



Efectos jurídicos de la reproducción asistida heteróloga en la regulación civil y familiar en México

The Judicial effects of heterologous assisted reproduction in accordance with the civil and family regulations in Mexico



Miguel Ángel León Ortiz

Profesor-investigador en la Universidad del Istmo

E-mail: maloaaa@yahoo.com.mx



Resumen

En este trabajo, se lleva a cabo el análisis de la aplicación de los recursos biotecnológicos de reproducción humana asistida al concepto de filiación, en el entendido de que la legislación civil de la Ciudad de México, fue una de las primeras en nuestro país que reconoció el derecho de acceso a los recursos biomédicos de reproducción asistida (RA) como fuente para determinar la filiación entre los hijos producto de la RA y los esposos o concubinos que deciden acudir a un tratamiento de fertilidad, al que luego se sumarían otras entidades de la federación, aunque con reglas más específicas.

Abstract

This paper analyses the application of bio-technological resources for assisted human reproduction with the concept of filiation, with the understanding that the civil legislation in Mexico City was one of the first in our country that recognized the right to biomedical resources for assisted reproduction (AR) as a source to determine the filiation between the children of AR and the spouses or partners who decide to turn to fertility treatment. Other entities of the federation would later adhere to this, although with more specific rules.

Key words

Reproducción asistida; filiación; tratamiento de fertilidad homóloga; tratamiento de fertilidad heteróloga; paternidad.

Assisted reproduction; filiation; homologous fertility treatment; heterologous fertility treatment; parenthood.

Fechas

Recibido: 30/10/2017. Aceptado: 10/12/2017



1. Introducción

En México, algunos ordenamientos jurídicos en el orden civil y familiar de varias entidades federativas han presenciado la modificación paulatina del sistema de presunciones legales de la filiación matrimonial y extramatrimonial en su contenido normativo, producto de la incorporación de diversas disposiciones sobre tratamientos de fertilidad humana.

En México, algunos ordenamientos jurídicos han presenciado la modificación paulatina del sistema de presunciones legales de la filiación matrimonial y extramatrimonial en su contenido normativo

Con ello, es posible determinar la relación paterno-filial entre los hijos nacidos mediante la aplicación de la reproducción humana asistida y sus padres o progenitores, independientemente de que la procedencia de los gametos o embriones en el tratamiento de fertilidad pertenezca o no a la pareja de esposos o concubinos. Esto es, la admisión de tratamientos de fertilidad de naturaleza homóloga y heteróloga.

En efecto, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida puede producirse mediante la aportación genética de ambos progenitores al recién nacido por esta vía, aquí estamos en presencia de la modalidad homóloga, o a partir de la donación de semen, óvulos o embriones de un tercero o terceros ajenos a la pareja de cónyuges o concubinos, en cuyo caso estaremos en presencia de la modalidad heteróloga (Flores-Ávalos, 2012, pp. 66 y 67).

En el último caso, se plantean mayores cuestionamientos para las añejas instituciones del derecho de familia, pues si bien la facultad para decidir tener o no hijos en el orden del derecho privado pertenece a los progenitores, sus efectos son trascendentes para la sociedad en su conjunto porque las normas de derecho de familia son de orden público e interés social.

A pesar de la concurrencia de diferentes cuestionamientos a la aplicación de la reproducción asistida en el orden de la ética, la medicina o el derecho, en este trabajo solo se hace especial énfasis a una situación: el rompimiento del sistema de presunciones legales para determinar la filiación natural matrimonial o extramatrimonial, legado directo de las instituciones del derecho romano para determinar la relación paterno-filial derivada de la ejecución de procesos de RA heteróloga. Me refiero aquí, a las presunciones *mater semper certa est* "la maternidad siempre se tiene por cierta", *partus sequitur ventem* "el parto es el hecho determinante de la maternidad", y *pater is est quem nuptiae demonstrant* "padre es quien demuestra las justas nupcias"; concurrentes en la filiación matrimonial como extramatrimonial o por concubinato (Baqueiro y Buenrostro, 2009, p. 238), fuente directa del parentesco consanguíneo.

En este trabajo, se llevará a cabo el estudio de las normas del derecho de civil y familiar que regulan los efectos jurídicos que surgen en la relación entre los hijos y los padres o progenitores en el matrimonio y concubinato, producto de la implementación de la reproducción humana asistida de naturaleza heteróloga, haciendo énfasis en la importancia de resolver las antinomias, vacíos legales e inconstitucionalidad de algunas dis-



posiciones previstas en el código civil de la Ciudad de México, y en otros ordenamientos civiles y familiares de varias entidades federativas que integran la república mexicana.

