

EL DERECHO A TENER HIJOS, CONSIDERACIONES ÉTICAS Y MORALES

Alfonso E. OCHOA HOFMANN*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Qué son las técnicas de reproducción asistida?* III. *Algunos casos que deben de ser considerados sobre el derecho a tener hijos.* IV. *Órganos regulatorios que operan como referentes en el proceso de fecundación asistida.* V. *Elegibilidad para el procedimiento de fecundación asistida.* VI. *Límite al uso de gametos donados.* VII. *El caso italiano.* VIII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características que es propia de un ser humano en sociedad es la proclividad de reclamar un derecho; este se reclama con mayor determinación cuando no se consigue aquello que se asume propio del individuo. En este caso particular me interesa indagar sobre si las personas que no pueden tener un hijo pueden reclamar un derecho a tenerlo.

En especial este ensayo busca establecer si todos tenemos el derecho a tener hijos, y más aún, si se tiene el derecho a recibir, en su caso, asistencia médica para la reproducción, y si esta asis-

* Maestro en derecho, con estudios terminados de doctorado en derecho, especializados ambos a la filosofía del derecho. Licenciado en derecho y en ciencias de la comunicación con pre-especialidad en comunicación política en la Universidad Nacional Autónoma de México.

tencia debería ser gratuita; todo esto en estricto apego a una forma de justicia social.

¿La procreación es una necesidad básica fundamental como para generar un derecho? Algunas personas sostienen que sí, que estos derechos están conferidos por el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, promulgada en 1948. Dicho artículo sostiene la declaración de que “Los hombres y las mujeres mayores de edad, sin ninguna limitación debida a su raza, nacionalidad o religión tienen derecho a casarse y a fundar una familia”.

Y es que el derecho siempre se ha mantenido gregario, poco afecto al contacto físico, implicando esto, alejarse de los desarrollos tecnológicos y manifestar poca comprensión a estos logros y su impacto en la sociedad. Esto es notorio en el escenario de la reproducción asistida.

II. ¿QUÉ SON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

Entiendo por reproducción asistida la técnica que intenta la fecundación y el nacimiento de una nueva persona, al sustituir algún proceso natural que lo impida. Para lograr la reproducción asistida se utilizan métodos o procedimientos a veces muy costosos.

Las técnicas de reproducción asistida pueden dividirse en dos:

- 1) *in situ*.
- 2) *in vitro*.

Las primeras a su vez se pueden dividir en dos tipos de técnicas que realizan dicha actividad, a decir:

- 1) La reproducción asistida por inseminación.
- 2) La reproducción asistida por transferencia intratubárica de gametos.

La inseminación consiste en la introducción del semen al organismo femenino a través del trayecto fisiológico. Esta a su vez puede ser:

- 1) Homóloga, entendida como aquella donde el que aporta el semen es el que será padre del niño, a esta también se le denomina como Inseminación Artificial por el Marido (IAM).
- 2) La inseminación artificial heteróloga o también denominada Inseminación Artificial con Donante (IAD) cuando el padre del niño es conocido o desconocido, y no es el que será padre del menor por nacer.

La reproducción intratubárica consiste en obtener varios óvulos de la mujer y una muestra de semen. Ambos en un catéter se unen con mira a que posteriormente sean insertados en las trompas de Falopio. Es importante destacar que estos procesos de fecundación son llevados de manera interna en el cuerpo de la mujer.

En el caso de los procedimientos *in vitro* el proceso es llevado de manera externa, dicho procedimiento *grosso modo* consiste en siete pasos:

1. Obtención de varios óvulos de la mujer.
2. Obtención del semen del hombre.
3. Unirlos en un laboratorio.
4. Cultivar el óvulo con el fin de que sea fecundado, y su posterior observación.
5. Cultivo del embrión por un tiempo determinado.
6. Análisis de las células para determinar su sexo y su cariotipo. En este momento se pueden manifestar varias posibilidades acerca del futuro de los embriones.
 - A) Implantación de los embriones logrados en el útero (máximo 4).
 - B) Desecho y destrucción de los embriones enfermos.
 - C) Congelación de los embriones sanos de manera tal que:

- a) Posteriormente uno de ellos es donado a la misma mujer
- b) Se donan a otras mujeres que no han logrado ningún embrión (con conocimiento o sin consentimiento de la madre biológica).
- c) Usarse para experimentación.
- d) Se destruyen si pasa demasiado tiempo.

