



Dos aspectos a considerar en la adopción de embriones en el Estado de Querétaro: el derecho del menor a conocer su origen genético y la prohibición implícita de los diagnósticos genéticos preimplantacional y prenatal

Two Aspects to Consider in the Adoption of Embryos by the State of Querétaro: the Child's Right to know their Genetic Origin and the Implicit Prohibition of Pre-implantation and Prenatal Diagnosis



Autor

Miguel Angel León Ortiz

Profesor-investigador en la Universidad del Istmo

E-mail: aloaaa@yahoo.com.mx



Resúmen

La donación de embriones supernumerarios en la implementación de procedimientos de reproducción asistida de naturaleza heteróloga, es una constante en las normativas vigentes en esta materia. En México, el Estado de Querétaro regula de forma particular este acto jurídico, importante en las relaciones sostenidas en el derecho de familia actual, poniendo al alcance de parejas infértiles la posibilidad de acudir a la adopción de embriones supernumerarios. En este trabajo, se analizan dos aspectos esenciales: el derecho del menor a conocer su origen genético y la prohibición implícita de los diagnósticos genéticos preimplantacional y prenatal, de donde resultan efectos jurídicos diversos.

Abstract

In the implementation of heterologous assisted reproduction procedures, the donation of supernumerary embryos is a constant in current regulation. In Mexico, the State of Queretaro is unique in how it regulates this legal act, so important for relationships sustained under current family law: it allows infertile couples the opportunity to adopt supernumerary embryos. This paper analyses two essential aspects: the child's right to know their genetic origin and the implicit prohibition of prenatal and preimplantation genetic diagnosis, giving rise to various legal implications.

Keywords

Bioética, diagnóstico genético preimplantacional (DGP), diagnóstico genético prenatal, adopción de embriones, origen genético, reproducción asistida (RA).

Bioethics, preimplantation genetic diagnosis (PGD), prenatal genetic diagnosis, embryo adoption, genetic origin, assisted reproduction (AR).

Fechas

Recibido: 1/5/2016. Aceptado: 21/12/2016



1. Introducción

El Estado mexicano, en tanto organización política federada consta de 32 entidades federativas, incluida la Ciudad de México. De todas ellas, solamente Baja California Sur, Coahuila, Ciudad de México, México, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora y Zacatecas, reconocen algunos derechos en el ámbito de la reproducción humana asistida en su legislación civil o familiar¹.

El Estado de Querétaro, es el único que dedica todo un capítulo a la adopción de embriones procedentes de procedimientos de reproducción asistida homóloga, para emplearse en tratamientos de fertilidad humana de naturaleza heteróloga.

En este escenario normativo, el Estado de Querétaro, es el único que dedica todo un capítulo² a la adopción de embriones procedentes de procedimientos de reproducción asistida homóloga³, para emplearse en tratamientos de fertilidad humana de naturaleza heteróloga. Es decir, aquellos donde una mujer o pareja de esposos o concubinos infértiles, deciden acudir a una clínica o centro de fertilidad humana, para la donación –o en este caso, la adopción– de embriones supernumerarios de procedimientos de fertilización *in vitro* dados en adopción con fines reproductivos. Con esta medida, se otorgan mayores posibilidades de supervivencia a los embriones supernumerarios criopreservados en los procesos de FIV, antes de que la persona o la pareja portadores del material genético opte por un destino diferente para sus embriones⁴.

Los efectos jurídicos de esta importante reforma son variados, sin embargo, en este trabajo sólo se abordan dos problemáticas concretas. Primero, la que tiene que ver con el alcance del derecho del menor producto de la reproducción asistida heteróloga a conocer su origen genético (no la identidad de los donantes), el cual se encuentra consignado en los párrafos segundo y tercero del artículo 22 en relación con el 404 del código civil del Estado de Querétaro, y en segundo término, el referente a la prohibición implícita de los diagnósticos genéticos preimplantacional y prenatal en el marco jurídico queretense.

En ambos casos, me parece que el legislador local no consideró distintos supuestos en el ejercicio de esta posibilidad jurídica, dejando notorios vacíos en la ley. Estos errores, deben ser subsanados por el legislador en los próximos años, pues de lo contrario recaería en la labor interpretativa o integradora de los jueces, la creación de los criterios normativos que deberán suplir las deficiencias evidentes demostradas en la ley; escenario no del todo propicio para encontrar la solución más apropiada a estos asuntos

1 Por el contrario, los Estados de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán, no aluden a los efectos del uso de la reproducción asistida en su legislación civil o familiar.

