

Capítulo VII

Los derechos humanos ante el advenimiento de las técnicas de reproducción asistida

Los derechos humanos ante el advenimiento de las técnicas de reproducción asistida

SUMARIO: Introducción. 7.1 La infertilidad y la esterilidad como los motivos originales de los grandes cambios médicos. 7.2 Las técnicas de reproducción asistida y su impacto en el derecho. 7.3 implicaciones jurídicas de la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la maternidad por sustitución. 7.4 La filiación en la maternidad y la paternidad ante la maternidad por sustitución la fecundación invitro y la inseminación artificial. 7.5 La cuestión axiológica, la ética y la moral en el campo medico y jurídico. 7.6 La adopción: su futuro ante las técnicas de reproducción asistida. 7.7 Las formas de la adopción. 7.8 Conclusiones.

Introducción

En el momento actual, el panorama que se nos presenta es el de un mundo con descubrimientos y avances tecnológicos que van más allá de lo que algún día pensamos que pudiera cambiarse. Y es que el desarrollo tecnológico hoy en día es tan real que ahora es imposible no tener acceso de la tecnología.

Basta mirar a nuestro alrededor para darnos cuenta de que en cada actividad, ya sea en el hogar, en el trabajo, los entretenimientos, el abastecimiento de energía, el transporte, etcétera, los avances tecnológicos están presentes.

Sin embargo, existen otras ramas del conocimiento que también se han desarrollado impactando las culturas del mundo. Tal es el caso

de la robótica, la nanotecnología, la cibernética, la telemática y la ingeniería genética, esta última directamente relacionada con la reproducción asistida del ser humano.

El desarrollo tecnocientífico es innegable. Está cada vez más implicado en la problemática planetaria, civilizatoria, societaria, humana y es en la investigación médica donde se plantean de manera radical las cuestiones básicas del pensamiento filosófico, que a nuestro parecer son los límites axiológicos y deónticos,⁸¹ pues es en este último aspecto donde Rodolfo Vázquez señala la posibilidad del control normativo de los límites del saber: “el conocimiento prohibido”, y la relevancia práctica de este control. El autor llama a este aspecto “el problema de la impotencia moral”.

Es en el presente trabajo que pretendemos adentrarnos en el aspecto de cómo, con el advenimiento de las técnicas de reproducción asistida, una de las figuras más nobles del derecho de familia se ve seriamente afectada y con el riesgo de desaparecer si no se analiza y legaliza el uso de dichas técnicas, pues la estructura social y moralista en el aspecto de sexualidad y reproducción se ha visto seriamente alterada por aquellos procedimientos de reproducción que implican muchos cambios.

La biomedicina ha tenido también grandes avances científicos y tecnológicos, mismos que se plantean como “interrogantes de orden moral y jurídico”, pues la pregunta casi perpetua ante estos descubrimientos es “si existirá la posibilidad técnica de que coincidan la licitud ética y la jurídica”.⁸²

Y además se plantea la necesidad no sólo ya de tratar el problema o de conocer su importancia, sino que considerando los principios jurídicos clásicos, se proponga su adición en las normas clásicas o la creación de una reglamentación específica.

⁸¹ Deóntico, del griego *Deón, déontos*: el deber. *Diccionario enciclopédico Salvat*, p. 1027.

⁸² Kuthy Porter, José, Martínez González, Óscar y Tarasco Michel, Martha, *Temas actuales de bioética*. 1ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 23.

Pero no podemos seguir evitando el problema tras la muralla de la costumbre, la ética o la moral. El reto es que el derecho pueda ir a la par de los avances médico-tecnológicos y regular específicamente las situaciones jurídicas derivadas de todas estas prácticas en materia de biogenética y técnicas de reproducción asistida, y ello sin poner en riesgo las nobles instituciones del derecho de familia, como es, por ejemplo, la adopción.

7.1 La infertilidad y la esterilidad como los motivos originales de los grandes cambios médicos

La esterilidad ha fungido como un poderoso motivo de justificación para los grandes cambios biotecnológicos, y también la legitimación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, pues se ha argumentado que el sufrimiento que causa no tener un hijo da lugar a la necesidad de tener un hijo a cualquier precio, librando a las parejas de este problema común hoy en día, aunque es bien sabido que este problema ha estado presente desde las culturas más antiguas del mundo.

Cuando tienen problemas de infertilidad o esterilidad, las parejas sufren tanto moral como socialmente, ya que el objetivo de la mayoría de las parejas es establecer una familia y tener descendencia para continuar con su estirpe.

El hecho de no tener hijos es causa de frustración, siendo la mujer quien “recibe el mayor impacto, pues en la maternidad se reconoce el rol apoteótico de la femineidad.”⁸³ Sin embargo, la medicina moderna ha establecido que la esterilidad no ocurre siempre por causas imputables a la mujer.

La infertilidad y la esterilidad son términos distintos, si bien ambos se refieren a “la incapacidad para procrear en forma natural mediante el acto sexual de la pareja”.⁸⁴ Sin embargo, no hay exactitud en

⁸³ Loyarte, Dolores y Rotonda, E. Adriana, *Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético*. 1ª. ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1995, p. 81.

⁸⁴ Hurtado Oliver, Xavier; *El Derecho a la Vida ¿y a la muerte*. 2ª. ed., México, Porrúa, 2000, p. 9.

el diagnóstico. De manera general, se puede establecer que la infertilidad es la ausencia de fertilidad; esto es, la capacidad de tener hijos. En tanto que la esterilidad indica una incapacidad total y permanente de concebir o fecundar.

Según la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad se define como “dos años de exposición al riesgo de embarazo sin concebir”, y la esterilidad es “el hecho en el que la mujer no queda embarazada después de un año de relación sexual regular sin protección, limitando el plazo por debajo de un año en mujeres de más de treinta años, por lo que la infertilidad no indica esterilidad”.⁸⁵

La infertilidad “es la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación, y por lo tanto el desarrollo del embrión”.⁸⁶ “Es un término usado para referirse a la incapacidad de la mujer para tener descendencia debido a que el óvulo, a pesar de haber sido fecundado, no se alberga en el útero en el tiempo que le corresponde; ya sea por defectos del miometrio, hormonas, metabolismo materno o por trastornos del propio huevo, se desprende y es eliminado como aborto”.⁸⁷ “Las mujeres infértiles se caracterizan por padecer abortos habituales, mismos que son aquéllos en que se repiten en varios embarazos”.⁸⁸

Médicamente, la esterilidad indica la imposibilidad de que se efectúe la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible. Es, pues, “la incapacidad del macho para fecundar y de la hembra para concebir”.⁸⁹ Es precisamente en este caso que la mujer puede superar su esterilidad por medio de la inseminación heteróloga.

Las causas de esterilidad en la mujer son varias, dependiendo de dónde esté el problema, ya sea en el aparato genital femenino, en el ovario, en las trompas de Falopio, en la vagina, en el útero o debido

⁸⁵ Lema Anón, Carlos, *Reproducción, Poder y Derecho*. 1ª.ed., Coruña, España, Trotta, 1999, pp. 157-179.

⁸⁶ Loyoarte, Dolores y Rotonda, E. Adriana, *op. cit.*, p. 83.

⁸⁷ Pérdida del producto de la concepción antes de que sea viable. Entre los tipos de aborto encontramos el accidental, afebril, ampullar, cervical, criminal, provocado, terapéutico y habitual, entre otros. *Diccionario enciclopédico University*, p. 3.

⁸⁸ *Diccionario enciclopédico University*, p. 536.

⁸⁹ *Ibidem*, p.1018.

a problemas de ovulación, pues “la ausencia de ovulación se debe a trastornos a nivel del hipotálamo,⁹⁰ la hipófisis⁹¹ y los ovarios”.^{92 / 93}

La esterilidad en el hombre se da por anormalidades en su aparato genital, ya sea a nivel testicular, en las vías excretoras, en las glándulas accesorias o por anomalías en la eyaculación o la inseminación.

Los defectos genéticos que pudiera tener el hombre y que propician la muerte del feto pueden ser: por carecer de espermatozoides, lo que se le llama “azoospermia”, o por la escasa motilidad del espermatozoides, denominada “oligozoospermia”.