7. La implantación de los embriones en el útero de la mujer.

En México hay una posición heterogénea acerca de regular la reproducción asistida, algunos estados no la regulan, otros establecen condiciones y tipos de reproducción asistida permitida. Un ejemplo de codificaciones que aborda la reproducción asistida es el Código Civil del Estado de Coahuila de 1999 que se refiere a ella en sus artículos 482 al 488.¹

¹ Es importante destacar de esta legislación los siguientes artículos:

Artículo 483. Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.

En caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y por fecundación heteróloga aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.

Artículo 484. A los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, la Secretaría de Salud del Estado deberá entregarles una guía que contenga especialmente:

I. Las disposiciones legales sobre procreación asistida.

II. Descripción de las técnicas.

III. Las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.

Artículo 485. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, la Secretaría de Salud del Estado deberá informar a los cónyuges o concubinos:

I. Las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción.

II. Las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de la asistencia médica para la procreación.

III. Que solo se permite la fecundación de un ovocito que deberá ser implantado.

IV. Que una vez fecundado el ovocito deberá ser implantado a la solicitante.

V. Que está prohibido todo diagnóstico preimplantatorio.

III. ALGUNOS CASOS QUE DEBEN DE SER CONSIDERADOS SOBRE EL DERECHO A TENER HIJOS

Las razones que pueden motivar a una persona a buscar tener un hijo son muy variadas y en algunos casos contradictorias, dignas de analizarse cada una para así poder determinar si esto debería permitirse o no. Desde la perspectiva que observo este problema encuentro los siguientes casos como predominantes:

- 1) La reproducción asistida para una pareja avanzada en edad.
- 2) La reproducción asistida para parejas no estériles, que lo podemos dividir en los siguientes aspectos:
 - A) En el caso de querer tener mayor madurez para procrear un hijo criogenizando el esperma y el óvulo.
 - B) El querer tener un hijo para poder aportar un órgano a un hijo previamente procreado, lo que se ha denominado como “designer baby”.
- 3) La reproducción asistida para grupos lésbico gays.
- 4) La reproducción asistida con miras a poder ser vientre subrogado.

Desde mi perspectiva cada una de estas posibilidades debe ser analizada con detenimiento, buscando a través de su comprensión desentrañar la posibilidad ética y jurídica de permitir este derecho.

Artículo 486. Previo al inicio del tratamiento, los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno lo será de la Secretaría de Salud del Estado, la necesidad de someterse a ese tratamiento. Igualmente deberán justificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 483 y 484.

Quien haya dado su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo no nació como consecuencia del tratamiento o que el consentimiento fue privado de efecto.

El concubino que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación esta obligado a reconocer la paternidad del hijo resultante de dicho tratamiento.

1. *¿La edad debería de ser una limitante en ser beneficiario de la reproducción asistida?*

¿Una mujer posmenopáusica, estéril consecuencia de la edad, se le debe proporcionar reproducción asistida? En el 2009 Elizabeth Munro² de 66 años asistió a este procedimiento, rompiendo el record que el famoso doctor Severino Antinori impuso al atender a Patricia Rashbrook de 62. Esto lleva a una pregunta ¿Cuándo una mujer es lo suficientemente avanzada en edad como para no permitirle este tratamiento?

Esto toda vez que el menor que procee no tiene ningún tipo de garantía de que tenga una madre o familia que le proteja, esto daña al menor, todo por un deseo de una persona de tener descendencia.

