación, de todo lo cual se deberá obtener el consentimiento de los donadores del material genético.
- 8) Se propone que se prohíba tajantemente la selección de la raza, color, rasgos físicos y el sexo del *nasciturus*, por considerarse una práctica eugenésica.



- 9) Se prohíba la utilización de cualquier técnica que tenga por objeto la clonación humana con fines reproductivos, es decir, se practique dicha técnica con el único objetivo de crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto.

Sexta. Claramente para regular la materia de reproducción humana asistida se requerirá un esfuerzo significativo por parte del Poder Legislativo Federal para emitir la ley general de la materia, así como al interior de cada entidad federativa para prever las nuevas posibilidades filiales al interior del Código Civil, como lo hizo el Estado de Tabasco, y así constituir, en primer término, el peldaño para regular y en segundo plano para solucionar la problemática que estos avances científicos representan en sí mismos; con lo cual se evitaría la omisión legislativa que existe en torno a esta materia y por qué no pensar hasta evitar una posible responsabilidad del Estado a nivel internacional por la falta de garantía de este derecho a favor de las personas con discapacidad reproductiva.



FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliográficas:

- Casado, María, *Nuevos Materiales de Bioética y Derecho*, Doctrina Jurídica contemporánea, vol. 25, Fontamara, México, 2007.
- De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Trigésima ed., México, Porrúa, 2001, p. 287.
- Elías Azar, Edgar, *Frases y Expresiones Latinas*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- Flores Trejo, Fernando, *Bioderecho*, México, Porrúa, 2004.
- Hurtado Oliver, Xavier, *El Derecho a la vida ¿Y a la muerte?*, 2da. ed., México, Porrúa, 2000.
- Jurgen, Habermas, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2002.
- Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y derecho, Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Madrid España, Trotta, 1999.
- López Faugier, Irene, *La prueba científica de la Filiación*, Porrúa, México, 2005.
- Martha Purdy, Laura, *La reproducción de las personas; problemas de bioética feminista*, Cornell University Press, Londres, 1996.
- Mendoza García, Isidro, *Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada*, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
- Mesina De Estrella Gutiérrez, Graciela N., *Bioderecho*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, 1998.
- Morán de Vicenzi, Claudia, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, Universidad de Piura y Ara Ed., Colección Jurídica, Perú, 2005.



- Moro Almaraz, María de Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in Vitro*, Colección, Librería Bosh, Barcelona, España, 1988.
- Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9na. ed., Chile, Abogados Asociados Editores, 1999, p. 96.
- Rodríguez Manzanera, Luis, *Ingeniería genética, reproducción asistida y Criminología*. Criminalia 60 Aniversario, Academia Mexicana de Ciencias Penales Año LX No. 4 México, D.F. Nov.-Dic., 1994, Porrúa, México, 1994.
- Rodríguez Manzanera, Luis, *Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología*, Criminalia 60 aniversario, Academia Mexicana de ciencias penales – Porrúa, México, 1994.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I, Introducción, Personas y Familia*, trigesimosegunda ed., México, Porrúa, p. 211.
- Sambrizzi, Eduardo A, *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Santiago Juárez, Mario, *Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Obligaciones específicas de acceso a la justicia y debido proceso*, México, FLACSO, 2011, p. 8.
- Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil-Derecho de Familia*, 6ta. ed., Bogotá, Temis, T. Quinto, p. 9.

Hemerográficas:

- Baffone, Cristiana, *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 46, no.137, México, 2013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>.
- Brena Sesma, Ingrid, *El Derecho y la salud. Temas a reflexionar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1334/1.pdf>



Casado, María, (comp), *Nuevos Materiales de Bioética y Derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara, México, 2007, ISBN 968-476-609-2,

http://www20.gencat.cat/docs/Departament_de_la_Presidencia/GJ/Document/Arxiu/122-37072.pdf.

Pia Bacarri, María, *Siete notas por la vida*, http://revistapersona.8m.com/33Baccari.htm#_ftnref1.

Roca i Trias, Encarna, "Derecho y Salud", *Biotecnología y Normas Jurídicas*, Barcelona, vol. 12, núm. Extra 1, año 2004.