2 El Capítulo Sexto. De la adopción de embriones, está ubicado en el Libro Primero, Título Octavo (de la filiación) del código civil del Estado de Querétaro.

3 Este tipo de procedimientos, se caracterizan porque la pareja que solicita el tratamiento de fertilidad es además la que aporta el material genético de los embriones.

4 Como puede ser, su donación para fines de investigación o experimentación, o sencillamente su destrucción.



de singular naturaleza, sobre todo si se considera el desconocimiento que tienen los jueces de los presupuestos esenciales de la disciplina bioética y de los avances en el campo de la biología de la reproducción humana.

Aquí, la aportación de los estudios desarrollados en los diferentes espacios de discusión de los asuntos que atañen a la disciplina bioética resultará fundamental para establecer las bases de un orden jurídico en materia de reproducción asistida (RA), que vele por la protección y garantía de los derechos de las y los usuarios de la RA, resolviendo lo conducente a los valores y bienes jurídicos en disputa, así como lo tocante a la preservación de los principios fundamentales que la rigen.

2. La adopción de embriones como acto jurídico

La reproducción asistida se ha convertido, en uno de los medios más socorrido por parejas infértiles en los últimos años.

La reproducción asistida se ha convertido en uno de los medios más utilizado por parejas infértiles en los últimos años. De entre algunas de las técnicas más complejas, aparece la fertilización *in vitro* (FIV), y una de sus variantes, la inyección intracitoplasmática de embriones (ICSI). Esta técnica, junto con los diagnósticos genético preimplantacional y prenatal han obtenido mayor aceptación entre los especialistas y las usuarias de la RA, debido al grado de eficiencia conseguido y a las posibilidades de éxito que reportan recientemente (Mendoza, 2011, pp. 50-51).

Cada una de dichas prácticas, atiende a particularidades específicas. Así, mientras la fertilización *in vitro* en su modalidad convencional está dirigida a resolver problemas donde el factor femenino es el causante de la falta de embarazo, su variante, la ICSI atiende a problemas donde el factor masculino es el ocasional de la infertilidad (Barroso Villa y Colin, 2012, p. 8-9). Independientemente de ello, el rasgo común en ambos procedimientos, es la necesaria obtención de embriones en el laboratorio para su posterior implantación en el útero de la mujer receptora.

Los tratamientos de fertilidad pueden ser de naturaleza homóloga o heteróloga. Ya se trate de procedimientos donde la pareja infértil sea quien aporta el material genético de los embriones obtenidos en el laboratorio para su posterior transferencia al útero de la cónyuge o concubina (homóloga). Ya se trate de procedimientos donde la pareja infértil no aporta la dotación genética de los embriones *in vitro*, debido a la carencia de capacidad para fusionarse, siendo en este caso necesaria la donación, o en este caso, la adopción de embriones (heteróloga), es decir, provenientes de una pareja donante (Flores Ávalos, 2012, pp. 66-67), o mujer donante⁵.

En el primer caso (en la reproducción asistida homóloga), cuando la pareja consigue el embarazo, puede presentarse el caso de que existan embriones supernumerarios, los cuales en la mayoría de los casos, son crioconservados en la clínica o centro de RA que

5 Lo anterior se desprende de lo contenido en el artículo 22 del código civil del Estado de Querétaro, al referirse a la posibilidad de acudir a donante o donantes en los procedimientos de "inseminación artificial" o "procreación asistida".



lleva a cabo el tratamiento de fertilidad (Lema Añón, 2001, p. 51). Ante estas circunstancias, la ley permite que la pareja pueda decidir que el futuro de sus embriones no sea otro, que el reproductivo.

La legislación civil queretense ofrece la figura de la adopción de embriones en procedimientos de RA heteróloga, cuando otras personas o parejas infértiles no poseen células germinales capaces de constituir un embrión, o en su defecto, cuando debido a la posibilidad de transmitir una enfermedad hereditaria a la descendencia. En este sentido, se

La obligación para el equipo médico y las autoridades sanitarias de guardar el anonimato de las personas que dieron en adopción a dichos embriones.

expresa el código civil para el Estado de Querétaro, al establecer en su artículo 401, fracción I, la posibilidad de adoptar embriones supernumerarios de otros procedimientos de fertilidad de naturaleza homóloga⁶.