También puede deberse a causa de la impotencia. Es decir, en aquel caso en el cual los varones “son incapaces de consumar el acto sexual por falta de erección adecuada en circunstancias en que ello debía de producirse. La impotencia también puede ser ocasionada por trastornos psíquicos, neurológicos y hormonales o simplemente por un mal estado general no específico, de origen orgánico”.⁹⁴

Por esta razón mediante el uso de algunas de las técnicas de procreación asistida, se solicita a un extraño a la pareja que funja como donador del gameto, ya sea femenino o masculino, según el caso.

⁹⁰ Los trastornos hipotalámicos consisten en una desconexión pasajera del centro de regulación del ciclo, debido a los cambios de horario, por adelgazar, por el trabajo, por lo que las mujeres dejan de tener la menstruación.

⁹¹ Trastornos hipofisarios: el prolactinoma es la lesión hipofisaria que más a menudo da lugar a esterilidad en la mujer, pues el nivel elevado de prolactina bloquea en gran parte la liberación cíclica de gonadotropina por el eje hipotalámico-hipofisario.

⁹² Trastornos ováricos: el síndrome de Stein-Leventhal, llamado también síndrome del ovario poliquístico, es la afección ovárica más frecuente. Se manifiesta por desaparición de la regla, hirsutismo moderado y obesidad leve o discreta. Los dos ovarios de agrandan y en ellos se forman numerosos quistes, recubriéndose de una cápsula fibrosa, por lo que la ovulación está bloqueada.

⁹³ G. F. Joplin, “Impotencia y esterilidad endocrinas”, *Revista Médica Hexágono Roche*, año 11, núm. 2, México, 1984, pp. 87 y 88.

⁹⁴ G. F. Joplin, *op. cit.*, pp. 87 y 88.

7.2 Las técnicas de reproducción asistida y su impacto en el derecho

Lo característico de estas “maniobras” es haber “disociado del proceso procreativo el acto sexual de la pareja; es decir, se separó la reproducción y la sexualidad.

Ahora se prescinde del cuerpo femenino para fecundar células germinales y permitir con ello solucionar los problemas de esterilidad de las parejas, como: evitar enfermedades transmisibles por herencia; preservar la descendencia de una persona, aun y cuando ésta hubiere fallecido; resolver los problemas de transmitir enfermedades y defectos físicos; la recomposición genética de embriones en busca de nuevos genotipos no ensayados por la naturaleza, y su posterior implantación en el útero materno o un útero ajeno, para su gestación; así como la reproducción asexual, denominada *clonación*.

Los pilares de las técnicas de reproducción asistida son:

- La inseminación artificial heteróloga;
- La donación de óvulos;
- La fecundación *in vitro*: es la transferencia de embriones producidos en el laboratorio;
- La maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler, consistente en el “alquiler” del útero para la gestación del menor, con acuerdo de la prestadora, y en ella se pueden reunir la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la fecundación *in vitro*.

La inseminación artificial: Podemos definir a la inseminación artificial (IA) como

La introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer, mediante una jeringa especial, en el aparato genital femenino, intravaginal, intracervical, intrauterino o intratubárico de acuerdo a los impedimentos, a malformaciones que hubieren indicado en el procedimiento

de la fertilización, en la cual se pretende conseguir la fecundación sin tener una relación sexual.⁹⁵

Existen diversos tipos de inseminación, los cuales explicamos a continuación:

- a. *Inseminación homóloga*: Se utiliza el término (IAH) cuando la inseminación se lleva a cabo con semen del marido o compañero porque aquél se encuentra imposibilitado para depositar el espermatozoide mediante la relación sexual. Se considera que la inseminación homóloga es aceptable socialmente porque la pareja estable, cuando no puede tener hijos, el médico les recomienda llevar a cabo este tipo de procedimiento, que consiste en reunir los propios gametos de la pareja para producir la fecundación.
 - b. *La inseminación heteróloga* (IAD) tiene lugar cuando el marido o concubino y su consorte saben que son transmisores de alguna enfermedad genética, o bien su esperma no es apto para fecundar el óvulo de su pareja. Entonces se solicita a un tercero extraño, ya sea un individuo o un banco de semen, el gameto masculino necesario para realizar la fecundación. De primera intención encontramos que no existe ningún lazo de parentesco entre la pareja, ya sea marido o concubino, con el hijo concebido, y además son causa de controversias jurídicas, religiosas y morales, pues siempre se ha considerado que el varón, pareja de la mujer, debe contribuir en la procreación y no un extraño, esto hace que para muchos este tipo de inseminación sea inmoral.
- En este caso la inseminación puede ser de dos tipos: la primera es la *inseminación intracervical*, que ocurre cuando el material biológico masculino es introducido en el cuello del útero; y por otra parte tenemos la *inseminación intrauterina*,

⁹⁵ Tullio, Ángel Antonio, *Diccionario Médico-Legal*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1999. p 243.

cuando el material genético es introducido directamente en el interior del útero.

- c. La *inseminación* post mortem ha dado lugar a variadas discusiones jurídicas por la utilización de los gametos de uno de los donantes cuando uno de ellos hubiese muerto. Por regla general, la inseminación *post mortem* sucede por parte de la mujer cuando utiliza el semen del marido muerto, y se sustenta en la fuerza moral e institucional del matrimonio, el cual dura aun después de muerte. El problema se presenta en el hecho de que nacerá un hijo cuyo padre ha muerto, por lo que no crecerá con el cariño y apoyo que la pareja le puede dar. Un segundo aspecto consiste en determinar la filiación si la madre no quisiere ocupar el gameto masculino de su esposo fallecido dentro de los trescientos días siguientes a la terminación de la vida en común.
- d. Se consideran también parte de la inseminación artificial los siguientes métodos: el GIFT: *Gamete Intra-Fallopian Transfer*; o el TIG: la *Transferencia Intratubárica de Gametos* consiste en transferir al interior de la trompa de Falopio los espermatozoides y óvulos cuya unión se espera, dejando a la naturaleza hacer el resto.⁹⁶ El ZIFT: *Zygote Intra-Fallopian Transfer*, es el traslado del embrión a la trompa cuando se halla en estado de pronúcleo, veinticuatro horas después del inicio de la fecundación y antes de la primera división celular. El EMBIFT: *Embryo Intra-Fallopian Transfer* es el traslado del embrión a la trompa de Falopio cuarenta y ocho horas después de la fecundación.

La Fecundación *In Vitro* (FIV): *in vitro* significa literalmente “en vidrio” (a diferencia de *in vivo*) y consiste en reproducir, con técnicas de laboratorio altamente sofisticadas y equipo biomédico de gran especialización, el proceso de la fecundación del óvulo por un espermatozoide, previamente extraídos quirúrgicamente y colocados dentro de un cristal, pues en forma ordinaria este proceso ocurriría en la

⁹⁶ Tullio, Ángel Antonio, *op. cit.*, p. 243

parte superior de las trompas de Falopio, pero dicha técnica se utiliza cuando se encuentran obstáculos insuperables que impiden que la fecundación se realice dentro del cuerpo humano.⁹⁷

- Cabe destacar que la fecundación también puede ser homóloga y heteróloga, al igual que en la inseminación, pues será *fecundación in vitro homóloga* cuando el espermatozoide procede del esposo o compañero de la mujer; y *fecundación in vitro heteróloga* en caso de que el espermatozoide provenga de un donante.
- La fecundación *in vitro* puede ser: *Fecundación in vitro con trasplante o transferencia de embrión (FIVTE)* en la cual una vez obtenidos los embriones en el platillo del laboratorio, se proceda a la inserción de embriones en el útero de una mujer a partir de los óvulos obtenidos de una mujer distinta, y fecundados por su esposo o por un tercero.
- La *fecundación in vitro post mortem*: en este tipo de fecundación se usan el semen y embriones congelados (óvulos fecundados congelados) mediante la técnica de criopreservación, lo que permite que un hombre pueda procrear un hijo aun después de su muerte.⁹⁸ La implicación jurídica tiene que ver con determinar la presunta paternidad que establece el Código Civil.

La diferencia entre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* estriba en que la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del vientre de una mujer, a diferencia de la fecundación *in vitro*, que se realiza fuera del cuerpo de la mujer.

