

## DERECHOS DE LOS SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Elvia Lucía FLORES ÁVALOS\*

SUMARIO: I. *Justificación*. II. *Diversas técnicas de fertilización asistida*. III. *Sujetos que intervienen*. IV. *Responsabilidad y derechos*. V. *Fuentes*.

### I. JUSTIFICACIÓN

Las técnicas de reproducción asistida, hoy cada vez más frecuentes y recurridas por las parejas, tienen su justificación en la imposibilidad física de procrear de manera natural, o como medio alternativo para no transmitir una enfermedad genética grave a la descendencia. El derecho a tener hijos está contemplado en el artículo 4o. de la Constitución Política mexicana, que en su párrafo segundo establece: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

El derecho permite las técnicas de reproducción asistida sólo cuando se demuestre la infertilidad de la pareja, que tiene el deseo de lograr una familia con descendencia; entonces, no se justifica la permisibilidad de las técnicas para evitar un embarazo y sus consecuencias clínicas, o para tener hijos sin tener una pareja; muchos podrían pensar que pueden contratar servicios de reproducción para tener hijos sin tener una pareja, pero esta conducta no está permitida en nuestro sistema jurídico. Incluso en algunos

\* Doctora en derecho y jefa del Departamento de Publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

medios de comunicación se reportó que a través de estas técnicas un hombre estaba clínicamente embarazado,<sup>1</sup> caso que biológicamente no era cierto, porque se trataba de una mujer que cambió ciertos aspectos de su cuerpo para parecer hombre, pero aún tenía matriz y útero para lograr el embarazo.

Nuestra legislación es clara al referirse en qué casos está permitido recurrir a las técnicas de fertilización asistida, y sobre todo a la reproducción *in vitro*. El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1987, en su artículo 56 señala:

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

La ley califica la nueva tecnología de la procreación como recurso terapéutico, es decir, tiene por objeto superar la esterilidad de la pareja, cuando no existe otra manera de remediarla. Esta disposición obliga al médico a investigar y establecer las causas de esterilidad (femenina y masculina) de la pareja e intentar solucionar el problema. Solamente cuando se ha calificado como irreversible, se justifica una técnica como la fertilización *in vitro*.

Para acceder a una técnica de fertilización asistida se debe realizar un contrato con las clínicas especializadas; es interesante la relación jurídica que se presenta, ya que partimos de un acto donde existe autonomía de la voluntad y que surge de ofertas al público donde pueden ofrecer: selección de sexo, color de piel, color de ojos, y demás características del futuro hijo,<sup>2</sup> todo ello

<sup>1</sup> Moreno Castro, Carolina y Fazio, María Eugenia, “Técnicas de reproducción asistida humana, imaginarios sociales y medios de comunicación. Las metaformas del primer hombre embarazado del mundo”, *Sistema*, Madrid, abril de 2011.

<sup>2</sup> Warnock, Mary, *Fabricando bebés ¿Existe un derecho a tener hijos?*, Barcelona, Gedisa, 2003, *passim*. No es complicado hacer una búsqueda en Internet para

deriva de una relación privada entre particulares, sin embargo, el resultado es concebir y tener un hijo que forma parte de una familia, y que como tal se rige por las normas de orden público como es el derecho de familia. Es importante anotar esto, porque justamente el hijo, producto de la reproducción asistida, es un sujeto que tiene derechos derivados del derecho de familia y de las normas de protección al menor.

Las técnicas de reproducción asistida pueden ser una opción para evitar hijos con padecimientos genéticos graves.<sup>3</sup> En materia internacional, el Convenio sobre Derechos Humanos y Dignidad de la Persona Respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, permite el cambio de sexo, cuando con ello se logra evitar la transmisión de una enfermedad genética; así lo establece el artículo 14: “No se admite la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo”. Esta es una disposición internacional que en nuestro Código Penal tiene reflejo en el artículo 154, primer párrafo que establece

Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

Las justificaciones, hasta ahora válidas por nuestro derecho y por los convenios internacionales para someterse a técnicas de fertilización asistida y manipular el material genético son: la in-