Los conflictos éticos y jurídicos en el uso de la RA, comienzan al momento de fertilizar óvulos en el laboratorio con material genético de terceros, pues cuando la aportación de la dotación genética del embrión es producto de la donación o de la adopción, la situación toma tintes muy diferentes para el Derecho de familia, pues implica tres aspectos esenciales:

- 1°. La celebración de un acuerdo jurídico para darlos en adopción.
- 2°. La obligación para el equipo médico y las autoridades sanitarias de guardar el anonimato de las personas que dieron en adopción a dichos embriones.
- 3°. Y velar por la protección del derecho del menor producto de la RA a conocer su origen genético, en atención a la protección del interés superior del menor, cuando de dicha revelación depende su estado integral de salud.

En este orden de ideas, la legislación civil queretense define a la adopción de embriones en los siguientes términos:

Artículo 399. La adopción de embriones es el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino.

En este acto jurídico, pueden concurrir al menos dos supuestos: uno donde intervienen una pareja de esposos o concubinos, quienes deciden dar en adopción a sus embriones supernumerarios, y una mujer o pareja heterosexual; y otro, donde interviene una

6 Artículo 401. La adopción de embriones sólo procederá respecto de los supernumerarios crioconservados preexistentes, que fueron fruto de la fertilización in vitro homóloga, en los siguientes casos:
Cuando los padres biológicos hayan manifestado su libre voluntad de dar en adopción los embriones supernumerarios (...);



mujer soltera, quien da en adopción sus embriones, por recaer en ella la capacidad legal para hacerlo, y una mujer o pareja heterosexual (unida en matrimonio o en concubinato); personas que obtienen un beneficio a título gratuito con este acto jurídico de naturaleza provisional.

Más adelante, el propio ordenamiento civil en referencia expresa que, cuando se haya logrado el nacimiento mediante este recurso terapéutico, la mujer soltera o la pareja adoptante deban solicitar vía jurisdicción voluntaria la adopción plena⁷. Con este procedimiento, quienes dan en adopción a los embriones, renuncian a ejercer cualquier acción para reclamar la maternidad y paternidad, tal como se desprende del contenido del artículo 405, fracción I, inciso d), párrafo tercero del ordenamiento civil de dicha entidad.

Con este procedimiento, quienes dan en adopción a los embriones, renuncian a ejercer cualquier acción para reclamar la maternidad y paternidad.

Tal vez, si dejara de problematizarse desde un enfoque ético, el carácter artificial de la fertilización *in vitro* “–en cuanto resultado final y no en cuanto daño causado a embriones– podría contemplarse como un proceso que persigue, con igual interés y propósito el mismo resultado que el deseado de modo natural” (García Sánchez, 2014, p. 175). Sin embargo, en la realidad esto no sucede así, ya que cuando el derecho otorga una facultad a cualquier persona, independientemente de que ésta se encuentre afectada o no por algún tipo de infertilidad, o sea portadora de una enfermedad hereditaria a su descendencia, para tener la posibilidad de asumir la maternidad y la paternidad a través de la RA, los dilemas éticos que surgen a partir de su implementación sugieren analizar varias situaciones aún pendientes en la agenda legislativa nacional y local, entre las cuales sobresalen las siguientes:

Tal vez, si dejara de problematizarse desde un enfoque ético, el carácter artificial de la fertilización *in vitro* “–en cuanto resultado final y no en cuanto daño causado a embriones– podría contemplarse como un proceso que persigue, con igual interés y propósito el mismo resultado que el deseado de modo natural” (García Sánchez, 2014, p. 175). Sin embargo, en la realidad esto no sucede así, ya que cuando el derecho otorga una facultad a cualquier persona, independientemente de que ésta se encuentre afectada o no por algún tipo de infertilidad, o sea portadora de una enfermedad hereditaria a su descendencia, para tener la posibilidad de asumir la maternidad y la paternidad a través de la RA, los dilemas éticos que surgen a partir de su implementación sugieren analizar varias situaciones aún pendientes en la agenda legislativa nacional y local, entre las cuales sobresalen las siguientes:

- a) Resolver lo concerniente al destino final de los embriones supernumerarios de procedimientos de fertilización homóloga, tal como ya sucede en la legislación de otros países.
- b) Reducir el número de embriones supernumerarios en tratamientos de fertilidad.
- c) Dictar medidas tendentes a emplear embriones supernumerarios, preferentemente para fines procreativos.
- d) Mejorar las disposiciones jurídicas vigentes en el Estado, relativas al uso de gametos y embriones humanos en la procreación⁸.

