



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO
DE HIDALGO

INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

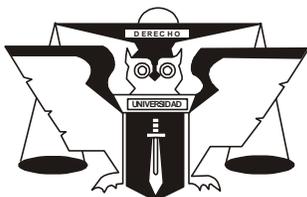
“PROPUESTA DE INICIATIVA PARA LEGISLAR EN
EL AMBITO PENAL LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA
HUMANA CON MATERNIDAD SUBROGADA EN EL
ESTADO DE HIDALGO”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

P. D. D. FRANCISCO CONTRERAS ALMARAZ



PACHUCA DE SOTO HIDALGO

DICIEMBRE 2010.

“Hay hombres que luchan un día y son buenos, otros luchan un año y son mejores, hay quienes luchan muchos años y son muy buenos, pero están los que luchan toda la vida, y esos son los Imprescindibles”

Bertolt Brecht

ÍNDICE	página.
I. RESUMEN	1
II.INTRODUCCIÓN	3
III. ANTECEDENTES	5
IV. MARCO TEÓRICO	12
4.1.- CONCEPTO	12
4.2.- Desarrollo histórico en el marco jurídico penal de la reproducción asistida humana con maternidad subrogada	12
4.3.- Conceptos de la reproducción asistida humana con maternidad subrogada y sus tipos	19
4.3.1.- Derecho I	22
4.3.2.-Histori a de la bioética Relación Medico Paciente	22
4.3.3 Reproducción Humana	22
4.3.4.- Antropología Filosófica	22
4.3.5.- Ética	23
4.3.6.- Derecho II	23
4.3.7.- Derecho Canónico	23
4.4.-Genoma Humano aspectos éticos y Jurídicos de las técnicas de ingeniería genética	24
4.4.1.-terapia genética: células somáticas y células germinales	37
4.4.2.-terapia genética y diagnostico preimplantorio	38
4.4.3.- clonación reproductiva y terapéutica	39

4.5.-Análisis de los tipos de la reproducción asistida humana y maternidad subrogada	39
4.5.1.-Sujetos	40
4.5.2.-Objetos	41
4.6.-Clasificación según el tipo de reproducción asistida humana y maternidad	
Subrogada	41
4.6.1.-Inseminación Artificial	46
4.6.2.- Hiperestimulación Ovárica Controlada	47
4.6.3.-Perfusión Espermática a oviductos	48
4.6.4.-Fertilización In Vitro	48
4.6.5.-Transferencia Intrauterina de Gametos y Embriones	48
5.-Tipos de Maternidad Subrogada	50
5.1.-Subrogación Total	50
5.2.-Subrogación Parcial	51
5.3.-Subrogación Comercial	51
6.-Causas de Justificación de la Reproducción Asistida Humana y Maternidad	
Subrogada	52
6.1.- Noción del estado de necesidad	53
6.2.- Elementos del estado de necesidad	55
6.3.- Casos específicos del estado de necesidad	57
7.-Importancia de la legalidad de la reproducción asistida humana con maternidad subrogada	58

7.1.- Importancia desde el punto de vista médico	58
7.2.- Importancia desde el punto de vista psicológico	58
7.3.- Importancia desde el punto de vista Jurídico	59
7.4.- Importancia social	64
8.- Propuesta de iniciativa para elegir en el ámbito penal la reproducción asistida humana con maternidad subrogada en el estado de Hidalgo	65
8.1.- Exposición de motivos	65
8.2.- Fundamentación	67
8.3.- Propuesta	69
8.3.1.-Capitulo único disposiciones generales	69
8.3.2.-titulo segundo de la maternidad subrogada capitulo único de las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica de la maternidad subrogada	72
8.3.3.-titulo tercero del instrumento de la maternidad subrogada capítulo primero de la formalidades del instrumento de la maternidad subrogada	74
8.3.4.-Capitulo segundo del certificado de nacimiento	76
8.3.5.-Capitulo tercero del registro y control de nacimientos de los menores nacidos mediante la maternidad subrogada	77
8.3.6.- Titulo cuarto de la nulidad y las sanciones de la maternidad subrogada capítulo primero de la nulidad de la maternidad subrogada	77
8.3.7.-capitulo segundo de las sanciones en relación con la maternidad subrogada	78

V.-MARCO JURÍDICO	80
VI. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	83
VII. HIPÓTESIS	84
VIII.-DONDE SURGE Y SU ORIGEN	85
IX. JUSTIFICACIÓN	86
X.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	91
XI.- OBJETIVOS	92
XII. CONCLUSIONES	93
XIII. ANEXOS	96
XIV. BIBLIOGRAFÍA	101
XV. GLOSARIO	103

“PROPUESTA DE INICIATIVA PARA LEGISLAR EN EL ÁMBITO PENAL LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA CON MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO DE HIDALGO”

I. RESUMEN

Con el objetivo de proponer una iniciativa para legislar en el ámbito penal la reproducción asistida humana con maternidad subrogada en el estado de Hidalgo, se considera que los legisladores deben analizar sus políticas públicas, ya que son responsables políticamente; Lo que nos queda es esperar que la mayoría de la cámara de diputados apruebe y de cabida a una iniciativa de ley en el Marco Jurídico Penal de la reproducción asistida con maternidad subrogada es importante plantear que el problema de definir políticas públicas penales y elaborar un contrato en el campo de la salud es que los ciudadanos “no sabemos hablar de salud” qué, por otro lado, se concibe de formas muy distintas en cada cultura. Al respecto la bioética es histórica y temporal, no absoluta. El derecho recoge los valores de cada sociedad en un momento dado, si los valores cambian; las leyes cambian; por eso “con el tiempo estoy seguro de que se permitirá o se elaborara una iniciativa de ley en el marco jurídico penal de la reproducción asistida humana con maternidad subrogada en el estado de Hidalgo.

En relación a este panorama contextual y a la necesidad de una respuesta jurídica al respecto, consideramos necesario realizar un estudio profundo de la maternidad, por cuenta ajena, en relación con nuestra realidad social, cultural y aún legal para poder en un momento determinado proponer una alternativa de legislación al respecto, con base en el análisis previo de estos elementos. Es así como se ha elaborado este trabajo, que consiste en cuatro apartados, en los cuales se encuentra en primer lugar un acercamiento general en torno a la problemática de la infertilidad y la esterilidad, apuntando, por supuesto, la diferencia entre ambas; posteriormente presenta el marco jurídico existente en nuestro país, en torno al llamado derecho a la reproducción, que se consagra constitucionalmente, así como de la regulación existente en otros cuerpos

legislativos secundarios, como lo serían la Ley General de Salud y alguno de sus reglamentos, el Código Civil y Penal, ambos para el Distrito Federal, así como el caso peculiar de Tabasco que incorporó una serie de reformas a su código civil. El apartado 3º, de este trabajo, tiene la intención de mostrar la realidad social actual, en nuestro país de la técnica reproductiva denominada maternidad por cuenta ajena o "alquiler de útero", con el propósito de poder valorar la necesidad real de ser legislada o no. De tal manera que presentamos, a la luz del derecho civil mexicano, el acierto o el error de considerar al acuerdo de voluntades que da origen a la realización de esta práctica reproductiva como un contrato patrimonial. Por último, en el apartado cuarto de la presente investigación, concluimos el desarrollo de este trabajo con una propuesta legislativa en relación a la maternidad sustituta, a la luz del sistema jurídico mexicano y en aras de contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país, en relación al tema particular.

II. INTRODUCCIÓN

Es necesario que el estudio del derecho penal realice una iniciativa de ley en la reproducción asistida humana con maternidad subrogada para tener un fin común. Es de suma importancia la presentación de este tema, el cual es actual y novedoso, ya que la reproducción asistida humana con maternidad subrogada no se cuenta legislada en el estado de Hidalgo. Ya que no se cuenta aun contemplado sobre el tema. Nuestras leyes tienen muchos vacíos por llenar en materia de bioética. Existe un Reglamento de Investigación en Salud de tipo Científico, que da lineamientos sobre cómo debe hacer una investigación y cómo tratar a las personas involucradas en dicho proceso. La ley procura también el consentimiento informado del paciente, sobre cualquier intervención que se le vaya a practicar. La legislación mexicana no contempla aun procedimientos que la tecnología ya ha desarrollado, por ello, es necesario crear el INMG (Instituto Nacional de Medicina Genética) e incorporar el concepto de genoma humano en la Ley General de Salud hay que reflexionar sobre la conveniencia o no de vincular la bioética de los derechos reproductivos. Por su parte, Arnoldo Krause reflexionó sobre el problema fundamental que implica que haya muchas bioéticas. El “apellido laico”, dijo, es fundamental tanto hablar de ética como de bioética. Recalcando prueba de temporalidad de la ética es que la preocupación por el binomio “ética medicina” inicia después del nazismo. Por lo que se replantea la pregunta sobre las iniciativas de ley ¿van a quedarse en la “congeladora”? ¿Qué podemos esperar de la legislatura entrante? En ese mismo sentido es de preguntarse ¿Cuáles son los elementos a tomar en cuenta para impulsar leyes en nuestro tema de trabajo marco jurídico penal de la ley es así como hemos elaborado este trabajo, que consiste en cinco apartados, en los cuales se encuentra en primer lugar un acercamiento general en torno a la problemática de la infertilidad y la esterilidad, apuntando, por supuesto, la diferencia entre ambas; posteriormente presentaremos el marco jurídico existente en nuestro país, en torno al llamado derecho a la reproducción, que se consagra constitucionalmente, así como de la regulación existente en otros cuerpos

legislativos secundarios, como lo serían la ley general de salud y alguno de sus reglamentos, el código civil y penal, ambos para el Distrito Federal, así como el caso peculiar de Tabasco que incorporó una serie de reformas a su Código Civil. El apartado tercero, de este trabajo, tiene la intención de mostrar la realidad social actual, en nuestro país de la técnica reproductiva denominada maternidad por cuenta ajena o "alquiler de útero", con el propósito de poder valorar la necesidad real de ser legislada o no. De tal manera que presentamos, a la luz del derecho civil mexicano, el acierto o el error de considerar al acuerdo de voluntades que da origen a la realización de esta práctica reproductiva como un contrato patrimonial. Por último, en el apartado quinto de la presente investigación, concluimos el desarrollo de este trabajo con una propuesta legislativa en relación a la maternidad sustituta, a la luz del sistema jurídico mexicano y en aras de contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país y en nuestro estado de Hidalgo en relación al tema particular.

III. ANTECEDENTES

EVOLUCIÓN Y CONCEPTOS DEL MARCO JURÍDICO PENAL DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA CON MATERNIDAD SUBROGADA

Breve antecedente de propuesta para legislar en el ámbito penal la reproducción asistida humana con maternidad subrogada.

En este capítulo daremos a conocer una reseña de los antecedentes históricos sobre el marco jurídico penal de la reproducción asistida humana con maternidad subrogada, así como sus tipos y comparativa en los diferentes países y tener un mayor conocimiento del tema y tener un concepto más exacto del marco jurídico penal de la reproducción asistida humana con maternidad subrogada. En el supuesto jurídico en que el estado contemplara la reproducción asistida, como medio de actualizar el derecho de organización y desarrollo de una familia, sería pertinente cuestionarnos en qué sentido debiera regularse el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, pues para esto debe contemplarse las consecuencias que cada una de ellas encierra, y en particular la subrogada. En caso de que el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, por parte de las personas estériles o infértiles, no se permitieran dentro de este esquema de protección a la organización y desarrollo de la familia, se contravendría lo dispuesto por el artículo 1º constitucional, el cual establece: “ *que todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta constitución.*”²⁶ diversos doctrinarios, como Xavier Hurtado Olivier consideran que si no se permitiera a las parejas Infértiles o estériles, organizar y desarrollar una familia, por los medios que ellos consideren pertinentes, según el avance de las técnicas de reproducción humana asistida, sería necesario que tal restricción se diera por medio de una sentencia judicial que así lo determinara como lo dispone el artículo 14º constitucional en su segundo párrafo, el cual establece que, “*nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales...*”²⁷ El artículo 4º constitucional garantiza, además, un derecho a la protección de la salud, originando con esto

la obligación del estado a propiciar la existencia de instituciones de salud que presten el servicio de atención médica a la población que sufre una enfermedad o bien que quiere prevenir un padecimiento o alteración en la salud. Si se toma en cuenta el punto de vista médico, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, encontramos que se considera a la esterilidad o infertilidad humana como una enfermedad de nuestro tiempo, la cual debe ser seriamente contemplada en las políticas de salud de los estados modernos, cabría entonces reflexionar sobre la responsabilidad que tendría el estado mexicano de posibilitar en sus diferentes técnicas de reproducción humana asistida, como forma de garantizar que el ciudadano infértil o estéril pueda tener acceso a la reproducción biológica.²⁸ De lo anterior, observamos que el ordenamiento constitucional en cita, deja la puerta abierta a la interpretación en torno al uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, que se inclinará a favor o en contra de ellas, sea el punto de vista que las trate, hecho que propiciará sin duda arduos debates al respecto, de lo cual se hace necesaria una especificación mayor en cuanto al alcance y límite del derecho a la organización y desarrollo de una familia, así como el de la libre elección y espaciamiento de los hijos, debiéndose asimismo determinar si la infertilidad o esterilidad entran dentro de la política de salud del estado, porque de ser así, habría que garantizar por parte del estado el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Existen otros ordenamientos jurídicos que hacen referencia expresa a diversas técnicas de reproducción humana asistida, como la Ley General de Salud, que es la Ley que se deriva del artículo 4º obligación del estado de la prestación de los Servicios de Salud, nos habla de la planificación familiar y de la coordinación de la investigación para la salud de los humanos lo cual nos lleva a preguntarnos si las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran dentro de este esquema de apoyo para la planificación familiar, y de investigación para la salud, pues éstas se refieren a lograr la reproducción humana de manera consciente, por parte de los progenitores, elementos que en esencia implican una planificación familiar,

concepto que es recurrente en el artículo 27, fracción quinta, de esta ley, así como en los artículos 67, párrafos primero y segundo, y 68 de la misma.²⁹

Otro concepto que nos parece interesante de esta ley, es lo que dispone en torno a la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos, disposición que se amplía en el título quinto de esta ley en sus artículos 96 al 100, los cuales nos hablan expresamente de la investigación sobre la ingeniería genética, la lectura de estos artículos podemos inferir que en realidad las técnicas de reproducción humana asistida, no son del todo ajenas en nuestro sistema jurídico mexicano, sólo que se les contempla de manera muy genérica.³⁰ En un momento dado pueden ser utilizadas como parámetros de referencia para delimitar y conformar un proyecto legislativo sobre el uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, toda vez que nos habla en torno a los procedimientos de donación de diversos órganos y su control sanitario. Llama nuestra atención también lo dispuesto por el reglamento de la ley general de salud, en materia de investigación para la salud, lineamientos y principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud. Este reglamento se da a la tarea de puntualizar en sus nueve títulos, diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo materia de nuestro estudio en particular, el título segundo en su capítulo cuarto, el cual se refiere a la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos y de la fertilización asistida, de la cual encontramos referencia expresa en el capítulo cuarto, del título segundo de este reglamento, que abarca los numerales cuarenta a cincuenta y reproducción humana asistida, en nuestro país, consideramos pertinente puntualizar que, de alguna manera, son las legislaciones sustantivas civiles y penales del Distrito Federal y del estado de Tabasco, las que van marcando la pauta en cuanto a la poca legislación que en la materia existe, y por ende, son estas legislaciones en las que encontramos disposiciones más expresas en materia de reproducción

asistida y de las implicaciones que en diferentes figuras jurídicas de derecho familiar, civil y aún penal.

3.1 COMPARACIÓN DEL CÓDIGO DE SEGURIDAD Y LEGISLACIÓN EN PAÍSES EUROPEOS.

Legislación en países europeos.

En los distintos países europeos existen diferentes tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida; algunos se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y normativas. Por último, existen países que tienen una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria, como es el caso de Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra, Alemania y Francia. El enunciado de las leyes correspondientes es el siguiente:

1. FRANCIA:

Código de Seguridad Social.

Ley relativa al respeto del cuerpo humano.

Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994).

2. GRECIA

Ley 1329 de 15/febrero/1983 se regula la paternidad en caso de consentimiento del esposo de la inseminación artificial del cónyuge.

3. PAÍSES BAJOS

Código civil la acción de desconocimiento de la paternidad se rechaza mediante consentimiento del marido a la concepción artificial.

4. PORTUGAL

Decreto Ley Nº 496/77 de 25 de noviembre/1977 el marido que consiente la inseminación artificial no puede negar la paternidad.

Código penal de 23/agosto/1982 Art.214: quienes practiquen I.A a una mujer sin su consentimiento, serán castigados con prisión de 1 a 5 años.

La acción penal sólo se inicia por denuncia personal.

Ley sobre educación sexual y planificación familiar N°3/84 de 24/marzo/1984

El estado mediante centros especializados avalará los tratamientos de esterilidad y desarrollará los estudios y prácticas de la I.A.

5. SUECIA

Ley N° 1139 sobre la inseminación artificial de 20/diciembre/1984 Ley Sobre la Fecundación in Vitro (1988).

Si la I.A. realizada en la madre, lo es con consentimiento de su esposo o concubino bajo condiciones maritales, el concebido será reputado como su hijo.

Ley sobre Inseminación N°1140 de 20/diciembre de 1984.

Se define a la inseminación como la introducción del semen a la mujer por medios artificiales.

La inseminación sólo se realizará bajo la condición de que la mujer esté casada o en relación de concubinato, debiendo en este último caso obtener el consentimiento escrito del hombre.

La inseminación con espermatozoides de hombre diferente al esposo o concubino sólo se realizará en hospital estatal bajo la supervisión de especialista en ginecología y obstetricia.

6. REINO UNIDO

“Surrogacy arrangements.act.1985” de 16/julio/1985

7. BULGARIA

Código de familia de 18/mayo/1985.

La maternidad se determina con el nacimiento. Similar criterio se aplica al concebido con material genético de otra mujer.

El desconocimiento de la paternidad no se admite en el caso de I.A. si mediara consentimiento escrito del esposo.

8-EX-CHECOSLOVAQUIA

Ley de Familia-Ley nº 132 de 10/noviembre/1982.

La paternidad no puede negarse si el niño nace entre los 180 y 300 días posteriores a la IA, si mediara consentimiento del esposo.

9. HUNGRÍA

Ley de 1974

Se aplican los criterios expuestos para Bulgaria y Checoslovaquia

10. EX-YUGOSLAVIA

Ley de 27 de abril de 1978 El derecho humano a la libre decisión sobre el nacimiento de un niño puede limitarse en caso de propósitos sanitarios.

Normas penales se establece una multa de 2.000 a 10.000 dinares a las organizaciones médicas si:

Practican esterilizaciones, abortos o I.A., no autorizados; revelan secretos sobre la identidad del donante de semen, la mujer inseminada o su esposo.

11. DINAMARCA

Ley sobre el establecimiento de un consejo ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos (1987).

12. NORUEGA

Ley sobre fertilización artificial (1987)

Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina (1994).

13. ESPAÑA

Ley sobre técnicas de reproducción asistida.

Ley sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (1988).

14. ALEMANIA

Ley sobre protección del embrión humano (1990).

15. INGLATERRA

Ley sobre fertilización humana y embriología (1991).

NORTE AMÉRICA

1. CANADÁ

Código civil de Québec.

No se admite el desconocimiento de la paternidad sobre el concebido a través de la I.A. mediante consentimiento. Children`s Act. of Yukon -igual concepto.

2. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Federal Regulations Code of Federal Regulations

Se aplica a todas aquellas actividades que comprenden o donde se involucran:

- a) Fetos
- b) Mujeres embarazadas
- c) Fecundación in vitro

ESTADO DE ILLINOIS

Ley y procedimiento criminal.

Toda persona que intencionalmente provocara la fertilización de un huevo humano con espermatozoos fuera del cuerpo femenino, deberá hacerse cargo del concebido.

AUSTRALIA

Victoria Infertility Act.1984 N° 10163 procedimientos prohibidos:

- a) Clonación
- b) Procedimientos con gametos humanos fertilizados por gametos animales.
Pena: prisión por 4 años.
- c) Congelación de embriones.

LIBIA

Código Penal ley de 28/10/1971

El que aplique I.A a una mujer sin su consentimiento será castigado con pena de prisión de hasta 10 años, con su consentimiento hasta 5 años.

La mujer que consienta la I.A. o se la practique a sí misma, será castigada

El marido será castigado con la misma pena si consintiera a I.A.

Consideramos de interés el análisis comparativo de los puntos más relevantes de dichas legislaciones.