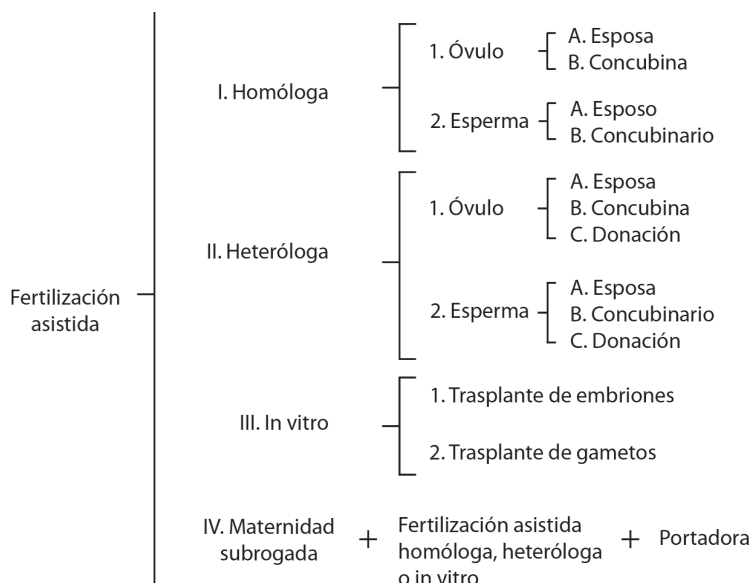
ver la gran variedad de ofertas que en el mercado de la fertilización asistida existe.

<sup>3</sup> Watson, James, “La curación genética una nueva esperanza”, *Revista Universidad Cooperativa de Colombia. Cooperativismo y Desarrollo*, Bogotá, núm. 76, julio de 2001, p. 43.

fertilidad probada de la pareja y la posibilidad de evitar la transmisión de una enfermedad grave.

## II. DIVERSAS TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Las técnicas de fertilización asistida son todos aquellos mecanismos para lograr la reproducción humana a través de la unión de gametos masculino (esperma) y femenino (óvulo) de una forma distinta a la natural. Las técnicas son variadas e indeterminadas, pero para el derecho de familia debemos distinguir cuatro técnicas que ocasionan diversos efectos jurídicos que gráficamente son las siguientes:



La fertilización homóloga se presenta cuando el material genético de la mujer y del hombre forman parte de una familia, es decir tanto el óvulo como el esperma son de la esposa o esposo, o concubina o concubinario; en estos casos prácticamente no tenemos ningún problema jurídico. Simplemente se auxilia a la pareja para concebir una nueva vida.

La fertilización heteróloga se presenta cuando el material genético, ya sea el óvulo o el espermatozoide, proviene de un tercero a la relación de pareja, generalmente se recurre a éste por cuestiones de infertilidad del hombre, o por los riesgos de transmitir una enfermedad genética asociada al sexo.

Por otro lado la fertilización *in vitro* es un procedimiento técnico complejo, la finalidad es lograr la fecundación fuera del cuerpo de la mujer ya sea con material genético de la pareja o de terceros, una vez que se logra tener el embrión o los embriones se implantan en el útero de la mujer para su natural desarrollo. Una variante de la técnica *in vitro* es la transferencia intrauterina de gametos, que consiste en que durante la intervención quirúrgica para extraer óvulos se depositan éstos conjuntamente con el semen en las trompas de Falopio de la mujer, para conseguir el embarazo.

La maternidad subrogada se presenta cuando existe imposibilidad de la mujer para gestar y se recurre a una tercera mujer para que se implante el embrión hasta su nacimiento, el material genético es de la pareja o de terceros a la pareja.<sup>4</sup>

### III. SUJETOS QUE INTERVIENEN

Las técnicas de reproducción asistida, como hemos señalado, pueden dar lugar a un sin fin de combinaciones, y por tanto de sujetos que se pueden ver involucrados en la reproducción; el hijo, que es el resultado deseado, también es un sujeto de derecho.

Al respecto, podemos señalar que en una fertilización homóloga los sujetos que intervienen son el padre, la madre, el hijo como resultado y los médicos especialistas; para el derecho este tipo de fertilización no representa ningún conflicto jurídico.

<sup>4</sup> Para ver la complejidad del tema de maternidad subrogada se recomienda el trabajo de Trujillo Ugalde, Carla, “Maternidad subrogada (caso Baby M.)”, en Silva García, Fernando, *Garantismo judicial. Libertad reproductiva*, México, Porrúa, 2011, pp. 617 y ss.