7 Esta medida legislativa restringe el ejercicio de este derecho a otras parejas, entre otras razones, por su orientación sexual o identidad de género, y por ende limitan sus derechos a ejercer la maternidad o la paternidad; sin embargo, en este trabajo no entraremos al fondo de este tema, pues implicaría abordar algunas otras cuestiones que requieren un examen particular.

8 En este tenor, es conveniente mencionar que el Estado de Querétaro, al igual que la Federación mexicana carecen de normas específicas que atiendan lo concerniente a la conservación, utilización y destino final de células germinales y embriones supernumerarios crioconservados, solamente encontramos algunas normas dispersas en el ámbito local en la Ley de donación de trasplantes de órganos, tejidos y células humanas del Estado de Querétaro, y en el ámbito federal en la Ley General de Salud y su reglamento sobre el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos.



- e) Regular lo conducente a la conservación, empleo y situación de los embriones supernumerarios congelados en los centros de RA del país (Lema Añón, 2001, p. 52).

3. El derecho del menor a conocer el origen genético

El avance de la genética, ha impactado de manera significativa una diversidad de conocimientos, conceptos, teorías e instituciones jurídicas. Distintas pruebas genéticas permiten que, el día de hoy podamos saber si somos portadores de una enfermedad de transmisión hereditaria, o determinar con certeza el vínculo paterno-filial entre progenitores e hijos. Este tipo de pruebas, rompieron el sistema presuncional de la maternidad⁹ y de la paternidad¹⁰, herencia directa de las añejas instituciones del derecho romano privado.

El principal argumento esgrimido dentro de la literatura jurídica nacional e internacional para velar por la protección de este derecho, parte de la necesidad de brindar seguridades suficientes para que el menor pueda construir su identidad, sin embargo no existen estudios consistentes en el ramo de la disciplina psicológica que ayuden a sostener esta afirmación.

De esta manera, en la actualidad es posible determinar la filiación cierta a partir de una prueba de ADN entre un menor y sus progenitores. Con ello, se obtienen dos cosas: en primer lugar, dar cumplimiento al postulado fundamental del menor a conocer su origen biológico, y en segundo término, al hecho de que los padres tengan la certeza material y no sólo formal de la maternidad y de la paternidad (González Contró, 2011, pp. 115-116).

Pero, el tema de nuestro estudio es otro, pues consiste en primer lugar, en determinar si este derecho se encuentra implícitamente en el derecho a conocer el origen biológico, y en segundo lugar, en diferenciar el derecho del menor, producto de la RA heteróloga a conocer su origen genético por un lado, y el derecho a guardar el anonimato de los donantes, por el otro.

El principal argumento esgrimido dentro de la literatura jurídica nacional e internacional para velar por la protección de este derecho, parte de la necesidad de brindar seguridades suficientes para que el menor pueda construir su identidad, sin embargo no existen estudios consistentes en el ramo de la disciplina psicológica que ayuden a sostener esta afirmación. Esto es, que el menor requiera forzosamente conocer sus orígenes genéticos para moldear su identidad¹¹

(Pennings, 2014, pp. 306-307). En efecto, el respeto por el derecho del menor a conocer su origen genético, involucra algunas dificultades en la implementación de procesos de

9 La mayor parte de los códigos civiles de las entidades federativas vigentes en México, atienden a dos presunciones: "*mater semper certa est*" y "*partus sequitur ventrem*". Esto es, la maternidad siempre se tiene por cierta y la maternidad sigue al parto.

10 Muchos de los códigos civiles vigentes en nuestro país, todavía responden a las presunciones que rezan *pater is est quem nuptiae iustitia demonstrant* (padre es quien demuestra las justas nupcias), aplicable a la institución del matrimonio civil, y *pater is quem sanguinis demonstrant* (padre es quien demuestra los lazos de sangre), aplicable en el establecimiento de la filiación natural.

11 En algunos casos puede ir en contra de su propio bienestar o interés superior. En este sentido, González Contró asevera que en los Estados Unidos el criterio de la *equitable parenthood* busca preservar el interés superior del menor, en aquellos supuestos donde la llegada de quien haya sido el padre biológico, ponga en riesgo el bienestar psicológico y físico de un menor que ha sido criado por una persona como su padre. González Contró, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Boletín Comparado de Derecho Mexicano*, (130) 128.