IV. MARCO TEÓRICO

4.1 CONCEPTO

Tratándose de la reproducción humana, los términos infertilidad y esterilidad, muchas veces son utilizados por la mayoría de nosotros como sinónimos, porque al final de cuentas implican que una pareja no logra conseguir la propia reproducción, pero que en un lenguaje médico exacto, denotan cosas totalmente distintas, razón por la cual, a continuación daremos los conceptos de cada uno de estos términos de manera particular. Por pareja estéril se entiende a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia.¹ El especialista mexicano *Efraín Pérez Peña* abunda un poco más en torno al concepto de esterilidad, enunciándola como la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva.²

4.2 DESARROLLO HISTÓRICO EN EL MARCO JURÍDICO PENAL DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA CON MATERNIDAD SUBROGADA MÉXICO

La reproducción asistida en México hoy, aproximadamente 2.3 % de mexicanas y mexicanos padecen infertilidad y un gran significativo de ellos requiere algún Tipo de tratamiento para lograr la procreación fuente Instituto Nacional de Perinatología y Medicina Reproductiva. La gran mayoría de esta población no tendrá hijos debido a numerosas barreras que impiden su acceso a médicos especializados en técnicas de reproducción asistida (TRA) En 1988 nació Andrea, la primera bebe concebida en territorio mexicano, por transferencia de gametos (GIFT) la difusión de la noticia en torno a las condiciones que permitieron el nacimiento de Andrea, genero respuestas muy variadas, para miles de personas infértiles, Andrea reemplazo la esperanza renovada de poder

ser padres y madres; algunos legisladores manifestaron públicamente desaprobación, al igual que miembros de la iglesia católica; la comunidad médica adoptando posturas de escepticismo y rechazo, o bien vislumbrando un nuevo desarrollo en la medicina en México. Tras el nacimiento de Andrea Quienes en 1988 auguraron el desarrollo de un nuevo avance en la práctica médica, tuvieron razón, actualmente operan en México 15 centros que trabajan con infraestructura tecnológica y los recursos humanos necesarios para la aplicación de las TR año 2000 enorme reto para la legislación. La nueva realidad científica - médica ha superado todo lo que se hubiera podido prever en las leyes. La ciencia jurídica debe afrontar múltiples interrogantes relativas a las nuevas estructuras familiares, que surgen a partir de la donación de gametos y de la contratación de madres sustitutas o subrogadas; a la disposición final de gametos y embriones, y en general, a las nuevas condiciones sociales y familiares que genera La asistencia reproductiva. En 1933, los estados totalitarios imponían el ideal de la arianización legalizando las técnicas de esterilización de quienes sufrían enfermedades congénitas para impedir la transmisión de taras a las generaciones siguientes. Los débiles mentales congénitos, esquizofrénicos, maniaco depresivos, epilépticos, quienes padecían el mal de Huntington, sordos, ciegos y los malformes, fueron llevados a los servicios médicos del estado para ser sometidos a los procedimientos de esterilización "voluntaria" cumpliendo la política del régimen como deber sagrado del estado. En esa década, la justificación política del totalitarismo adecuó el derecho para hacer legal lo impensable. Tribunales formados por un juez, médicos y "especialistas" en cuestiones raciales, se allegaron de las pruebas para fallar sobre la esterilización de las personas "inferiores" que cobró 400, 000 mil víctimas al final de la segunda guerra mundial. Otros métodos fueron justificados por esta política de estado. Los capítulos más vergonzosos para la humanidad fueron los relativos a la eugenesia. La sistematización jurídica positivizó las normas para acabar con la indignación creciente de la sociedad que veía cómo sus derechos y recursos eran dilapidados al mantener a personas "indeseables": las vidas sin valor, los impedidos, los antisociales y

los enfermos mentales degenerados. No es desconocido el resultado de esta legalización racista. Millones fueron llevados a los laboratorios y hospitales para ser objeto de experimentación y, en consecuencia, a la muerte por el bien de la colectividad. Detrás estaba una bien formada propaganda que influyó en el público para legitimar la necesidad de acabar con “los individuos no humanos” que amenazaban y ponían en peligro a la especie y al estado. Setenta años después condenamos estos hechos. Los crímenes contra la humanidad son indiscutibles y sería necio rechazar que, en nombre de la ideología y del estado, la política y el derecho fueron usados para exterminar a millones de seres humanos. En consecuencia, las naciones unieron esfuerzos y proclamaron declaraciones universales para promover la defensa de la vida y de los derechos humanos clamando el “Nunca jamás” que desterrara para siempre los horrores cometidos en la pasada guerra mundial. Nuestros conocimientos relativos a la reproducción humana y a las técnicas de la reproducción asistida han avanzado notablemente para mejorar la calidad de vida. La ciencia ficción se ha hecho realidad, hoy se logra mapear el genoma humano que servirá, en el futuro, para la erradicación de las principales enfermedades que son causa de mortalidad. Clonación, reproducción asistida, fecundación in vitro... son nuevos términos que se cuelan en nuestro vocabulario poniendo en la mesa dilemas morales. Como nunca, las exigencias de los estados modernos reclaman la necesidad de legislaciones coherentes y respetuosas de la vida y de la dignidad humana ante las nuevas técnicas que escrutan las profundidades de la naturaleza humana. El secularismo y las revoluciones culturales e ideológicas del siglo pasado nos han puesto en una coyuntura interesante y dolorosa. Aún cuando nos sigue provocando escándalo los crímenes de lesa humanidad instigados por los totalitarismos, asistimos a otras formas sutiles y paradójicas que atentan contra la dignidad de las persona para favorecer el utilitarismo y los actos de comercio onerosos. Uno de estos es la maternidad subrogada conocida también como “préstamo de vientre” “alquiler de vientre” o “maternidad de alquiler” creando problemas morales y jurídicos que han provocado su rechazo general. *El adagio latino*

mater semper certa est considera el principio por el que se comprueba la maternidad y la identificabilidad con la persona que la madre da a luz; era impensable que la madre no fuera otra sino la “genética” estableciendo lazos de filiación con las consecuencias de derecho protegiendo al nacido que, por evidencia del parto, no hiciera necesario el reconocimiento materno posterior; sin embargo, las técnicas de inseminación artificial o la fecundación in vitro van contra la certeza de la maternidad genética por lo que, en eventuales conflictos, los jueces tienen que resolver teniendo en cuenta filiaciones por afecto, por la voluntad o por la intención de la madre subrogada que presta sus entrañas para llevar a cabo una gestación con donación de gametos que no coincidirían con su patrimonio genético. La desafortunada izquierda del partido de la revolución democrática en la asamblea Legislativa del Distrito Federal presentó una iniciativa que suscita más dudas que beneficios jurídicos. El 26 de noviembre de 2009, la diputada Maricela Contreras Julián, presidenta de la comisión de salud y asistencia, puso a consideración un proyecto de regulación de maternidad subrogada sin fines de lucro. El decreto de ley de maternidad Subrogada del Distrito Federal, entre otras cosas, legalizaría el alquiler de vientres de mujeres que, por ocasión única, presten su útero y permitan la gestación de embriones de terceros ajenos a ella, escindiendo sexualidad de reproducción, bajo el argumento del amor y la solidaridad a las parejas que no pueden concebir hijos, esgrimiendo la protección y la garantía de los “derechos reproductivos” tutelados en la constitución. Cosa contraria a la aprobación del aborto, la iniciativa de Contreras Julián pugna por la defensa de los derechos de la mujer para ser madre, como afirmó la legisladora en la sesión del 26 de noviembre de 2009: “Las mujeres que por una condición biológica y también los hombres que se encuentren imposibilitados para la maternidad o la paternidad para llevar a término un embarazo, saben que este hecho se puede convertir en un obstáculo y que puede menguar incluso aspectos muy importantes de su vida”. La prensa informó que el dictamen del proyecto está listo para ser discutido en comisión a finales del mes de abril de 2010. Después de haber realizado foros de análisis sobre la subrogación, los magistrados del tribunal

superior de justicia del Distrito Federal dieron su apoyo a la maternidad subrogada porque, según ellos, combatiría la renta clandestina de vientres suponiendo, por otro lado, la retribución económica a la mujer rentada. Para ser coherentes con las reformas relativas al aborto, se podría permitir la interrupción del embarazo dentro de las doce semanas y, por otro lado, la realización de actos jurídicos o contratos entre las partes para llevar a cabo la implantación de gametos en las mujeres dispuestas a subrogar el claustro materno. Según se afirmó, la iniciativa de ley no aplicaría a los matrimonios de personas del mismo sexo; sin embargo, una característica de cualquier legislación es la generalidad. Consecuencia de las reformas al código civil del Distrito Federal que desapareció el concepto de matrimonio, fue la posibilidad de que los integrantes de las minorías lésbicas y homosexuales pudieran adoptar, rompiendo los acuerdos previos sobre el tema entre las fracciones parlamentarias con representación en la asamblea legislativa del Distrito Federal. Lo menos que podría alegar el partido de la revolución democrática es el respeto de la palabra empeñada, apreciando en el fondo un espaldarazo a esos grupos minoritarios para que logren “la plenitud de sus derechos reproductivos”. La incoherencia e irresponsabilidad legislativa del PRD y de la diputada Contreras Julián promueven leyes atentatorias contra la vida y la dignidad, haciendo que el primero de todos los derechos sea objeto de comercio y el cuerpo femenino se explote con fines de lucro bajo falaces justificaciones de amor y solidaridad, independientemente de las controversias jurídicas y dilemas éticos que plantearía la eventual aprobación de la maternidad subrogada en la capital. Al iniciar este artículo referente a las leyes que en 1933 justificaron la eliminación de “vidas inferiores” por el bien común. En sus dimensiones históricas debidas, los argumentos legislativos que pretenden justificar la subrogación de vientres hacen que la vida sea considerada una cosa que pueden ponerse en contratos y deshacerla cuando las partes ya no están satisfechas con las cláusulas. Ahora, por el utilitarismo, la mujer que se presta a la gestación ajena es objeto de derecho y no sujeto de derecho. Es ingenua la afirmación que dice que una mujer prestaría sus

entrañas para que otros pudieran ser, felizmente, padres y madres en un sofisma moral que quiere hacer del Distrito Federal el paraíso que garantiza el derecho para que todos gocen de la paternidad y la maternidad, ¿a quién quieren sorprender? Y finalmente, la aprobación de esta iniciativa llevaría a plantear la posibilidad de la creación de agencias que ofrecieran, legalmente, los servicios de subrogación pudiendo ser el detonador de esclavitudes modernas. La mujer mexicana quien ha padecido la discriminación y violencia en una sociedad machista, ha tenido escasas oportunidades de desarrollo que le permitan un bienestar y futuro desahogado donde se protejan sus garantías individuales. Esta iniciativa de maternidad subrogada servirá a los que económicamente puedan pagar las técnicas de reproducción cuyo costo no es el de una aspirina para el dolor de cabeza. Siendo así, ¿quiénes serían las madres sustitutas? Las mujeres pobres que pasan urgencias financieras y de empleo usadas y utilizadas por lesbianas, homosexuales o heterosexuales en estos actos de comercio humano. Quien paga, es el que manda. y puede satisfacer su capricho por una maternidad y paternidad a la carta. Cabe hacerse los siguientes cuestionamientos: ¿Debe ser aprobada la inseminación homóloga con semen del marido luego de su fallecimiento? ¿Deben tener acceso a la inseminación las mujeres solteras, viudas, divorciadas y las concubinas? ¿Debe mantenerse el anonimato de quienes donan sus gametos? ¿Es legítima la remuneración económica para los donantes? ¿Se justifica éticamente la llamada maternidad substituta? ¿Debe Ser legal el pago a las madres subrogadas? ¿Debería renunciar el donante de gametos a la patria potestad a favor de un tercero anónimo? ¿Cuál es la condición ético-antropológica del embrión, puede éste ser objeto de donación, compra-venta o adopción? ¿Puede el embrión ser manipulado para fines de investigación y experimentación? Quizá la labor de plasmar respuestas en la legislación sea más difícil en la cultura mexicana que en otros países en los que el concepto de la familia y sus lazos no influye de manera determinante en la vida de niños, adultos y ancianos como sucede en México. No hay mayor ofensa para un mexicano que la mención deshonrosa de su madre, independientemente de la

edad del ofendido y de que su madre esté viva o no. “Vieja Menopáusica” es un insulto dirigido a mujeres adultas que manifiestan su enojo de manera expresa, independientemente de su edad y condición hormonal. Ambos ejemplos reflejan la fuerza de los lazos familiares, particularmente de la maternidad, y del altísimo valor atribuido a la fertilidad en México. En estas circunstancias, la controversia impera en los procesos de regulación jurídica y normatividad de la asistencia reproductiva. El Código Civil Federal y la Ley General de Salud son. Los instrumentos que regulan y norma la práctica médica en todo el país. Adicionalmente, cada estado cuenta con su propio código civil. Actualmente, sólo dos estados mexicanos incluyen en los códigos civiles leyes que regulan la aplicación de las TRA: el del Estado de Guerrero y de Tabasco. La ley general de salud vigente incluye conceptos relativos a las TRA, como lo son células germinales y embrión, pero no es específica en lo que se refiere a las interrogantes esenciales planteadas anteriormente. En abril de 1997, legisladores del estado de Tabasco respondieron a varias de dichas interrogantes a través de la reforma al código civil para su estado. Su intención fue la de hacer de ya legislación civil tabasqueña una de las más actuales y modernas del país. Este código legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación in vitro y cualquier otro método de reproducción asistida, pero los limita a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí. Dicho código establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. También, reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre substituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal. El código civil para el estado de Tabasco contempla varios aspectos relevantes indisolubles de la aplicación de las TRA. Sin embargo, esta aproximación legal, sin precedente en dicho país, no contempla otras implicaciones de la reproducción asistida:

Inseminación postmortem, el anonimato del donador en la inseminación heteróloga y la disposición de los embriones que exceden a los transferidos en un ciclo.

4.3 CONCEPTOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA CON MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS TIPOS.

Debemos de analizar diversas significantes que puede tener la palabra reproducción asistida humana con maternidad subrogada:

- a) Reproducción asistida humana con maternidad subrogada
- b) Derecho I
- c) Historia de la bioética-relación medico paciente
- d) Reproducción humana
- e) Antropología filosófica
- f) Ética
- g) Derecho II
- h) Derecho Canónico

En la reproducción asistida humana con maternidad subrogada se entiende

16. Maternidad subrogada

¿Que es la maternidad subrogada?

El informe ^{Warnok} nos dice que es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca.

Es posible también para la inseminación in vitro donde tanto el óvulo como el esperma son del matrimonio que con ella contrata, y el embrión resultante se transfiere e implanta a la madre suplente o subrogada.

Esto ha llevado a que ^{Cossette} en su libro "Terminología útil en materia de Ingeniería genética" nos hable de cuatro tipos de madres. La "madre genética" que es la que proporciona el óvulo, la "madre gestadora", la que lleva al niño en su vientre, la "madre social", que es la futura beneficiaria del niño y la "nodriza" que es la que lo amamanta.

Un sector de la doctrina en la cual se destaca *Jorge Mazzinghi* sostiene que, a medida que la práctica se difunda y que su empleo se vulgarice, ya no solo faltará el amor entre los padres sino que faltarán los padres mismos, a no ser que las personas nos resignemos a dar tan augusto nombre a remotos y anónimos proveedores de espermatozoides y óvulos remitidos a laboratorios eficaces para ser combinados como cualquier materia prima que ingresa en la producción industrial. Sí se ha obtenido la fecundación de un óvulo de la mujer por un espermatozoide del marido, es obvio que con la misma facilidad se podrá lograr la fecundación de un óvulo de cualquier mujer por un espermatozoide de cualquier hombre. Para dicha posición se habla de que en un futuro, habrá "bancos" de elementos de uno y otro sexo cuya disponibilidad permitirá engendrar criaturas desarraigadas de todo medio familiar, hechos por encargo, según recetas personales probablemente sobre la base de un modelo que proveerá o impondrá el estado. Pensar que la utilización del método quedará circunscripta al ámbito matrimonial y que los estados contemporáneos, con su vocación hasta la monstruosidad, quedarán al margen de esa actividad productiva, es pecar de grave ingenuidad. Asimismo sostiene, que mientras ese adelanto no llegue, mientras la mujer no sea liberada por esa vía de la servidumbre de la gravidez, podrán hallarse vientres mercenarios que acepten por dinero o por obligación asumir la fatiga y el riesgo del embarazo de un embrión ajeno para aliviar a la remitente de la carga de la gestación. La fecundación in vitro no solo es un contrario al orden natural, sino que es fuente inagotable de fraudes en la filiación dada la total imposibilidad de quienes proveen los óvulos y los espermatozoides de controlar el manipuleo y la identidad de los elementos suministrados. También expresa, que la fecundación in vitro, es una forma de inseminación artificial, sí el sistema de la ciencia se incorpora a las costumbres, la convicción de la paternidad y la maternidad ya no descansaría en la confianza que la mujer inspira a su marido sino en la que mereciera un determinado laboratorio. *En el III congreso Nacional de derecho civil llevado a cabo en Córdoba Ver, el mismo Autor sostuvo "no a legitimar un procedimiento que rebaja y prostituye el misterio de la concepción divorciándolo del acto de amor y convirtiéndolo en un acto de laboratorio. Se tiende a considerar el alquiler*

de vientre como "inmoral" no solo por razones de maternidad anónima sino sobre todo, porque rompe la unidad fundamental de vocación unitiva y procreativa de los esposos. Dicha posición apoya su tesis en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la asamblea general de la ONU el 10 de diciembre de 1948. El art. 3 de la declaración consagra el derecho fundamental del hombre a la vida, junto al derecho a la libertad y seguridad de las personas. Art. 16: Establece el derecho de igual jerarquía y prelación a casarse, fundar una familia, disfrutando tanto el hombre como la mujer de iguales derechos en cuanto al matrimonio. Art. 6: prescribe que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Según César Belluscio quien parte de la idea de que jurídicamente se tratan de acciones privadas que no ofenden al hombre ni a la moral pública ni perjudican a terceros, de manera que sobre ellas de nada influye el derecho ni cabría pronunciamiento judicial. Si se trata de una pareja unida en matrimonio el hijo así engendrado tiene indudablemente filiación legítima por aplicación de las presunciones de concepción y de paternidad que establece la ley (Arts. 240 y 246 del Código Civil), de lo contrario la filiación derivará del reconocimiento voluntario de los Padres (art.2 de la ley 14.237) o del progreso de la acción de filiación (Art.385 del C.C y 3 de la ley 14.237) que no podrá ser eficazmente contestado (Art.335 del C.C) pues coincidiría con la realidad biológica. En caso de filiación extramatrimonial no se presentarían problemas si el reconocimiento derivara de los verdaderos padres. La acción de reclamación de filiación debería entablarse contra estos, vale decir, contra quienes suministraron los elementos para la procreación, aun cuando el embrión hubiese sido implantado en otra mujer. Cabría la acción de impugnación si el reconocimiento proviniera de la portadora y no de la mujer que proporcionó el óvulo o bien del hombre que aun habiendo dado trato paterno al nacido no fuera el que hubiese proporcionado el espermatozoide fecundante. *El procedimiento empleado consiste en la fecundación de varios óvulos para elegir e implantar en el seno materno el embrión que demostrase mayor vitalidad. De ocurrir así, realmente se estarían creando conscientemente varias vidas humanas, de las cuales se prevería únicamente la subsistencia de una y la consiguiente destrucción de las demás.* Siempre con independencia del juicio moral que merezca esta conducta, el destacado

doctrino se plantea la interrogante si correspondería algún tipo de sanción penal, en otros términos, ¿se tipificará el delito de aborto?

4.3.1.-DERECHO I

En esta materia se estudiara la parte general del derecho, desde el ordenamiento internacional a la constitución y el ordenamiento jurídico mexicano, el derecho a una correcta asistencia sanitaria con su responsabilidad profesional y jurídica medico paciente y las comisiones de arbitraje medico. El consentimiento y la definición y su estudio en la legislación comparada.

4.3.2.-HISTORIA DE LA BIOÉTICA- RELACIÓN MEDICO PACIENTE

En este se valora la historia, evolución y orientación actual de la bioética. Relación medico paciente como el máximo acto ético- medico, la responsabilidad del médico, su actitud del paciente, así como la competencia profesional, la historia clínica y datos informatizados, el consentimiento informado, el secreto médico, su fundamento moral y situaciones conflictivas.

4.3.3.-REPRODUCCIÓN HUMANA

Es el valor de la vida humana y su inicio, los tratamientos de la infertilidad, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, técnica de reproducción asistida y la reproducción asistida y la salud reproductiva, los métodos de anticoncepción, la esterilización terapéutica y el diagnostico prenatal

4.3.4.-ANTROPOLOGÍA FILOSÓFICA

Estudia y analiza el problema del ser humano como eje central de la bioética; su origen, la naturaleza y sentido, desde algunas concepciones teórica contemporánea.