En el Reino Unido se han puesto de acuerdo en establecer un tope de edad para el tratamiento, éste se permitirá siempre y cuando sea menor de setenta y dos años, esta decisión no ha sido tomada en consideración moral o jurídicamente, es una decisión política, en mucho sustentadas alrededor de la salud de la madre y del bien del niño, no tanto por razones clínicas.

Algunos filósofos como Mary Warnock consideran que este derecho no debe darse en su país (Reino Unido) pero que al final de cuentas pueden ir a otro país a adquirir este servicio, aspecto que considero poco moral, porque lo que está buscando hacer es evadir de la responsabilidad de ese menor al Estado, y dejarle la responsabilidad a otro.³

Ahora bien de ser concedido este derecho a una persona de tan avanzada edad, es evidente que lo hace toda vez que no tiene compañía alguna o anhela esta compañía; el Estado al autorizar este derecho, a mi parecer, debe de velar por los derechos del menor, mismo que es altamente probable que quede abandonado a muy temprana edad.

² Cfr. http://www.timesonline.co.uk/tol/life_and_style/health/article6301846.ece, 5 de octubre de 2010.

³ Warnock, Mary, *Fabricando bebés, ¿Existe un derecho a tener hijos?*, España, Gedisa, 2003, p. 59.

2. *La reproducción asistida para personas no estériles*

Con los nuevos tiempos, particularmente la mujer se ha vuelto más ambiciosa en cuanto al éxito en su carrera, misma que no es fácilmente combinable con el embarazo y la posibilidad de maternidad; se podría manifestar la necesidad que el espermatozoides del marido sea congelado para un uso posterior por vía inseminación artificial. Inclusive los embriones podrían ser congelados y conservados hasta que la madre estuviera lista para quedar embarazada y fundar una familia.

Esta puede ser una vía ideal para poder satisfacer tanto los deseos de mejora profesional como la procreación de un hijo cuando llegue el momento adecuado, en este sentido tal vez el único problema que podemos observar es el hecho de que a la vez se puede optar de manera velada por formas eugenésicas (elegir el sexo del feto) aspecto que por sí es discriminatorio.

Existe otra posibilidad en la que una pareja heterosexual no estéril opte por la reproducción asistida, es el caso de que el niño que vayan a tener juntos tenga un alto porcentaje de riesgo de padecer una enfermedad hereditaria, en dicho caso se pueden crear en laboratorio varios embriones y sólo los que no estén afectados por la enfermedad pueden ser implantados en el útero de la madre.

Un ejemplo fácil de explicar es el caso de poder heredar la hemofilia pues ésta afecta sólo al hombre; pueden implantarse sólo embriones femeninos de forma tal que no herede dicha enfermedad.

En Inglaterra esta posibilidad de optar por un hijo que no padezca una enfermedad hereditaria dio pie a uno de los principales casos de investigación en el área de la reproducción asistida: el caso de los “Designer Babys”.

3. *El caso de los Designer Babys*

Si unos padres que tienen un niño con una urgente necesidad de recibir un trasplante de médula ósea solicitan tener otro niño

mediante fertilización *in vitro* para que este nuevo bebé sirva como donante para la operación del primero, ¿se puede y se debe permitir la reproducción asistida para que el embrión donante sea compatible con el hermano y así salvar la vida del hermano mayor?

Este dilema ético ha tomado especial importancia, a partir de que se han realizado con éxito diagnósticos genéticos de pre-implantación,⁴ en los cuales el embrión es monitoreado para determinar fallas genéticas antes de ser transferidos al útero.

Por citar un caso observaré el acontecido en Inglaterra con la familia Hashmis, que tras tener un hijo con un raro desorden sanguíneo, requerían de un trasplante de médula ósea, usando la reproducción asistida podrían tener un hijo que fuera ajeno al desorden que le dio al primero, y pudiese así donar al menor enfermo. Esto podría implicar que el niño por venir fuera considerado como un medio para un fin, más allá que para un fin por sí mismo.