RA de naturaleza heteróloga con donación o adopción de embriones, sobre todo en lo tocante a la revelación del anonimato de los donantes o adoptantes.

Dentro del orden jurídico interno, este derecho se desprende de una interpretación extensiva del contenido del artículo 4º, párrafos octavo¹² y noveno¹³ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 22, apartado C¹⁴ de la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el orden federal. Y en el orden estatal, en el artículo 18, fracción III de la Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes que también alude al mismo derecho¹⁵.

Ciertamente, el derecho fundamental a conocer el origen genético de una persona producto de la reproducción asistida heteróloga, aún no se encuentra previsto expresamente en el orden jurídico nacional y en varios tratados internacionales.

Por su parte, en el orden internacional, los numerales 7º¹⁶ y 8º¹⁷ de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 prevén también este importante derecho fundamental. Y ello resulta, de la protección especial que requiere este grupo de personas vulnerables, debido a la discriminación, abuso y violencia que sufren todos los días en la esfera social (Lara Espinosa, 2015, p. 67).

Ciertamente, el derecho fundamental a conocer el origen genético de una persona producto de la reproducción asistida heteróloga, aún no se encuentra previsto expresamente en el orden jurídico nacional y en varios tratados internacionales, por esta razón, me parece oportuno legislar sobre este particular asunto en atención a la protección del derecho fundamental a la privacidad de las personas. Con lo anterior, se distinguen dos cosas:

-
- 12 Artículo 4º. (...) *Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos...* (...). Las cursivas son del autor.
- 13 Artículo 4º. (...) En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. (...) Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.
- 14 Artículo 22. El derecho a la identidad está compuesto:
(...) C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban. (...)
- 15 Artículo 18. Niñas, niños y adolescentes desde su nacimiento tienen derecho a:
(...) I. Conocer su filiación y su origen, en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez y la adolescencia (...)
- 16 Artículo 7º.
1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con la legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro apátrida (las cursivas son del autor).
- 17 Artículo 8º.
1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
I. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (las cursivas son del autor).



1. Por un lado, el derecho a conocer el origen biológico del menor, como elemento clave para establecer el vínculo parental entre hijos y padres.
2. Y por otra parte, el derecho a conocer el origen genético del menor, como elemento clave para determinar su origen genético, sobre todo, cuando dicha información es relevante por cuestiones de salud.

Es cierto que, cuando un menor de edad fruto de la reproducción asistida heteróloga, se entera de su origen, resulte obvio que quiera conocer el nombre y la identidad de los adoptantes.

Es cierto que, cuando un menor de edad fruto de la reproducción asistida heteróloga, se entera de su origen, resulte obvio que quiera conocer el nombre y la identidad de los adoptantes. Tal vez para saber el origen de las personas que decidieron dar en adopción sus embriones, o por qué decidieron hacerlo, o a qué se dedican, o qué les gusta hacer, o cuáles son sus aficiones, en fin, tener un acercamiento más estrecho con ellos. Si esto fuere así, entonces, más que hablar de un derecho a preservar su identidad a partir del conocimiento de su origen genético, lo apropiado sería hablar de un derecho a contactar a los portadores de su herencia genética (Pennings, 2014, pp. 308-309), a tener un

acercamiento con ellos, sin renunciar a la relación adquirida con su madre y padre para la ley; personas que lo han cuidado, educado, amado y apoyado durante toda su vida, recordándonos que la maternidad y la paternidad no tienen su origen exclusivamente en la genética (Puigpelat Martí, 2015, pp. 44-45), sino en una diversidad de factores de tipo cultural¹⁸.

Quizá, por esta razón, una opción más viable para permitir de forma excepcional la revelación del anonimato de quienes lo dieron en adopción, sería fundarla en la protección de la vida y la salud del menor, cuando de ello dependa mantener las condiciones de bienestar de su integridad física y mental¹⁹, suministrando información general de los adoptantes sin revelar su identidad, a fin de garantizar la estabilidad familiar de los adoptantes, tal como lo hace la ley española 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, aunque en este caso, refiriéndose a la donación y no a la adopción de embriones²⁰. Con ello, se dicta una medida razonable entre la preservación del derecho del menor a conocer su origen genético y el respeto del derecho a la intimidad y anonimato de los adoptantes o donantes (Abellán-García Sánchez, 2014, pp. 103-106).