La maternidad subrogada o por sustitución: con la manipulación de los embriones se pueden realizar toda clase de intervenciones, tratamientos o utilización de dichos embriones para varios fines procreativos, siendo la maternidad subrogada uno de estos casos, por ser un útero el lugar donde se implantará el embrión previamente

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La Fecundación in vitro y la filiación*. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 14.

fecundado, ya sea mediante inseminación artificial homóloga y/o heteróloga, o fecundado *in vitro*.

El hecho de poder hacer una inseminación artificial y una fecundación *in vitro* establece la maternidad subrogada como otra técnica de reproducción asistida de igual naturaleza física que las dos mencionadas, pero ésta adquiere una trascendencia social diferente, pues aquí la madre gestante se compromete a entregar al niño una vez que lo alumbró.⁹⁹

7.3 Implicaciones jurídicas de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la maternidad por sustitución

Debido a que en un principio se legisló para resolver acontecimientos distintos a los que actualmente tenemos con estas nuevas técnicas de reproducción asistida, es inevitable que ahora se legisle para resolver los problemas que se derivan de estas técnicas.

En México, el Código Civil y la Ley General de Salud son algo escuetas en este aspecto, por lo que se requiere aprobar leyes que especifiquen cada acto de reproducción, por supuesto basándonos en los principios morales y clásicos del derecho civil, pues cabe destacar que otros países del mundo, como España, Francia, Alemania, Inglaterra, Portugal, Suiza y algunos países latinoamericanos como Brasil, Argentina y Perú, ya han promulgado leyes que regulan los técnicas de reproducción asistida.

En la inseminación artificial, en lo que respecta al infante existe la posibilidad y el derecho de conocer su identidad genética. Sin embargo, a últimas fechas en los países en donde se han desarrollado y llevado a cabo dichas técnicas de reproducción asistida se ha mantenido en secreto toda información confidencial, tanto en beneficio del donante de los gametos como de la madre o la pareja que los utilizarán, así

⁹⁹ Cárcaba Fernández, María, *Los Problemas Jurídicos planteados por las nuevas Técnicas de Procreación Humana*. 1ª. ed., Barcelona, España, José María Bosch Editor, 1995, pp. 167 a 172.

como al menor, quien estará sujeto a saber su procedencia si así lo determinaren los padres, pues de otra manera no tendría por qué enterarse de su condición. Los registros sólo se utilizan en caso de urgente necesidad, pues de lo contrario afectaría la convivencia y desarrollo tanto psicológico como moral de la familia.

Queda latente, sin embargo, el derecho del menor a saber su origen genético, aun y cuando se guarde la ficción de conseguir un donador semejante en cultura, apariencia física, etcétera.

La inseminación artificial puede acarrear también una confusión en el parentesco, pues con la manipulación genética existe la posibilidad de cambiar los roles establecidos, puesto que un abuelo puede ser padre, la madre puede tener una hermana, etcétera.

En la actualidad, la mujer “sola” pugna porque su derecho a tener hijos sea respetado, no importando si es viuda, divorciada o soltera. En países europeos, España, por ejemplo, ha establecido en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida que, con base Constitucional, la mujer posee el derecho a tener hijos, esté casada o no, siempre y cuando la manifestación de su voluntad haya sido libre y expresa por escrito.

En México, por el contrario, no encontramos ninguna especificación legal que permita a la mujer tener un hijo fuera del matrimonio o soltera, aunque en un caso remoto de permisión se le permite en todo caso la adopción, pues de lo contrario estaría procreando premeditadamente a un huérfano, y para ello si una mujer “sola” necesita un hijo, puede adoptarlo y al mismo tiempo soluciona su problema de orfandad, al tiempo que ayuda a la sociedad.

Dada la permisión con que se ejercen algunas leyes europeas acerca de la unión de personas del mismo sexo, a quienes la sociedad ha denominado “homosexuales”, surge ahora su derecho de solicitar la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* para tener hijos, pues en un principio siempre han clamado por “su derecho al hijo”, y por lo tanto solicitaban la adopción.

Sin embargo, como ésta siempre se les ha negado, ahora ven en las técnicas de reproducción asistida una solución a su problema. Siguen

basando su petición en la idea de que ser homosexual no significa estar incapacitado para educar, pues en su opinión pensar que con el ejemplo el niño tendería forzosamente hacia la homosexualidad al ver los patrones de pareja, resulta un gran error y mito, ya que la gran mayoría de las personas de orientación homosexual son producto de parejas heterosexuales, por lo que ellos no tendrían ningún problema para utilizar dichas técnicas de procreación.

Aun cuando el Informe Warnock¹⁰⁰ establece que el acceso a estas técnicas es posible únicamente para la pareja cuando es heterosexual, o cuando ésta padece de infertilidad, en la actualidad.

Para llevar a efecto la inseminación artificial se requiere de la autorización de las partes; es decir, la de la receptora y la de su esposo o compañero, para constituir la atribución legal de la filiación.

Según el Código Civil del Estado de Morelos, la inseminación artificial forma parte de aquellos contratos que se definen como “las manifestaciones de la voluntad humana, susceptibles de producir consecuencias jurídicas”.

En opinión de Chávez Ascencio, la inseminación artificial es un acto plurilateral, porque también interviene el médico para efectuar la inseminación; empero, sólo se acepta en mujeres casadas.¹⁰¹

En lo que hace a la fecundación *in vitro*, el problema que existe es la posible anormalidad de la descendencia, no obstante la “seguridad” que prometen los médicos de manejar correctamente los genes para concebir un ser humano en perfectas condiciones, pues se ha manejado constantemente que la fecundación *in vitro* permite prevenir enfermedades que genéticamente tendría o heredaría el individuo.

Cabe, sin embargo, la posibilidad de que el infante concebido tenga alguna anomalía, ya sea mental o física, que orille a la decisión

¹⁰⁰ Este informe fue dado por el Comité de Investigación de la Fertilización Humana y Embriología, del Departamento de Sanidad y Seguridad Social del Reino Unido en julio de 1984; fue presidido por Mary Warnock, de ahí el nombre del informe. En Gómez De la Torre Vargas Maricruz, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹⁰¹ Chávez Ascencio, Manuel, *Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*. México, Porrúa, 1990, p. 56.

de no aceptarlo por parte de la pareja que solicitó la técnica, dejándolo en el abandono por esa condición.

Tal pareciera que en la manipulación de los embriones se tratara de bienes percedeceros, sin importar que al embrión se le considera una persona. No obstante, no faltan científicos que tratan de demostrar que el embrión no es una persona, lo cual permite su utilización en la experimentación médica.

Sin embargo, en todos estos aspectos se oponen las opiniones de carácter religioso que establecen que, si se llega a dañar al embrión en su manejo, esto es inmoral. Profundizando más en el tema, nos preguntamos: si es el embrión una persona, ¿quién tiene derecho a la manipulación del embrión? Si lo es ya, ¿por qué permitir su cirugía para sacar otro embrión igual y utilizarlos nuevamente?

Hay que considerar entonces que el significado que se le confiere a la palabra “moral” presenta ya toda una complicación, pues cabe destacar que para lo que algunos es “moral”, para otros no lo es. Se trata de un aspecto ético que será abordado en los siguientes capítulos de esta investigación.

Existe incluso un freno “moral” incluso desde el inicio de estas técnicas. Esto se da en el hecho de que para adquirir el semen del donador, éste tendría que recogerse mediante la masturbación, y aquí estamos ante un concepto ideológico manejado por la religión como un tabú, pues para algunas religiones la masturbación representa un “pecado”.

En términos médicos, la masturbación es vista como “la acción de procurarse goce sensual a solas y se le considera una etapa normal en el desarrollo psicofísico”.¹⁰² Los psicólogos establecen que la masturbación es un medio de liberar la tensión sexual sin dañar a nadie; en cambio, las ideas religiosas establecen que el goce sensual sólo debe tenerlo una pareja heterosexual. Estamos nuevamente ante un conflicto moral.