Al hacer esto se violaría un principio ético básico kantiano, la segunda acepción del imperativo categórico kantiano, “trata a las personas no sólo como medios para un fin, sino como fines en sí mismos”; sin embargo, muchos pensadores entre los cuales destaca Mary Warnock, sostenían que el menor no necesariamente era tratado como un medio para un fin, pues a la larga podría haber amor por este menor, mucho por el hecho de haber sido la razón por la cual se ha salvado.

A mi parecer si bien podría ser cierto lo que observa la filósofa inglesa, esto no exime que se esté tratando al menor por venir como un medio para un fin, y creo que eso no debería ser permitido por el Estado.

En el caso que menciono, la Corte Inglesa determinó en el 2003 que la familia podría dar inicio a dicho tratamiento para poder inseminarse y procrear al menor que no tuviese dicha enfermedad y así estar en posibilidad de donar al primero.

⁴ En el Reino Unido se le designa como Pre-implantation Genetic Diagnosis (PGD), y básicamente se busca monitorear a los embriones para detectar fallas genéticas antes de que estos sean implantados en el útero de la mujer.

Es también de importancia observar el poder que pueden tener los padres sobre la voluntad de los niños, ya que son los padres quienes deciden cual ha de ser el futuro del menor y el tratamiento que se les dará.

Esta voluntad puede ser vista en el caso que se presentó en el Reino Unido con la familia Mastersons, familia que tenía hijos, sin embargo su única hija murió, por lo que quieren acudir a los servicios de reproducción asistida para poder tener por esa vía una niña.⁵

4. *El caso de la comunidad lésbico gay*

A mi parecer es este caso y el de las parejas heterosexuales no fértiles las que están en la mente de los legisladores e investigadores jurídicos, siendo éstos no la mayoría de los casos, pero sí los más representativos en el imaginario común.

La reproducción asistida en este caso conlleva varios problemas, tal vez el más importante a mi parecer, es que la aceptación en un programa de fecundación asistida es arbitraria, discriminatoria y exige un mínimo de confidencialidad.

En algunos países puede ser tratado el embarazo de una anciana, pero no el embarazo de una lesbiana, esto sin contar las problemáticas que podría tener la raza en este tipo de procedimientos, por ejemplo ¿se puede y se debe permitir que una mujer afroamericana sea tratada con un huevo de una mujer blanca? Y más allá de estos problemas otros de índole moral como ¿se debe de tratar a las personas sin saber si pueden ser padres idóneos, que tan detallado debe de ser el cuestionamiento que se le haga a los voluntarios de manera tal que se pueda asumir que son buenos padres?

En la mente del legislador parece estar sólo el derecho que tienen las personas a acudir a un tipo de servicio, pero es poco claro cómo tener en mente los derechos de los menores a crecer en un entorno viable.

⁵ Cfr. Lee, Ellie, *Debating Designer Babys, Pro Choice Forum*, <http://www.pro-choiceforum.org.uk/ocreliss7.php>, 15 de noviembre de 2010.

5. *Vientres subrogados*

Otro de los aspectos que han sido analizados por los investigadores es el del vientre subrogado, procedimiento en el cual se hace un contrato sobre el cual una mujer otorga su voluntad para embarazarse y procrear a un niño por la parte contratante; en un sentido estricto ella puede operar como madre genética o como portadora del embrión, mismo que le fue implantado.

Se le ha denominado “subrogación tradicional” cuando la mujer está embarazada de su hijo biológico, sin embargo el niño fue concebido por inseminación artificial o de forma natural, con la sola intención de cederlo al padre biológico; el esperma también es posible que sea donado por un donador anónimo, en el caso de que los padres sean ambos del sexo femenino, o la madre sea soltera.

Está también la “subrogación gestacional”, en la cual el embrión, con el que no se tiene conexión alguna, es inseminado en la mujer, y que después de dar a luz tiene la obligación de entregárselo a la madre biológica o con quien se realice el contrato para poderlo tener.