18 Por ello, la legislación civil queretense equipara el parentesco adquirido por adopción con el parentesco consanguíneo en su numeral 279.

19 En este sentido, se pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2012, mediante la Tesis Aislada 1a. XLIV/2012 (10a), bajo el rubro: Derecho a la identidad. Su protección desde el derecho a la salud física y mental.

20 Al respecto, el artículo 5.5 expresa: "(...) La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de la identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo, excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes (...).



Lo desatinado de la medida legislativa, es la incongruencia demostrada entre las normativas en materia de protección de los derechos de la niñez y otros ordenamientos.

Lo desatinado de la medida legislativa, es la incongruencia demostrada entre las normativas en materia de protección de los derechos de la niñez y otros ordenamientos, tal como ocurre entre la Ley de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de Querétaro²¹ y el código civil de la misma entidad, el cual establece en el artículo 404²², la condición de haber cumplido 18 años de edad para el ejercicio de este derecho de naturaleza imprescriptible, cuando la principal problemática que surge luego de que los padres adoptivos revelan al menor adoptado mediante esta fórmula jurídica su origen genético, es la pérdida de confianza por la mentira de guardar el secreto sobre este hecho (Pennings, 2014, p. 307), ya que mientras mayor sea la edad de la persona producto de la fertilización *in vitro*, mayor será el impacto de la revelación del secreto en su vida. Por ello, es conveniente determinar cuál será la respuesta que deberá ofrecer la legislación civil queretense, a fin de salvaguardar estos derechos del menor en los años venideros.

4. La prohibición implícita de los diagnósticos genéticos preimplantacional y prenatal

Los diagnósticos genéticos preimplantacional y prenatal, son dos de las herramientas biomédicas más demandadas en los procedimientos de RA en años recientes, debido a su función terapéutica. La posibilidad de evitar transmitir enfermedades o anomalías genéticas a la descendencia congratula su manejo beneficioso para la salud del *nasciturus*, sin embargo, su uso no terapéutico también ha sido objeto de señalamientos, pues la elección de embriones y la apuesta por la ingeniería genética en la línea embrionaria con la idea de mejorar los rasgos corporales, estéticos o intelectuales del menor, suponen cosificar al origen de la vida de cualquier individuo. Esto es, al embrión humano.

Privan en la mayoría de normativas vigentes en el mundo, cuatro modelos de atender lo relativo al uso del diagnóstico genético preimplantacional (DGP). Así aparecen:

- a) La teoría de la voluntad de los padres.
- b) La teoría de control público.
- c) La teoría de la protección de la identidad genética.
- d) La teoría de la autorización administrativa.

21 El derecho del menor a conocer su origen biológico, como presupuesto esencial para preservar su identidad, se encuentra establecido en los artículos 12, fracción III y 18, fracción III de esta ley.

22 Artículo 404. Una vez alcanzada la mayoría de edad por la persona que haya sido producto de una inseminación artificial o procreación asistida y posteriormente adoptada, tendrá el derecho imprescriptible de conocer la identidad de sus padres biológicos.



Cada una de éstas, atiende a características muy específicas. De esta forma, mientras en la primera de las anteriores teorías (de la voluntad de los padres), los padres tienen la libertad para decidir entre utilizar o no el DGP con fundamento en el ejercicio de sus derechos reproductivos; en la segunda (la del control público), el Estado es quien determina la lista de supuestos donde puede emplearse este diagnóstico, en la tercera (de la protección de la identidad genética), en tanto cada persona posee una identidad genética única y singular que permite distinguirla de los demás, nadie tiene el derecho de contravenir esta regla de selección natural, y finalmente en la cuarta (de la autorización administrativa), un comité ético valoraría la problemática de cada asunto, recayendo en la autoridad encargada de otorgar la autorización, dictar la solución al caso de que se trate (Emaldi Cirión, 2011, pp. 630-633).

A pesar que las normativas vigentes en materia de RA se han pronunciado por alguna de las anteriores formas de valorar el DGP, el código civil del Estado de Querétaro

El código civil del Estado de Querétaro es omiso y no se pronuncia por una prohibición literal, o a una posibilidad jurídica de acudir al uso del DGP sólo con fines terapéuticos, luego de la evaluación ética de un comité.

es omiso y no se pronuncia por una prohibición literal, o a una posibilidad jurídica de acudir al uso del DGP sólo con fines terapéuticos, luego de la evaluación ética de un comité, pero de su contenido normativo se desprende una prohibición implícita de esta práctica.