El acto de la *maternidad por sustitución* necesita un marco normativo que contemple un interés público. En esta modificación de

¹⁰² *Diccionario enciclopédico University de términos médicos, op. cit.*, p. 639.

las leyes se tratarían los temas referentes al derecho de familia, pues todos debemos conocer cuáles serían nuestras facultades. Es decir, si nos es permitido legalmente recurrir a dichas técnicas en caso de tener problemas para la procreación, precisamente el término de *legalidad* no es el que “exige el cumplimiento de las normas que imponen obligaciones, sino la observancia de las normas que otorgan facultades o que regulan su ejercicio, pues dentro del derecho privado las facultades constituyen la esfera de la autonomía, pues cuando los actos de los particulares no se conforman con las normas que confieren y regulan el ejercicio de facultades, los actos serían nulos”.¹⁰³

En México el contrato es nulo *de facto*, por lo que el objeto de un contrato es un objeto, no un sujeto, tal como lo estatuye el artículo 1794, fracción II del Código Civil del Distrito Federal (CCDF): “Para la existencia de un contrato se requiere consentimiento y que el objeto que pueda ser materia del contrato”.

En consecuencia, las cosas objeto del contrato deben existir en la naturaleza, ser determinadas o determinables y deben estar dentro del comercio” (artículo 1825 CCDF). Por ende, el ser humano no es objeto de un contrato, porque no se encuentra dentro del comercio.

7.4 La filiación en la maternidad y la paternidad ante la maternidad por sustitución, la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial

El artículo 4o Constitucional establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos”. Es decir, que la Constitución prevé la protección del legislador hacia la familia, considerando a ésta como el origen de la sociedad.

¹⁰³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría General del Derecho (Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica)*. 2ª. ed., México, Themis (colección Teoría del Derecho), 2001, p. 175.

No obstante, hoy podemos analizar que la organización familiar ha sufrido modificaciones, siendo la tecnología uno de los fenómenos que han contribuido a esto cambios.

Si consideramos entonces que la palabra “familia” es en su origen un término de carácter sociológico, nos será más fácil comprender que si en la sociedad hay cambios y hoy vivimos en la época tecnológica digital, los avances biotecnológicos tienen un gran impacto en la sociedad y por lo tanto la familia, que tradicionalmente en México se fundamenta en la monogamia, se ve ahora modificada con la unión de parejas del mismo sexo, y también se ven modificados los lazos de parentesco y filiación, habrá que considerar que desde un punto de vista sociológico hoy definimos a la familia como “el grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos...”¹⁰⁴ Entonces, si consideramos que la *filiación* es entendida como la relación que existe entre el padre o la madre vista desde el hijo (*filius*), y que ellos forman el núcleo social primario de la familia, ante esta afirmación, ¿cual sería la relación del hijo nacido mediante una técnica de reproducción asistida respecto de sus múltiples padres biológicos?

De una manera amplia, la filiación es el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, y de manera estricta es la relación que existe entre el progenitor y el hijo. En Roma, no se admitía reconocer a los hijos ilegítimos sino mediante alguna de las tres formas de la legitimación, que era una de las fuentes de la patria potestad y que servía para establecer la filiación sobre los hijos naturales.

El derecho moderno considera la legitimación como una manera de establecer la filiación, aunque con efectos distintos, pues si bien en Roma la legitimación se obtenía mediante “el justo matrimonio” con la madre, que es el antecedente del anterior artículo 354 del CCDF (“el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración”), hoy no es reconocida la legitimación por el matrimonio celebrado después

¹⁰⁴ Guidens, Anthony, citado por Miguel Carbonell en *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, p. 53.

de tenidos los hijos, pues con las reformas del 2000, dicho artículo ha quedado derogado. La segunda forma de legitimación en Roma se daba mediante un *rescripto* del emperador cuando el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable y donde el emperador tenía que autorizar la legitimación cuando no había hijos legítimos; hoy en día el padre reconoce a su hijo ante el juez del Registro Oficial, teniendo entonces el acta de nacimiento. La tercera forma de legitimación en Roma era la “oblación a la curia”, en donde el padre se responsabilizaba de que su hijo aceptara la función de *decurión*, consejero municipal y superior de una decena de soldados, que respondía con su fortuna por el resultado del cobro de impuestos. Actualmente esta forma no existe.¹⁰⁵

De tal forma, entonces, la filiación es, según lo establece el artículo 338 del Código Civil para el DF “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”.

Ya el CCDF (art. 324) establece que se presumen hijos de los cónyuges los hijos nacidos dentro del matrimonio y los que nacieren dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea que la disolución haya sido por nulidad del matrimonio, muerte de uno de los cónyuges o por divorcio; en este caso, los días se contarán a partir de que queden separados por orden judicial.

En México existen tres tipos de filiación:

- La filiación consanguínea, que se refiere a los hijos nacidos dentro de un matrimonio;
- La filiación natural, que se refiere a los hijos nacidos fuera de un matrimonio (madres solteras o que viven en concubinato, las actuales “parejas de hecho”); y
- La filiación civil, que se refiere a los hijos adoptados.

¹⁰⁵ Floris Margadant S., Guillermo, *El Derecho Romano Privado como introducción a la cultura Jurídica Contemporánea*. 16ª. ed., México, Esfinge, 1989, pp. 201-203.

En materia de maternidad sustituta, afirmamos que no se podrá establecer un convenio por parte de una pareja con una mujer para hacer entrega del hijo después de nacido, ya que contraviene lo dispuesto por estos artículos; sin embargo, el acto se da.

Generalmente, cuando una pareja “alquila el vientre” de una mujer, se maneja este aspecto de manera confidencial, de tal forma que el artículo 385 del CCDF establece que el hijo podrá investigar la maternidad y probarse por cualquier medio.

Sin embargo, la parte que establece que “la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada”, caería en un problema, pues en muchos casos de la subrogación, la mujer que presta su cuerpo para tener a la criatura no es soltera. Incluso ha habido casos en que la madre sustituta tiene un parentesco en línea recta con la pareja.

La maternidad por sustitución presenta en un primer momento la presencia de tres madres: la madre genética y al mismo tiempo gestacional; la madre donadora de los óvulos; y la madre gestacional, por lo que el problema al que nos enfrentamos es que no podemos definir con claridad a cual de las dos “madres” se le puede atribuir la maternidad.

Nuestros códigos civiles recogen, en su esencia, el principio de que la maternidad está determinada por el parto, y por lo tanto se le atribuye el carácter de madre a quien da a luz a la criatura (*mater semper certa est*).

Sin embargo, hoy vemos que la madre que da a luz es sólo un medio para otra mujer, quien tiene el deseo de ser madre, por lo que ante la *maternidad por sustitución* tenemos que existen diferentes tipos de madres. En una de ellas, una no tiene el deseo de tener un hijo, pero por un pago procederá a concebirlo. Por otro lado, existe una madre con el amplio deseo de tener un hijo a quien le brindará su afecto.

De esta manera tenemos la presencia de dos elementos importantes dentro de la maternidad por sustitución: la voluntad y el afecto, por lo que consideramos que al tener en la actualidad casos jurídicos de esta índole, consideramos que la madre legal será aquella que ha

tenido la voluntad, la convicción certera y que ha puesto todo su amor para que ese niño naciera, por lo que la mujer que prestó su cuerpo para que ese ser naciera, no tuvo *affectio nasciturus*. Y en el supuesto (no improbable) que haya tenido un sentimiento, éste estaría dirigido hacia los que serían los padres.

En cuanto a los terceros interesados, éstos pueden impugnar la maternidad “en todo tiempo” apoyados en el art. 385 CCDF, el cual establece que “está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada”. Aunque “no obstante lo dispuesto en esta parte final, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal” (artículo 386 CCDF).

En lo que concierne a la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, la paternidad y la maternidad se otorgarán a las personas que han deseado un hijo para ellos, y no a la persona que ha prestado un servicio, llámese éste donante de esperma, óvulo y/o vientre.

Para determinar en la fecundación extracorpórea quién es la madre legal, se tendría que tomar en cuenta quién ha tenido la voluntad de que ese hijo naciera y quién en definitiva quiere asumir el rol materno. De ello se desprende que sería tanto aquella que ha aportado su óvulo como aquella totalmente infértil, porque son las que en definitiva demostrarán el *affectio nasciturus*.

La única diferencia es que si hubo trasplante de óvulo en la mujer gestante, coincidiría la maternidad genética con la legal; si no lo hubo, estaríamos en presencia de una maternidad legal. El padre sería el marido de la persona a quien se le haya atribuido la maternidad legal, mediando siempre el consentimiento expreso de ambas partes para el sometimiento de estas técnicas.