Cuando se empieza a complicar es cuando tenemos fertilización heteróloga, donde los dos gametos, masculino y femenino, o sólo uno, es aportado por terceros; entonces tenemos, por así decirlo, dos madres, la legal y la genética, o dos padres, el legal y el genético; el hijo tendrá a sus padres legales y tendrá también el derecho a conocer su origen genético. Asimismo interviene el equipo de especialistas que deben ser peritos en la materia y deben tener los permisos correspondientes de la autoridad sanitaria para poder realizar este tipo de servicios a través de un contrato.

Si sumamos a la hipótesis anterior la posibilidad de que la fertilización heteróloga se realice con la técnica *in vitro*, donde se forman embriones para su posterior implantación, y que por lo menos se crean tres para lograr un embarazo, entonces debemos multiplicar el número de posibles madres y padres por lo menos por tres genéticos y dos legales; además si llegan a nacer los tres hijos, podríamos señalar que el número de sujetos se multiplicó potencialmente, y por último no debemos olvidar que puede darse todo este procedimiento con la maternidad subrogada, entonces tendríamos otro sujeto más.

#### IV. RESPONSABILIDAD Y DERECHOS

Los temas de reproducción asistida tienen un gran impacto jurídico; afectan al derecho civil y familiar, al derecho sanitario y penal, al derecho de los menores. Afecta también en aspectos éticos y religiosos, pero como ese tipo de reflexiones están en otros trabajos, en esta obra multidisciplinaria nos enfocamos a los efectos jurídicos en nuestra legislación en el Distrito Federal.

##### 1. *Código Civil en lo referente al derecho de familia*

El Código Civil para el Distrito Federal de 2000 hace referencia a las técnicas de fertilización asistida; en el título séptimo, sobre la filiación, se refiere a la imposibilidad de impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio cuando el

cónyuge expresó su consentimiento para el uso de tales métodos, así lo encontramos establecido el artículo 326, segundo párrafo.<sup>5</sup>

El Código no especifica las técnicas para lograr la fecundación asistida, y sólo enuncia su existencia. Tampoco profundiza sobre la problemática de la utilización de gametos masculinos y femeninos de la misma pareja o de terceras personas, y mucho menos hace referencia a la pluralidad de sujetos que pueden intervenir para lograr la fecundación.

Por otro lado, conforme a nuestra escasa legislación civil del 2000, se entiende que estas técnicas sólo podrán ser utilizadas por matrimonios; la aprobada en 2009 no señala nada respecto del matrimonio de personas del mismo sexo, por lo que no está claro si pueden o no recurrir a estas técnicas para procrear, ya que por el tipo de relación no pueden tener hijos sin utilizar material genético de una mujer u hombre para lograr la procreación. Tampoco señala nada respecto de las personas que viven en concubinato.

Ante esta ausencia de legislación, nos preguntamos ¿todas las técnicas de fertilización asistida están permitidas en el Distrito Federal?<sup>6</sup> ¿Cuál es el destino final de los embriones sobrantes? ¿Cuáles son los lineamientos a seguir para resguardar material genético como los óvulos, espermatozoides, cigotos, etcétera? ¿Se pueden utilizar espermatozoides de diversos individuos para lograr la fecundación? ¿Se podrán manipular los gametos para evitar enfermedades genéticas? ¿Se podrán elegir algunas características físicas de los embriones, como el sexo? Todas estas preguntas y muchas más que se pueden formular sobre el tema debería resolverlas nuestra legislación civil ya que ante su falta de regulación provoca incertidumbre en cuestiones tan importantes para el derecho civil y familiar. Estos nuevos

<sup>5</sup> Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 25 de mayo del 2000, artículo 326.

<sup>6</sup> Brena Sesma, Ingrid, "Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial", *El derecho y la salud; temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 11.

desafíos deben ser resueltos por los ordenamientos jurídicos modernos para lograr mayor certeza legal.

## 2. *Materia sanitaria y penal*

La legislación sanitaria regula las técnicas de fertilización asistida, específicamente en la Ley General de Salud, el Reglamento sobre Investigación para la Salud y el Reglamento sobre el Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos, Células y Cadáveres de Seres Humanos.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud dedica el capítulo IV 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”; en ese capítulo se dan conceptos sobre distintos términos, entre los que nos interesa destacar, para nuestra investigación, los siguientes:

Artículo 40. Para los efectos de este reglamento se entiende por:

II. *Embarazo*. Es el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo del embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva de embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