4.3.5.-ÉTICA

En este tema existen principales conceptos y virtudes de ética de los fines, ética de los valores, ética kantiana, ética utilitarista, ética marxista, ética personalista y ética discursiva.

4.3.6.-DERECHO II

En este derecho se analiza el problema ético jurídico, el concepto de persona, la legislación, el aborto, el estatuto jurídico del embrión, el tratamiento de la eutanasia en el derecho comparado, la eutanasia en el orden jurídico mexicano, el derecho personal a decidir sobre su propia muerte, los derechos sobre reproducción asistida .Humana con maternidad subrogada.

4.3.7.-DERECHO CANÓNICO

Los sistemas políticos e ideologías han usado la ley para justificar y lograr sus propósitos los que, en no pocas ocasiones, fueron contra la dignidad de la persona humana. Nuestros conocimientos relativos a la reproducción humana y a las técnicas de la reproducción asistida han avanzado notablemente para mejorar la calidad de vida. La ciencia ficción se ha hecho realidad, hoy se logra mapear el genoma humano que servirá, en el futuro, para la erradicación de las principales enfermedades que son causa de mortalidad. Clonación, reproducción asistida, fecundación in vitro... son nuevos términos que se cuelan en nuestro vocabulario poniendo en la mesa dilemas morales. Como nunca, las exigencias de los estados modernos reclaman la necesidad de legislaciones coherentes y respetuosas de la vida y de la dignidad humana ante las nuevas técnicas que escrutan las profundidades de la naturaleza humana. El secularismo y las revoluciones culturales e ideológicas del siglo pasado nos han puesto en una coyuntura interesante y dolorosa. Aún cuando nos sigue provocando escándalo los crímenes de lesa humanidad instigados por los sutiles y paradójicas que atentan contra la dignidad de las persona para favorecer el utilitarismo y los actos de comercio onerosos. Uno de estos es la maternidad subrogada conocida también como “préstamo de vientre” “alquiler

de vientre” o “maternidad de alquiler” creando problemas morales y jurídicos que han provocado su rechazo general. El adagio latino mater Semper certa est considera el principio por el que se comprueba la maternidad y la identificabilidad con la persona que la madre da a luz; era impensable que la madre no fuera otra sino la “genética” estableciendo lazos de filiación con las consecuencias de derecho protegiendo al nacido que, por evidencia del parto, no hiciera necesario el reconocimiento materno posterior; sin embargo, las técnicas de inseminación artificial o la fecundación in vitro van contra la certeza de la maternidad genética por lo que, en eventuales conflictos, los jueces tienen que resolver teniendo en cuenta filiaciones por afecto, por la voluntad o por la intención de la madre subrogada que presta sus entrañas para llevar a cabo una gestación con donación de gametos que no coincidirían con su patrimonio genético. La desafortunada izquierda del partido de la revolución democrática en la asamblea legislativa del Distrito Federal presentó una iniciativa que suscita más dudas que beneficios jurídicos. El 26 de noviembre de 2009, la diputada Maricela Contreras Julián, presidenta de la comisión de salud y asistencia, puso a consideración un proyecto de regulación de maternidad subrogada sin fines de lucro.

4.4.-GENOMA HUMANO. ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LAS TÉCNICAS DE INGENIERÍA GENÉTICA

Los avances en el campo de la genética humana, afirma: Los hallazgos precedentes, y los coetáneos en otras áreas o con otras técnicas, favorecían y favorecen las condiciones de vida; estos modifican alteran, la propia vida humana. El estar en el mundo transformado por el resultado de otros logros científicos, se convierte aquí en un radical trastocamiento del puro ser en el mundo. A ello debemos agregar el inquietante efecto provocado en la opinión pública, merced a la inmensa repercusión que a raíz de los medios masivos de difusión, estos logros obtienen. La confluencia de ambos factores ha instalado a la problemática en el seno de la comunidad, llevándola a requerir respuestas y reclamar prohibiciones. Esta realidad condujo a la genetista Ochando González

a sostener que las ciencias biológicas son ahora también ciencias sociales. Sin embargo, solo respetando férreamente valores y principios podremos elaborar un adecuado ámbito de desarrollo de esta nueva realidad, que encierra dentro de sí maravillosas expectativas terapéuticas junto a riesgos estremecedores, cuya concreción vulneraría la dignidad humana y pondría en peligro la supervivencia misma de la especie. Ahora bien, antes de abordar los aspectos ético y jurídico del genoma humano estimo prudente recordar algunos conceptos centrales. La primera especificación que resulta necesario efectuar se vincula a la habitual confusión existente entre las técnicas de reproducción asistida y la práctica de ingeniería genética. En efecto, aun cuando en el imaginario popular y sobre todo, en los medios de prensa que suelen asociar ambos conceptos, estos comprenden realidades diversas. Solo los conectan las circunstancias de que, para poder realizar, modificar genéticamente un ser vivo es necesario contar con el embrión extrauterino, es decir, fecundado mediante técnicas de reproducción asistida concretamente inseminación in vitro. Pero, salvo por la característica ya apuntada, las técnicas de fecundación asistida que se llevan a cabo en los diferentes centros médicos especializados en paliar la esterilidad de una pareja, no importa, en modo alguno, manipulación de genes. Por ello no parece acertado hablar de manipulación genética cuando se alude a estos procedimientos, a los que, en todo caso, podría caber la designación de “manipulación ginecológica”. La ingeniería genética, en cambio, “comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética)”. Vale aclarar que es diversa la visión sobre el punto que ofrece *Albin Eser*, quien entiende que la genética humana engloba en la actualidad las cuestiones relativas al generare, dando a este concepto el significado de procrear, así como las relacionadas al gemus, en el sentido de la especie y del patrimonio, su investigación y alteración.

El otro concepto central a fijar es que cuando tratamos de herencia, los genes, de genoma, estamos tratando de información. En efecto, la transmisión hereditaria no es otra cosa que traspaso de información. El encargado de transferirla es el ácido desoxirribonucleico (ADN), distribuido en el número aproximado a los treinta mil genes, los que se localizan en lugares específicos de los veintitrés pares de cromosomas con los que cuenta nuestra especie. El lenguaje con que esa información se transcribe y consta de cuatro caracteres (las cuatro bases nitrogenadas que conforman el ADN): adenina, timina, citosina y guanina, los que se unen de a pares que se conforman siempre de la misma manera (A con T y C con G). Cuando se da la combinación correcta forman un aminoácido. Hay 20 aminoácidos diferentes, y estos pueden combinarse de diversas maneras para constituir hasta 250.000 proteínas distintas. La gran variedad de posibilidades deviene del hecho de que para conformar una proteína no se necesita una cantidad determinada de aminoácidos. De esta infinita variedad de combinaciones posibles surge el lenguaje con el que se escriben las instrucciones de vida. La cadena precisa:” utilizando un lenguaje analógico, podríamos decir que la información genética de los seres vivos está escrita en un lenguaje de cuatro letras (las cuatro bases nitrogenadas: adenina, guanina, timina y citosina), con las que se pueden formar veinte palabras (los veinte aminoácidos esenciales presentes en las proteínas) y con ellas escribir limitadas frases (las proteínas existentes en número ilimitado) que han de construir infinitos libros diferentes (los individuos genéticamente irrepetibles). En los genes está contenida la totalidad de la memoria hereditaria de cada ser humano, quien, si bien solo expresa parte de este caudal de información (por la existencia de factores hereditarios dominantes y recesivos), nunca podrá presentar caracteres fenotípicos que no reconozcan como antecedente los datos existentes de su genotipo. Para comprender la absoluta maravilla que la naturaleza encierra no debemos dejar de tener en cuenta que el lenguaje de transferencia del patrimonio hereditario es el mismo para todos los seres vivos (vegetales, animales o seres humanos) y que solo varía la

cantidad y la calidad de la información, pero no el idioma en que esa se transmite.

Esta realidad es la que permite las llamadas técnicas de ADN recombinante, esto es traspasar información genética de un organismo vivo a otro y que este último, en la medida en que tenga material biológico adecuado para tal fin, exprese la nueva información que ha recibido. Este procedimiento, descubierto y puesto en práctica por primera vez en 1972 por el Premio *Nobel Paul Berg*, permite, por ejemplo, que en la actualidad gran parte de la insulina destinada a paliar la dolencia de las personas diabéticas sea elaborada por bacterias modificadas genéticamente para producir insulina humana.

El mismo principio es el que se aplica para crear todo tipo de animales y vegetales transgénicos, cada uno de los cuales tiene incorporada información genética que no pertenece a su especie sino a otra, ya sea del reino animal o vegetal.

Detengámonos un momento para reflexionar sobre lo que estamos exponiendo. Ninguna duda cabe de que cuando la ingeniería genética promueve la “modificación programada del patrimonio genético de una célula y, por tanto, del organismo que la célula pertenece, sea este un organismo molecular o pluricelular (plantas y animales, incluyendo los mamíferos)” en realidad está construyendo “nuevas formas de seres vivos”, o, dicho en otros términos, el hombre está creando especies vivientes inexistentes hasta el momento.

Dussaut, Premio Nobel en Filosofía y Medicina en 1980, teniendo en cuenta esta realidad señalaba que “es solo el orden en que se suceden estas cuatro letras lo que hace diferente al rosal del maíz de una bacteria, de un elefante o de un hombre” y agregada “el programa genético del hombre incluye tres mil millones de estos cuatro caracteres que forman una inmensa molécula incorporada a los miles de millones de células de nuestro cuerpo... la biología molecular sería ya hoy capaz, si se le proporcionan los medios necesarios, de leer esta inmensa

frase que podría llenar mil volúmenes de mil páginas y cuyas palabras son los genes que modifican los elementos constitutivos del organismo”.

Siguiendo sus palabras, con el objetivo de develar la totalidad de la información presente en el patrimonio hereditario humano, el 1 de octubre de 1990 se inicio oficialmente el proyecto del genoma humano, financiado con fondos públicos provenientes del Instituto de salud de Estados Unidos y del Wellcome Trust del Reino Unido, e identificado con la sigla HUGO (Human Genome Organization). James Watson, primer director de este proyecto, manifestó: “Los seres humanos no encontraron nunca un conjunto mas importante de manuales de se separo del emprendimiento de instrucciones. Cuando por fin se interpreten, los mensajes genéticos codificados dentro de nuestro ADN proporcionaran las respuestas ultimas a las preguntas sobre los cimientos químicos de la existencia humana”.

Por su parte, uno de los científicos que integraba originalmente este equipo de trabajo, *Craig Venter*, en el año 1994 se separo del emprendimiento y fundó la compañía privada “Celera Genomics”, de la que es presidente, que compite con el esfuerzo estatal bajo su mentor: “los descubrimientos no pueden esperar”. Venter, que inicio sus tareas con escasa financiación, baso su éxito en la utilización de trescientas maquinas de secuenciación automática operadas por sesenta y cinco personas que analizaban el ADN procedente de cinco donantes: tres mujeres y dos hombres, un afroamericano, un chino, un mexicano y dos caucásicos.

Ambos grupos anunciaron, en junio de 2000, haber logrado elaborar un primer borrador del genoma humano y cada uno de ellos presento sus resultados en una de las dos principales revistas científicas del mundo: el proyecto HUGO lo hizo en Nature (Publicación británica), ejemplar del 15 de febrero de 2001, y el equipo de “Celera Genomics” en Science (revista norteamericana), numero del 16 de febrero de 2001.

La noticia de la publicación de los primeros trabajos de secuenciación fue dada oficialmente a los medios de prensa el 12 de febrero de 2001. Se estima que la decodificación completa del genoma humano, con sus mínimas posibilidades de error, recién estará lista en el año 2003; de hecho, hasta el presente, solo están secuenciados definitivamente los cromosomas 22 y 23.

Sin embargo, el verdadero gran desafío que espera la ciencia es el paso siguiente, la elaboración del "proteoma", es decir la realización del detalle del conjunto de proteínas que interactúan en el organismo, especificando las diversas funciones de cada una de ellas. Para la decodificación del genoma se necesita mucho esfuerzo y una importante inversión económica, pero nada de razonamiento. Por eso se pudo automatizar gran parte del proceso. De ahí a saber como interactúan de treinta, cuarenta y cincuenta al mismo tiempo.

Ahora bien, una vez continuado cada gen e identificada la información que contiene, así como 1º lugar que ocupa el cromosoma, no parece complejo imaginar el paso siguiente: tratar de modificar el genoma, extrayendo cromosomas supernumerarios, agregando genes sanos para que se expresen suplantando a los que presentan diferencias o alterando o intercambiando genes mutados, a los que se estimen responsables de la aparición de determinadas enfermedades.

Precisamente en eso consiste la terapia genética, que es la técnica que goza atento a sus objetivos, de mayor legitimación a diferencia de la denominada manipulación genética, que no busca paliar enfermedad alguna sino por mutar el genoma del individuo con el designio de lograr una o varias características hasta ese momento inéditas en la especie.

En la actualidad ya es teóricamente posible imaginar la creación de un individuo con un cromosoma supernumerario, artificial, que a diferencia de las trisomías de cromosomas que hasta el presente provocan indefectiblemente enfermedades y, por ende, con una salud y una expectativa (vaya como ejemplo el síndrome Down) convirtiera a su portador en un hombre con

capacidades físicas extraordinarias, resistentes a todo tipo de enfermedades y , por ende, con una salud y una expectativa de vida muy superior al medio. Es más, dominada la secuencia completa tanto del genoma como del proteoma, no habría obstáculo teórico alguno para crear un individuo a medida, conformado un genoma integrado por distintos genes que contuvieran los caracteres que se desea que este individuo posea aun cuando ello implique alterar irreversiblemente las reglas de la herencia. Este individuo no estaría conformado por el aporte genético de cada uno de sus progenitores sino por un “pool” genético construido a partir de los genes considerados más deseables.

Parece claro que la magnitud de lo que está en juego con estas técnicas exige una participación social más activa en la toma de decisiones que comprometen nuestro futuro. Va de suyo que respecto a la investigación que solo se limite a la adquisición de conocimiento coincidió con la postura de *Romeo Casabona* cuando señalaba que “ la identificación de las secuencias del ADN, su localización y el descubrimiento de sus funciones respectivas es una actividad científica de adquisición de conocimiento sobre la que el derecho no debe de intervenir en principio, sino en todo caso y siempre que sea necesario aportar los instrumentos jurídicos que la propicien y fomenten...”

Sin embargo, estimo que ya deben elaborar los instrumentos legales que eviten desviaciones no deseadas de la utilización de esos conocimientos. Por cierto, para lograr algún éxito, el intento debe desechar tanto el “discurso ético autosuficiente” como una concepción de las ciencias que las presente como desinteresadas, necesarias y eternas. Este objetivo solo se lograra creando” ámbitos de dialogo y reflexión donde, desde diversas perspectivas se intente plantear como resolver las cuestiones derivadas de la dimensión practica de las ciencias y, por tanto, los problemas prácticos en toda su complejidad y en todas sus dimensiones”.

En este punto corresponde resaltar que existe consenso internacional sobre la necesidad de que se elaboren- mediante la actuación de la bioética – criterios

guía que sirvan de pauta y comportamiento a los científicos que trabajan en el tema, así como a la comunidad, pero no resulta pacífica la postura cuando de la intervención del derecho se trata, en particular del derecho penal.

Debemos entonces- como primer tema a dilucidar- preguntamos si es realmente necesaria la actuación de las normas represivas en este campo. Esto es si existen bienes jurídicos en riesgo hipotético necesitados de la actuación del derecho penal, máxima herramienta de protección con la que cuenta el estado democrático de derecho y, finalmente, pautar ciertos requisitos conexos con la operatividad del sistema.

Cierto es que son numerosos los grupos de científicos que discuten la validez del dictado de normas que regulen su trabajo, aluden a la libertad de investigación y aducen que ni los juristas ni los legisladores tienen capacidad técnica suficiente como para normar su actividad, afirmando que es suficiente con que la comunidad científica se auto regule, rescatando la experiencia de la llamada “moratoria de Asilomar” , según la cual sugerían restricciones y dilataciones en los experimentos de ingeniería genética que se estaban llevando a cabo, y reclamaban la creación de barreras físicas y biológicas sobre los materiales utilizados en este tipo de experiencias.

En esta línea de pensamiento, que repudia toda intervención del derecho en cualquiera de sus ramas, pueden incluirse la “declaración sobre los principios de actuación en la investigación genética” aprobada por el consejo de la HUGO (Human Genome Organización), el 21 de marzo de 1996, y la declaración de Bilbao, elaborada en el encuentro Internacional sobre el derecho ante el proyecto genoma humano”, celebrado del 23 al 26 de mayo de 1993, que en su conclusión 2ª. Estableció: “la investigación científica será esencialmente libre, sin mas cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador. El respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y las convenciones Internacionales, marca el limite de toda actuación o aplicación de técnicas genéticas”.

Un argumento de peso en apoyo a esta postura, reiteradamente invocado por los hombres de ciencia es que en los descubrimientos científicos existe una alta cuota de azar, que los torna imprevisibles no solo respecto a lo que puede ocurrir, sino también en relación al proyecto de investigación en que se han de presentar. Son particularmente descriptivas las palabras de Thomas al respecto: "...si yo creyera de otra manera, y sintiera que la tecnología del ADN recombinante puede algún día ser utilizada para cambiar a los seres humanos, y también sintiera (como seguramente sucedería) que tal cosa debería de ser evitada por todos los medios posibles, no sabría cual de las líneas de investigación suspender".

Resulta también adecuado recordar que la libertad de investigación se encuentra reconocida en la mayoría de las constituciones del mundo occidental así como en numerosos tratados de derechos humanos, por lo que no es el científico quien debe convalidar su tarea sino que por el contrario, son las restricciones a la misma las que deben ser legitimadas.

No debemos olvidar que no son los hombres de ciencia quienes seleccionan las áreas o los temas de investigación en los que abra de investigar, sino mecenas cuyos intereses suelen tener poco que ver con el bienestar de la comunidad.

Con gran agudeza, Castiñeira y Lozano, al aludir a la actividad del científico afirman que: "Es construcción y no solo herencia, porque reinterpreta la afirmación de Popper, el juego de la ciencia no se acaba nunca. Pero el hecho de que sea construcción y no revelación o descubrimiento implica también que está preñada de historicidad: es un saber interesado, y por tanto, el discernimiento ético es necesario antes de la actividad científica, durante la actividad científica y después de la actividad científica. El científico, como miembro de una organización, forma parte activa de grupos pertenecientes a determinadas clases sociales o pertenece a grupos dominados, a veces alejados del poder, pero a menudo a su servicio, en alianza con el mundo industrial o militar, lo cual hace innegable la dependencia de sus

investigaciones de unos objetivos económicos, militares, políticos o ideológicos”. A ello debemos citar que el científico es un integrante más de un estado democrático de derecho, al que competen las mismas responsabilidades y los mismos controles que a los que formamos parte de cualquier otro grupo existente. Si la comunidad- mediante la configuración de un consenso social amplio y participativo- decide proteger ciertos bienes y excluirlos de toda eventual manipulación, ya sea por el riesgo concreto que ello importe o por el valor simbólico que determinada realidad encarna para esa cultura, tal decisión cuenta con bases de legitimación suficientes y deben implementarse los instrumentos jurídicos que la tornen obligatoria.

Esta afirmación en modo alguno importa apartarme de los postulados del derecho penal mínimo, a los que firmemente me adhiero , y propugnar la creación indiscriminada de tipos penales, técnica bastante frecuente que solo conduce al descredito de la herramienta penal; sino que, teniendo en cuenta el estado actual de nuestra cultura, y, ante la falta de sistemas alternativos que garanticen la protección de los bienes fundamentales, estimo inevitable acudir a los dispositivos tradicionales del derecho penal, si bien con suma prudencia y asumiendo su efecto inevitable selectivo y estigmatizador.

Sobre los criterios a aplicar por el legislador para tomar una decisión racional respecto a la propuesta de criminalizar cualquier conducta, resulta valida la postura sustentada por Roos, quien reconoce seis principios: el de la factibilidad del daño (in dubio pro libértate); el de la tolerancia, el del ultimun remedium, el de la proporcionalidad, el de la legalidad y el de la practicidad y eficacia.

Cierto es que, llegados a este punto es necesario hacer referencias a las acerbos críticas que resaltan la particular inutilidad del derecho penal en este campo, puesto que solo se tornara verdaderamente operativo una vez que la lesión al bien jurídico se constate(por ejemplo una mutación incorporada al patrimonio genético humano), momento en el cual el daño causado será

imposible de revertir, y completamente irrelevante la eventual sanción que se aplique al infractor, en comparación con el mal ocasionado.