Otro caso que se ha planteado recientemente es la *fecundación asistida por donación de material genético*. La técnica consiste en “llevar” el óvulo de una de las mujeres con el material genético de una mujer más joven. El óvulo de la mujer actúa como continente y el ma-

terial genético de la más joven sería el contenido; una vez fertilizado con el espermatozoides del marido, es trasplantado a la esposa.

En este caso de donación de óvulo, la madre legal sería aquella que puso el óvulo y su cuerpo como continente, y no la donante del material genético. La filiación sería matrimonial.

Los terceros interesados no deberían intervenir (salvo casos especiales), porque estarían violando no sólo el derecho (de la pareja) a ser padres, a la privacidad, a la intimidad; sino también el interés superior del niño, privándolo de una filiación que le pertenece. Filiación que esos padres, por el método que fuere, decidieron darle; decisión que tomaron libre, conjunta y conscientemente.¹⁰⁶

El caso que sentó las bases en materia de parentesco en los Estados Unidos de Norteamérica fue el de “Baby M”, en donde “La Suprema Corte de California, Estados Unidos, por mayoría, resolvió que cuando, a raíz de un acuerdo de maternidad sustitutiva, un cigoto formado por los gametos de un esposo y una esposa es implantado en el útero de otra mujer, aquellos cónyuges son los padres naturales del niño, y que tal solución no afecta la Constitución de California ni la federal, ni tampoco el orden público. Con este fundamento confirmó la resolución que consideró padres genéticos, biológicos y naturales del niño a los cónyuges, y no a la mujer que lo había llevado en su seno, y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible. El voto minoritario sostuvo que tales acuerdos exigen mostrar que la consideración suprema debe ser el bienestar del niño que el acuerdo ha hecho posible. En razón de ello, se aconsejaba la revocatoria de la decisión y la devolución de los autos a origen, para determinar la paternidad en discusión sobre la base de los mejores intereses de la criatura (scj de California, Estados Unidos, 20-5-93, Johnson c/Calvert, J:A: 1995-I-440).¹⁰⁷

¹⁰⁶ Convención de los Derechos del Niño, art. 7º, punto 1; y art. 9º, punto 1.

¹⁰⁷ Wagmeister M., Adriana, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia; Derecho de Familia. Lecciones y Ensayos. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1990, pp. 397 y 398.

7.5 La cuestión axiológica, la ética y la moral en el campo médico y jurídico

La palabra axiología¹⁰⁸ proviene de las palabras griegas “valor” y “razón”, y se ha introducido en la filosofía de este siglo para designar la teoría de los valores, pues por una parte comprende el conjunto de las ciencias normativas y por otra parte es la crítica de la noción del valor en general, ya que estudia los valores, mismos que se forman en el ser humano.

La axiología es la teoría de los valores morales y establece jerárquicamente el valor del respeto hacia lo que es bueno, luego el respeto por lo noble y luego el respeto por lo bello.¹⁰⁹ Dicha concepción nació como una consecuencia kantiana que se establece entre el “mundo del ser” y el “mundo del deber ser”, de acuerdo con la cual la filosofía se divide en dos grandes partes: la ontología, que es el estudio del ser; y la axiología, que estudia el deber ser o el valor.¹¹⁰

Las posturas fundamentales de la teoría de los valores son, en primer término, una de carácter subjetivo, la cual entiende al valor como la cualidad que reviste una cosa al ser más o menos apreciada. Es decir, como el valor de uso o valor de cambio.

Y la otra postura es de carácter objetivo, misma que entiende al valor como el carácter que tiene una cosa por el que se satisface cierto fin. Hoy en día se considera a la axiología como una profundización ontológica, porque se concibe al valor en relación con el concepto tradicional del bien, pues es el bien, el ente concreto, el soporte del valor, y el valor es la bondad o valiosidad, lo que el ente hace que sea bueno.¹¹¹

¹⁰⁸ La axiología fue desarrollada inicialmente por el lógico alemán Lotze en el siglo XIX, y por la escuela filosófica de los valores, o escuela de Baden, conformada por Windelband y Rickert. En Francia está representada por Ruyer. Julia Didier, *Diccionario de filosofía*, México, Diana, 1999, p. 30.

¹⁰⁹ Didier Julia, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁰ Adame Goddard, Jorge, *Diccionario jurídico mexicano*. 6ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Porrúa, 1993, p. 303.

¹¹¹ *Ibidem*.

Existen diversas clasificaciones de los valores. Entre ellas tenemos que los valores más elevados son los morales, y el más importante de ellos es el amor, fundamento de los demás valores. Otros valores son la verdad, la fidelidad, la lealtad y en el campo jurídico la justicia.

Pero en el campo legal, las normas morales son el conjunto de normas impero-atributivas solamente, ya que imponen deberes, mas no conceden derechos. Son aquellas que regulan la conducta interior de la persona. Estas normas están encaminadas a la realización del bien en favor de las personas que rodean al titular de las obligaciones impuestas. Posteriormente aparecen los valores religiosos. Las normas religiosas provienen de dogmas recibidos durante el estudio o práctica de las creencias religiosas; su observancia o desobediencia se considera que será premiada o reclamada por el creador o ser divino en el que se tiene fe.¹¹² Algunas personas piensan que la religión ayuda al cumplimiento de los valores humanos en grupo.

Los problemas jurídicos permanecen esencialmente latentes. La frase *Partus sequitur ventem, Pater est quem nupcias demonstrant* (madre es la que pare y padre es el marido de la madre), ponen en duda los conceptos clásicos del derecho familiar, cuyo fin es proteger a todos los descendientes de un matrimonio (entiéndase en este aspecto hombre y mujer).

Sin lugar a dudas, los problemas de filiación son un hecho preocupante, pues existen opiniones que dan su anuencia para que el niño procreado mediante estas técnicas se entere de su procedencia genética; y hay quienes opinan que no puede darse dicha información, pues puede provocar en el menor, problemas psicológicos que alterarían la relación paterno-filial.

Es decir, habría problemas por parte del padre en relación con su esposa y con el hijo; problemas por parte de la esposa por el posible nacimiento de un sentimiento hacia el padre biológico; y por parte del menor existiría un choque emocional por saberse concebido con gametos de otro hombre distinto al que lo ha criado.

¹¹² Rangel Charles, Juan Antonio y Sanromán Aranda, Roberto, *Derecho de los negocios. Tópicos de derecho privado*. 2ª ed., México, Thompson Learning, 2002, p. 3.

Desde luego, se hace necesario procurar y mejorar el medio cultural donde se desenvuelve el infante. Sin embargo, el límite de la procreación asistida es la maternidad por sustitución, pues en este acto se “ha mezclado el deseo de un hijo, un proselitismo de la procreación y el mercantilismo; da lugar a un sinnúmero de confusiones de parentesco”.¹¹³

Las implicaciones jurídicas, morales y éticas son múltiples, desde la confusión de parentesco, contribuyendo a los nuevos problemas que la filiación enfrenta, hasta los problemas de la creación y destrucción de embriones humanos, pues hay ocasiones en que se fertilizan varios óvulos con la finalidad de obtener un producto “bueno” que pueda ser implantado en el útero femenino, en tanto que los embriones sobrantes son congelados para su conservación, en caso de que se necesiten.

Sin embargo las parejas que han solicitado tal procedimiento, muchas veces se olvidan de sus embriones, dando lugar a problemas no sólo jurídicos, sino éticos y sociales, por lo que las clínicas de fertilidad de la Gran Bretaña han establecido que transcurridos cinco años desde la concepción del embrión, éste será destruido, a no ser que la pareja interesada solicite una ampliación del término.

Como solución a este problema, algunos médicos han propuesto la congelación de óvulos, fecundando únicamente los necesarios y congelando los demás, con lo que se evita así la fecundación masiva de óvulos y el almacenamiento de los embriones sobrantes.

La ética y la moral son conceptos altamente estimados en el área médica. No podemos imaginar una acción médica realizada por cualquier servidor de salud, sin que existan hondamente arraigados en su mente y en sus actos dichos conceptos.