III. *Embrión*. El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación.

IV. *Feto*. El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción.

V. *Óbito fetal*. La muerte del feto en el útero.

VII. *Nacimiento vivo*. Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VIII. *Nacimiento muerto*. Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después



de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

XI. *Fertilización asistida*. Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*.<sup>7</sup>

Este Reglamento sí enuncia algunas técnicas de fecundación asistida, como la inseminación artificial (mal llamada “artificial”, porque es una técnica para facilitar la fertilización real y no simulada).<sup>8</sup> Dentro de ella señala sus variantes, que es la inseminación homóloga y la heteróloga; sin embargo, sigue siendo insuficiente su regulación, porque no señala en qué consiste cada una de estas técnicas, y, por lo mismo, no explica qué sujetos pueden intervenir en una inseminación heteróloga ni cómo han de seleccionarse a los donadores o donadoras de gametos. De manera aún más restringida se menciona como añadido que se incluye dentro de la fertilización asistida la *in vitro*, sin regular las dos técnicas que existen, que es la transferencia de gametos y la de embriones. Al omitir esta distinción no resuelve cómo se desarrollan estas técnicas y qué criterios se tendrán para seleccionar al embrión o embriones a implantarse y el destino de los embriones sobrantes. Por todo ello, la responsabilidad de los sujetos que intervienen no está definida.

El reglamento señala como requisito para poder realizar investigación tendente a lograr la fertilización asistida, el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario (ampliando la posibilidad a estas técnicas a los concubinos, cuestión no regulada en el Código Civil para el Distrito Federal del 2000, y que es contemplado por este Reglamento de 1987) manifestado en una carta según lo establecido en el artículo 43 del propio reglamento, que dice:

<sup>7</sup> Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1987.

<sup>8</sup> Brena Sesma, Ingrid, voz “Fertilización artificial”, en Álvarez de Lara, Rosa María *et al.*, *Diccionario de derecho civil y de familia*, México, Porrúa, 2004, p. 167.

Para realizar investigación en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos de fetos, y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo con lo estipulado en los artículos 21 y 22, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo, porque el concubino no se haga cargo de la mujer, o bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.<sup>9</sup>

Si la disposición legal admite excepciones como las señaladas en el segundo párrafo, implica que la mujer sin consentimiento del marido o concubinario está en posibilidad de aceptar someterse a técnicas de fertilización asistida, lo cual provoca un conflicto con lo dispuesto en el Código Civil, que señala que no puede impugnarse la paternidad cuando el marido expresó su consentimiento, incluso agrava la problemática de la filiación del menor, ya que no hay claridad sobre los efectos jurídicos de la ausencia de consentimiento del concubinario o del cónyuge.<sup>10</sup> Por ello, es necesario que el Código Civil regule los efectos jurídicos de las relaciones familiares que se crean ante las técnicas de fertilización asistida, y deje para la legislación en materia de salud lo relativo a las técnicas para su realización y las formas para evitar riesgos y resultados no deseados.

En cuanto al consentimiento informado, el artículo 45 remite a los artículos 21 y 22, que son disposiciones generales aplicables

<sup>9</sup> Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, *cit.*, artículo 43.

<sup>10</sup> Abellán, Fernando, “El consentimiento informado en las técnicas de reproducción asistida. Análisis jurídico de los protocolos contenidos en la obra”, en Sánchez-Caro, Javier y Abellán, Fernando, *Reproducción humana asistida, protocolos de consentimiento informado de la Sociedad Española de Fertilidad*, Granada, Comares, 2002.

a los sujetos que deciden intervenir en investigaciones para la salud. Por lo anterior, sólo nos limitaremos a aquellos requisitos aplicables a las técnicas de fertilización asistida.

Artículo 21. Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal, deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos sobre los siguientes aspectos:

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito;
- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios a obtener;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta aclaración de cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto.

En la fracción VII se establece la libertad del sujeto de retirar su consentimiento en cualquier momento de la investigación, pero en el caso de la fertilización asistida, una vez lograda ésta, el consentimiento no podrá revocarse, y así ha de informarse a los participantes en estos protocolos de investigación con fines reproductivos por las técnicas permitidas por la ley. La fracción VIII se refiere a la seguridad de que no se identificará y se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.<sup>11</sup>

El artículo 22 señala los requisitos que deberá reunir el consentimiento informado, el cual constará por escrito e irá firmado por el sujeto; indicará quién lo elaboró y quién lo revisó. La aprobación del documento corresponderá a la comisión de ética de la institución de atención a la salud. El escrito contendrá los datos

<sup>11</sup> Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, *cit.*, artículo 21.