Es precisamente por tal motivo que debemos excluir de este campo la utilización del derecho penal represivo, que sanciona la conducta infractora una vez que la lesión al bien jurídico ya se ha perfeccionado, y recurrir- con la prudencia que la cuestión reclama- al derecho penal preventivo, a fin de evitar que las situaciones de alto riesgo se generen.

En apoyo a la creación de las figuras delictivas corresponde, asimismo ponderar otra característica reconocida de la norma penal, como es su calidad de fuerza creativa del juicio ético del ciudadano, virtud reiterada y prácticamente afirmada por la sociología jurídica y relevada por el tribunal constitucional alemán al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la normativa sobre el aborto.

Y es casualmente en este campo, en el que las técnicas, por su complejidad, se apartan de la comprensión del ciudadano medio, donde resulta necesario afirmar valores tales como la intangibilidad de la vida humana, su dignidad y la inalterabilidad del patrimonio genético de la humanidad, en aras a preservar su supervivencia como especie, así como excluir intentos eugenésicos o discriminatorios, que quiebren el principio de igualdad entre los seres humanos, ya bastante desvirtuado con la realidad socioeconómica que nos circunda.

Va de lo suyo que la necesidad de consenso Internacional en el campo de la ingeniería genética resulta un elemento crucial para poder avanzar en la búsqueda de soluciones; si no se actúa así, los peligros que estos nuevos procedimientos implican no podrán ser controlados, generándose zonas donde la supervisión sea nula o escasa- los llamados “nichos” o “refugios” genéticos- abiertas a experimentos de alto riesgo cuyo resultado- por lo demás- una vez integrado al medio, no reconocerá fronteras.

Resulta alentador el notable esfuerzo que se está realizando en la unión europea en aras a establecer una dogmática supra- nacional del derecho penal, que acompañe y de fundamento a las propuestas de armonización y uniformización de las legislaciones, asumiendo que "... vivimos en una era en la que cada vez resulta más perceptible la internacionalización de los problemas y la exigencia de que también sean globales sus soluciones".

Ahora bien antes de poder elaborar los tipos penales, o aun cualquier legislación sea del área del derecho de la que se trate es necesario contar con mínimo elenco de acuerdos bioéticos que sirvan de base para construir la legislación más adecuada.

En esta línea de pensamientos son altamente promisorios los documentos internacionales alumbrados que, de manera común, caracterizan las prácticas que estiman atentatorias de derechos fundamentales y riesgosos para la humanidad.

Por su importancia, resulta inexcusable a mención del "convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina: convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina", formalizada por el consejo de Europa el 4 de abril de 1997 y la "declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos" de la UNESCO, del 11 de noviembre de ese año.

El primero de los documentos, de avances más vastos, dedica su capítulo IV al "Genoma Humano" estableciendo los siguientes principios:

- a) Prohibición de toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.
- b) Limitación a los fines médicos, ya sean terapéuticos o de investigación, de las pruebas genéticas predictivas.

c) Limitación de intervenciones que tengan por objeto modificar el genoma humano a aquellas que reconozcan razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas siempre y cuando no tengan por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

d) Inadmisibilidad de la selección del sexo (este tema, en realidad, conforme esta presentado, corresponde al campo de las técnicas de fecundación asistida). La declaración de la UNESCO, por su parte, más específica, en tanto solo se ocupa de nuestro tema, consagra un nutrido elenco de reglas básicas:

a) Declara el genoma humano patrimonio de la humanidad (si bien inexplicable y lamentablemente, lo hace agregando la expresión “en sentido simbólico”).

b) Proclama el respeto a la dignidad y de los derechos de cada individuo, cualesquiera que sea su característica genética, respetando su carácter único y su diversidad.

c) Proscribe que el genoma humano, en su estado natural pueda dar lugar a beneficios pecuniarios.

d) Estatuye la necesidad para la realización de toda investigación del consentimiento informado para la realización de toda investigación, tratamiento o diagnóstico del genoma; para el caso en que la persona no estuviese en condiciones de expresar su consentimiento solo se podrá realizar una exploración sobre su genoma si obtiene un beneficio directo para su salud. Ello no obstante, acepta la posibilidad de que se realice una investigación que no represente un beneficio directo previsible para la salud en circunstancias excepcionales y siempre que la misma este encaminada a reanudar en beneficio de la salud de otras personas pertenecientes al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones genéticas.

e) Reconoce el derecho de toda persona de conocer, o no, los resultados de un examen genético.

- f) Prohíbe la discriminación por razones genéticas.
- g) Preceptúa la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable.
- h) Incluye el derecho a una reparación equitativa por el daño emergente de una intervención a su genoma.
- i) Veda las prácticas contrarias a la dignidad humana como la clonación con fines de reproducción de seres humanos; en este punto, invita a los Estados y a las Organizaciones Internacionales a que cooperen para identificar estas prácticas y a que se adopten en el plano nacional e internacional las medidas que correspondan.
- j) Establece el acceso de toda persona a los progresos de la biología, la genética sobre el genoma humano y la medicina en materia de genoma humano.
- k) Declara la libertad de investigación, especificando que las aplicaciones de esta sobre el genoma humano deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad.

4.4.1.-TERAPIA GENÉTICA: CÉLULAS SOMÁTICAS Y CÉLULAS GERMINALES

- a) La primera de ellas, la terapia genética de células somáticas, no ofrece reparo alguno toda vez que sus resultados quedan confinados al ser humano al que se la aplica, y solo debe analizarse bajo los parámetros y con las exigencias que reclama toda terapia experimental.
- b) la restante, la terapia genética sobre células germinales o sobre embriones conformados por células totipotentes, debe ser a mi criterio excluida como alternativa válida puesto que las modificaciones que se realicen en sus códigos genéticos no solo alcanzaran al individuo sobre quien se aplique la técnica sino

sobre toda su progenie, integrándose con consecuencias imprevisibles en el patrimonio hereditario de la humanidad.

4.4.2.-TERAPIA GENÉTICA Y DIAGNOSTICO PREIMPLANTORIO

Resulta evidente que, salvo que el portador de la enfermedad sea exclusivamente el hombre y se escoja el sistema de modificar genéticamente su semen y luego someter a la mujer a procesos de inseminación artificial, esta terapia incluirá necesariamente la utilización del método de fecundación in vitro. Y, toda vez que altamente probable que el útero de la mujer rechace un óvulo manipulado – de hecho, el numero de nacimientos con malformaciones severas es relativamente bajo.

Si entendemos que se debe recurrir a la norma penal, y la consideramos válida para evitar discriminaciones, va de suyo que no se le puede excluir, de la protección del objeto central, esto es del genoma humano, cuya intangibilidad es la garantía de perpetuación de la especie.

Sin embargo, dos ejemplos legislativos dignos de analizar no por su jerarquía técnica sino por tratarse de legislación pionera sobre el punto, no parece coincidir en el argumento central, esto es, en la necesidad de proteger a ultranza, atento al grado de evolución del conocimiento científico, la intangibilidad del genoma humano.

Cabe resaltar la postura adoptada por la legislación española que en el artículo 159 del código penal, incorporando al elenco normativo una conducta ya descrita como ilícito administrativo en la ley 48/1988, de 28 de diciembre, consagra, en su inciso primero, una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo publico, profesión u oficio de siete a diez años para aquellos que “ con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que altere el genotipo.

Justificar la modificación del genoma importa un agravio directo a tal derecho, en la medida en que la identidad genética ya no estará en manos: “de la misteriosa alquimia de la naturaleza, sino de la voluntad, del arbitrio o del capricho de otros seres humanos; y, con eso. Instauro el predominio definitivo de la generación actual sobre generaciones futuras.

El inciso segundo del mismo artículo consagra la modalidad culposa, estableciendo que, si la alteración fuera realizada por imprudencia grave, corresponderá a su autor pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación de uno a tres años.

4.4.3.-CLONACIÓN REPRODUCTIVA Y TERAPÉUTICA

En sentido estricto clonar es obtener una copia genéticamente idéntica de un organismo, de tal suerte que el resultante es una especie de fotocopia desde un punto de vista hereditario del original, el óvulo fecundado, encontrándose en el interior del cuerpo de la mujer, antes de comenzar el proceso de implantación, se fracciona en dos embriones que llevarán cursos evolutivos independientes, aun cuando cada uno de ellos sea una copia genética del otro. Si tales cursos llegan a término, nacerán mellizos gemelares.

4.5.-ANÁLISIS DE LOS TIPOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA Y MATERNIDAD SUBROGADA SUJETOS Y OBJETOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA Y MATERNIDAD SUBROGADA

Antes de abordar con el tema de los tipos de reproducción asistida humana Y maternidad subrogada, primero vamos a dar a conocer los sujetos y objetos de la reproducción asistida humana y maternidad subrogada porque es la base más importante del tema que estamos analizando.

4.5.1.-SUJETOS:

Activo

El sujeto activo en la reproducción asistida humana y maternidad subrogada puede ser cualquier persona física dentro del desarrollo científico, encontramos el Área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastorno de los valores a nivel mundial, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida. Precisamente es esta técnica reproductiva denominada "maternidad subrogada", la cual constituye el objeto de estudio de este análisis, en virtud de considerarla muy interesante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino porque para su realización

PASIVO

Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos a la erróneamente denominada "maternidad subrogada", que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser. Precisamente es esta técnica reproductiva denominada "maternidad subrogada", la cual constituye el objeto de estudio de este análisis, en virtud de considerarla muy interesante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino porque para su realización, en ella no sólo interviene la ciencia sino que tiene que ver con el acto de la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerar como un hijo, el cual debe entregar a la pareja solicitante después del nacimiento de ese bebé, de esta manera y al estar supeditado este acto a la voluntad de las personas que intervienen en él, pero en particular a la

voluntad de la madre sustituta, la aplicación de esta técnica tiene un desenlace incierto.

4.5.2.-OBJETOS:

Material:

Es la mujer que se prestara ir, para la colocación en su útero al producto del caso se identifica con el sujeto pasivo, es decir, el producto que en ningún momento debe considerar como un hijo, de esta manera al estar supeditado este acto a la voluntad de las personas que intervienen pero en particular a la voluntad de la madre sustituta.

4.6.-CLASIFICACIÓN SEGÚN EL TIPO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA Y MATERNIDAD SUBROGADA

Tratándose de la reproducción humana, los términos infertilidad y esterilidad, muchas veces son utilizados por la mayoría de nosotros como sinónimos, porque al final de cuentas implican que una pareja no logra conseguir la propia reproducción, pero que en un lenguaje médico exacto, denotan cosas totalmente distintas, razón por la cual, a continuación daremos los conceptos de cada uno de estos términos de manera particular. Por pareja estéril se entiende a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia. El especialista mexicano *Efraín Pérez Peña* abunda un poco más en torno al concepto de esterilidad, enunciándola como la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva. Aun más, este especialista nos indica que la esterilidad puede darse de dos formas: Primaria, cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento, y secundaria, cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como

lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etcétera.

Por pareja infértil entenderemos a aquella que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección. Por su parte, Arturo Arrighi nos dice que la infertilidad es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, y afirma que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, sin embargo, existe el supuesto de que puede ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas. Hemos llegado al punto conveniente de tratar las causas generadoras de estos tipos de problemas reproductivos, pues llama la atención la puntualización de los médicos respecto a que el contexto social y cultural de nuestra época contribuye al incremento de la tasa de problemas reproductivos; de tal manera, dentro de dichas causas, podemos encontrar las siguientes: El posponer la maternidad para edades más avanzadas disminuye la fertilidad en una pareja, y hace que al momento de querer reproducirse se enfrenten con diversidad de impedimentos. El empleo indiscriminado de técnicas anticonceptivas, que en muchas ocasiones obedece a una automedicación, sin considerar que muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente el de las mujeres y provocan diversas afecciones que disminuyen su capacidad reproductiva; aunado a esto, la mayor incidencia de enfermedades venéreas, que si no ocasionan la muerte, sí generan disminuciones para la concepción o producen la infertilidad. El estrés origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de gran tensión emocional. Este estrés en muchas ocasiones genera drogadicción y alcoholismo, que son factores que disminuye la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de estas

sustancias aumenta la posibilidad de que un producto presente algunas malformaciones congénitas. La automedicación es una causa más de problemas reproductivos, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendocrina; los fenómenos ovulatorios, a espermatogénesis y en diversas ocasiones el funcionamiento sexual se alteran al usar tranquilizantes, estimulantes o analgésicos, así como estimulantes menores, como lo serían la cafeína y la nicotina, que si bien no provocan un daño a corto plazo, sí generan severas afecciones a largo plazo. La realización de dietas severas y de ejercicios extenuantes es otro factor más que altera la capacidad reproductiva en humanos, al alterar la función neuroendocrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas. Lo que parece paradójico, en virtud de que se ha incrementado el índice de obesidad, que desde el punto de vista médico es un factor más que altera la función reproductiva. El contacto con diversas sustancias tóxicas que el desarrollo industrial de nuestra época trae consigo, como lo son los pesticidas, plomo, solventes, gases, pinturas y radiación, esta última que incluso proviene de los aparatos eléctricos de los cuales se hace uso de manera cotidiana como, por ejemplo, el televisor, la computadora, teléfonos celulares y hornos de microondas. Independientemente de las causas de esterilidad o infertilidad que podemos encontrar en el contexto sociocultural en el que nos desenvolvemos, no hay que soslayar las causas biológicas que se dan en los humanos, y que son materia propia del lenguaje médico, tales como: miomas uterinos, malformaciones uterinas, sinarquía uterina, edenoma endometrial, endometriosis, baja producción de espermatozoides, alteraciones cromosómicas en la pareja, entre otras. Las causas que ya hemos enunciado pueden generar esterilidad o infertilidad que pueden haber surgido por malformaciones genéticas; al tomar en cuenta estas causa, nos podemos dar cuenta de que los problemas de infertilidad o esterilidad no se encuentran tan lejos de nosotros, pues el contexto sociocultural de nuestro tiempo presenta la posibilidad de un aumento en el porcentaje de la población que padece alguna

consecuencia de este tipo. resulta pertinente mencionar que cuando una pareja decide tener hijos y descubre que no puede hacerlo, experimentan múltiples reacciones psicológicas a las que habitualmente no está preparada la pareja, puesto que sus reacciones son complejas, diversas y en ocasiones irracionales. Descubrir que no se puede lograr un embarazo es una situación traumática para las parejas, pues no están preparadas para afrontarla. Después se genera una crisis mayor, puesto que el problema representa retos diversos, ya que existen limitaciones diagnósticas y terapéuticas, así como algunos factores causales con muy mal pronóstico, y a veces, al corregir un factor se altera otro. Los recursos económicos de la mayoría de las parejas en nuestro país no son suficientes para superar este tipo de problemas, lo cual pone en riesgo sus metas y objetivos de vida, aflorando múltiples sentimientos inconscientes que hacen que este problema sea difícil de tratar debido a que la mente humana es un verdadero enigma, lo que genera cambios o alteraciones en el mundo exterior.⁷ Para ayudar a restablecerse las consecuencias psicológicas de una esterilidad o infertilidad, el psicólogo debe, en palabras de la doctora *Helena López Dabat*: Estudiar al ser humano en su totalidad, en las situaciones concretas y en sus vínculos interpersonales presentes y pasados, en definitiva indagar el mundo interno del sujeto que de alguna manera está condicionando respuestas en su interacción con el mundo externo. A partir de la conducta manifiesta explorar y llegar a comprender lo latente, las fantasías Inconscientes que subyacen. El especialista mexicano *Efraín Pérez Peña* nos muestra de manera más sistemática las reacciones psicológicas que surgen ante la esterilidad o la infertilidad en una pareja que la presenta. Estas reacciones se presentan en un orden progresivo de sorpresa, negación, aislamiento, enojo y agresión, culpa y auto devaluación, regateo, depresión, sufrimiento, duelo y aceptación o resolución, por lo cual a grosso modo hablaremos a continuación de cada una de estas reacciones positivas se presenta la sorpresa, pues las personas generalmente no están preparadas para una imposibilidad reproductiva. Después de la sorpresa, se da paso a la negación, lo cual es un mecanismo de defensa inicial que permite a la pareja adaptarse a esta realidad, que resulta

intolerable. El aislamiento se genera por todas las presiones sociales que surgen ante el conocimiento del problema por el submundo familiar que gira en torno a la pareja que tiene alguna disminución en su capacidad reproductiva. En este orden de acontecimientos, una vez que se han experimentado las anteriores reacciones, se presenta el enojo y la agresión contra sí mismo, la sociedad, amigos, familiares y médicos en una manifestación fehaciente de pérdida de control sobre las emociones, pensamientos y cuerpo, así como de las posibilidades de elegir: reacción irracional y desproporcionada que refleja angustia, depresión, frustración y desesperación. Los sentimientos de culpa en la pareja aparecen como una forma de explicar o justificar lo que está sucediendo, entonces se remontan a sucesos pasados, se habla de errores, pecados o malas acciones. Cuando una pareja de este tipo decide acudir a un médico en busca de alternativas de solución, suele ocurrir el fenómeno del regateo, al tratar de obtener más de lo que el médico está planteando como alternativa de solución, incluso se plantea que si se acepta someterse a tal o cual tratamiento, lo será bajo la garantía de resultados satisfactorios, cosa a la que cualquier médico con una adecuada ética profesional, de ninguna manera puede comprometerse. Ante esfuerzos suelen experimentar depresión, que puede centrarse en el individuo y/o en la pareja, lo que genera de nueva cuenta el aislamiento o hábitos peligrosos como el alcoholismo o el fármaco dependencia. Puede considerarse una pareja exitosa, aquella que logra reconocer la pérdida, sentir aflicción y pena por la misma, vivir un proceso de duelo y recuperarse del mismo, mediante la aceptación o planteamiento de alternativas de solución congruentes. Hasta aquí la exposición de las reacciones psicológicas que una pareja infértil o estéril experimentan con este tipo de padecimientos reproductivos, pues un estudio de mayor profundidad no sería de nuestra competencia, sino de la rama del saber correspondiente a la psicología clínica. Lo que hemos pretendido lograr a través de este apartado, es concientizar al lector de las repercusiones que estos padecimientos tienen en la sociedad y en el mundo interno de los individuos que los presentan y que Indudablemente, sin pretensiones exageradas, puede provocar cambios en el

mundo externo, cuando éstos se dejan guiar por los sentimientos de ira y agresión que experimentan en diversos grados. Aquí podemos decir que hoy las técnicas de reproducción asistida se plantean como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja. Cuando los métodos, diagnósticos y técnicas terapéuticas tradicionales no encuentran una causa que explique la esterilidad o infertilidad, o después de tratarla no se obtiene un embarazo, hay posibilidades adicionales con técnicas no coitales de reproducción, también llamadas técnicas de reproducción asistida. Cada una de estas técnicas que en la actualidad son usadas para ayudar a parejas estériles o infértiles a concebir un hijo implican invasión mayor mente y en el cuerpo de los individuos, al grado de que esta posibilidad la perciben como una última oportunidad para lograr el anhelado embarazo. En el presente trabajo entendemos por técnicas de reproducción asistida o reproducción no coital, al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra. Puede dividirse en básica o avanzada y tiene importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas, según sean los procedimientos que se utilicen las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, y aunque no está indicada para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados como perdidos, y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que se le utiliza con mayor frecuencia entrar a la conceptualización de cada una de estas técnicas implicaría un trabajo de mayor envergadura, pues sólo una de estas técnicas es en la cual se centrará nuestro objeto de estudio, por lo cual hablaremos de manera enunciativa de todas las técnicas, y puntualizaremos solamente aquéllas que tengan una relación directa con la maternidad sustituta.

4.6.1- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

En primer lugar, hablaremos de la inseminación artificial que 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 empleado la intracervical, vaginal, intraperitoneal e intrafolicular encontramos que la inseminación artificial puede practicarse con semen fresco, es decir, que es aplicado inmediatamente después de ser eyaculado por un hombre, con lo cual se permite verificar la calidad de la muestra y reducir el riesgo de transmisión de graves infecciones a la mujer por no haber sido debidamente analizado; puede ser completo, es decir, se insemína todo lo eyaculado o fraccionado, lo que implica un tratamiento del semen en el laboratorio con el fin de volverlo más viable, puede ser homóloga, si el semen proviene del esposo o compañero de la mujer, y heteróloga, si el semen proviene de un donador, asimismo se diferencia, por el lugar de los genitales femeninos donde es depositado, como lo puede ser la vagina, el interior del útero, en la cerviz, en su parte interior o exterior.

4.6.2.-HIPERESTIMULACION OVÁRICA CONTROLADA

Otra técnica es la hiperestimulación ovárica controlada (HOC), esta técnica se ha comenzado a utilizar en muchos procesos de fertilidad para complementar o facilitar el uso de otras técnicas como lo serían la inseminación artificial y la cantidad de óvulos disponibles a través de la aplicación de gonadotrofinas, esto es, se realiza una estimulación hormonal a efecto de que el ovario produzca varios óvulos a la vez, y para esto, el paciente debe someterse a un tratamiento hormonal indicado por su médico.