Me resulta difícil dar una opinión sobre este tenor, pues siento que se está realizando un contrato con un ser humano, y a éste se le vuelve una mercancía u objeto de negociación, en realidad no me encuentro a favor de la realización de este tipo de tratamiento.

Esto toda vez que la mujer lo tendrá durante nueve meses, lo gestará, y en términos del derecho tendríamos que preguntarnos seriamente si esto no cualifica como el hecho de ser madre del menor. No creo que sólo sea cuestión de material genético y su posible tratamiento en un laboratorio.

Tal es el caso de Baby M, que en los Estados Unidos causó furor, y que básicamente consistía en lo siguiente: Mary Beth Whitehead acepta realizar un contrato de vientre subrogado con William Stern, padre biológico y donador del esperma, esto toda vez que su esposa Elizabeth no podía tener hijos consecuencia de la esclerosis múltiple que padecía.

Whitehead dio a luz a la niña de nombre de Sara Elizabeth. Whitehead, 24 horas después de haberla dado a los padres biológicos, solicitó se le devolviera; en 1987 la Corte Superior de Nueva Jersey entregó la menor a los Sterns, validando el contrato realizado. Sin embargo, en 1988 la Suprema Corte de New Jersey revirtió el fallo, invalidando el contrato de vientre subrogado.

Y es que no sólo es el derecho de la persona que renta su vientre el que debe de ser tomado en cuenta en la conformación de un posible análisis sobre este procedimiento, ¿qué pasaría si una mujer renta su vientre, e inclusive da a luz a dicho menor, sin embargo este nace con síndrome de Down, los contratantes pueden rechazar dicho bebé?

O más grave, ¿qué pasaría si el embrión no llega a término y muere antes de la labor de parto, es responsabilidad de la madre sustituta?, ¿qué órganos deliberarán sobre la responsabilidad de dicha circunstancia?

IV. ÓRGANOS REGULATORIOS QUE OPERAN COMO REFERENTES EN EL PROCESO DE FECUNDACIÓN ASISTIDA

Existen varios órganos que en el Reino Unido han regulado el servicio de reproducción asistida, mismos que son dignos de observar, toda vez que en México no tienen parangón alguno para poder determinar lo que éstos hacen.

Tal vez el más importante es el Warnock Committee que se creó en 1984, encabezado por filósofos y juristas, y cuyas recomendaciones ayudaron a construir un primer documento jurídico, el Human Fertilisation and Embryology Act de 1990.

En este documento se propone dentro de sus recomendaciones el proponer una autoridad que regulase los desarrollos que se realicen en la fertilización humana y embriología, autoridad que adoptó el nombre de Human Fertilisation and Embryology Authority. Esto permite de entrada observar qué tanto requerimos para poder avanzar en este tema, el problema no sólo es generar

una ley, sino al contrario, pensar por medio de qué tipo de personas podemos empezar a confiar el desarrollo de una ley para este tipo de problemas.

La autoridad para la fertilización humana creada en Inglaterra es un cuerpo de 22 personas, esta autoridad tiene el poder de garantizar o retener licencias para los procedimientos que envuelven la creación de un embrión o de usar gametos.

Este elemento considero es de vital importancia en la realización de una posible ley en este país para la regulación de la fecundación asistida, estos procesos son sumamente especializados y no deben de ser confiados a cualquier tipo de institución, debe de ser una institución especializada.

V. ELEGIBILIDAD PARA EL PROCEDIMIENTO DE FECUNDACIÓN ASISTIDA

Un tratamiento de fertilización asistida, implica dinero y recursos inherentes a él, así como un grupo de médicos especializados, camas, tal vez de asociaciones altruistas y de medicamentos caros que en el caso del Reino Unido pueden llegar a costar más de mil libras al mes.

Una ley de reproducción asistida tendría que plantearse un primer problema, si este tratamiento no funcionara, ¿se debe de pagar las cuotas referentes al tratamiento? ¿O el tratamiento por sí mismo debe de ser pagado independientemente de su éxito?