2. La transformación del sistema de presunciones artificial de la filiación

El término filiación, proviene de las raíces latinas *filius*, cuyo significado es hijo y *filiatio-onis*, que puede ser definida como la acción o consecuencia de filiar. A partir de estas dos raíces latinas, se puede decir que por filiación se entiende, al menos desde una perspectiva etimológica, el vínculo natural de los hijos con sus progenitores o padres (Tapia-Ramírez, 2013, p. 290).

Desde una perspectiva jurídica por filiación se entiende la relación jurídica producto de la reproducción humana, de la cual se desprenden una serie de derechos y obligaciones en el orden personal, familiar y patrimonial por la adquisición del estado de hijo natural

En cambio, desde una perspectiva jurídica por filiación se entiende la relación jurídica producto de la reproducción humana, de la cual se desprenden una serie de derechos y obligaciones en el orden personal, familiar y patrimonial por la adquisición del estado de hijo natural, derivado de la relación que se establece entre el recién nacido y los progenitores por los lazos de sangre que entre ellos existen (Tapia-Ramírez, 2013, p. 290).

Como se puede notar, la naturaleza de esta relación desde una postura tradicional se da a partir de dos hechos: la unión sexual y la reproducción. El primero, porque a través de la cópula se produce la reunión de los gametos masculino y femenino para lograr la formación de un cigoto, y el segundo, porque las parejas unidas en matrimonio, según lo dictan la mayoría de los ordenamientos jurídicos civiles o familiares de todo el país, tienen como fin primordial la procreación para perpetuar la especie.

En este tenor, me parece acertada la postura asumida por la doctora María de Montserrat Pérez Contreras al referirse a la definición de la filiación, ya no solo como el vínculo jurídico que surge entre personas que descienden una de otra “por hechos biológicos”, sino también a través de “actos jurídicos” (Pérez-Contreras, 2010, p. 120), tal como sucede cuando una pareja de cónyuges o concubinos manifiestan su consentimiento para acudir a un tratamiento de fertilidad.

Con la reforma del código civil para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación y en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000, la soberanía de la capital del país, permitió el uso de las tecnologías de reproducción asistida en diversas disposiciones del derecho de familia, localizadas en el Libro Primero de dicho ordenamiento legal con la finalidad de admitir el derecho de los cónyuges o concubinos para acceder al uso de técnicas de reproducción asistida, sin precisar si la norma solo era permisible cuando no existiera ningún otro medio o recurso médico para lograr el embarazo en la pareja, tal como lo prevé el artículo 56¹

1 Artículo 56. La investigación sobre fertilización asistida solo 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 este difiere con el del investigador.



Es innegable que no puede ser objeto de negociación o transacción este tipo de relación jurídica, ya que el bien máspreciado para las normas de derecho familiar es el interés superior del menor

del reglamento en materia de investigación para la salud de la Ley General de Salud, de donde se desprende que este derecho debe ser entendido como una *ultima ratio* jurídica dirigida solamente a ciertas personas, a pesar de que en la práctica –como bien lo expresa Lema Añón– para los médicos no ha resultado muy funcional el término esterilidad para favorecer a las personas que acuden a dichos métodos reproductivos, más bien ha servido como una fórmula legal para justificar su uso terapéutico sin alegar un trato discriminatorio (Lema-Añón, 2001, pp. 25 y 26).

En el mismo sentido que la legislación civil de la Ciudad de México, lo hacen el código familiar de Michoacán, al llevarse a cabo una interpretación extensiva del artículo 327 en relación con el 334; el código civil de Querétaro en su artículo 312, fracción III, y el código familiar del Estado de Sinaloa, en el artículo 282. Por el contrario, entidades como Coahuila y San Luis Potosí sí guardan congruencia con la legislación sanitaria federal, al precisar el artículo 483, párrafo segundo del todavía vigente código civil

coahuilense, que la RA heteróloga debe tener como fin primordial el tratamiento de la esterilidad o infertilidad, y el artículo 239, párrafo segundo del código familiar de San Luis Potosí, la permisión para emplear la RA, sea esta de naturaleza homóloga o heteróloga, cuando haya sido diagnosticada la infertilidad o esterilidad.