y firma de los testigos que intervengan. Si el sujeto de investigación no supiera firmar, imprimirá su huella digital, y a su nombre firmará otra persona. El documento se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.<sup>12</sup>

En materia de sanciones, tanto la Ley General de Salud como el Código Penal para el Distrito Federal señalan penas privativas de libertad. La primera indica que siempre se requerirá el consentimiento expreso de la mujer; de lo contrario, se impondrán sanciones de prisión. Así lo establece el artículo 466:

Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuera menor o incapaz, realice en ella una inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años si no produce el embarazo; si resulta embarazada, se impondrá prisión de dos a ocho años.<sup>13</sup>

La misma conducta consistente en inseminar artificialmente a una mujer menor o mayor de edad sin su consentimiento, es sancionada en el Código Penal para el Distrito Federal, que dedica en el libro segundo, parte especial, título segundo, lo relativo “A la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética”. Sobre esta conducta en particular establece lo siguiente:

Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> *Ibidem*, artículo 22.

<sup>13</sup> Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de febrero de 1984.

<sup>14</sup> Código Penal para el Distrito Federal, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 16 de julio de 2002.

Comparando los dos preceptos, encontramos que la sanción es diferente, y por su ámbito territorial pueden coincidir en su aplicación, lo cual implica inseguridad jurídica, y conlleva a preguntas como ¿cuál sanción ha de aplicar el juzgador? ¿La de uno a tres años si no produce el embarazo, o la de tres a seis años? o bien, cuando esta conducta es agravada por el hecho del embarazo como resultado de la inseminación ¿se aplicarán de dos a ocho años, o de cinco a catorce? Para evitar estas contradicciones, en un sistema jurídico han de analizarse en conjunto las normas que resulten afectadas para evitar al máximo las antinomias que resultan controvertidas y que complican más su aplicación, máxime cuando se trata de sanciones penales, que siempre han de regirse por lo estipulado por la ley.<sup>15</sup>

Por otro lado, la reforma del Código Penal representaba la oportunidad ideal para corregir el término de “inseminación artificial” por el de “fertilización asistida”, que como ya señalamos anteriormente es el más adecuado.

Otro tema de interés para las técnicas de fertilización asistida es cómo se obtendrán, tratarán, seleccionarán, conservarán y utilizarán hasta su destino final los óvulos, espermatozoides, gametos, fetos y embriones que son necesarios para las técnicas de fertilización asistida permitida por nuestra legislación de salud. Al respecto, el único reglamento que hace mención de ello, aun cuando no de manera directa, es el de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.<sup>16</sup>

Al igual que el Reglamento para Investigación para la Salud, el Reglamento de la Ley General, al inicio de su articulado, da algunas definiciones importantes para la mejor comprensión y aplicación del ordenamiento; entre estas definiciones para nuestro

<sup>15</sup> Brena Sesma, Ingrid, “Comentarios al título segundo del Código Penal para el Distrito Federal: procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética”, *El derecho y la salud; temas a reflexionar, cit.*, p. 31.

<sup>16</sup> Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de febrero de 1985.

estudio nos importan las de banco de órganos y tejidos, destino final, disposición de órganos, tejidos y sus productos, disponente, embrión, feto, órgano, producto, receptor y tejido, que reproducimos textualmente:

Artículo 6o. Para los efectos de este reglamento, se entiende por:

II. Por banco de órganos y tejidos: Todo establecimiento autorizado que tenga como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su preservación y suministro terapéutico.

IX. Destino final: la conservación permanente, inhumación o destrucción en condiciones sanitarias permitidas por la ley y este reglamento de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos.

X. Disponente: Quien autorice, de acuerdo con la ley y este reglamento, la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres.

XI. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres y sus productos. El conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación.

XVI. Órgano: entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico;

XVIII. Producto: todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultado de procesos fisiológicos normales.

XX. Receptor: La persona a quien se trasplantará o se le haya trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimientos terapéuticos;

XXIV. Tejido: entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función. La sangre será considerada como tejido.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> *Ibidem*, artículo 6o.

En cuanto al semen y a los óvulos, éstos son enmarcados dentro de los productos; así lo expresa con mayor detenimiento el artículo 56, que establece:

Para efectos de este reglamento, además de los señalados en la fracción XVIII del artículo 6o., del mismo ordenamiento, serán considerados como productos del cuerpo humano las excertas y las células germinales.