Electrónicas:

Arámbula Reyes, Alma, *Investigación Parlamentaria sobre Maternidad Subrogada*, Centro de documentación, información y análisis de la Cámara de Diputados, SPE-ISS-14-08, Agosto 2008, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.

Awad Cucalón, María Inés, *Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2001, <http://142.4.211.67/~coebioet/biblioteca/libros/ceboax-0040.pdf>.

Cabaleri, Diego A., *Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica [en línea]*, documento inédito, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, 2014, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf>.

Caso "Artavia Murillo y Otros. Vs. Costa Rica". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C no. 170, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Caso "Chaparro Álvares y Lapo Íñiguez. VS. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de



noviembre de 2007. Serie C no. 170,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_189_esp.pdf.

Caso “*de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf.

Caso “*Furlan y Familiares Vs. Argentina*”, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párr. 134,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.

Caso “*Gelman Vs. Uruguay*”, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 97.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Caso “*Las Masacres de Ituango Vs. Colombia*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 194.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf.

Caso “*Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 153,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf.

Caso “*Neira Alegría y Otros Vs. Perú*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 85,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf.

Caso “*Rosendo Cantú y otra. VS. México*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C. No. 216, párr. 119.

Caso “*Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4,



párr. 154,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf.

Caso de la “*Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, Párr. 111, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.

Celis Quintana, Marcos Alejandro, *La Protección a la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos*, www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2253/9.pdf.

Delgado Calva, Ana Soledad, *La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.

Diccionario Judicial, *Estafeta Jurídica Virtual*, Academia de la Magistratura de Perú, <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=diccio>.

Diccionario latín – español, http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/esplap03.htm.

Escobar Fornos, Iván, *Derechos a la Reproducción Humana (Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro)*, IIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Derechos Reservados, ©2011, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932007000100005&script=sci_arttext.

Flores Macedo Alfonso Derecho Romano. http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/F/FloresAlfonso_DerRomano.htm.

García Corona, Saúl, *Crónicas del Pleno y de las Salas, las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 69/2009*, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reformas en las constituciones de los



estados de Baja California y San Luis Potosí que tutelan el derecho a la vida, publicado en www.scjn.gob.mx/Cronicas/.../cr-290911-BCySLPvida.pdf.

Guzmán Ávalos, Aníbal, *Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación*, Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz, México, 2001, <http://cdigital.uv.mx/bitstream/123456789/1281/3/parte1.pdf>.

Martínez de Moretón Llamas, Ma. Lourdes, *Régimen Jurídico de las presunciones*, pp. 128 y 129 <http://books.google.com.mx/books?id=xpDt9tOzjcsC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=%22p>.

Moro Almaraz, María de Jesús, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*, Colección, Librería Bosh, Barcelona, España, 1988, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CVI-19-08.pdf>.

Pellicano, José Alejandro, *La protección al concebido en roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano Buenos Aires, 15, 16 y 17 de Septiembre de 2004, <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/ProfJoseAntonioPellicano.doc>. Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Abogados Asociados Editores, 9na. ed., Chile, 1999.

Salas Salzar, Carolina, *El Derecho Fundamental a la Reproducción en el Ordenamiento Constitucional Español: Fundamentación, Estructura y Consecuencias Jurídicas*, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Toledo, 2008, <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?fichero=9246>.

Sánchez Bayón, Antonio, *Estudio de la reciente normativa española sobre uniones de hecho (Parte I)*, Dpto. de Derecho Eclesiástico de la



Universidad Complutense de Madrid, abril 2002,
<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0125.htm>.

Silva-Ruiz, Pedro F., Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente. Boletín número 1503, 2011, consultado en www.mjusticia.gob.es/cs/satelite.

Vio Grossi, Eduardo, Voto disidente caso *Artivia Murillo y otros ("Fecundación In vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, fondo, Reparación de Costas), CIDH, pp. 12-13.

Zegers-Hochschild, Fernando, *peritaje médico caso: Artivia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, CIDH, Tomo IV, folio 2818, http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf.

Legislativas:

Código Civil de Tabasco, consultado en setab.gob.mx/identidad/leyes_codigos/codigo_civil.doc.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

Declaración Universal de Derechos Humanos,
<http://www.un.org/es/documents/udhr/#tabs-5>.

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Montreal, Quebec, Canadá, 2000, <https://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-es.pdf>.