Además, a partir de la citada reforma el código civil de la Ciudad de México precisó en su artículo 338 que por filiación se entiende: “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”. Resulta claro, que para la legislación civil de la Ciudad de México, esta relación jurídica sea el núcleo social primario de la familia, pues es a través de la creación de un conjunto sistematizado de normas y principios jurídicos como se asegura la estabilidad en las relaciones que se producen entre padres e hijos. Al igual, es innegable que no puede ser objeto de negociación o transacción este tipo de relación jurídica, ya que el bien máspreciado para las normas de derecho familiar es el interés superior del menor; eje fundamental de los postulados reunidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, documento de enorme valía en el reconocimiento y protección de los derechos humanos de este sector vulnerable de la sociedad (Brena Sesma, 2004, p. 96).

En este apartado, es atinado señalar, la notoria influencia del código civil francés de 1804 al movimiento de codificación mexicano, cuyo origen se remonta a la elaboración del primer código civil de aplicación federal de 1870²; cimentado a partir de los principios del derecho canónico y francés, cifrada en tres principios todavía vigentes en nuestro régimen jurídico contemporáneo: la maternidad siempre cierta de la mujer que parió al menor, la paternidad siempre presunta en la persona del marido de la mujer, y el derecho del menor a tener un padre y una madre (Pérez Duarte, 2007, pp. 227 y 228);

2 El primer código civil del México independiente, fue el del Estado de Oaxaca, publicado diferidamente por libros entre los años de 1827 y 1829.



hoy replanteado por el derecho del menor a tener una filiación, tal como lo ordena la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7, 8 y 18.

En virtud de lo anterior, es posible identificar dos concepciones del término filiación: una tradicional y otra contemporánea. La primera de ellas, sirve para referirse a la relación jurídica que se establece entre un hijo y sus progenitores, por la vía natural o sexuada, mediante un sistema, a veces ficticio, de presunciones legales a partir de la cual se generan derechos, deberes y obligaciones recíprocas entre el hijo y quienes lo engendran (Tapia Ramírez, 2013, p. 290); mientras la segunda, además

En aquellos casos donde es necesario implementar algún procedimiento de RA heteróloga, la relación paterno-filial se produce de manera artificial, ya que la procreación es producto de la voluntad de ambos esposos para tener un hijo

de considerar dicho sistema de presunciones, también permite trazar la relación paterno-filial de los hijos obtenidos mediante la aplicación de métodos de reproducción asistida de naturaleza homóloga y, aun heteróloga, a partir de un vínculo natural, afectivo o solidario generado entre los hijos y sus progenitores o padres legales, que se desprende la "voluntad procreacional"; elemento determinante para determinar la filiación derivada de los lazos que se producen a partir de la vivencia del embarazo en la esposa de quien acepta la donación de semen (Mendoza, 2011, pp. 125 y 126). Esto es, en tanto la relación materno y paterno-filial en los procesos de procreación sexuada entre el menor y sus progenitores se crea a partir de un vínculo natural o consanguíneo³; por el contrario, en aquellos casos donde es necesario implementar algún procedimiento de RA heteróloga,

la relación paterno-filial se produce de manera artificial, ya que la procreación es producto de la voluntad de ambos esposos para tener un hijo, en el entendido de que la aportación genética de células germinales humanas para constituir al embrión procede de un donante.

De esta forma, en la actualidad dentro de la figura de la filiación se admite que la paternidad se determine, en algunos casos⁴, a partir de un acto jurídico mediante el cual el esposo manifiesta su consentimiento libre, expreso e informado para que su esposa sea receptora de alguna técnica de RA, incluso empleando semen de donante, sin permitir la impugnación judicial cuando se produce de esta forma⁵, ya que la falta de consentimiento expreso del cónyuge varón para que la esposa acuda ante una clínica de fertilidad es determinante para que aquel desconozca la paternidad del menor nacido por este medio, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 326 del código civil para el Distrito Federal, pues uno de los valores jurídicos más importantes en el matrimonio civil es el respeto y ayuda mutua, que debe prevalecer entre los cónyuges.

3 En este supuesto, también cabe la filiación que surge en los procedimientos de reproducción asistida homóloga.

4 El sistema de presunciones en la filiación natural sigue siendo el criterio determinante en la mayor parte de los casos, sin embargo este otro sistema atiende a las particularidades que encierra la implementación de procedimientos de reproducción asistida al concepto de filiación.