El límite de edad con el cual se permitirá el tratamiento debe de ser tomado en cuenta, o es que ¿se rechazará el tratamiento para ancianas o personas de avanzada edad bajo la base de la edad?

¿Debe de realizarse asesoría en las personas que acudirán a este tipo de servicio previo a que se le hagan los estudios? Pareciera ser que en las iniciativas de ley esto poco importa y sólo se considera que la voluntad de la persona es vasta y suficiente como para determinar lo que es necesario.

VI. LÍMITE AL USO DE GAMETOS DONADOS

¿En el caso de los bancos de espermatozoides, cuántos gametos se deben de aceptar que sean donados por una sola persona?, ¿puede la esposa de una persona en estado de coma y que no ha dado su consentimiento escrito, solicitar se le impregne con sus espermatozoides?

Son algunas de las preguntas que no me quedan claras con los procedimientos de reproducción asistida. En el primer caso considero que el menor tiene derecho a saber la información genética de su padre biológico, en este sentido la información sobre sus enfermedades y condición biológica no puede ser ocultada al menor, en todo momento debe de tener acceso a dicha información.

En el segundo caso, se ha analizado un poco más en México, considero que no puede solicitar extraer el espermatozoides del marido en coma, pues el consentimiento sigue siendo clave para poder hacer uso de dicho material genético.

VII. EL CASO ITALIANO

En el 2004 el parlamento italiano promulgó una ley que regula la reproducción asistida, ley que me parece interesante contemplar ya que se regulan las técnicas de reproducción asistida en tres niveles. Para cada grupo de tratamientos se establecen guías que indican los procedimientos médicos, así como los procedimientos técnicos y administrativos.

No obstante, muchos de los derechos constitucionales como la igual protección a los servicios de la salud están en riesgo, al parecer las leyes que han regulado este procedimiento no han podido encontrar el punto medio entre la necesidad de este procedimiento y la igualdad en la protección de las personas.

Asimismo, tampoco puede resolver esta ley el problema de la discriminación, pues a decir de ésta sólo será aplicada para resolver los problemas de reproducción causados por la esterilidad o infertilidad humana, creyendo que con esta definición puede evadir la demanda de otro tipo de personas que no sean parejas heterosexuales u homosexuales.

Esta ley dice que para poder acudir a dichos servicios de reproducción se requiere que ambos padres estén vivos en el momento del tratamiento, si el hombre muere durante el proceso de fertilización e implantación este proceso no puede ser interrumpido.

Es importante observar que esta ley prohíbe crear embriones para efecto de investigación o experimentación. Prohíbe toda forma de selección eugenésica incluyendo en estos todo tipo de manipulación genética que pueda aplicarse al embrión o gameto.

VIII. CONCLUSIÓN

Si bien la reproducción asistida no puede ser considerada como un derecho, mucho menos como una necesidad que genere un derecho, las personas que tienen el problema de esterilidad y que quieren concebir deben de tener el derecho a poder obtener asistencia médica para resolver su necesidad, pese a que se tenga que pagar por ésta. Este beneficio no exime que pueda ser declinado por los centros de atención para reproducción asistida en función de criterios claros que manifiesten una incapacidad clínica, y en un análisis caso a caso de esta circunstancia.

El tener un derecho a la reproducción asistida no implica que tenga éxito el procedimiento, en el caso de los servicios públicos considero que no se debe permitir el servicio a aquellas personas que solicitan asistencia por propia conveniencia. Esto puede ser aportado por clínicas privadas que puedan adquirir este tipo de servicio.

Es necesario no dejarse seducir entre lo que deseamos y queremos con lo que legalmente debemos de regular, si una persona piensa que sus derechos humanos han sido agraviados por no poder tener un hijo puede acudir ante un juez que determine y le manifieste la distinción entre lo que es un derecho y un deseo. En cualquier caso estos elementos se tendrán que ir evaluando conforme la relación entre tecnología y derecho se acorte.