Los productos de seres humanos, excepto las células germinales, podrán emplearse como materia prima con fines industriales, de conformidad con las disposiciones sanitarias que regulen el proceso de que se trate.

La disposición de células germinales se llevará acabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría.<sup>18</sup>

Conforme a estos artículos, se desprende que la disposición de semen y de óvulos no está reglamentada, ya que se deja para su posterior regulación en normas técnicas. Haciendo una aplicación forzada de las disposiciones antes señaladas, se permite la disposición de óvulos y espermatozoides cuando la finalidad sea terapéutica o de investigación. Las técnicas de fertilización asistida se consideran una actividad de investigación regulada en ese reglamento de la Ley General de Salud; por tanto, la persona que dona el semen o los óvulos puede disponer de ellos, porque la propia Ley se lo autoriza, con la única limitante que ha de ser siempre a título gratuito. Así lo establece el artículo 21: “La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito”, y aclara el siguiente artículo que se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.<sup>19</sup>

Así, quien desee disponer de estos productos de su cuerpo debe cubrir los requisitos de cualquier donante de órganos. Habrá de contarse con los datos de identidad del donante, es

<sup>18</sup> *Ibidem*, artículo 56.

<sup>19</sup> Ley General de Salud, artículos 21 y 22.

decir, nombre completo, domicilio, edad, sexo, estado civil, ocupación. Por otro lado, su cónyuge, concubina o concubinario, si fuera soltero, deberá proporcionar información de sus padres, y, a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos. Deberá recibir información completa sobre las técnicas que se le aplicarán y el propósito de las acciones. Se requerirá de su consentimiento por escrito, en donde exprese que actuó por su propia voluntad y a título gratuito, señalando de qué órgano, tejido o productos está disponiendo, y si es una donación en vida o para después de su muerte. Deberá expresar que recibió información suficiente sobre las consecuencias de disponer de sus órganos, tejidos o productos. Dicho documento podrá ser privado; en estos casos, deberá ser firmado ante dos testigos que indiquen su nombre y domicilio. Para finalizar, deberá señalar el lugar y la fecha en la que se emite y la firma o huella digital del disponente.

Sin duda, éstos son requisitos generales y no específicos para el caso de disposición de gametos con fines de fertilización asistida: por tanto, contradice criterios doctrinarios, como el anonimato de los donadores para efectos de resguardar su privacidad, así como los estudios médicos adecuados, para evitar que se utilicen gametos de personas con antecedentes de enfermedades graves transmisibles, genéticas o no, así como estudios psicológicos. Todo ello, para procurar la salud física y mental del nuevo ser a procrear.

El artículo 12 del mismo Reglamento señala que “El disponente podrá, en cualquier tiempo, revocar el consentimiento que haya otorgado para fines de disposición de productos o de su propio cadáver, sin que exista responsabilidad de su parte”.<sup>20</sup>

Este precepto, al ser general y no específico, para las cuestiones de fertilización asistida, no contempla la excepción a la revocación del consentimiento del o de la donadora de óvulos y espermatozoides, que no podrá realizarse cuando la fecundación ya se logró, por las razones antes indicadas.

<sup>20</sup> Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, *cit.*, artículo 12.



La obtención, guarda, conservación, preparación y utilización de productos de seres humanos para fines terapéuticos, de investigación científica o de docencia sólo podrán hacerse en instituciones autorizadas para ello, expresa el artículo 29 del mismo Reglamento. La Secretaría de Salud emite permisos a clínicas especializadas en técnicas de reproducción asistida, conforme a la Norma Oficial Mexicana 003 SSA/2-1993; sin embargo, se requiere una regulación sobre las técnicas y para la instalación de bancos de semen necesarios para estas técnicas de investigación.<sup>21</sup>

En cuanto al destino final de los órganos, tejidos, productos y cadáveres de seres humanos, el Reglamento de la Ley General de Salud trata los siguientes apartados: I. La inhumación; II. La incineración; III. La inclusión de acrílico y otras sustancias plásticas; IV. La conservación permanente mediante tratamiento a base de parafina; V. La conservación permanente de esqueletos con fines de docencia; VI. El embalsamamiento permanente con fines análogos; VII. La conservación permanente de órganos y tejidos mediante sustancias fijadas para fines de docencia, y VIII. Las demás que tengan como fin la conservación permanente o desintegración en condiciones sanitarias, que autorice la Secretaría.<sup>22</sup> Sin embargo, la Ley no señala nada sobre el destino final de los fetos y de los embriones sobrantes por las técnicas de fertilización asistida con transferencia de embriones.