No olvidemos que la ética es la parte de la filosofía que trata de la moral. Es la ciencia del fin al que debe dirigirse la conducta del hom-

¹¹³ Costa-Lascoux, Jacqueline: Mujer, procreación y bioética; en Duby, Georges; Perrot, Michelle. Trad. Marco Aurelio Galmarini. *Historia de las mujeres en occidente*. 2ª. ed., España, Ed. Taurusminor, 2001, p. 648.

bre y de los medios para lograrlo, de acuerdo a la naturaleza humana. Es también la ciencia del impulso de la conducta humana.¹¹⁴

La moral se define como la disciplina que trata el bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. Se puede definir también como la teoría de los deberes interiores, o la conducta dirigida o disciplinada por normas. Por lo tanto, toda práctica médica relacionada con la aplicación de alguna tecnología debe ser guiada por la ética.

No hay que confundir la moral con las normas morales, pues estas últimas son el conjunto de principios rectores internos de la conducta humana que indican cuáles son las acciones buenas o malas, para hacerlas o evitarlas.

No producen la facultad o el derecho de exigir su cumplimiento, de modo que la sanción por su incumplimiento radica, en el fuero interno, en el remordimiento de conciencia. A diferencia de las normas jurídicas, las cuales son disposiciones emanadas de los órganos legislativos, obligatorias a la obediencia general, y en caso de inobservancia el poder público las hace cumplir por medio de los órganos judiciales. Por lo tanto, el avance tecnológico en materia de reproducción asistida no puede quedar al arbitrio de las normas morales, sino de las normas jurídicas.

La ética profesional se concibe como un conjunto de actos buenos repetidos sistemáticamente y concebidos como algo necesario, como un deber. Estos actos son aprobados por el medio médico, y una vez que han sido admitidos por los que ejercen una profesión, constituyen para su desempeño una obligación moral, porque devienen en un contenido íntimo de conciencia, de certeza entre lo bueno y lo reprobable, todo lo cual regula la relación entre el profesionista y la sociedad, los pacientes, su entorno familiar, con los colegas y con el equipo interdisciplinario donde se desempeñan profesionalmente.¹¹⁵

¹¹⁴ Código de Conducta para el personal de Salud. Secretaría de Salud. Comisión Nacional de Bioética. México, mayo de 2002, p. 19

¹¹⁵ Tullio, Ángel Antonio, *op. cit.*, p. 192.

Sin embargo, dada la cada vez mayor incorporación de recursos en materia de reproducción asistida, manipulación genética, etcétera, observamos que la ética ha sobrepasado sus conceptos mismos y se ha creado una nueva expresión, que es la llamada *bioética*.

Fue a partir del siglo xx, con la publicación de *Guías éticas internacionales para la experimentación bioética que utiliza el hombre*, que se dieron a conocer los conceptos éticos que deben respetar los médicos. Consecuentemente, en todos los hospitales del país se han creado comités encargados de la investigación biomédica.

Dichos comités tiene como objeto la investigación, la bioseguridad y la ética en la investigación biomédica. Esta última tiene como finalidad aprobar los protocolos de investigación para que se puedan llevar a cabo. Existen también los comités hospitalarios de ética, los cuales son grupos interdisciplinarios que se ocupan de la docencia, investigación y consulta asociadas con los dilemas éticos que surgen de la práctica hospitalaria.

Estos comités se crearon por sanción de la ley número 24,742 del 27 de noviembre de 1996 en Argentina, en donde se establece la creación de un comité hospitalario de ética en todo hospital del sistema público y de seguridad social cuyas funciones, entre otras, son las de revisar los valores éticos con respecto a la atención de los pacientes, evaluar consultas sobre temas de bioética y analizar pronósticos; además, el asesoramiento de la docencia e investigación respecto de aquellos aspectos éticos que surgen de la práctica hospitalaria, como son la tecnología reproductiva, la eugenesia, la experimentación en humanos, la prolongación artificial de la vida, la eutanasia, la relación médico-paciente, la calidad y valor de la vida, la atención a la salud, la genética, el trasplante de órganos, el derecho de los pacientes y el secreto profesional.¹¹⁶

Los comités hospitalarios de bioética tienen su antecedente en la formación de la Comisión Nacional de Bioética, la cual se creó el 4 de diciembre de 1992 y cuya finalidad principal es el asesoramiento interdisciplinario sobre cuestiones derivadas del avance tecnológico, el

¹¹⁶ Tullio, Ángel Antonio, *op. cit.*, p. 93.

cual causa cada vez con mayor frecuencia problemas éticos, morales y legales en relación con la práctica de los profesiones de la salud.

Hoy nos enfrentamos al problema de que el mismo hombre, así como sus órganos y sus elementos sexuales, pueden ser objeto de comercio, aun cuando va en contra de la misma dignidad humana.

El hombre ha pasado hoy de ser un simple “poseedor” de la naturaleza, a ser propietario. El ser vivo comenzó sin ser apropiable; posteriormente, conforme avanzaron las civilizaciones, los seres vivos vegetales y animales fueron objeto de apropiación.

Hoy el ser humano ya está siendo objeto de no sólo apropiación, sino de venta. Antes, las categorías jurídicas acoplaban el saber técnico; ahora la tecnología está sobrepassando esta línea para ser ella la que establezca los lineamientos bajo los cuales el hombre ahora tiene que actuar y, por lo tanto, tiene que aceptar esta tecnología que se enseña sobre los seres humanos.

Los cambios y avances no sólo se dan en el ámbito tecnológico o médico; también los conceptos tradicionales, como la vida, la muerte, la maternidad, la genética, etcétera, están sufriendo cambios importantes. Es por eso que no podemos separar la ética médica de la filosofía, en razón de que los médicos que ejercen la tecnología médica tienen un compromiso social, dado que deben tomar en cuenta los valores esenciales de cada persona, mismos que con el avance científico se llegan a olvidar.¹¹⁷

Ahora bien, si retomamos la pregunta ¿todo lo técnicamente posible es ética y jurídicamente lícito?¹¹⁸ La filosofía del derecho analiza y reflexiona sobre la causa y el fin último del derecho y del hombre.

Cuando reflexionamos en torno a la composición genética de la vida humana como el objeto jurídicamente tutelado, nos enfrentamos a las situaciones jurídicas modernas resultado de los avances científicos, como lo son la ingeniería genética, la fecundación artificial, la maternidad por sustitución y el uso de las nuevas técnicas de repro-

¹¹⁷ Kuthy Porter, José, Martínez González, Óscar y Tarasco Michel, Martha, *Temas Actuales de Bioética*. 1ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, pp. 1-20.

¹¹⁸ Palazzani, Laura, *Bioética y filosofía del derecho*, en José Kuthy Porter, *op. cit.*, p. 23.

ducción asistida, situaciones que requieren de una normatividad justa para estas nuevas situaciones.

Ya que no podemos considerar ningún acto impactante que no se encuentre regulado por el derecho, según Laura Palazzani, experta en filosofía y miembro del Consejo Nacional de Bioética italiano, la filosofía del derecho es la disciplina más adecuada para estudiar estos casos, dado que se plantea un estudio en dos niveles:

1. Analizar quién es el sujeto de derecho merecedor de protección (subjektividad jurídica), reflexionando sobre el concepto de persona, mismo que jurídicamente es el sujeto del derecho; y
2. Cómo traducir el derecho natural en normas concretas y operativas, que sean justas para responder a estas situaciones.¹¹⁹

La participación del derecho en la bioética es determinante, pues toda cuestión de bioética debe ser regulada por normas de derecho justas para todo ser humano. Para llenar estas lagunas jurídicas y legislativas, es necesario retomar las normas análogas del derecho nacional y ajustarlas a los nuevos problemas.

En la mayoría de los aspectos relacionados, el derecho se encuentra ubicado varios pasos atrás de la ciencia. Es necesario, pues, establecer la especificidad en las normas de carácter general y en las reglamentarias, para poder enfrentar las situaciones jurídicas que representa la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Ante la irrupción de los avances de la ingeniería genética y de la manipulación genética, nos enfrentamos a esta pregunta: ¿cómo atribuirle valores éticos a la ciencia?, pues hay que considerar que la medicina ha sido una disciplina que ha procurado mantenerse al margen de las emociones y los sentimientos, basándose únicamente en la comprobación y la crítica.