5 El segundo párrafo del artículo 326 del código civil para el Distrito Federal establece que: "[...] Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos".



No obstante lo anterior, algunas legislaciones de otras entidades, sí admiten la posibilidad de impugnar la paternidad, como la de los Estados de Coahuila, cuando el recién nacido no haya sido producto del tratamiento de fertilidad (artículo 486 del código civil); México, en el supuesto en que la cónyuge no haya obtenido el consentimiento expreso

Es importante llevar a cabo los ajustes necesarios a las disposiciones vigentes, con la finalidad de velar por la protección de los derechos de las parejas usuarias de los procedimientos de fertilidad humana que se realizan en todo México

de su esposo para ser inseminada o fertilizada en alguna clínica de fertilidad⁶ (artículo 4.112. del código civil), San Luis Potosí, cuando se pruebe que el recién nacido no haya sido producto del tratamiento de fertilidad (art. 244 del código familiar), y Zacatecas, cuando no exista consentimiento del esposo para la aplicación de la RA (artículo 290, segundo párrafo del código familiar), e incluso se puede llegar a revocar con la muerte del cónyuge⁷; respecto a este último punto, es conveniente precisar una crítica a la redacción del artículo 329 del código civil citadino, pues no hace referencia a la posibilidad de impugnar la paternidad cuando dicho consentimiento haya sido revocado antes de iniciar el tratamiento de fertilidad, ya que de no haberlo hecho de esta forma, se entiende que debe asumir la paternidad responsable de ese menor⁸.

Como se puede apreciar, varias son ya los ordenamientos jurídicos civiles y familiares en nuestro país que regulan lo relativo a las técnicas de reproducción asistida. No obstante ello, ahora es importante llevar a cabo los ajustes necesarios a las disposiciones vigentes, con la finalidad de velar por la protección de los derechos de las parejas usuarias de los procedimientos de fertilidad humana que se realizan en todo México.

3. La diferencia entre la reproducción asistida homóloga y heteróloga y sus efectos en la filiación

La reproducción humana asistida consiste en la aplicación de técnicas biomédicas, debido a la reunión de la medicina, la biología y la biotecnología (Hottois, 2011, p. 21); diseñadas para lograr el embarazo en aquellas parejas que no pueden tener descendencia, ya sea por la presencia de alguna imposibilidad física, alguna inconsistencia o insuficiencia en los gametos, o por la presencia de una enfermedad de origen genético susceptible de transmitirse a la futura descendencia en algunos países del orbe⁹. Esta

6 En este mismo sentido se pronunció desde el 1º de noviembre de 1990, la Ley de fertilización humana y embriología del Reino Unido en el artículo 28, apartado 2, inciso b), segundo párrafo.

7 Al menos, así lo prevén los códigos civiles de los Estados de Coahuila en su art. 487, y Querétaro en su artículo 312, fracción III, sin embargo omiten precisar si dicha revocación deberá realizarse antes de iniciar el tratamiento de fertilidad, o antes de implantar el gameto o embrión en la mujer para lograr el embarazo.

8 Esta disposición vulnera importantes derechos humanos, tales como la libertad para decidir tener o no hijos, el derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad; además atenta contra los principios bioéticos de la libre voluntad y la justicia.

9 Así lo hacen, España en el artículo 1.1, inciso b) de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida, Noruega en el artículo 2.10, párrafo segundo de la Ley No. 56 sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina, y Suiza en el artículo 119, apartado 2, inciso c) de su Constitución federal.



última, encierra varios cuestionamientos como la posibilidad de buscar perfeccionar a la futura descendencia, seleccionar el sexo del producto con todo lo que ello significa: diseñar seres humanos a la carta, el resurgimiento de la eugenesia "positiva o perfectiva" (Romeo-Casabona, 2003, p. 164). Tal vez, por esta razón, ningún ordenamiento mexicano alude a esta última hipótesis en la regulación que hace de la reproducción asistida.