### 3. *Derecho de los menores*

Es importante destacar un derecho olvidado por mucho tiempo, nos referimos al de los menores que son producto de las técnicas de reproducción asistida; el derecho más importante es el de

<sup>21</sup> Norma Oficial Mexicana 003 SSA/2-1993, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de julio de 1994.

<sup>22</sup> Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, *cit.*, artículo 7o.

conocer su origen genético, este tema sólo lo apuntamos porque en el libro y en el seminario se consideró como tema aparte, pero sin duda vale la pena señalar que antes cuando se donaban óvulos y espermias se garantizaba el anonimato; hoy en día tenemos que reconocer que el menor tiene, conforme a la Convención de los derechos del menor y la Ley de derechos de los niños y niñas del Distrito Federal, el derecho a conocer su identidad y dentro de ella su origen genético, por tanto, el menor debe tener conocimiento que su concepción y posterior nacimiento se dio por reproducción asistida, así como también, tendrá la posibilidad de conocer quiénes donaron óvulos, espermias o quién lo gestó.

Todas estas lagunas normativas provocan que las prácticas de estas técnicas de fertilización asistida se realicen conforme a parámetros internos de las instituciones de salud, que ofrecen diversos servicios, como la selección de sexo, la crioconservación de preembriones,<sup>23</sup> incluso se señalan como posibilidad para la maternidad a mujeres sin pareja;<sup>24</sup> por todo ello, la libertad por falta de regulación específica provoca inseguridad jurídica para todas las personas y sujetos que intervienen en la fertilización asistida, tanto investigadores, médicos, laboratoristas, pacientes, donadores de gametos, etcétera. En México, señalan especialistas, como el doctor Antonio M. Gutiérrez, lo siguiente:

...como profesionales en la salud, son los primeros en solicitar una certificación por parte de la Secretaría de Salud para llevar a cabo las técnicas de fertilización asistida con la mayor seguridad posible, y ante la falta de esta certificación han acudido a organismos como el Comité Latinoamericano de Reproducción Asistida, que es una asociación que se encarga de revisar que las instalaciones de los centros sean adecuadas y que su personal esté capacitado.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Centro de Fertilidad Humana en México, en <http://www.centrodefertilidad.com/>

<sup>24</sup> “Opera el primer banco de semen en México”, <http://www.soloellas.com/operabancosemen04.html>.

<sup>25</sup> Ríos, Lorena, “Urge regular la reproducción asistida”, <http://www.revistavertigo.com/historico/13-3-2004/reportaje9.html>.

Hasta el momento sólo hay quince laboratorios certificados,<sup>26</sup> lo cual hace posible imaginar que muchas clínicas puedan estar ofreciendo estos servicios sin ningún tipo de acreditación, lo cual conlleva riesgos para la salud de los pacientes por la falta de control y supervisión respecto de prácticas genéticas.

En otros países, las técnicas de fertilización asistida se encuentran reglamentadas de manera autónoma, como en España, Alemania, Gran Bretaña, Estados Unidos, etcétera. Las posturas cambian de país a país. Así, por ejemplo, en España están reguladas las técnicas de fertilización asistida más comunes: la fecundación *in vitro* con transferencia de embrión y de gametos y la inseminación artificial homóloga y heteróloga; además, en ese país se permite la investigación y experimentación con gametos y óvulos fecundados.<sup>27</sup> En Alemania la legislación es restrictiva, ya que trata de evitar embarazos múltiples, por lo cual prohíbe la donación y fecundación de más de tres óvulos; también prohíbe la maternidad subrogada y la investigación en embriones.<sup>28</sup> En Gran Bretaña hay un Consejo de Fertilización Humana, que se encarga de supervisar que las clínicas que ofrecen ese servicio cuenten con lo necesario para evitar riesgos a la salud de los pacientes; además, se permite la donación de óvulos, espermias y la maternidad subrogada (esta última debe realizarse de manera gratuita).<sup>29</sup> En cambio, en Estados Unidos las prácticas de fertilización asistida están sancionadas penalmente. En cuanto a

<sup>26</sup> Comité Latinoamericano de Reproducción Asistida, en [http://www.redlara.com/quem\\_centro.asp#](http://www.redlara.com/quem_centro.asp#).