4.6.3.-PERFUSION ESPERMÁTICA A OVIDUCTOS

La perfusión espermática a oviductos (FSP) es conocida por su nombre en Inglés, del cual derivan sus siglas, que quieren decir Fallopian Sperm Perfusion, y es un procedimiento utilizado por el doctor Kahn, la cual consiste en inseminar un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente capacitados para que lleguen a las fimbrias Por vía transcervical, se combina con la hiperestimulación ovárica controlada para aumentar la posibilidad de unión entre el óvulo y el espermatozoide.

4.6.4.-FERTILIZACION IN VITRO

La fertilización in vitro (FIV) también es conocida como fecundación artificial, extracorpórea, o "bebé probeta", es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el espermatozoide del padre; por decirlo en palabras comunes, es la unión del espermatozoide y ovulo, fuera del cuerpo humano, es decir, consiste en reproducir con técnicas de laboratorio la fecundación que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio. Esta técnica está íntimamente ligada con lo que sería la transferencia de embriones (TE), pues una vez obtenido el ovulo fecundado, se le conserva en un medio de cultivo para verificar su viabilidad y su correcta división, y una vez logrado esto, se le traslada a la cavidad uterina para su posterior desarrollo; se requiere para su aplicación, un tubo normal y al menos un ovario que funcione para poder obtener los óvulos, así como una muestra espermática aceptable.

4.6.5.-TRANSFERENCIA INTRAUTERINA DE GAMETOS Y EMBRIONES

La transferencia intrabutaría de gametos (GIFT) consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en las trompas de la mujer estéril, siempre y cuando la permeabilidad de éstas no esté afectada, propiciando el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación

siguen los parámetros normales. La transferencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT) es la mezcla entre el GIFT y el FIV, ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados. Otras técnicas que no tienen que ver directamente con la maternidad por cuenta ajena, pero que forman parte del mundo de las técnicas de reproducción asistida, son: la donación de ovocitos y espermatozoides; la aspiración microquirúrgica de espermatozoides de epidídimo (Microsurgical Epididimal Sperm Aspiration, MESA); la ingeniería genética, también conocida como micromanipulación de embriones; la tan en boga técnica de la clonación, a la cual se le conoce médicamente como sustitución nuclear. Por su parte, las llamadas portadoras sustitutas no son propiamente una técnica de reproducción asistida en sí, sino que son la combinación de varias de ellas para que pueda lograrse el fin perseguido; sin embargo, se le considera como una técnica más y es conocida con una diversidad de nombres. Se le puede identificar como madres sustitutas, madres de alquiler, gestación contratada, gestación por cuenta ajena, alquiler de útero, alquiler de vientre, entre otros. Médicamente esta técnica se ha desarrollado para mujeres estériles sin útero y con ovarios, de tal manera que se han creado programas en donde mujeres que reúnen ciertos requisitos de edad y características psicológicas y médicas, entre otras, establecen un contrato en el que se comprometen a llevar en su útero el producto de la concepción de ovocitos y espermatozoides de una pareja estéril, para regresarlo a la pareja inmediatamente después del parto vaginal o cesáreo. La paciente estéril sin útero se somete a una hiperestimulación ovárica para producir ovocitos en sincronía con el ciclo natural de la portadora subrogada y se realiza después el procedimiento de reproducción asistida que se haya decidido, especificándose en un contrato, como lo es en el caso de Estados Unidos de América e Inglaterra, las especificaciones pertinentes.

5.-TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. Así, las llamadas madres sustitutas o madres de alquiler son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente, se ha generado mediante el espermatozoide del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, y que producido el parto entregará el hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el esta técnica existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento, donde es frecuente que la gestadora sea al mismo tiempo madre genética inseminada con semen proveniente del marido de la contratante, también es frecuente que se utilice la fecundación in vitro, en donde el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y la Gestadora, mediando generalmente para esta práctica un pago cierto y podemos inferir que la maternidad de sustitución admite las siguientes modalidades:

5.1.-SUBROGACION TOTAL

Subrogación total. Implica que la mujer contratada sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la que esta hipótesis corresponde más que nada a una inseminación artificial heteróloga, toda vez que en realidad la madre del bebé lo es de manera genética y obstétrica, y por lo tanto no existe sustitución alguna del vientre, es decir no se da la hipótesis de que una mujer se preste a gestar un embrión que

genéticamente es de otra mujer, y por ende se habla de que en realidad existe una maternidad compartida.

5.2.-SUBROGACION PARCIAL

Subrogación parcial. Esta se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.

5.3.-SUBROGACION COMERCIAL

Subrogación comercial. Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

5.4.-SUBROGACION ALTRUISTA

Subrogación altruista. Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad o parentesco. Estas clases de maternidad subrogada son utilizadas dependiendo de las deficiencias y padecimientos de la pareja solicitante, por lo que toca a la institución especializada en este método determinar cuál será la maternidad subrogada a la que se hará referencia en cada caso en particular. En virtud de lo anterior, se llamará madre sustituta o madre subrogada a la mujer fértil que se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena, acordando mediante un "contrato" permitir el implante de un embrión humano en su útero o bien ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo para que al momento que éste nazca, renuncie a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, para que la esposa del padre pueda adoptarlo.

6.-CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA Y MATERNIDAD SUBROGADA

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A comienzos del presente siglo, el avance científico y tecnológico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano, facilitando su realización, incluso en circunstancias que en épocas anteriores pudieran considerarse materializables únicamente en la imaginación de un escritor de ciencia ficción, la etapa en la que nos ha tocado vivir, ha generado un rompimiento de esquemas socioculturales, se han superado las barreras de tiempo y espacio, propiciando la globalización de todas las regiones del mundo, lo que significa también que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y de valores. Ante el trastocamiento vertiginoso de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse y de incorporar estas nuevas conductas sociales al amparo de la ley, la cual debe delimitarlas correctamente para que el sistema jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta integral a los nuevos esquemas conductuales y de valores que se integran al cuerpo social. Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastorno de los valores a nivel mundial, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una Serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de Infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida. El nacimiento de *Luise Brown*, en 1978, gracias a la fecundación in vitro, y su posterior implantación embrionaria en el útero de su madre, ha significado un parteaguas en la salud reproductiva, pues a partir de ese momento hasta hoy, las técnicas de reproducción asistida han tenido un perfeccionamiento continuo, propiciando que cada vez más parejas estériles o infértiles, alrededor del mundo, tengan la posibilidad de lograr la propia descendencia. Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos erróneamente denominada "maternidad subrogada", que tiene la peculiaridad

de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser. Precisamente es esta técnica reproductiva denominada "maternidad subrogada", la cual constituye el objeto de estudio de este análisis, en virtud de considerarla muy interesante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino porque para su realización, en ella no sólo interviene la ciencia sino que tiene que ver con el acto de la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerar como un hijo, el cual debe entregar a la pareja solicitante después del nacimiento de ese bebé, de esta manera y al estar supeditado este acto a la voluntad de las personas que intervienen en él, sustituta, la aplicación de esta técnica tiene un desenlace incierto.

6.1.- NOCIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

En relación a este panorama contextual y a la necesidad de una respuesta jurídica al respecto, consideramos necesario realizar un estudio profundo de la maternidad, por cuenta ajena, en relación con nuestra realidad social, cultural y aún legal para poder en un momento determinado proponer una alternativa de legislación al respecto, con base en el análisis previo de estos elementos. Es así como hemos elaborado este trabajo, que consiste en cuatro apartados, en los cuales encontraremos en primer lugar un acercamiento general en torno a la problemática de la infertilidad y la esterilidad, apuntando, por supuesto, la diferencia entre ambas; posteriormente presentaremos el marco jurídico existente en nuestro país, en torno al llamado derecho a la reproducción, que se consagra constitucionalmente, así como de la regulación existente en otros cuerpos legislativos secundarios, como lo serían la ley general de salud y reglamentos, el código civil y penal, ambos para el Distrito Federal, así como el caso peculiar de Tabasco que incorporó una serie de reformas a su código civil.

El apartado tercero, de este trabajo, tiene la intención de mostrar la realidad social actual, en nuestro país de la técnica reproductiva denominada maternidad por cuenta ajena o "alquiler de útero", con el propósito de poder real de ser legislada o no. De tal manera que presentamos, a la luz del derecho civil mexicano, el acierto o el error de considerar al acuerdo de voluntades que da origen a la realización de esta práctica reproductiva como un contrato patrimonial. Por último, en el apartado quinto de la presente investigación, concluimos el desarrollo de este trabajo con una propuesta legislativa en relación a la maternidad sustituta, a la luz del sistema jurídico mexicano y en aras de contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país, en relación al tema particular. a comienzos del presente siglo, el avance científico y tecnológico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano, facilitando su realización, incluso en circunstancias que en épocas anteriores pudieran considerarse materializables únicamente en la imaginación de un escritor de ciencia ficción, la etapa en la que nos ha tocado vivir, ha generado un rompimiento de esquemas socioculturales, se han superado las barreras de tiempo y espacio, propiciando la globalización de todas las regiones del mundo, lo que significa también que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y de valores. Ante el trastocamiento vertiginoso de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse y de incorporar estas nuevas conductas sociales al amparo de la ley, la cual debe delimitarlas correctamente para que el sistema jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta integral a los nuevos esquemas conductuales y de valores que se integran al cuerpo social. Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastorno de los valores a nivel mundial, tenemos que serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida. El nacimiento de Luise Brown, en 1978, gracias a la fecundación in vitro, y su posterior implantación embrionaria en el útero de su madre, ha significado un parteaguas en la salud

reproductiva, pues a partir de ese momento hasta hoy, las técnicas de reproducción asistida han tenido un perfeccionamiento continuo propiciando que cada vez más parejas estériles o infértiles, alrededor del mundo, tengan la posibilidad de lograr la propia descendencia. Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos a la erróneamente denominada "maternidad subrogada", que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser. Precisamente es esta técnica reproductiva denominada "maternidad subrogada", la cual constituye el objeto de estudio de este análisis, en virtud de considerarla muy interesante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino porque para su realización, en ella no sólo interviene la ciencia sino que tiene que ver con el acto de la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerar como un hijo, el cual debe entregar a la pareja solicitante después del nacimiento de ese bebé, de esta manera y al estar supeditado este acto a la voluntad de las personas que intervienen en él, pero en particular a la voluntad de la madre sustituta, la aplicación de esta técnica tiene un desenlace incierto.

6.2.- ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Aun más, este especialista nos indica que la esterilidad puede darse de dos formas: Primaria, cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento, y secundaria, cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etcétera.

Inconscientes que hacen que este problema sea difícil de tratar debido a que la mente humana es un verdadero enigma, lo que genera cambios o alteraciones en el mundo exterior. El aislamiento se genera por todas las presiones sociales que surgen ante el conocimiento del problema por el submundo familiar que gira en torno a la pareja que tiene alguna disminución en su capacidad reproductiva. En este orden de acontecimientos, una vez que se han experimentado las anteriores reacciones, se presenta el enojo y la agresión contra sí mismo, la sociedad, amigos, familiares y médicos en una manifestación fehaciente de pérdida de control sobre las emociones, pensamientos y cuerpo, así como de las posibilidades de elegir: reacción irracional y desproporcionada que refleja angustia, depresión, frustración y desesperación. Los sentimientos de culpa en la pareja aparecen como una forma de explicar o justificar lo que está sucediendo, entonces se remontan a Sucesos pasados, se habla de errores, pecados o malas acciones. Cuando una pareja de este tipo decide acudir a un médico en busca de alternativas de solución, suele ocurrir el fenómeno del regateo, al tratar de obtener más de lo que el médico está planteando como alternativa de solución, incluso se plantea que si se acepta someterse a tal o cual tratamiento, lo será bajo la garantía de resultados satisfactorios, cosa a la que cualquier médico con una adecuada ética profesional, de ninguna manera puede comprometerse. Ante esfuerzos infructuosos y la presión sociocultural del entorno, los implicados suelen experimentar depresión, que puede centrarse en el individuo y/o en la pareja, lo que genera de nueva cuenta el aislamiento o hábitos peligrosos como el alcoholismo o el fármaco dependencia. Puede considerarse una pareja exitosa, aquella que logra reconocer la pérdida, sentir aflicción y pena por la misma, vivir un proceso de duelo y recuperarse del mismo, mediante la aceptación o planteamiento de alternativas de solución congruentes. Hasta aquí la exposición de las reacciones psicológicas que una pareja infértil o estéril experimenta con este tipo de padecimientos reproductivos, pues un estudio de mayor profundidad no sería de nuestra competencia, sino de la rama del saber correspondiente a la psicología clínica. Lo que hemos pretendido lograr a través de este apartado, es concientizar al

lector de las repercusiones que estos padecimientos tienen en la sociedad y en el mundo interno de los individuos que los presentan y que indudablemente, sin pretensiones exageradas, puede provocar cambios en el mundo externo, cuando éstos se dejan guiar por los sentimientos de ira y agresión que experimentan en diversos grados. Aquí podemos decir que hoy las técnicas de reproducción asistida se plantean como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja. Cuando los métodos, diagnósticos y técnicas terapéuticas tradicionales no encuentran una causa que explique la esterilidad o infertilidad, o después de tratarla no se obtiene un embarazo, hay posibilidades adicionales con técnicas no coitales de reproducción, también llamadas técnicas de reproducción asistida. Cada una de estas técnicas que en la actualidad son usadas para ayudar a parejas estériles o infértiles a concebir un hijo implica invasión mayor en la mente y en el cuerpo de oportunidad para lograr el anhelado embarazo.

6.3.- CASOS ESPECÍFICOS DE ESTADO DE NECESIDAD

En el presente trabajo entendemos por técnicas de reproducción asistida o reproducción no coital, al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra. Puede dividirse en básica o avanzada y tiene importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas, según sean los procedimientos que se utilicen. Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, y aunque no está indicada para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados como perdidos, y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que se le utiliza con mayor frecuencia. Entrar a la conceptualización de cada una de estas técnicas implicaría un trabajo de mayor envergadura, pues sólo una de estas técnicas es en la cual se centrará nuestro objeto de estudio, por lo cual hablaremos de manera enunciativa de todas las

técnicas, y puntualizaremos solamente aquéllas que tengan una relación directa con la maternidad sustituta.

7.-IMPORTANCIA DE LA LEGALIDAD DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA CON MATERNIDAD SUBROGADA

7.1.-IMPORTANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO

Por considerarlo de interés, básicamente vemos que la formación de recursos al vapor, eso hace que personas sin capacidad, sin una formación rigurosa y sin un Nivel de compromiso con la sociedad, utilicen la reproducción asistida sin tomar en cuenta la parte humana y las consecuencias. Las clínicas especializadas en fertilización humana ¿tienen registro especial? Algunas están conforme a la ley y son muy profesionales. Los problemas los tenemos cuando un ginecólogo o un gineco-obstetra hacen un curso de tres o seis meses y se considera un experto en fertilidad humana. las clínicas debidamente habilitadas juegan un papel importante porque muchas parejas alcanzan el éxito deseado. Los procedimientos de reproducción asistida en el humano, se practican en el país desde hace unos 15 años, durante los cuales han ocurrido conflictos de carácter legal, sobre todo en los casos de donación de ovocitos y alquiler de vientre, a pesar de lo cual, no se cuenta en nuestro medio con ninguna legislación que regule las implicaciones legales de estas técnicas y tenga en cuenta los aspectos físicos y psicológicos de estos tratamientos, que cuando se establezcan en el estado de Hidalgo se debe tener una legislación acorde para los procedimientos, así como sancionar civil y penalmente a quien incurra en acciones y omisiones que pongan en riesgo a los sujetos que intervengan en la relación judicial.

7.2.- IMPORTANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO

Experimentan múltiples reacciones psicológicas a las que habitualmente no está preparada la pareja, puesto que sus reacciones son complejas, diversas y en ocasiones irracionales. Descubrir que no se puede lograr un embarazo es

una situación traumática para las parejas, pues no están preparadas para afrontarla. Después se genera una crisis mayor, puesto que el problema representa retos diversos, ya que existen limitaciones diagnósticas y terapéuticas, así como algunos factores causales con muy mal pronóstico, y a veces, al corregir un factor se altera otro. Los recursos económicos de la mayoría de las parejas en nuestro país no son suficientes para superar este tipo de problemas, lo cual pone en riesgo sus metas y objetivos de vida, aflorando múltiples sentimientos inconscientes que hacen que este problema sea difícil de tratar debido a que la mente humana es un verdadero enigma, lo que genera cambios o alteraciones en el mundo exterior. Para ayudar a restablecerse las consecuencias psicológicas de una esterilidad o infertilidad, el psicólogo debe, en palabras de la doctora *Helena López Daba*: Estudiar al ser humano en su totalidad, en las situaciones concretas y en sus vínculos interpersonales presentes y pasados, en definitiva Indagar el mundo interno del sujeto que de alguna manera está condicionando respuestas en su interacción con el mundo externo. A partir de la conducta manifiesta explorar y llegar a comprender lo latente, las fantasías inconscientes que subyacen. El especialista mexicano Efraín Pérez Peña nos muestra de manera más sistemática las reacciones psicológicas que surgen ante la esterilidad o la infertilidad en una pareja que la presenta. Estas reacciones se presentan en un orden progresivo de sorpresa, negación, aislamiento, enojo y agresión, culpa y auto devaluación, regateo, depresión, sufrimiento, duelo y aceptación o resolución, por lo cual a grosso modo hablaremos a continuación de cada una de estas reacciones. Se presenta la sorpresa, pues las personas generalmente no están preparadas para una imposibilidad reproductiva. Después de la sorpresa, se da paso a la negación, lo cual es un mecanismo de defensa inicial que permite a la pareja adaptarse a esta realidad, que resulta intolerable.