En la doctrina jurídica, existen diferentes formas de clasificar a las técnicas de la reproducción asistida, una de ellas es la que lo hace en razón de la procedencia de los gametos o embriones en homóloga y heteróloga

En la doctrina jurídica, existen diferentes formas de clasificar a las técnicas de la reproducción asistida, de entre ellas, aparece la que lo hace en razón de la procedencia de los gametos o embriones en homóloga y heteróloga. Así, la primera supone el tratamiento de fertilidad donde son empleadas células germinales¹⁰ de los dos esposos o concubinos para obtener un embrión o embriones humanos que serán luego depositados en el útero de la esposa, concubina. Por el contrario, la reproducción asistida (RA) heteróloga consiste en el tratamiento de fertilidad donde se utiliza material genético ajeno a la pareja de esposos o concubinos en la formación de uno o más embriones humanos para su posterior implantación en la cavidad uterina de la esposa, concubina, en ambos casos, incluso a través del útero de una mujer gestante¹¹.

Los efectos jurídicos en uno y otro caso son distintos, pues mientras en la RA homóloga el establecimiento de la relación paterno-filial entre el menor y los progenitores se produce a partir de la aplicación del sistema de presunciones legales de la filiación precisado líneas atrás, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos en materias civil y familiar vigentes en nuestro país, la reproducción asistida heteróloga, rompe por completo con dicho sistema para ser modificado por otro donde, si bien es cierto todavía sigue predominando el anterior, la prueba pericial en genética para determinar la "verdad biológica" del menor, al permitir a los padres conocer con precisión el vínculo genético con los hijos (Brena Sesma, 2004, p. 95), y la benevolente forma de ver en el embarazo de la esposa con esperma de un donante, un lazo afectivo con el *nasciturus* lo suficientemente fuerte para determinar la filiación, sea la fórmula para transformar la institución de la filiación en el ámbito normativo, desprovisto de nexos artificiales o ficticios, que respondieron a tres necesidades: asegurar la condición de hijo nacido dentro del matrimonio, crear una relación jurídica general y permanente entre el hijo y su padre, y por último, salvaguardar la protección del matrimonio civil y la unión familiar (Brena Sesma, 2004, p. 77); cimentado bajo una óptica solidaria y afectiva, ya que mientras las relaciones en las antiguas formas del derecho de familia se producían a partir de los lazos de sangre, hoy la tónica de las relaciones familiares se produce no solo a partir de la consanguinidad, sino de otros importantes valores dentro de la familia: la solidaridad y el afecto (Pérez Contreras, 2010, pp. 22 y 23).

10 La Ley General de Salud establece en su artículo 314, fracción I, que para efectos de la ley se entenderá por células germinales: "las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión".

11 En México, únicamente el código civil para el Estado de Tabasco (380 Bis 1 y 380 Bis 2), y el código familiar para el Estado de Sinaloa (arts. 283 y 284) permiten los contratos de gestación o acuerdos de maternidad o sustituta.



Ciertamente, la RA heteróloga supone un mayor grado de complejidad tanto en el proceso técnico, como en las consecuencias jurídicas. Así, en la reproducción asistida heteróloga pueden emplearse células germinales “de distintos hombres diferentes al varón de la pareja, una fertilización de óvulos procedentes en parte de la mujer de la pareja y en parte del donante [...], o incluso una mezcla de gametos, femeninos y masculinos, de varias mujeres y varios varones, completamente ajenos a la pareja” (Benítez-Ortúzar, 1997, p. 36). Por esta razón, en los estudios jurídicos de los fenómenos biomédicos se hace tanto hincapié en la reflexión de los conflictos que se producen por su implementación.

Existe la posibilidad de que concurra un tercer tipo de reproducción asistida en razón del origen de los gametos o el material genético del embrión, donde se reúnen las dos anteriores, esto es una posibilidad mixta

En este orden de ideas, el propio Benítez Ortúzar expresa que existe la posibilidad de que concurra un tercer tipo de reproducción asistida en razón del origen de los gametos o el material genético del embrión, donde se reúnen las dos anteriores, esto es una posibilidad mixta. En este procedimiento puede emplearse una célula germinal de alguno de los miembros de la pareja de esposos o concubinos con la de un tercero o tercera para constituir un embrión humano, sin embargo la variante radica en que alguno de los embriones transferidos al útero de la receptora provienen de material ajeno a la pareja y otros de la aportación de al menos uno de los cónyuges¹², suscitando mayores objeciones desde el plano ético y jurídico, pues se implantan embriones procedentes de distintas personas en una misma persona (Be-

Benítez Ortúzar, 1997, p. 36); cuestión esta que deberá ser considerada en los próximos años por los legisladores en los ámbitos local y federal de nuestro país a fin de evitar riesgos.