Entre las finalidades más sobresalientes del diagnóstico genético prenatal, resaltan las de detección de patologías o enfermedades genéticas, de tratamiento médico fetal, de tratamiento médico fuera de útero, de interrupción de embarazo, etcétera (Emaldi Cirión, 2011, pp. 642-643). A pesar de ello, este diagnóstico genético representa problemáticas muy concretas. Su indicación, así como la del diagnóstico genético preimplantacional, podrían emplearse siempre que procedan de un consejo genético

que calificará, desde una aproximación ética, la conveniencia de utilizar este recurso, con la finalidad de indagar la presencia o no de anomalías o malformaciones genéticas en el desarrollo embrionario o fetal; recayendo en la voluntad de la pareja infértil, tomar la decisión definitiva.

La legislación civil queretense, también es omisa respecto al uso de este diagnóstico en la utilización de técnicas invasivas o no invasivas, independientemente del momento en que se instrumenten y la finalidad que se persiga, es decir, a pesar de que se trate de implementar con el objetivo de evitar un daño al sano desarrollo embrionario o fetal, y desde luego, también el de la salud de la mujer receptora.

Por esta razón, el párrafo segundo del artículo 400 del ordenamiento civil en referencia, prohíbe seleccionar el sexo del embrión o embriones que pretenden adoptarse, eliminando la posibilidad de elegir el sexo del embrión a transferir²³, negando a los adoptantes de éstos cualquier posibilidad de rechazar al menor producto de la fertilización, inclusive si nace con alguna enfermedad o defecto físico. Así, se elimina

23 Sin referirse a la posibilidad de seleccionar el sexo del embrión, cuando se persiga evitar la transmisión de una enfermedad ligada al sexo.



cualquier contienda futura en la cual se invoque la *wrongful conception*²⁴, *wrongful birth*²⁵ o *wrongful life*²⁶.

Más adelante, el artículo el artículo 405, fracción I, inciso c) exige de las personas que dan en adopción sus embriones, la presentación de una constancia médica en la cual se acredite que no son portadores de alguna enfermedad “infecciosa”, a fin de evitar que los adoptantes acudan al uso de los diagnósticos preimplantacional y prenatal²⁷. No obstante lo anterior, aludir al término “enfermedad infecciosa”, en lugar de “enfermedad hereditaria”, resulta desafortunado, ya que mientras esta última categoría engloba “un grupo heterogéneo de afecciones que son transmitidas de padres a hijos y que en su etiología presentan un significativo componente genético” (Tejada Mínguez, 2011, p. 749), aquella otra, abarca las que “vienen originadas por un agente consistente en un virus, bacteria, hongo, protozoo, rickettsia, prión...” (Romeo Casabona, 2011, p. 753), las cuales no en todos los casos, son transmisibles a la descendencia por el factor hereditario.

Por ello, quizá sería conveniente considerar la añadidura del consejo genético prenupcial, con la finalidad de que los contrayentes en el matrimonio civil “conozcan sus probabilidades de traer al mundo hijos que van a padecer enfermedades de transmisión hereditaria”, a fin de tomar una decisión consciente e informada sobre este asunto tan delicado (Vila-Coro, 2010, p. 188).

5. Comentarios finales

Primero. El objetivo de añadir la adopción de embriones en la legislación civil del Estado de Querétaro parte de una premisa fundamental: atender lo conducente al destino final de los embriones supernumerarios en la implementación de la reproducción asistida (RA) de naturaleza homóloga que se encuentran crioconservados en distintos centros de RA en México, ofreciendo una opción garante de la dignidad humana.

Segunda. La regulación de la adopción de embriones, abarca en su articulado dos cuestiones importantes: 1º lo relativo al derecho del menor a conocer su origen biológico, y 2º lo referente al carácter reservado de la información sobre la identidad de las personas donantes de los embriones. No obstante, existen diversas inconsistencias que deben ser subsanadas por el legislador local en los próximos años.

24 Mediante la acción por concepción injusta, los padres reclaman a un equipo médico la existencia de un embarazo no deseado, luego de haberse sometido a un procedimiento de esterilización.

25 Mediante esta acción se pide la reparación del daño ocasionado por un “nacimiento injusto”, resultado de la falta de información del médico tratante a la pareja receptora sobre el riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria al nonato, que de haber sido conocida por la pareja, habría dado la oportunidad de interrumpir el embarazo.