La ética y la ciencia son dos términos bastante difíciles de conceptualizar, pues hay que reconocer que los valores son un producto social, ya que cada grupo ha creído que ciertas conductas son “bené-

¹¹⁹ *Idem.*

ficas” para el grupo y “deben” ser observadas por todos y cada uno de los miembros del mismo, por lo que son reproducidas colectivamente y entonces el valor se convierte en una conducta normativa.

Empero la ciencia se entiende, en otro sentido, como “... un conocimiento exacto y razonado de ciertas cosas; conjunto de conocimientos fundados en el estudio; conjunto de conocimientos relativos a un objeto determinado”.¹²⁰ La ciencia es amor por el saber; es, como consecuencia, el fin de toda ciencia. Por ello la ciencia se reconstruye, porque ese amor por el saber, por conocer, es finalmente lo que permite que el ser humano se acepte.

Y hay cosas que las personas no deberían hacer, sino que ni siquiera deberían saber cómo hacerlo, y por eso consideran el afán del saber como un pecado de la soberbia. Estamos ante la presencia del problema del conocimiento prohibido.¹²¹

Dentro de las investigaciones genéticas existen éstas:

- Las de *terapia celular*: consiste ésta en insertar un gen que funcione bien en las células somáticas de un ser vivo;
- *La terapia de la línea genética*: ésta introduce un cambio en las células genéticas (reproducibles) de un individuo, con el objeto de modificar el conjunto de genes que pasan a los descendientes. Esta terapia se hace realiza para:
 - Evitar enfermedades. Este aspecto sí es aceptable.
 - Mejorar el carácter de las personas sanas. Este concepto es rechazado.

Ernesto Garzón Valdez¹²² explica que existen razonamientos que argumentan en contra del avance científico.

¹²⁰ García Pelayo, Gross Ramón, *Diccionario Larousse ilustrado*. 1ª Ed, España, Larousse, 1978, p. 216.

¹²¹ Garzón Valdez, Ernesto, “¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina? Valores éticos de la ciencia”, en Vázquez Rodolfo, *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*. 2ª. ed., México, ITAM-FCE, 1999, pp. 42-63.

¹²² *Idem*.

Primeramente establece que la ingeniería genética tiene muchos riesgos, por lo que debería prohibirse todo avance en esta área. Sin embargo, en contraposición con esta postura existe la idea de que al no permitir el desarrollo de la ciencia y la tecnología, entonces no se puede avanzar en contra de muchas enfermedades a las que los seres humanos estamos expuestos, no se podría proteger a la sociedad.

El segundo aspecto del que nos habla se refiere a que la terapia genética deje de ser aquella actividad preventiva y protectora de males para la sociedad, pasando a convertirse en una eugenética positiva que dé lugar a algún intento de producir hombres de raza y genes superiores.

Sin embargo, el manejo de los genes ha existido desde hace ya mucho tiempo y no hay un motivo de carácter ético y legal que prohíba manejar los genes para beneficio de la sociedad.

Otro argumento esgrimido a menudo habla de que el manejo genético se hace, en muchas ocasiones, sin el consentimiento del afectado, por lo que deberían prohibirse dichos actos. Pero aun así y con prohibiciones, la ciencia seguiría avanzando con o sin el consentimiento del afectado.

Un argumento más, aunque debatible, señala que en muchas de las investigaciones en materia genética se invierte para resolver problemas futuros, dando origen a la falta de soluciones para las acuciantes situaciones actuales; asimismo, con el manejo genético se empezaría a aspirar a producir una raza supuestamente “superior”, lo que iría en detrimento de los valores y dignidad del ser humano.

7.6 La adopción: su futuro ante las técnicas de reproducción asistida

Son varias las definiciones de *adopción* que se han formulado, desde aquellas que inspiraron el Código Francés donde veían a la adopción como “un contrato formal solemne”, hasta aquellos tratadistas que en el siglo XIX consideraron la *adopción* simplemente como un “contra-

to”, ya que en ese entonces las doctrinas políticas, sociales y económicas influían mucho.

Planiol considera a la *adopción* como “un contrato solemne sometido a aprobación de la justicia”, y con este sesgo tenemos a varios autores como Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Zachariae y Tronchet que tratan a dicha institución como un contrato y acto jurídico.

En Roma, la *adopción* es aquella institución de derecho civil cuya finalidad estriba en establecer determinadas relaciones de carácter agnático semejantes entre el *paterfamiliae* y el *filiusfamiliae*. De esta manera se introduce en la familia, o queda en la autoridad de su cabeza, una persona que en la mayor parte de los casos no tiene ningún tipo de parentesco cognático con él. La adopción de una persona *sui iuris* se llama “adrogación”. Por otra parte, la adopción de una persona *alieni iuris*, esto es, ajena a la rama consanguínea, es propiamente la *adopción*.

Había en la Roma imperial tres tipos de adopción: la *adoptio naturam imitatur*, donde el adoptante debía tener 18 años más que el adoptado, y la *adoptio* creaba los mismos impedimentos matrimoniales que la filiación natural. Aquí sólo se permite la *adoptio* a ancianos mayores de 60 años. Si un joven quiere tener hijos, que se case.

En la *adoptio plena*, el adoptante adquiere la patria potestad si el adoptado es mayor de edad. La *adoptio minus plena* tiene lugar cuando el adoptado no pierde sus derechos sucesorios en su antigua familia.

La *adrogatio*, por su parte, permite que un *paterfamiliae* adquiera la patria potestad sobre otro *paterfamiliae*; está caracterizado por los mismos requisitos de fondo que señalamos en el caso de la *adoptio*.

Por la *adrogatio* podía extinguirse eventualmente un culto doméstico; también podía ocurrir, como consecuencia, que una *gens* perdiera alguna rica *domus* a favor de otra *gens*, lo cual podía perturbar el equilibrio político en la antigua Roma.¹²³

La adopción se distingue de la filiación legítima y el reconocimiento de hijos naturales, pues la adopción es un vínculo de paren-

¹²³ Cfr. Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, pp. 200-203.

tesco artificial y la filiación legítima es la reafirmación de un vínculo natural preexistente no reconocido.

La adopción se establece entre personas ligadas o no por vínculos de sangre. La filiación legítima y reconocimiento de hijos sólo ocurre con personas unidas por un mismo lazo sanguíneo, y el acto le da eficacia civil. La adopción crea un vínculo y el estado civil por filiación legítima y reconocimiento de hijos es irrevocable.

En la adopción, el parentesco entre el adoptante y el adoptado y descendientes es civil; en esas condiciones se pueden extinguir o no las familias de uno y de otro; en contrapartida, en la filiación legítima y el reconocimiento de hijos el parentesco es completo.

La adopción es voluntaria, en tanto que el reconocimiento de hijos muchas veces es obligatorio.

7.7 Las formas de la adopción

Se puede hablar de tres formas de adopción: la *simple*, la *plena* y la *internacional*.

La adopción simple: en este tipo de adopción, el adoptado conserva sus lazos biológicos. Confiriendo al hijo el estado de hijo biológico, se crea un vínculo civil de primer grado en línea recta, pero no crea vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia biológica del adoptante, teniendo el adoptante todos los derechos y obligaciones sobre la persona y bienes del adoptado, como los padres respecto de sus hijos; y el adoptado tendrá ante sus adoptantes las mismas obligaciones y derechos que los hijos.

En esta adopción, el adoptado conserva los lazos consanguíneos con sus padres biológicos, menos la patria potestad, gozando de derechos y teniendo las mismas obligaciones, tanto con sus padres biológicos como con los adoptantes.

El adoptante da sus apellidos al adoptado, a no ser que existan causas específicas que no lo permitan, mismo que quedará asentado en el acta de adopción. Sin embargo, podrá agregar el suyo propio

a partir de los 18 años. Y en caso de herencia, hereda del adoptante como si fuera hijo consanguíneo, pero no hay derecho de sucesión con los familiares del adoptante.

La *adopción simple* es revocable bajo los siguientes supuestos: por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en la ley para impedir la sucesión; por haberse negado sin causa justificada; por petición justificada del adoptado mayor de edad; por acuerdo de las partes manifestado judicialmente; y cuando el adoptado fuere mayor de edad.

Cabe destacar que el 25 de mayo de 2000 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* la derogación de los artículos 402 al 410 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), derogando la sección segunda de la *adopción simple*.