4. Algunas discrepancias entre la legislación sanitaria federal y la civil y familiar en materia de reproducción asistida

La Ley General de Salud señala en su artículo 68, fracción IV que los servicios de planificación familiar que se realicen en las clínicas y hospitales de todo el país, deben apoyar y fomentar la investigación en materia de reproducción humana, debiéndose además recopilar, sistematizar y actualizar la información necesaria para dar seguimiento a las actividades desarrolladas –en este caso, en las clínicas que presten este tipo de servicios–, sin embargo, dicha Secretaría, hasta la fecha no cuenta con esta base de datos; de suma relevancia para identificar el número de centros (la mayoría del sector privado), existentes en nuestro país y vigilar la calidad de servicio que cada uno de ellos presta.

Por otro lado, la propia ley no establece con precisión cuáles son las técnicas y modalidades de reproducción asistida permitidas en nuestro país. En todo caso, el artículo

¹² Esta situación, ha generado la prohibición de este tipo de práctica en algunas legislaciones en el mundo, tal como sucede en la vigente ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida en España.



40, fracción XI de su reglamento en investigación para la salud solo dispone, que debe entenderse por fertilización asistida: “[...] aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*”. Este artículo, como bien sostiene Flores Ávalos solo se limita a mencionar las técnicas de la inseminación y la fertilización *in vitro*, sin determinar con claridad cuáles son las técnicas y modalidades permitidas por nuestra legislación sanitaria, y cuáles los criterios que deberá emplear el equipo médico para decidir el método factible en cada caso (Flores Ávalos, 2012, p. 71).

Además, es importante resaltar algunas discrepancias existentes entre la legislación sanitaria con la regulación civil y familiar en torno a la RA, ya que aunque el referido artículo 40, fracción XI del reglamento en materia de investigación para la salud solo alude a la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y a la fertilización *in vitro*, el código civil citadino establece en el segundo párrafo de su artículo 162 que:

[...] los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, *cualquier método de reproducción asistida*, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Es importante resaltar algunas discrepancias existentes entre la legislación sanitaria con la regulación civil y familiar en torno a la reproducción asistida

Algo similar hacen, la legislación civil y familiar de los Estados de Coahuila y San Luis Potosí, además especifican las técnicas permitidas por la ley en los artículos 482 y 238, respectivamente.

Un examen sistemático, del contenido normativo del referido artículo 40 del reglamento en materia de investigación para la salud de la Ley General de Salud, al no establecer qué técnicas y modalidades reproductivas están permitidas en el orden jurídico nacional, deja al arbitrio del equipo médico la voluntad para decidir qué procedimiento es técnicamente más factible en cada

caso en particular; situación que suena preferible a una limitación excesiva en el plano jurídico, pero también riesgosa si tomamos en cuenta las condiciones deficientes de operación de los hospitales, clínicas y centros de fertilidad humana en México, debido a la carencia de un órgano o departamento de la Secretaría de Salud encargado de certificar, controlar, monitorear y vigilar el trabajo de los hospitales y clínicas de fertilidad de nuestro país, función que hasta el día de hoy realiza un órgano privado: el Comité Latinoamericano de Reproducción Asistida, el cual lleva a cabo estas encomiendas en clínicas privadas que han obtenido la certificación otorgada por este organismo.

Del mismo modo, la ley es omisa en precisar un sistema de control y disposición de embriones y células germinales, limitándose a remitir en todo lo conducente a las disposiciones aplicables que para tal efecto se expidan de conformidad con el numeral 318. Tal vez, debería regularse todo lo concerniente al control y disposición de células germinales y embriones en los reglamentos de la Ley General de Salud, o como sugiere Hurtado Oliver elaborar un reglamento específico donde se establezcan las reglas de



operación de todas estas cuestiones también podría ser otra posibilidad (Hurtado Oliver, 2008, pp. 183 y 184).

Como puede apreciarse, son distintos los escenarios, como posibles los supuestos derivados por el uso de la reproducción asistida heteróloga. En todos ellos, la concepción tradicional de la filiación ha sido severamente cuestionada, al grado de redefinir nuevos arquetipos legales que no escapan a la crítica fundada de sus detractores por los riesgos que supone la instrumentalización de la medicina de la reproducción. El derecho, debe adaptarse a las condiciones reales presentes en cada sociedad, pero también debe proteger los valores que inspiran la base garantista de su contenido normativo.