26 Mediante esta acción, el menor nacido reclama a través de sus representantes legales (sus padres), la reparación del daño ocasionado por un mal diagnóstico genético prenatal, a partir del cual se desprende un niño enfermo.

27 Por esta razón, la legislación civil exige en su artículo 96, fracción V, la presentación de este certificado médico a los contrayentes del matrimonio civil.



Tercera. El estudio de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico en referencia, arrojan una prohibición implícita de los diagnósticos genéticos preimplantacional y prenatal, a fin de evitar la manipulación genética en la línea genética embrionaria. No obstante ello, parece que no sucede igual en la línea somática humana.

Cuarta. El ejercicio del derecho a la maternidad y paternidad a través de la RA está previsto en la Ley General de Salud y en sus reglamentos en materia de investigación para la salud y sobre el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aunque de forma incipiente. La Constitución federal, no hace alusión de manera explícita al derecho de acudir a las tecnologías de la reproducción en su numeral 4º, aunque reconoce el derecho fundamental de toda persona a tener hijos. El ejercicio del derecho a la RA, debería ser regulado después de un debate profundo y un estudio interdisciplinario, ya que acarrea un sentido de corresponsabilidad ética de parte del personal médico, y de quienes acuden al uso de las tecnologías reproductivas.

Quinta. La regulación de diversas prácticas médicas en el ámbito reproductivo, debe reunir diversos aspectos fundamentales. En primer lugar, debe ser el resultado de un esfuerzo interdisciplinario, en segundo término debe atender los postulados esenciales de la Bioética, y en tercer lugar, debe velar por la protección de los derechos humanos de las personas usuarias de las tecnologías reproductivas. Por esta razón, la agenda política nacional debería tratar de dar respuesta a estas y otras exigencias sociales en el seno legislativo en los años que vienen.

6. Referencias bibliográficas

- Abellán-García Sánchez, F. (2014). Sobre los derechos del niño nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida. En Baccino, G. (Ed.). *Reproducción humana asistida*. España: Tirant lo Blanch, 101-113.
- Barroso Villa, G. y Colin, A. (2012). Bases biológicas y terapéuticas de la fertilización asistida. En Brena Sesma, I. (coord.). *Reproducción asistida*. México: UNAM-IIJ, 3-16.
- Emaldi Cirión, A. (2011). Diagnóstico preimplantatorio (jurídico). En Romeo Casabona, C. M. (dir.). *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. t. I (a-h). España: Comares-Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, 630-641.
- Emaldi Cirión, A. (2011). Diagnóstico prenatal (jurídico). En Romeo Casabona, C. M. (dir.). *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. t. I (a-h). España: Comares-Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, 641-651.
- Flores Ávalos, E. L. (2012). Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida. En Brena Sesma, I. (coord.). *Reproducción asistida*. México: UNAM-IIJ, 63-84.
- Lara Espinosa, D. (2015). *Grupos en situación de vulnerabilidad*. México: CNDH.
- Lema Añón, C. (2001). El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y constitución. En Cambrón Infante, A., *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Madrid: Trotta, 15-56.



- Mendoza, H. (2011). *La reproducción humana asistida*. México: UANL-Fontamara.
- Pennings, G. (2014). Donación anónima y no anónima: pros y contras. En Baccino, G. (Ed.). *Reproducción humana asistida*. España: Tirant lo Blanch, 301-319.
- Puigpelat Martí, F. (2015). Bioética, constitución y técnicas de reproducción asistida. En Casado, M. (coord.), *Bioética, derecho y sociedad*. Madrid: Trotta, 31-46.
- Romeo Casabona, C. M. (dir.) (2011). *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. t. I (a-h). España: Comares-Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia.
- Vila-Coro, M. D. (2010). *La vida humana en la encrucijada. Pensar la bioética*. España: Encuentro.
- Hemerográficas
- García Sánchez, E. (2014). ¿Es un acto de amor humano la fecundación in vitro? Una propuesta de análisis ético. *Cuadernos de Bioética*, XXV (1ª), 169-182.
- González Contró, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (130) 107-133.
- López López, M. T. (2015). El consejo genético prenatal. *Cuadernos de Bioética*, XXVI (2ª), 335-352.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Salud.
- Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.
- Reglamento de la Ley General de Salud sobre el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos.
- Código civil para el Estado de Querétaro.
- Ley de donación de trasplantes de órganos, tejidos y células humanas del Estado de Querétaro.
- Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Querétaro.