La *adopción plena* (legitimación adoptiva) incorpora al adoptado a la familia del adoptante, adquiriendo el parentesco y todos los derechos y obligaciones tanto para herencia como para alimentos de hijo consanguíneo.

Pierde el adoptado todo vínculo con los padres biológicos, por lo que el parentesco deja de ser civil para pasar a ser consanguíneo, con los apellidos de adoptante.

La *adopción internacional*: es la que promueven los ciudadanos de otro país con residencia habitual fuera del país, y cuyo objeto es integrar a su familia a un menor que no pueda encontrar familia en su país de origen.

Esta adopción se registrará conforme a los tratados internacionales que México haya signado y dicha adopción será plena y se registrará conforme a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal.

Las *partes que intervienen en la adopción*: participan las personas que ejerzan la patria potestad y quienes tengan que dar el consentimiento a quien pretende adoptar. En este caso:

- a) si no existe persona alguna, serán las instituciones de asistencia social públicas o privadas;

- b) el Ministerio Público como representante de los intereses de la sociedad;
- c) cuando no exista persona que proteja al menor, el adoptante, que puede ser hombre o mujer, cónyuges o no, nacionales o extranjeros con residencia nacional; o fuera del territorio cuando se tratare de una adopción internacional. Las personas adoptantes deberán ser capaces y en pleno uso de sus derechos, mayores de 25 años, que tengan buena salud, de costumbres aceptables y con los recursos económicos suficientes para la educación y el cuidado del adoptado. El adoptado, si es mayor de edad para dar su consentimiento; de lo contrario, no puede comparecer a juicio.
- d) El juez de lo familiar, quien dicta la sentencia de adopción¹²⁴.

La finalidad y principios que inspiran la adopción no han sido iguales en todas las épocas, ya que, por ejemplo, en la antigüedad era de índole religiosa o política, incluso de índole guerrera o aristocrática. En la actualidad puede enfocarse a fines altruistas y filantrópicos, en los cuales un niño huérfano adquiriría un desarrollo familiar, psicológico y emocional.

Muchos países han introducido esta institución a sus leyes con una doble intención: una por su aspecto social, y la otra por el interés del Estado moderno, mismo que no es pasivo como en la época del liberalismo, sino que hoy interviene más, dirigiendo y legislando las relaciones particulares, así como velando por el bien del pueblo.

Otra finalidad de la adopción es la integración familiar, cuando un matrimonio no puede tener hijos por motivos como la incapacidad de procrear de algunas de las partes, o por motivos personales. Ésta es la idea en la que las legislaciones modernas se han inspirado.

La adopción es una institución jurídica que se ve amenazada de desaparición ante la práctica de las técnicas de reproducción asistida, pues el hecho de optar por estas técnicas no sólo otorga la certeza de

¹²⁴ La adopción se encuentra regulada en nuestro Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, en el Libro Segundo.- Familia; Capítulo Noveno; en los artículos del 578 al 596; y en el Código Civil para el Distrito Federal, del artículo 390 al 410.

“perpetuar el parentesco de una persona”, sino que a pesar de su costoso tratamiento, es mucho menos complicada que solicitar la adopción de un menor, pues aún y cuando la adopción supone un juicio sumario en jurisdicción voluntaria, el procedimiento es tardado y lleno de requisitos.

Los requisitos se pueden resumir así: “se pueden adoptar los mayores de edad, en pleno ejercicio de sus derechos, satisfaciendo los requisitos legales, que tengan más de 16 años que el menor sujeto a adopción; pueden adoptarse los menores expósitos y los declarados abandonados; cuando el menor tenga más de 6 años, se le debe informar ampliamente y obtener su consentimiento”.¹²⁵

Los cónyuges pueden adoptar, siempre y cuando consideren como hijo al adoptado (art. 580 Código Civil del Estado de Puebla), nadie puede ser adoptado por más de una persona (art. 581 del CCEP), el tutor no puede adoptar al pupilo o al mayor incapacitado que estuvo bajo su tutela, sino después que haya comprobado definitivamente las cuentas (art. 582 CCEP).

Para efectuarse la adopción, se necesita el consentimiento de: los que ejerzan la patria potestad sobre el menor a adoptar, el tutor del que se va a adoptar (art. 583 CCEP); los menores de edad no sujetos a patria potestad ni a tutela legítima, por no tener padres, abuelos, parientes, conocidos, o que hayan sido abandonados por éstos o que no acepten la tutela (art. 679 CCEP), o el Ministerio Público, conforme a lo establecido por el artículo 681, que expresa que “el Estado se encargará de los menores arriba mencionados; y que el menor que se quiere adoptar, tenga 14 años”.

Si el tutor, el Ministerio Público o los menores de edad no sujetos a patria potestad ni a tutela legítima, por no tener familiares, sin causa justificada no dan su consentimiento para la adopción, el juez podrá suplir dicho consentimiento, cuando sea conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado.

¹²⁵ *Cfr.* Código Civil para el Distrito Federal, México, Porrúa, 20014. Artículos 390 al 410.

“La resolución judicial que apruebe la adopción, contendrá la orden al juez del Registro del Estado Civil correspondiente, para que haga la anotación al margen en el acta respectiva; asimismo ordenará que se remita oficio, con copia certificada de la misma al juez del Registro Civil de su jurisdicción para que éste haga la inscripción en el libro correspondiente la nueva acta, debiendo comparecer los adoptantes, proporcionando los datos necesarios dentro del término de 30 días” (art. 585 CCEP).

Por los requisitos anteriormente expuestos, tal parece que las técnicas de reproducción asistida facilitan estos trámites. Sin embargo, nos encontramos ante el hecho real de que dichas técnicas no están específicamente establecidas en la ley civil.

Pensamos que es necesario especificar dentro del Código Civil del Estado de Puebla, en materia familiar, las técnicas de reproducción asistida y pensar en una reglamentación específica para cada una de ellas.

No pretendo oponerme a la existencia de la adopción, figura noble de nuestra ley, pero sí es necesario legislar en esta materia. Opinamos que mejorar el procedimiento de la adopción en Puebla evitaría todos los problemas que surgen de las formas de fertilización asistida, maternidad sustituta, inseminación y clonación, así como previniendo abortos innecesarios que ponen en riesgo la vida de la madre y de la criatura.

Sin embargo no podemos frenar el avance científico-tecnológico, por lo que tenemos que visualizar, tratar, conocer y legislar sobre los avances que en materia de reproducción estamos viviendo.

Por ejemplo, si quisiéramos legalizar el acto de la maternidad por sustitución, se podría considerar que el hijo biológico de la madre que lo llevó en su vientre durante nueve meses, al entregarlo a una mujer diferente para su crianza lo podría hacer mediante la adopción posterior (una vez ya nacido el hijo), como se ha manejado este acto para darle legalidad, sin hacer caso omiso de los convenios realizados con anterioridad en los que se pagó el préstamo del vientre.

Todo esto en los supuestos en que el hijo hubiese nacido en perfectas condiciones de salud y que ninguna de las partes hubiese dado marcha atrás al trato realizado, sin que medie dinero de por medio.

Pero esto es imposible, pues el supuesto contrato pactado sería ilícito por su causa, ya que el cuerpo humano no es un bien. Es decir, no es una cosa que esté dentro del comercio, y por lo tanto no puede ser objeto de contrato.

La mujer que alquila su cuerpo está atentando contra su integridad física. Dicho acto entraría en el ámbito penal, pues no se permite la compraventa de menores, ni tampoco el abandono de los mismos.

Así, al ser nulo el contrato no se podrá exigir su cumplimiento y lo que se haya entregado como remuneración no será exigible. En cuanto a la filiación para el niño nacido, ésta será determinada por las normas legales.

La adopción, a diferencia de Roma, hoy se presenta como una institución noble del derecho de familia que permite dar un hogar a los menores abandonados. Sin embargo, el procedimiento que en materia de jurisdicción voluntaria se realiza, en lugar de facilitar la tutela del menor presenta un obstáculo, por los requisitos que a manera de prueba se presentan.

Ahora bien, no pretendo con esto echar por la borda toda la investigación realizada, sino con esta afirmación establecer que no podemos prescindir de instituciones familiares que son base en nuestro propio derecho civil. Más bien podemos incluir en nuestro código civil, o en el familiar, lo referente a la reproducción asistida y el papel que tendría la adopción ante estas prácticas.