<sup>27</sup> Cofre Sirvent, Jorge, “Reproducción asistida y constitución (comentario a la sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 7, 1er. semestre de 2001, p. 345.

<sup>28</sup> Audst, Charlotte, “Regulating dangerous futures: The german embryo protection act of 1990 – legislation in risk society”, *Social & Legal Studies an International Journal*, vol. 9, núm. 2, junio de 2000, p. 206. Su legislación es penal, y tiene como objetivo proteger al embrión, y dentro de ella se regulan las técnicas de fertilización asistida.

<sup>29</sup> Uccella, Fulvio, “Sulla paternità del figlio artificialmente procreato: le normative degli statu aderebti all Unione Europea e altri statu”, *Vita Notarile*, Roma, núm. 2, mayo-agosto de 2005, p. 802.

la maternidad subrogada o alquiler de vientre, en algunas de sus entidades federativas está permitido que se perciba un pago.<sup>30</sup>

Por todo lo anterior, es innegable que se requiere una legislación específica sobre las técnicas de fertilización asistida para entender con precisión qué conductas son admitidas por nuestro derecho, así como las medidas para prevenir daños a la salud de los pacientes y los efectos de dichas técnicas en otras áreas del derecho, como son el derecho civil, familiar, penal y la legislación en materia de salud, para equiparar congruentemente las responsabilidades civiles, penales y administrativas y demás efectos.

## V. FUENTES

ABELLÁN, Fernando, “El consentimiento informado en las técnicas de reproducción asistida. Análisis jurídico de los protocolos contenidos en la obra,” en SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando, *Reproducción humana asistida, protocolos de consentimiento informado de la Sociedad Española de Fertilidad*, Granada, Comares, 2002.

AUDST, Charlotte, “Regulating dangerous futures: The german embryo protection act of 1990 – legislation in risk society”, *Social & Legal Studies an International Journal*, vol. 9, núm. 2, junio de 2000.

BRENA SESMA, Ingrid, “Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial”, *El derecho y la salud; temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

———, “Comentarios al título segundo del Código Penal para el Distrito Federal: procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética”, *El derecho y la salud; temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

<sup>30</sup> Garrity, Amy, “A comparative analysis of surrogacy law in the United State and Great Britain a proposed model statute for Louisiana”, *Louisiana Law Review*, vol. 60, núm. 3, Primavera de 2000, p. 811.

- , voz “Fertilización artificial”, en ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María *et al.*, *Diccionario de derecho civil y de familia*, México, Porrúa, 2004.
- Centro de Fertilidad Humana en México, <http://www.centrodefertilidad.com/>.
- Código Penal para el Distrito Federal, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 16 de julio de 2002.
- COFRE SIRVENT, Jorge, “Reproducción asistida y Constitución (comentario a la sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 7, 1er. semestre de 2001.
- Comité Latinoamericano de Reproducción Asistida [http://www.redlara.com/quem\\_centro.asp#](http://www.redlara.com/quem_centro.asp#).
- GARRITY, Amy, “A comparative analysis of surrogacy law in the United States and Great Britain a proposed model statute for Louisiana”, *Louisiana Law Review*, vol. 60, núm. 3, Primavera de 2000.
- Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de febrero de 1984.
- MORENO CASTRO, Carolina y FAZIO, María Eugenia, “Técnicas de reproducción asistida humana, imaginarios sociales y medios de comunicación. Las metaformas del primer hombre embarazado del mundo”, *Sistema*, Madrid, abril de 2011.
- Norma Oficial Mexicana 003 SSA/2-1993, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de julio de 1994.
- “Opera el primer banco de semen en México”, <http://www.soloellas.com/operabancosemen04.html>.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de febrero de 1985.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, *Diario Oficial de la Federación*, México, 6 de enero de 1987.
- RÍOS, Lorena, “Urge regular la reproducción asistida”, <http://www.revistavertigo.com/historico/13-3-2004/reportaje9.html>.

- UCCELLA, Fulvio, “Sulla paternità del figlio artificialmente procreato: le normative degli statuti aderenti all’Unione Europea e altri statuti”, *Vita Notarile*, Roma, núm. 2, mayo-agosto de 2005.
- WARNOCK, Mary, *Fabricando bebés ¿Existe un derecho a tener hijos?*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- WATSON, James, “La curación genética una nueva esperanza”, *Revista Universidad Cooperativa de Colombia. Cooperativismo y Desarrollo*, Bogotá, núm. 76, julio de 2001.