5. Comentarios finales

México, al igual que otros países, deberá atender las demandas sociales registradas en el ámbito de la reproducción humana asistida, mediante la instauración de un régimen garante de los derechos fundamentales de las personas

La falta de una normatividad civil y familiar acorde con las necesidades contemporáneas, es una exigencia que debe ser atendida por los legisladores de nuestro país en los próximos años. Sin embargo, es importante resaltar que nuestros representantes deben ser cuidadosos al momento de elaborar una regulación nacional en torno al empleo de la reproducción asistida, cimentando una reforma integral que denote una congruencia sistemática entre las normas del derecho civil y familiar, la normatividad prevista en la Ley General de Salud y sus reglamentos, y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, atendiendo una realidad ineludible desde hace un par de décadas en nuestro país.

Son varios los cuestionamientos en torno a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida de naturaleza heteróloga en nuestro país. La fertilidad humana es un tema muy importante para las personas imposibilitadas para tener descendencia consanguínea, sin embargo esta situación no implica la permisión ilimitada de estos novedosos procedimientos biomédicos, sino más bien la necesaria estipulación de las debidas cortapisas legales a la luz de la protección de los derechos humanos de las usuarias y el respeto por la vida del *nasciturus* como principio de vida.

La Ley General de Salud es omisa y no establece con claridad qué técnicas o procedimientos biomédicos tendentes a lograr el embarazo son permitidos por el orden jurídico mexicano, dejando abierta la posibilidad para acudir a cualquier recurso biomédico para lograr la descendencia, entre ellos: el diagnóstico genético preimplantacional (DGP)¹³, la selección de sexo por medio de técnicas de micro-manipulación embrionaria, la transferencia intratubárica de gametos (TIG) o de embriones (TIE), la inseminación artificial (IA) homóloga y heteróloga, la fertilización *in vitro* (FIV), la inyección intracitoplasmática de gametos (ICSI), la maternidad subrogada o gestación sustituta en cualquiera de sus variantes y la inseminación o fertilización *post mortem*.

13 Prohibido expresamente por el código civil para el Estado de Coahuila en su artículo 485, fracción V.



Hasta el momento, solo los Estados de Coahuila, México, Michoacán, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco y Zacatecas y la Ciudad de México, las soberanías que han adicionado diversas disposiciones en el rubro de la medicina de la reproducción humana. México, al igual que otros países, deberá atender las demandas sociales registradas en el ámbito de la reproducción humana asistida, mediante la instauración de un régimen garante de los derechos fundamentales de las personas que acuden a la aplicación de estas tecnologías reproductivas¹⁴, en el ámbito local e incluso desde el mismo plano constitucional, como ya sucede en otros países.

Fuentes consultadas

- Baqueiro Rojas, E., y Buenrostro Báez, R. (2009). *Derecho de familia*. México: Oxford.
- Benítez Ortúzar, I. F. (1997). *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. España: Edersa.
- Brena Sesma, I. (2004). *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*. México: UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas.
- Flores Ávalos, E. L. (2012). Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida. En I. Brena Sesma (Coord.), *Reproducción asistida*. México: UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas.
- Hooft, L. (Ed.). (2012). *Diálogos y contrapuntos bioéticos*. Argentina: Biblos-Fundación OSDE.
- Hurtado Oliver, X. (2008). *El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto*. México: Porrúa.
- Lema Añón, C. (2001). El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y constitución. En A. Cambrón Infante (Ed.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. S.L.: Trotta.
- Mendoza C., H. A. (2011). *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*. México: Fontamara.
- Pérez Duarte, A. (2007). *Derecho de familia*. México: FCE.
- Pérez Conteras, M. de M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. México: NOSTRA-UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas.
- Romeo Casabona, C. M. (2003). *Genética y derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Tapia Ramírez, J. (2013). *Derecho de familia*. México: Porrúa.

14 Según algunos datos reportados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida entre 1991 y 2011, México ocupó el 3^{er} lugar en el número de nacimientos por procedimientos de reproducción asistida con 15,140 niños, representado por un porcentaje del 13.2 %. El primer lugar lo ocupó Brasil con 50,775, representado con un porcentaje del 44.4 %, en tanto que Argentina ocupó el 2^o lugar con 23,289 niños logrados, representado por un porcentaje del 20.4 %.