7.3.- IMPORTANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Resulta pertinente referirnos en primer lugar a lo que nuestra carta magna menciona respecto al objeto de estudio, de este trabajo, partiendo del análisis

del artículo cuarto constitucional, párrafo segundo, el cual consagra un derecho a la Salud y una libertad de procreación. El derecho consagrado a favor del ciudadano, en este segundo párrafo, significa la oportunidad de organizar y desarrollar una familia, lo que implica que el Estado tiene la obligación de no interferir en ello y más aún de brindar la protección debida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización de este derecho. La lectura de este artículo nos hace reflexionar en torno a las implicaciones que se dan dentro de la protección del derecho a la organización y desarrollo de una familia, por ejemplo, si dentro de este caso se encontraría el permitir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales finalmente se han creado para propiciar la organización y desarrollo de una familia, para aquéllas personas que presentan una incapacidad o una imposibilidad para hacerlo. En el supuesto jurídico en que el Estado contemplara la reproducción asistida, como medio de actualizar el derecho de organización y desarrollo de una familia, sería pertinente cuestionarnos en qué sentido debiera regularse el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, pues para esto debe contemplarse las consecuencias que cada una de ellas encierra, y en particular la llamada maternidad subrogada. En caso de que el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, por parte de las personas estériles o infértiles, no se permitieran dentro de este de la familia, se contravendría lo dispuesto por el artículo 1º Constitucional, el cual establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta constitución. Diversos doctrinarios, como *Xavier Hurtado Olivier* consideran que si no se permitiera a las parejas infértiles o estériles, organizar y desarrollar una familia, por los medios que ellos consideren pertinentes, según el avance de las técnicas de reproducción humana asistida, sería necesario que tal restricción se diera por medio de una sentencia judicial que así lo determinara como lo dispone párrafo, el cual establece que, "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales...". El artículo cuarto constitucional garantiza, además, un derecho a la protección de la salud, originando con esto la

obligación del estado a propiciar la existencia de instituciones de salud que presten el servicio de atención médica a la población que sufre una enfermedad o bien que quiere prevenir un padecimiento o alteración en la salud. Si se toma en cuenta el punto de vista médico, respecto de Las técnicas de reproducción humana asistida, encontramos que se considera a la esterilidad o infertilidad humana como una enfermedad de nuestro tiempo, la cual debe ser seriamente contemplada en las políticas de salud de los estados modernos, cabría entonces reflexionar sobre la responsabilidad que tendría el estado mexicano de posibilitar en sus diferentes instituciones de salud el manejo y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como forma de garantizar que el ciudadano infértil o estéril pueda tener acceso a la reproducción biológica. De lo anterior, observamos que el ordenamiento constitucional en cita, deja la puerta abierta a la interpretación en torno al uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, que se inclinará a favor o en contra de ellas, según sea el punto de vista que las trate, hecho que propiciará sin duda arduos debates al respecto, de lo cual se hace necesaria una especificación mayor en cuanto al alcance y límite del derecho a la organización y desarrollo de una familia, así como el de la libre elección y espaciamento de los hijos, debiéndose asimismo determinar si la infertilidad o esterilidad entran dentro de la política de salud del estado, porque de ser así, habría que garantizar por parte del estado el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Existen otros ordenamientos jurídicos que hacen referencia expresa a diversas técnicas de reproducción humana asistida, como la ley general de salud, que es la ley que se deriva del artículo cuarto constitucional, resultándonos bastante interesantes lo dispuesto en los artículos 1o., 3o. y 27o. de esta ley, los cuales nos hablan de la obligación del estado de la prestación de los servicios de salud, nos habla de la planificación familiar y de la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos, lo cual nos lleva a preguntarnos si las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran dentro de este esquema de apoyo para la planificación familiar, y de investigación para la salud, pues éstas se refieren a lograr la reproducción humana de manera consciente, por parte de

los progenitores, elementos que en esencia implican una planificación familiar, concepto que es Recurrente en el artículo 27, fracción quinta, de esta ley, así como en los artículos 67, párrafos primero y segundo, y 68 de la misma. Otro concepto que nos parece Interesante de esta ley, es lo que dispone en torno a la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos, disposición que se amplía en el título quinto de esta ley en sus artículos 96 al 100, los cuales nos hablan expresamente de la investigación sobre la ingeniería genética, la lectura de estos artículos podemos inferir que en realidad las técnicas de reproducción humana asistida, no son del todo ajenas en nuestro sistema jurídico mexicano, sólo que se les contempla de manera muy genérica. En el capítulo decimocuarto de esta ley, encontramos disposiciones que en un momento dado pueden ser usadas como parámetros de referencia para delimitar y conformar un proyecto legislativo sobre el uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, toda vez que nos habla en torno a los procedimientos de donación de diversos órganos y su control sanitario. Llama nuestra atención también lo dispuesto por el reglamento de la ley general de salud, en materia de investigación para la salud, el cual se creó para dar los lineamientos y principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud. Este reglamento se da a la tarea de puntualizar en sus nueve títulos, diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo materia de nuestro estudio en particular, el título segundo en su capítulo cuarto, el cual se refiere a la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óbitos y fetos y de la fertilización asistida, de la cual encontramos referencia expresa en el capítulo cuarto, del título segundo de este reglamento, que abarca los numerales cuarenta a cincuenta y seis. Dentro del marco normativo de las técnicas de reproducción humana asistida, en nuestro país, consideramos pertinente puntualizar que, de alguna manera, son las legislaciones sustantivas civiles y penales del Distrito federal y del estado de Hidalgo, las que van marcando la pauta en cuanto a la

poca legislación que en la materia existe, y por ende, son estas legislaciones en las que encontramos disposiciones más expresas en materia de reproducción asistida y de las implicaciones que en diferentes figuras jurídicas de derecho familiar, civil y aún penal, el uso de estas técnicas puede generar. De esta manera encontramos referencia expresa a las técnicas de reproducción asistida, en el Código Civil del Distrito Federal, en los artículos 267, 293, 326, 329, 336, 338, 374, 378 y 382, los cuales nos hablan de manera general de las relaciones de parentesco y filiación, que pueden darse aún por medio de fecundación asistida. Por su parte, el Código penal para el Distrito Federal, con las recientes reformas de octubre del 2002 se han incluido un interesante título segundo, correspondiente al libro segundo de este código, al cual se le ha llamado "procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética", título al que se le ha denominado "procreación asistida e inseminación artificial", y se compone del artículo 149 al 153, mismos que sancionan diversos esquemas conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de reproducción asistida, que se consideran como delitos, plenamente sancionados por el apartado punitivo del Estado llama particularmente nuestra atención, la exposición de motivos que reformas que se hicieron al código sustantivo civil del estado de Tabasco, en donde los legisladores de la quincuagésima legislatura se declaran complacidos de introducir cambios de fondo a este cuerpo normativo, afirmando que dichas modificaciones jurídicas son el reflejo de la evolución que se ha dado en la sociedad tabasqueña, por esto, consideraron conveniente incorporar a los dispositivos de este código, los recientes avances científicos en materia de reproducción humana. De esta manera, encontramos que a este cuerpo legal se agregan diferentes disposiciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, así como de las consecuencias que éstas producen en instituciones del derecho civil, en su rama de derecho familiar, como lo serían aspectos del matrimonio, concubinato, divorcio, filiación y sucesiones, reformas que encontramos en los artículos: 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 331 y 360. Es pertinente resaltar lo dispuesto por el artículo 92 del código Civil de

Tabasco, ya que por primera vez en nuestro país, en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, se observa una referencia expresa a la maternidad sustituta y a la maternidad subrogada, en relación a las actas de nacimiento y en donde se diferencia incluso entre un término y otro; en dicho numeral encontramos en el párrafo final una disposición concreta respecto a la paternidad del hijo de la mujer casada, por lo cual resulta interesante como esta disposición contraviene totalmente la presunción tradicional que se ha manejado en nuestro sistema jurídico: que el hijo de la mujer casada, hijo de su marido es, así este numeral dispone como excepción a esta presunción, el hijo de la mujer casada, que sea madre gestante sustituta.

7.4.- IMPORTANCIA SOCIAL

El aislamiento se genera por todas las presiones sociales que surgen ante el conocimiento del problema por el submundo familiar que gira en torno a la pareja que tiene alguna disminución en su capacidad reproductiva. En este orden de acontecimientos, una vez que se han experimentado las anteriores reacciones, se presenta el enojo y la agresión contra sí mismo, la sociedad, amigos, familiares y médicos en una manifestación fehaciente de pérdida de control sobre las emociones, pensamientos y cuerpo, así como de las posibilidades de elegir: reacción irracional y desproporcionada que refleja angustia, depresión, frustración y desesperación. Los sentimientos de culpa en la pareja aparecen como una forma de explicar o justificar lo que está sucediendo, entonces se remontan a sucesos pasados, se habla de errores, pecados o malas acciones. Cuando una pareja de este tipo decide acudir a un médico en busca de alternativas de solución, suele ocurrir el fenómeno del regateo, al tratar de obtener más de lo que el médico está planteando como alternativa de solución, incluso se plantea que si se acepta someterse a tal o cual tratamiento, lo será bajo la garantía de resultados satisfactorios, cosa a la que cualquier médico con una adecuada ética profesional, de ninguna manera puede comprometerse. Ante esfuerzos infructuosos y la presión sociocultural del entorno, los implicados suelen experimentar depresión, que puede centrarse

en el individuo y/o en la pareja, lo que genera de nueva cuenta el aislamiento o hábitos peligrosos como el alcoholismo o el fármaco dependencia. Puede considerarse una pareja exitosa, aquella que logra reconocer la pérdida, sentir aflicción y pena por la misma, vivir un proceso de duelo y recuperarse del mismo, mediante la aceptación o planteamiento de alternativas de solución congruentes. Hasta aquí la exposición de las reacciones psicológicas que una pareja infértil o estéril experimenta con este tipo de padecimientos reproductivos, pues un estudio de mayor profundidad no sería de nuestra competencia, sino de la rama del saber correspondiente a la psicología clínica. Lo que hemos pretendido lograr a través de este apartado, es concientizar al lector de las repercusiones que estos padecimientos tienen en la sociedad y en el mundo interno de los individuos que los presentan y que indudablemente, sin pretensiones exageradas, puede provocar cambios en el mundo externo, cuando éstos se dejan guiar por los sentimientos de ira y agresión que experimentan en diversos grados

8.-PROPUESTA DE INICIATIVA PARA LEGISLAR EN EL AMBITO PENAL LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA CON MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO DE HIDALGO

8.1.-EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La maternidad por cuenta ajena en la actualidad, en nuestro país y en cualquier parte del mundo, se toma como alternativa a seguir por lo general cuando la esposa o concubina no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serían malformaciones congénitas, extirpaciones del mismo, o bien el llamado "útero infantil", cuadros clínicos que significan para una mujer la esterilidad, lo cual representa la imposibilidad total de gestar en su vientre a un nuevo ser. Debido a lo anterior, decide: Realizar un convenio por escrito con una tercera mujer para que a cambio de una contraprestación económica acepte gestar a un niño para entregárselo con posterioridad a su nacimiento. En este orden de ideas, si una pareja estéril suscribió un convenio con una tercera mujer, y ésta

se rehúsa a cumplir con lo que se comprometió, luego la pareja decide llevar su caso ante los tribunales y tiene que presentar un contrato de gestación por cuenta ajena o de "alquiler de útero", resulta pertinente preguntarnos, ¿cuál sería el criterio del juez, tomando en cuenta el actual estado legislativo de la materia? Analizando los elementos de los contratos en México, realizaremos un intento de adecuación del llamado "contrato de maternidad sustituta" con las disposiciones legales en materia de contratos, en aras de determinar si este convenio puede denominarse contrato, y si su incumplimiento o interpretación puede dirimirse en los juzgados. Creemos que al amparo de la ausencia legislativa en torno a esta práctica reproductiva, los defensores de la postura de que esta técnica se expresa en un contrato, se han equivocado al pensar que la maternidad sustituta puede calificarse como un acto patrimonial, entre ciudadanos que están en la posibilidad de crear su propia ley con el simple acuerdo de voluntades que plasmen en un papel, revestido de una aparente legalidad. Al respecto, pensamos que el ser humano tiene sobre su propio cuerpo la libre disposición, considerándolo como un todo a través del cual se relaciona, camina, habla, observa, siente, etcétera, pero que nadie puede aparecer como dueño de sus propios miembros que necesita para ser lo que es. Es decir, consideramos que nadie puede vender un riñón, el hígado, un pedazo de Piel, un ojo, etcétera, a pesar que sabemos que algunos órganos son comerciados en el mercado negro por personas que ven en ello un modus vivendi, pero podemos afirmar sin duda, que una vez que lo han realizado, no son ya las mismas personas, ni su cuerpo tiene la misma capacidad que originalmente tenía. Lo anterior nos ayuda a entender que las partes de nuestro cuerpo jamás pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo matrimonial, ni dicho acuerdo puede ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, en virtud de que un elemento que nos distingue y nos da la categoría de personas es un cuerpo físico, y por tanto como elemento de la personalidad, el cuerpo humano o cualquiera de sus componentes en ningún momento puede ser objeto de contrato, sólo puede ser sujeto de derecho. La maternidad por cuenta ajena tiene como objeto central que la madre sustituta

permita ser inseminada artificialmente o bien que se le implante un embrión humano para su gestación hasta el momento del parto; en este sentido, el objeto lo constituiría el cuerpo de la madre sustituta en general, y en particular el útero de esta mujer, y sólo así podemos decir que hay imposibilidad en el objeto, porque es tanto como vender o alquilar algo que no está en el comercio, como lo es el sol, la luna o nuestro cuerpo. Consideramos que el objeto de estos contratos presenta otra imposibilidad de ilicitud, pues también se contempla que la madre sustituta, una vez que haya nacido el menor, renunciará a todos sus derechos filiales y los cederá a favor de la madre biológica y consentirá en la adopción del menor por la mujer comitente; esto, simple y sencillamente no puede darse en nuestro sistema jurídico, porque todos los derechos y obligaciones de familia son irrenunciables, intransferibles y no están sujetos a negociación, pues para el legislador mexicano las cuestiones de familia tienen un tratamiento especial y prioritario, pues se les considera de orden público e interés social, como lo dispone el artículo 138 ter del código civil para el Distrito Federal. Otro elemento por el cual consideramos improcedente esta posición doctrinaria, es que el objeto presenta otra limitación que es la ilicitud de realizar cualquier transacción comercial con cualquier componente del cuerpo humano, como lo dispone el artículo 327, de la ley general de salud, en nuestro país, con lo cual la elaboración de estos contratos en donde a la madre sustituta se le otorga cierta cantidad económica por los "servicios" prestados, son por demás nulos.

8.2.-FUNDAMENTACION

De acuerdo al código penal del estado de Hidalgo en su artículo 327 resulta pertinente referirnos en primer lugar a lo que nuestra carta magna menciona respecto al objeto de estudio, de este trabajo, partiendo del análisis del artículo cuarto constitucional, párrafo segundo, el cual consagra un derecho a la salud y una libertad de procreación. El derecho consagrado a favor del ciudadano, en este segundo párrafo, significa la oportunidad de organizar y desarrollar una familia, lo que implica que el estado tiene la obligación de no interferir en ello y

más aún de brindar la protección debida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización de este derecho, lectura de este artículo nos hace reflexionar en torno a las implicaciones que se dan dentro de la protección del derecho a la organización y desarrollo de una familia, por ejemplo, si dentro de este caso se encontraría el permitir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales finalmente se han creado para propiciar la organización y desarrollo de una familia, para aquellas personas que presentan una incapacidad o una imposibilidad para hacerlo. De esta manera encontramos referencia expresa a las técnicas de reproducción asistida, en el código civil del Distrito Federal, en los artículos 267, 293, 326, 329, 336, 338, 374, 378 y 382, los cuales nos hablan de la manera general de las relaciones de parentesco y filiación, que pueden darse aún por medio de fecundación asistida. Por su parte, el código penal para el Distrito Federal, con las recientes reformas de octubre del 2002 se ha incluido un interesante título segundo, correspondiente al libro Segundo de este código, al cual se le ha llamado "Procreación asistida, Inseminación artificial y manipulación Genética", título al que se le ha denominado "Procreación asistida e inseminación artificial", y se compone del artículo 149 al 153, mismos que sancionan diversos esquemas conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de reproducción asistida, que se consideran como delitos, plenamente sancionados por el apartado punitivo del Estado. Particularmente nuestra atención, la exposición de motivos que precede a las reformas que se hicieron al código sustantivo civil del estado de Tabasco, en donde los legisladores de la quincuagésima legislatura se declaran complacidos. De modificaciones jurídicas es el reflejo de la evolución que se ha dado en la sociedad tabasqueña, por esto, consideraron conveniente incorporar a los reproducción humana en el estado de Hidalgo. De esta manera, encontramos que a este cuerpo legal se agregan diferentes disposiciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, así como de las consecuencias que estas producen en instituciones del derecho civil, en su rama de derecho familiar, como lo serían aspectos del matrimonio, concubinato, divorcio, filiación y sucesiones, reformas

que encontramos en los artículos: 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 331 y 360. Es pertinente resaltar lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, Ya que por primera vez en nuestro país, en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, se observa una referencia expresa a la maternidad sustituta y a la maternidad subrogada, en relación a las actas de nacimiento y en donde se diferencia incluso entre un término y otro; en dicho numeral encontramos en el párrafo final una disposición concreta respecto a la paternidad del hijo de la mujer casada, por lo cual resulta interesante como esta disposición contraviene totalmente la presunción tradicional que se ha manejado en nuestro sistema jurídico: que el hijo de la mujer casada, excepción a esta presunción, el hijo de la mujer casada, que sea madre gestante sustituta.

8.3.- PROPUESTA

INICIATIVA DE LEY SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA ---- ¿ALTRUISMO O NEGOCIO? ----- ¿USTEDES QUE OPINAN? INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR QUE SE EXPIDA LA LEY SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO DE HIDALGO.

8.3.1.-CAPÍTULO ÚNICO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º. La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la maternidad subrogada. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, o en estado de unión libre en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y anexos es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de Los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona Y el interés superior del menor.

Artículo 2°. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente ley, son relativas a la maternidad subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer. La maternidad subrogada se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados Y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.

Artículo 3°. Para Efectos de esta Ley se define y entiende por: I. Código Civil: Código Civil para el Estado de Hidalgo; II. Código penal: Código penal para el estado de Hidalgo; III. DIF-Estado de Hidalgo: al organismo público descentralizado denominado sistema para el desarrollo Integral de la familia del estado de Hidalgo; IV. Filiación: relación que existe entre el padre o la madre y su descendencia, y se encuentra sujeta a lo dispuesto por lo que establece el artículo 338 del código civil vigente, lo dispuesto en esta ley y la legislación del orden común vigente; V. Implantación de mórula: implantación de mórula o huevo humano con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada fecundación In vitro con transferencia de embriones, cuyas siglas son FIVET aplicada en su variante homóloga; VI. Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, en los términos que establece el derecho Internacional público; VII. Ley De Salud: Ley de salud para el estado de Hidalgo; VIII. Maternidad subrogada: la práctica médica consistente en la implantación de mórulas humanas en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con el nacimiento; IX. Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que a título gratuito se compromete mediante un Instrumento jurídico, denominado Instrumento para la maternidad subrogada, a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el nacimiento. A quien le corresponderán sus derechos derivados del estado de ingravidez hasta el

nacimiento; X. Madre subrogada: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que Aporta su material genético para la fecundación, y que se compromete mediante el instrumento denominado instrumento para la maternidad subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica; XI. Notario: Notario público del estado de Hidalgo; XII. Padre subrogado: Hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta su material genético para la fecundación y que se compromete mediante el instrumento denominado Instrumento para la maternidad subrogada desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica; XIII. Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud; XIV. Médico tratante: médico especialista en infertilidad humana, que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la maternidad subrogada; XV. Instrumento para la maternidad subrogada: instrumento suscrito ante un notario, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual Una mujer con capacidad de goce y ejercicio se compromete gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta las 40 semanas de embarazo o antes, por existir prescripción médica; lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un ovulo y un espermatozoide fecundados e Implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluye con el nacimiento; XVI. Ley: Ley de maternidad subrogada para el estado de Hidalgo; XVII. Registro civil: a la dirección ejecutiva del registro civil, que ejerce sus atribuciones registrales a través de los jueces del registro civil; XVIII. Secretaría de salud: a la secretaría de salud del estado de Hidalgo, y XIX. Tutela: a la

tutela que establece el título noveno del código civil vigente y que tiene por objeto la protección de los menores que nacen por maternidad subrogada y en los casos de fallecimiento de ambos padres subrogados. Artículo 4°. La presente ley se aplicará en las instituciones de salud Pública o privada que cuenten con la certificación de la autoridad competente para realizar la Implantación de mórulas humanas. Artículo 5°. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el código civil y el código de procedimientos civiles, cuando fueren aplicables, y no afecte derechos de terceros y sin contravención de otras disposiciones legales vigentes.

8.3.2.-TÍTULO SEGUNDO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CAPÍTULO ÚNICO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS TRATANTES PARA LA PRÁCTICA MÉDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 6°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de mórulas en el cuerpo de una mujer gestante.

Artículo 7°. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que Intervienen en la implantación. Queda estrictamente prohibida la práctica de crio conservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo, así como la conservación de gametos humanos que tenga por objeto la disposición de Gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra la dignidad humana.

Artículo 8°. El médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades, y requisitos legales y físicos.

Artículo 9°. Ningún médico tratante realizará una implantación de mórula humana, sin que exista un instrumento para la maternidad subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las

identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca el instrumento notarial. Los profesionales médicos que realicen la práctica de la maternidad subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta ley y el código penal vigente.

Artículo 10. El médico tratante que realice la implantación de mórula humana o mórulas deberá certificar, que: I. La madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; II. El padre subrogado se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para la implantación, y III. La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud.

Artículo 11. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional. Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser mujer gestante. A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y en su caso, del DIF-Estado de Hidalgo para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo. Bajo protesta de decir verdad, la mujer gestante manifestará que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula, que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

Artículo 12. La mujer gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de Ingravidez hasta el nacimiento.

Artículo 13. En la atención médica que se le proporcione por las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud, no discriminarán su condición de mujer gestante, ni hará distinciones en su atención por este motivo.

8.3.3.-TÍTULO TERCERO DEL INSTRUMENTO DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA CAPÍTULO PRIMERO DE LAS FORMALIDADES DEL
INSTRUMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 14. El Instrumento para la maternidad subrogada podrá ser suscrito por la madre y el padre subrogados y la mujer gestante, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: I. Ser habitantes del Estado de Hidalgo, 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 al menor y los padres subrogados con el Nacimiento, y V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece los artículos 10 Fracciones 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.

Artículo 15. El instrumento para la maternidad subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

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, ante 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.

Artículo 16. El instrumento para la maternidad subrogada, en concordancia con los artículos precedentes, no podrá contener cláusulas que contravengan las siguientes obligaciones Internacionales suscritas por el estado Mexicano en materia de protección a Los infantes y a las mujeres: I. Limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la mujer gestante; II. Limitación al derecho del menor para que conozca su identidad personal, que trae aparejada la obligación de que acceda a un nombre y Apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos; III. El derecho del menor a la protección del Estado incluso a través de la tutela que establece el Código Civil, y IV. El derecho de la mujer gestante a decidir libremente respecto a la interrupción del embarazo hasta el décimo segunda semana en los términos que establece el artículo 144 del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil, en términos de la legislación vigente.

Artículo 17. El instrumento para la maternidad subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante. Se entiende por bienestar integral aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en los términos que establece El Código Civil.

Artículo 18. El instrumento para la maternidad subrogada podrá establecer fideicomisos que garanticen el bienestar económico del menor en caso de fallecimiento de alguno de los padres subrogados.

Artículo 19. El Instrumento Para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos 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.

Artículo 20. El Notario deberá formar el Instrumento con los documentos públicos y Privados que se precisen para garantizar seguridad y certeza jurídica a las partes Suscribientes.

Artículo 21. La voluntad que manifiesten las partes para la Realización del Instrumento de la Maternidad Subrogada debe ser indubitable y Expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no Habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Artículo 22. Es una Excepción al artículo 21 de la presente Ley que alguna de las partes posea una Discapacidad que le impida plenamente manifestar su voluntad, aun con las Herramientas humanas o tecnológicas, debiéndose asentar dicha imposibilidad en El Instrumento de Maternidad Subrogada.

Artículo 23. El Instrumento de Maternidad Subrogada lo firmarán la madre y padre subrogados, la mujer Gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario y asentándose el lugar, Año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Artículo 24. El Instrumento de Maternidad Subrogada formaliza el acuerdo de voluntades para la Maternidad Subrogada y constituye una parte indispensable para que exista.

8.3.4.-CAPÍTULO SEGUNDO DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO DEL MENOR NACIDO MEDIANTE LA MATERNIDAD SUBROGADO

Artículo 25. El certificado de nacimiento será el documento que Expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el Nacimiento del menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la Maternidad fue asistida a través de una técnica apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad Subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado de Hidalgo y relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada o Biológica del nacido.

Artículo 26. Los efectos de la maternidad subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, e incluso a las denuncias hechas ante el ministerio público que den cuenta de una maternidad subrogada. Para efectos legales, será imprescindible la presentación de un testimonio público del Notario que dio fe del instrumento para la maternidad subrogada.

8.3.5.-CAPÍTULO TERCERO DEL REGISTRO Y CONTROL DE NACIMIENTO DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 27. La Secretaría de Salud en coordinación con el registro civil llevará un registro de los instrumentos de maternidad subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica. El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la maternidad subrogada, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del instrumento para la maternidad subrogada, nombre y número del notario público, folio y libro en que se encuentra inscrito el Instrumento, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento.

8.3.6.-TÍTULO CUARTO DE LA NULIDAD Y LAS SANCIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CAPÍTULO PRIMERO DE LA NULIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Artículo 28. Es nulo el instrumento para la maternidad subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias: I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas; II. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley; III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Artículo 29. La nulidad del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su Existencia.

Artículo 30. La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre y del padre subrogado, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Artículo 31. El Instrumento para la maternidad subrogada carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.

8.3.7.-CAPÍTULO SEGUNDO DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 32. Se harán Acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes Que realicen la implantación de mórulas humanas sin el consentimiento y plena Aceptación de las partes que intervienen. Siendo aplicables las penas que Establece el delito de procreación asistida e inseminación artificial.

Artículo 33. La mujer gestante que desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada Practicada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública Con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados, Le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del Instrumento de la Maternidad Subrogada o, en su caso, las disposiciones que Establece la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Estado de Hidalgo.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

SEGUNDO.- A partir de La entrada en vigor de la presente Decreto, se derogan las demás disposiciones Que contravengan al mismo.

TERCERO.- El Jefe de Gobierno del Estado de Hidalgo Deberá realizar, a más tardar en 90 días naturales, las adecuaciones Correspondientes para incorporar

la Maternidad Subrogada y llevar a cabo el Registro correspondiente, que establece esta Ley.

CUARTO.- El Jefe de Gobierno Del Estado de Hidalgo deberá suscribir el convenio de colaboración Correspondiente con el Colegio de Notarios a efecto de garantizar el cumplimiento De las disposiciones de esta Ley y asegurar el menor costo posible de los Honorarios correspondientes al Instrumento de la Maternidad Subrogada.

QUINTO.- Publíquese el presente Decreto en el Diario Oficial del Estado y de la Federación para su mayor difusión.

V. - MARCO JURÍDICO.

En relación a este panorama contextual y a la necesidad de una respuesta jurídica al respecto, se considera necesario realizar un estudio profundo de la maternidad, Por cuenta ajena, en relación con nuestra realidad social, cultural y aún legal para Poder en un momento determinado proponer una alternativa de legislación al Respecto, con base en el análisis previo de estos elementos. Es así como ha elaborado este trabajo, que consiste en cuatro apartados, en los cuales encontraremos en primer lugar un acercamiento general en torno a la problemática de la infertilidad y la esterilidad, apuntando, por supuesto, la diferencia entre ambas; posteriormente presentaremos el marco jurídico existente en nuestro país, en torno al llamado derecho a la reproducción, que se consagra constitucionalmente, así como de la regulación existente en otros cuerpos legislativos secundarios, como lo serían la ley general de salud y alguno de sus reglamentos, el código civil y penal, ambos para el Distrito Federal, así como el caso peculiar de Tabasco que incorporó una serie de reformas a su código civil. El apartado tercero, de este trabajo, tiene la intención de mostrar la realidad social actual, en nuestro país de la técnica reproductiva denominada maternidad por cuenta ajena o "alquiler de útero", con el propósito de poder valorar la necesidad real de ser legislada o no. De tal manera que presentamos, a la luz del derecho civil en México a la realización de esta práctica reproductiva como un contrato patrimonial. Por último, en el apartado quinto de la presente investigación, concluimos el desarrollo de este trabajo con una propuesta legislativa en relación a la maternidad sustituta, a la luz del sistema jurídico mexicano y en aras de contribuir Al desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país y en el Estado de Hidalgo en relación al tema particular. A comienzos del presente siglo, el avance científico y tecnológico se ha extendido A todas las áreas del quehacer humano, facilitando su realización, incluso en circunstancias que en épocas anteriores pudieran considerarse materializables únicamente en la imaginación de un escritor de ciencia ficción, la etapa en la que nos ha tocado vivir, ha generado un rompimiento de esquemas socioculturales, se han superado las barreras de tiempo y espacio,

propiciando la globalización de todas las regiones del mundo, lo que significa también que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y de valores. Ante el trastocamiento vertiginoso de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse y de incorporar estas nuevas conductas sociales al amparo de la ley, la cual debe delimitarlas correctamente para que el sistema jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta integral a los nuevos esquemas conductuales y de valores que se integran al cuerpo social. Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastorno de los valores a nivel mundial, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una Serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida. El nacimiento de Luisa Brown, en 1978, gracias a la fecundación in vitro, y su posterior implantación embrionaria en el útero de su madre, ha significado un parte aguas en la salud reproductiva, pues a partir de ese momento hasta hoy, las técnicas de reproducción asistida han tenido un perfeccionamiento continuo, propiciando que cada vez más parejas estériles o infértiles, alrededor del mundo, Tengan la posibilidad de lograr la propia descendencia. Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos a la erróneamente denominada "maternidad subrogada", que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser. Precisamente Es esta técnica reproductiva denominada "maternidad subrogada", la cual constituye el objeto de estudio de este análisis, en virtud de considerarla muy interesante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino porque para su realización, en ella no sólo interviene la ciencia sino que tiene que ver con el

acto de la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerar como un hijo, el cual debe entregar a la pareja solicitante después del nacimiento de ese bebé, de esta personas que intervienen en él, pero en particular a la voluntad de la madre sustituta, la aplicación de esta técnica tiene un desenlace incierto. En relación a este panorama contextual y a la necesidad de una respuesta jurídica al respecto, consideramos necesario realizar un estudio profundo de la maternidad, por cuenta ajena, en relación con nuestra realidad social, cultural y aún legal para poder en un momento determinado proponer una alternativa de legislación al respecto, con base en el análisis previo de estos elementos. Es así como hemos elaborado este trabajo, que consiste en cuatro apartados, en los cuales encontraremos en primer lugar un acercamiento general en torno a la problemática de la infertilidad y la esterilidad, apuntando, por supuesto, la diferencia entre ambas; de tal manera que presentamos, a la luz del derecho civil mexicano, el acierto o el error de considerar al acuerdo de voluntades que da origen a la realización de esta práctica reproductiva como un contrato patrimonial. Por último, en el apartado quinto de la presente investigación, desarrollo de este trabajo con una propuesta legislativa en relación a la maternidad sustituta, a la luz del sistema jurídico mexicano y en aras de contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica en el estado de Hidalgo.

VI.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La inseminación artificial se ha incorporado a la medicina general y su práctica es común, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado. El artículo 4º constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. La ley general de salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, Planificación familiar y biología, pero ninguna ley regula de modo directo la inseminación artificial. Esta laguna me llevó a considerar imprescindible la reflexión sobre una serie de Supuestos que sustentarán, en su momento, las necesarias modificaciones legislativas que deberán implantarse, entre ellos, la definición misma de la inseminación artificial; La determinación de su naturaleza jurídica, de los sujetos que intervienen en ella; los Intereses en juego, bajo qué supuestos debe aplicarse, cuáles son las finalidades que se persiguen y cuáles sus efectos. El objetivo primordial de este trabajo es proporcionar elementos para el análisis socio jurídico y análisis de los conocimientos vinculados como lo es el derecho procesal civil y el derecho penal para poder legislar en cada una de las materias y se dé una resolución plena y justa a los individuos que intervengan en alguna controversia de la Litis jurídica dentro de las Instituciones que se encargaran de tutelar y solucionar dichas controversias dentro de un marco jurídico aplicado a un caso concreto en el Estado de Hidalgo.

VII.- HIPÓTESIS

La propuesta de iniciativa que se legisle en el ámbito penal sobre la reproducción asistida humana con maternidad subrogada será motivo para legalizar en el marco jurídico dando la certeza de contar con garantías de salvaguardar los derechos e intereses de todo aquel que elija este tipo de reproducción, en el estado de hidalgo.

VIII.-DONDE SURGE Y SU ORIGEN

Nivel mundial, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una Serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de Infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida.

IX.- JUSTIFICACIÓN

Las consideraciones precedentes evidencian la necesidad de que exista una Legislación coherente y eficaz al respecto, que regule de manera integral todos los aspectos que la maternidad sustituta encierra en sí y que no se quede en el ámbito de una mera declaración general, realizada de manera superficial, expresándose en un enunciado normativo que no concuerde con la realidad Fáctica de la sociedad en que se aplica y, por ende, propicie más problemas de los que intenta resolver. Considero que un ejemplo de lo anterior es el caso de la Legislación civil del Estado de Tabasco, que si bien hace referencia expresa a la maternidad sustituta en los artículos 92, 347, 351 y 360 del Código Civil de tal entidad, con lo que se intenta resolver la problemática posparto que se presenta en la maternidad por cuenta ajena, respecto de la patria potestad, así como la guarda y custodia del menor, encontramos en el cuerpo de estos numerales que Sólo quedan en un plano meramente abstracto, el cual en la práctica, desde nuestro punto de vista, no tendría aplicación, ya que dichas disposiciones no son más que la extrapolación de regulaciones del derecho comparado que contradicen los principios rectores de las relaciones familiares en nuestro país y aún en el mismo Código Civil. Hacemos esta afirmación porque si analizamos los preceptos ya señalados en la legislación del estado de Hidalgo podemos encontrar que a la maternidad sustituta se le considera como un contrato, y se establece que la maternidad en estos casos se imputará a la madre comitente, y se dejarán de lado Las demás disposiciones de este mismo código; el cual, en materia de contratos, se encuentra redactado en el mismo sentido del código del Distrito Federal, lo que significa que a la luz de la legislación tabasqueña, este "contrato" resultaría nulo, Por lo que nos parece muy interesante imaginarnos en qué sentido un juez Tabasqueño de lo familiar fallaría en una litis en la que se hiciera valer el cumplimiento de esta clase de "contratos", o bien cuál sería la consecuencia de declarar nulo dicho contrato, si con la celebración de este tipo de técnicas Reproductivas se ha llegado al nacimiento de un nuevo ser humano, que en ningún momento participó en el acuerdo de voluntades, pero que ahora con la Interpretación de dicho acuerdo

de voluntades, tendría que determinar de quien Será hijo. De esta manera, consideramos que las disposiciones del código civil de Hidalgo es un esfuerzo significativo por legislar en torno a la maternidad sustituta Concretamente; sin embargo, hace falta una legislación que regule de fondo a la maternidad por cuenta ajena, y que esté encaminada a solucionar la problemática que esta técnica reproductiva representa en sí misma, pero sin considerarla por ninguna razón como un contrato.

Por lo anterior, a continuación presentamos una propuesta del contenido normativo de una regulación respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, y concretamente en torno a la maternidad sustituta, esto sin el ánimo de presentar una iniciativa de ley, pues el presente trabajo necesitaría ser un esfuerzo de técnica legislativa completo, lo que nos llevaría a analizar varios elementos más para presentar una correcta iniciativa de ley. En el estado de Hidalgo. Considerando la complejidad de cada técnica reproductiva, puesto que su realización es puntual y específica, considero que sería necesario que la aplicación de la ley se apoyara en reglamentos específicos para la ley general de técnicas de reproducción humana asistida, los cuales deben pronunciarse Torno al uso y aplicación de cada una de dichas técnicas. De lo anterior se deduce que la ley general de técnicas de reproducción humana Asistida debe contener un apartado expreso para fijar la posición normativa mexicana en materia de maternidad sustituta, el cual debe estar íntimamente relacionado con la legislación civil respecto a la filiación, los derechos y obligaciones derivados de la misma. Con relación a la maternidad sustituta, consideramos que esta ley debe ser Puntual en los siguientes aspectos: La maternidad sustituta nunca debe contemplarse como un contrato en nuestro sistema jurídico mexicano, en virtud de que un convenio de esta índole es ilegal, contrario a la moral y a las buenas costumbres que imperan en nuestra sociedad. Sin embargo la tecnología nos ha alcanzado y tal vez rebasado en cuanto a las expectativas que se tenían previstas, las técnicas de reproducción asistida, los métodos de ingeniería genética han quedado a merced de los mayores logros científicos de todos los tiempos y se enfrentaran juristas y legisladores, con una compleja

tarea: construir un marco normativo coherente, respetuoso tanto de los valores que garantizan Todas las constituciones de nuestra orbita cultural y los convenios internacionales de derechos humanos como de los consejos de una bioética plural y participativa. Conceptos y posturas ya estratificados en el pasado sufren embates profundos y se muestran inútiles frente a una realidad nueva y dinámica. Corresponde resaltar que ese complejo entramado de descubrimientos científicos conmocionantes provoca un particular impacto social, toda vez que el resultado de las investigaciones pueden llegar a alterarla esencia misma de los seres y de las cosas. Ya lo dice con acierto Marino Barbero Santos, aludiendo a los avances en el Campo de la genética humana, afirma: Los hallazgos precedentes, y los coetáneos en otras áreas o con otras técnicas, favorecían y favorecen las condiciones de vida; estos modifican alteran, la propia vida humana. El estar en el mundo transformado por el resultado de otros logros científicos, se convierte aquí en una radical trastocamiento del puro ser en el mundo. A ello debemos agregar el inquietante efecto provocado en la opinión pública, merced a la inmensa repercusión que a raíz de los medios masivos de difusión, estos logros obtienen. La confluencia de ambos factores ha instalado a la problemática en el seno de la comunidad, llevándola a requerir respuestas y reclamar prohibiciones. Esta realidad condujo a la genetista Ochando González a sostener que las ciencias biológicas son ahora también ciencias sociales.

Sin embargo, solo respetando férreamente valores y principios podremos elaborar un adecuado ámbito de desarrollo de esta nueva realidad, que encierra dentro de sí maravillosas expectativas terapéuticas junto a riesgos estremecedores, cuya concreción vulneraría la dignidad humana y pondría en peligro la supervivencia misma de la especie. Ahora bien, antes de abordar los aspectos ético y jurídico del genoma humano estimo prudente recordar algunos conceptos centrales.

La primera especificación que resulta necesario efectuar se vincula a la habitual confusión existente entre las técnicas de reproducción asistida y la práctica de

ingeniería genética. En efecto, aun cuando en el imaginario popular y sobre todo, en los medios de prensa que suelen asociar ambos conceptos, estos comprenden realidades diversas. Solo los conectan las circunstancias de que, para poder realizar, modificar genéticamente un ser vivo es necesario contar con el embrión extrauterino, es decir, fecundado mediante técnicas de reproducción asistida concretamente inseminación in vitro. Pero, salvo por la característica ya apuntada, las técnicas de fecundación asistida que se llevan a cabo en los diferentes centros médicos especializados en paliar la esterilidad de una pareja, no importa, en modo alguno, manipulación de genes. Por ello no parece acertado hablar de manipulación genética cuando se alude a estos procedimientos, a los que, en todo caso, podría caber la designación de “manipulación ginecológica”.

La ingeniería genética, en cambio, “comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética)”.

Vale aclarar que es diversa la visión sobre el punto que ofrece Albin Eser, quien entiende que la Genética Humana engloba en la actualidad las cuestiones relativas al generare, dando a este concepto el significado de procrear, así como las relacionadas al gemus, en el sentido de la especie y del patrimonio, su investigación y alteración.

El otro concepto central a fijar es que cuando tratamos de herencia, los genes, de genoma, estamos tratando de información. En efecto, la transmisión hereditaria no es otra cosa que traspaso de información. El encargado de transferirla es el ácido desoxirribonucleico (ADN), distribuido en el número aproximado a los treinta mil genes, los que se localizan en lugares específicos de los veintitrés pares de cromosomas con los que cuenta nuestra especie.

El lenguaje con que esa información se transcribe y consta de cuatro caracteres (las cuatro bases nitrogenadas que conforman el ADN): adenina, timina, citosina y guanina, los que se unen de a pares que se conforman siempre de la misma manera (A con T y C con G). Cuando se da la combinación correcta forman un aminoácido. Hay 20 aminoácidos diferentes, y estos pueden combinarse de diversas maneras para constituir hasta 250.000 proteínas distintas. La gran variedad de posibilidades deviene del hecho de que para conformar una proteína no se necesita una cantidad determinada de aminoácidos. De esta infinita variedad de combinaciones posibles surge el lenguaje con el que se escriben las instrucciones de vida.

La cadena precisa:” utilizando un lenguaje analógico, podríamos decir que la información genética de los seres vivos está escrita en un lenguaje de cuatro letras(las cuatro bases nitrogenadas: adenina, guanina,timina y citosina),con las que se pueden formar veinte palabras(los veinte aminoácidos esenciales presentes en las proteínas)y con ellas escribir limitadas frases(las proteínas existentes en número ilimitado) que han de construir infinitos libros diferentes(los individuos genéticamente irrepetibles).

X.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Surge esta inquietud debido a que exista en estado de Hidalgo un acercamiento general en torno a la problemática de la infertilidad y la esterilidad apuntando por su puesto a diferenciar ambas y la reproducción asistida con vientre alquilado presentando un marco jurídico existente en nuestro país y que se consagra constitucionalmente así como se regula en otros cuerpos legislativos secundarios y por ende en cada uno de los estados de los reglamentos en el código civil y penal para el estado de Hidalgo.

XI.-OBJETIVOS

GENERALES

1.- Estar a la vanguardia conjuntamente con las legislaciones que se han creado en los diferentes estados de la república y específicamente en el Distrito Federal y que por ende se tiene y se debe tener como fuente una legislación acorde y congruente con los diferentes eventos y procedimientos que se vayan a realizar en un futuro próximo y mediato en el Estado de Hidalgo.

2.- El objetivo general de la investigación consistió en identificar los elementos necesarios para integrar una propuesta de iniciativa de ley normativa acorde con los Requerimientos éticos y científicos de la reproducción asistida humana y maternidad subrogada en el estado de Hidalgo.

PARTICULARES

1.-Como objetivos particulares se analizó la repercusión del derecho vigente en el Estado de Hidalgo en los aspectos clínicos de este procedimiento; asimismo, hubo de realizarse un ejercicio de derecho comparado en la materia.

2.-Que las personas que estén preparadas para una imposibilidad reproductiva tengan la certeza de contar con un marco jurídico y legislación actual y vigente quien tutelaré todos y cada uno de los procedimientos a los que se verán sometidos y que tendrán la certeza de contar con una garantía protegida por el estado para salvaguardar sus derechos e intereses en el entendido de que serán sujetos de un derecho tutelado por leyes y códigos vigentes en la materia del Estado de Hidalgo.

XII.-CONCLUSIONES.

Por lo anteriormente expuesto se puede concluir que los actos médicos y quienes practican las diferentes técnicas de reproducción asistida por métodos no convencionales e intervencionistas en donde la práctica cotidiana no están tuteladas y legislados por la ley y las Normas secundarias para su control legal deben y tienen que estar legisladas en los diferentes congresos legislativos de cada uno de los estados de acuerdo a sus principios legales que prevalecen y de acuerdo con la legislación federal en materia, además de observancia que en pleno Siglo XXI no está legislada la normatividad por la inquietud de las técnicas mencionadas y la forma de cómo iniciar su proceso legislativo y sobre todo por el grado de responsabilidad que cada uno de los actores que Intervengan desde la concepción de un gameto hasta el producto terminal como un ser humano vivo con todos los derechos existentes en la legislación mexicana para su protección legal y su tutela y que los legisladores no antepongan sus principios y conceptos propios éticos, políticos, religiosos pero sobre todo conceptos abstractos y legaloides propios de cada criterio así como técnicas reguladas por las leyes Secundarias para cada caso concreto, así como las sanciones civiles administrativas pecuniarias y penales a las que serán sometidos todos y cada uno de los actores y su respectivo deslinde de responsabilidad es por este motivo que presento este proyecto de iniciativa para que el estado de hidalgo cuente con antecedentes básicos y fundamentales para el Inicio de una legislación que tutele estos procedimientos científico técnicos Y que proteja la ley a quienes realizan estos procedimientos dentro del marco jurídico así como las diferentes instituciones públicas y privadas así como al personal que se involucra directa o indirectamente en cada etapa del procedimiento. El estado de hidalgo tiene y debe tener legislación actual y vigente que vaya a la vanguardia conjuntamente con otras entidades del país. Y que esté preparado el órgano jurisdiccional para cuando se presenten casos concretos o de controversia jurídica para aplicar en forma justa y que en todos los casos prevalezcan la justicia y la ley. Así evitar el tráfico de embriones y tipificar el tipo de delito cometido por acción u omisión y sancionar las prácticas

y técnicas medicas así como tutelar contratos realizados por las partes involucradas.

Así como de terceros y sancionar el lucro indebido tanto de técnicas como de procedimientos y respetar las voluntades de los que por necesidades biológicas o medicas o de procesos de investigación estén debidamente establecidas y reguladas dentro del marco jurídico y al respeto irrestricto a los derechos humanos y tuteladas por nuestra constitución. El avance científico y tecnológico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano, facilitando su realización, incluso en circunstancias que en épocas anteriores pudieran considerarse materializables únicamente en la imaginación de Un escritor de ciencia ficción, la etapa en la que nos ha tocado vivir, ha generado un rompimiento de esquemas socioculturales, se han superado las barreras de tiempo y espacio, propiciando la globalización de todas las regiones del mundo, lo que significa también que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y de valores. Ante el trastrocamiento vertiginoso de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de actualizarse y amparo de la ley, la cual debe delimitarlas correctamente para que el sistema Jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta integral a los nuevos esquemas conductuales y de valores que se integran al cuerpo social. Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastorno de los valores a Nivel mundial, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una Serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de técnicas de reproducción humana asistida. Hasta nuestros días en pleno siglo XXI Nos corresponde aportar elementos y juicios para vivir en armonía entre la paz social y el derecho a la vida y dignidad.

Como hemos analizado la Legislación Mexicana vigente no cuenta con la protección adecuada para el pre-embrión *in vitro*. El Código Civil Vigente en su artículo 22 protege al nasciturus desde el momento de la concepción, entendiéndose que se refiere al embrión implantado en el vientre de la madre y no fuera de ella.

Las técnicas de reproducción asistida, facilitan el proceso de reproducción a las parejas infértiles sin embargo se debe cuidar un uso adecuado de las mismas evitando que se fecunden mas óvulos de los que se le van a implantar a la mujer, para evitar los pre-embiones sobrantes.

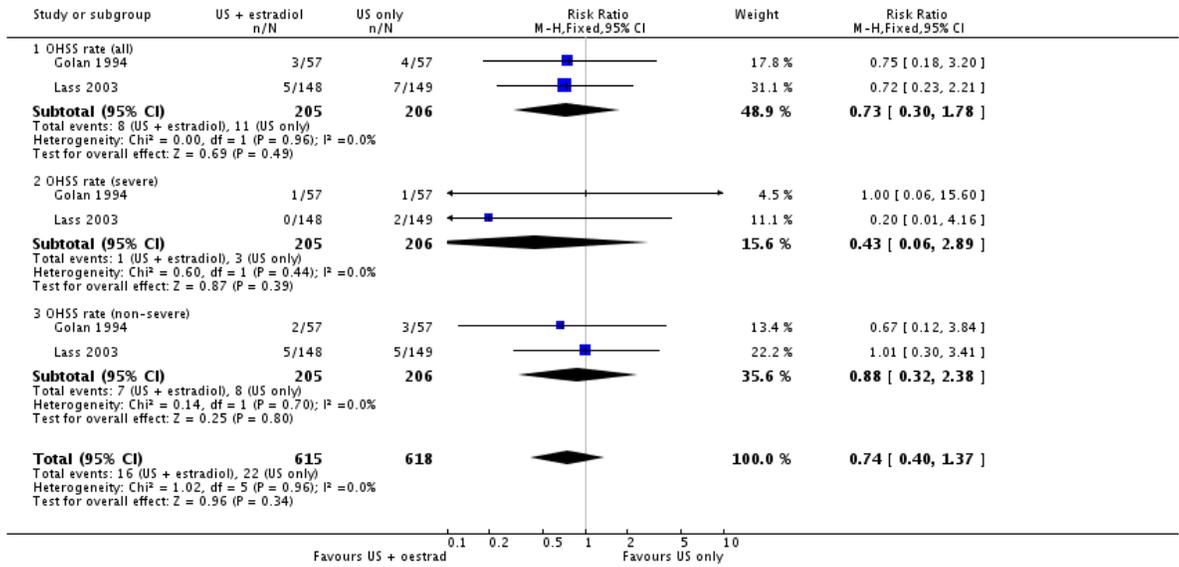
Las parejas que recurran a una fecundación artificial y que implique la extracción de óvulos para su fecundación deben responsabilizarse por los mismos, si se diera el caso de que llegaran a sobrar deben estipular en caso de discrepancia el destino de los mismos que debe ser la implantación posterior a la donación a una pareja estéril.

En cuanto a la experimentación e investigación con pre-embiones se debe prohibir en los primeros catorce días de su desarrollo, ya que atenta contra su dignidad humana, únicamente deben ser autorizadas las intervenciones con fines diagnósticos y terapéuticos cuando la finalidad sea el bienestar del propio pre-embrión. Sin embargo en los casos de pre-embiones muertos se debe permitir la realización de investigación y experimentación que no puedan ser realizadas en el modelo animal para el avance de la ciencia.

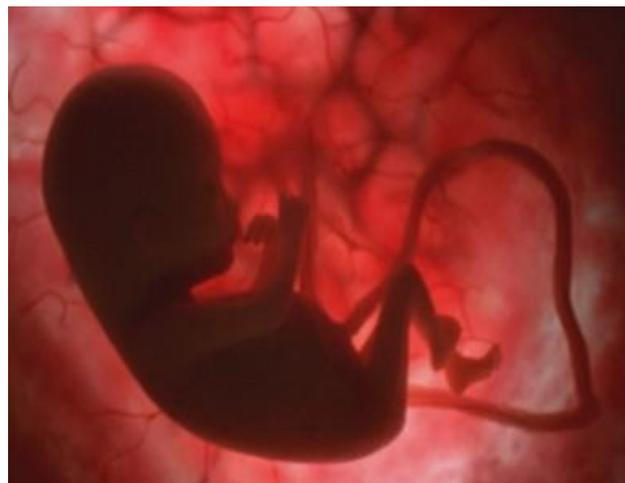
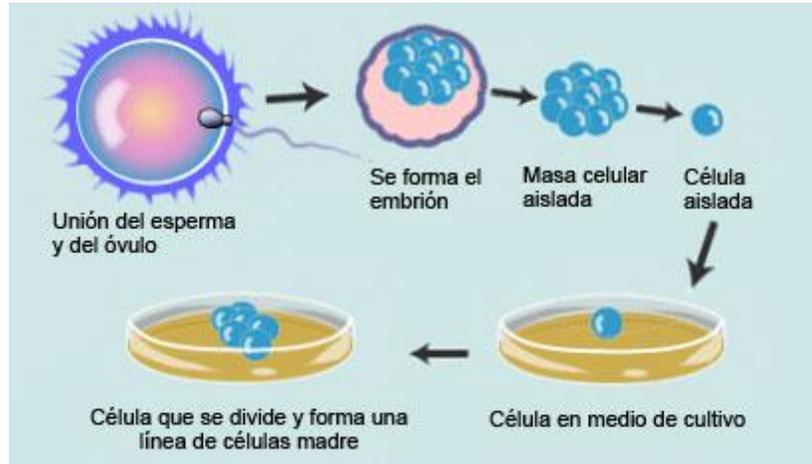
México debe comenzar una reforma global sobre su legislación tanto a nivel civil, penal como la Ley General de Salud y sus respectivos Reglamentos, ya que al existir una laguna en la ley, nuestro país se convierte en un país de evasión genética, ya que al no prohibirse nada, todo es permisible y lo que está en peligro es precisamente el derecho fundamental y pilar de los demás, el derecho a la vida del ser humano por nacer.

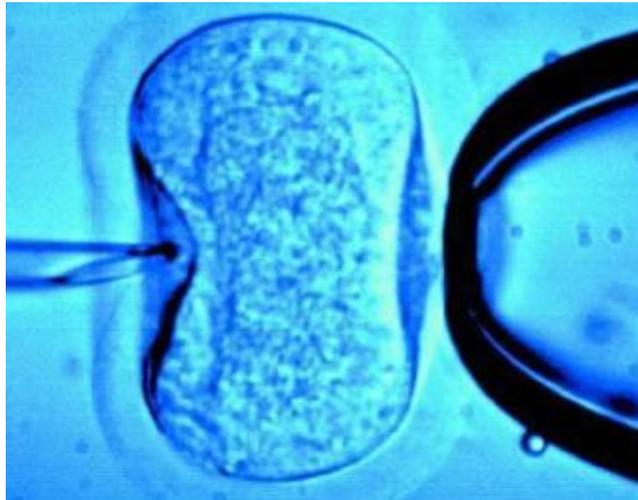
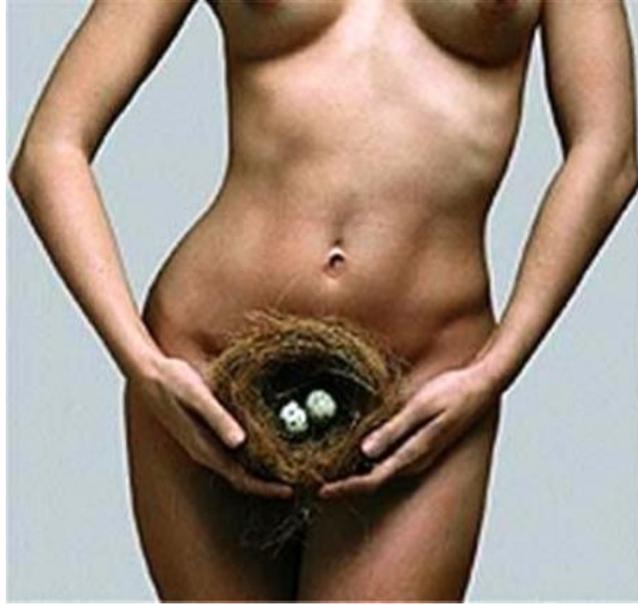
XIII. ANEXOS

Review: Monitoring of stimulated cycles in assisted reproduction (IVF and ICSI)
 Comparison: 1 US + estradiol versus US only
 Outcome: 3 OHSS rate



adj. & adv. (of things) taking place in a test tube, elsewhere outside a living *in vitro* fertilization









XIV.-BIBLIOGRAFÍAS

Femenía López P.J. Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

Vega Gutiérrez M.L., Vega Gutiérrez J. y Martínez Baza P. Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1993.

Conferencia pronunciada en el Simposium sobre el Embrión humano: cuestiones éticas y jurídicas. Fundación Ramón Areces. Madrid, 7 de noviembre de 2000.

Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction (2001: Geneva, Switzerland) Current practices and controversies in assisted reproduction: report of a WHO meeting; editores,

Effy Vayena, Patrick J. Rowe y P. David Griffin.© World Health Organization, 2002

¹El Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction (2001: Geneva, Switzerland) Current practices and controversies in assisted reproduction

Diez Picazo *"De nuevo sobre reclamación de la filiación natural"*.ABC,1962 Rivero Hernández *"La filiación, el nuevo régimen de la familia"*, volumen II. Amando de Miguel *"La familia en la sociedad industrial"* Garrido Falla Comentarios al artic. 10 de la CE" Rivero Hernández en Lacruz, elementos IV-23 Diez Picazo y Gullón, Sistema IV.

Yolanda Gómez Sánchez *"El derecho a la reproducción humana"*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM.

E.Roca Trías *"La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional"*. En el volumen de filiación a finales del siglo XX.

V.L. Monte Penades *"El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción asistida"*.

Maria Carcabo Fernández *"Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana"*. JMBosch. Barcelona 1995.

Rivero Hernández *"La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial"*, el volumen La filiación a finales del siglo XX.

Jaime Vidal Martínez *"Comentario a la STC de 17 de Junio de 1999..."*. Rev. Der. Gen. 12/2000.

M^a del Pilar Cámara Aguila *"Sobre la constitucionalidad de la ley de técnicas de reproducción asistida"*. Rev. Der. Constitucional.

Gabriel García Cantero *"La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida"*. CB nº 39, pag.478,494.

Corona Quesada González *"La acción de reclamación de paternidad extramatrimonial"*. Universitat de Barcelona..

Enrico Pascucci *" algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida"*. Rev. Jurídica de la UAX nº 2.

Lacruz *"La constitución y los hijos artificiales"*.

Pantaleón *"La responsabilidad civil de los sujetos e instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida"*, en el volumen la Filiación a finales del siglo XX.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley general de Salud México, 2010.

Código Federal de procedimientos Civiles

Código Federal de Procedimientos penales

Código Civil del Estado de Hidalgo.

Código Penal del Estado de Hidalgo

XV. GLOSARIO

1.-Planificación familiar.- Un conjunto de actividades y procedimientos que contengan información, educación y anticoncepción para que estos sean capaces de definir correctamente su planificación y así elegir el número de hijos que desean tener con responsabilidad considerando las necesidades que ellos implicaran

2.-Reproducción Asistida humana subrogada.- es la práctica mediante la cual una mujer gesta o Lleva en su vientre un niño para otra mujer con la intención de entregárselo Después de que nazca.

3.-Derecho I.- estudiara la parte general del derecho, desde el ordenamiento Internacional a la constitución y el ordenamiento jurídico mexicano, el derecho a Una correcta asistencia sanitaria con su responsabilidad profesional y jurídica Medico paciente y las comisiones de arbitraje medico. El consentimiento y la Definición y su estudio en la legislación comparada.

4.-Historia de la bioética relación medico paciente.- valora la historia, Evolución y orientación actual de la bioética. Relación medico paciente como el Máximo acto ético- medico, la responsabilidad del médico, su actitud del paciente, así como la competencia profesional, la historia clínica y datos informatizados, el Consentimiento informado, el secreto médico, su fundamento moral y situaciones Conflictivas.

5.-Reproducción humana.- Es el valor de la vida humana y su inicio, los tratamientos de la infertilidad, fecundación in vitro y la transferencia de embriones, técnica de reproducción asistida y la reproducción asistida y la salud reproductiva, los métodos de anticoncepción, la esterilización terapéutica Y el diagnostico prenatal

6.-Antropología Filosófica.- Estudia y analiza el problema del ser humano como eje central de la bioética; su rigen, la naturaleza y sentido, desde algunas concepciones teórica contemporánea.

7.-Ética.- En este tema existen principales conceptos y virtudes de ética del fin de los valores, ética kantiana, ética utilitarista, ética marxista, ética personalista y ética discursiva.

8.- Derecho II.- derecho se analiza el problema ético jurídico, el concepto de persona, la legislación, el aborto, el estatuto jurídico del embrión, el tratamiento de la eutanasia en el derecho comparado, la eutanasia en el orden jurídico mexicano, el derecho personal a decidir sobre su propia muerte, los derechos sobre reproducción asistida .Humana con maternidad subrogada.

9.-Sujeto Activo.- en la reproducción asistida humana y maternidad subrogada puede ser cualquier persona física dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastorno de los valores a nivel mundial, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida.

10.- Sujeto Pasivo.- Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos a la erróneamente denominada "maternidad subrogada", que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate

11.- Objetos.- Material: Es la mujer que se prestara ir, el producto a la gestación de un embrión, en este caso se identifica con el sujeto pasivo, es decir, el producto que en ningún momento debe considerar como un hijo, de esta manera al estar supeditado este acto a la voluntad de las personas que intervienen pero en particular a la voluntad de la madre sustituta.

12.- Jurídico.- En relación a este panorama contextual y a la necesidad de una respuesta jurídica al respecto, se considera necesario realizar un estudio profundo de la maternidad, por cuenta ajena, en relación con nuestra realidad social, cultural y aún legal para poder en un momento determinado proponer una alternativa de legislación al respecto, con base en el análisis previo de estos elementos.

13.- Esterilidad Primaria.- cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento,

14.-Esterilidad Secundaria.- cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etcétera.

15.- Pareja Infértil.- Por pareja infértil entenderemos a aquélla que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, o se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección.

16.-Infertilidad.- imposibilidad de llevar a término el producto concebido, y afirma que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir.

7.- Inseminación Artificial.- 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 intrafolicular.

18.- Hiperestimulación Ovárica controlada (HOC), esta técnica se ha comenzado a utilizar en muchos procesos de fertilidad para complementar o facilitar el uso de otras técnicas como lo serían la inseminación artificial y la fecundación in vitro, se realiza con la finalidad de aumentar la cantidad de disponibles a través de la Aplicación de gonadotropinas, esto es, se realiza una estimulación hormonal a efecto de que el ovario produzca varios óvulos a la vez, y para esto, la paciente debe someterse a un tratamiento hormonal indicado por su médico.¹⁴

19.- Perfusión espermática a oviductos.- (FSP) es conocida por su nombre en inglés, del cual derivan sus siglas, que quieren decir Fallopian Sperm Perfusion, y es un procedimiento utilizado por el doctor Kahn, la cual consiste en inseminar un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente capacitados para que lleguen a las fimbrias por vía transcervical, se combina con la hiperestimulación ovárica controlada para aumentar la posibilidad de unión entre óvulo y el espermatozoide.¹⁵

20.-Fertilización In vitro.- (FIV) también es conocida como fecundación artificial, extracorpórea, o "bebé probeta", es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el esperma del padre; por decirlo en palabras comunes, es la unión del espermatozoide y óvulo, fuera del cuerpo humano, es decir, consiste en reproducir con técnicas de laboratorio el fecundación que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio.

21.- Transferencia Intrauterina de gametos y embriones.- (GIFT) consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización de las trompas de la mujer estéril, siempre y cuando la permeabilidad de éstas no esté afectada, propiciando el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales.¹⁸ La transferencia intratubaria de embriones ocigotos (ZIFT) es la mezcla entre el GIFT y el FIV, ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados.¹⁹

22.- Maternidad subrogada.-, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los

derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.²² Así, las llamadas madres sustitutas o madres de alquiler son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente, se ha generado mediante el esperma del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, y que producido el parto entregará el hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

23.- Subrogación total.- Implica que la mujer contratada sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del menor, técnicamente se debe reconocer que esta hipótesis corresponde más que nada a una inseminación artificial heteróloga, madre del bebé lo es de manera genética y obstétrica, y por lo tanto no existe sustitución alguna del vientre, es decir no se da la hipótesis de que una mujer se preste a gestar un embrión que genéticamente es de otra mujer, y por ende se habla de que en realidad existe una maternidad compartida.

24.- Subrogación parcial.- Esta se da cuando la gestadora es contratada Exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.

25.- Subrogación comercial.- Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

26.- Subrogación altruista.- Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad o parentesco. Estas clases de maternidad subrogada son utilizadas dependiendo de las deficiencias y padecimientos de la pareja solicitante, por lo que toca a la institución especializada en este método determinar cuál será la maternidad subrogada a la que se hará referencia en cada caso en particular. En virtud de lo anterior, se llamará madre sustituta o madre subrogada a la mujer fértil que se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena, acordando mediante un "contrato" permitir el implante de un embrión humano en su útero o bien ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo para que al momento que éste nazca, renuncie a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, para que la esposa del padre pueda adoptarlo.

27.-INMG.- Instituto Nacional de Medicina Genómica