



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública,
con acuerdo número 20081906 del 27 de noviembre de 2008

“Reflexiones en torno a las consecuencias generadas por el uso de las técnicas de reproducción asistida en relación al derecho humano a la familia”

Tesis para obtener el grado de

Maestra en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Presenta la

Licenciada Gabriela Solís de Ibarrola

Director de Tesis

Doctor Hugo Saúl Ramírez García

Ciudad de México 2025

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
<u>CAPÍTULO PRIMERO</u>	
<u>I. LA FAMILIA COMO OBJETO DE UN DERECHO HUMANO</u>	7
1. <u>El reconocimiento del derecho humano a la familia</u>	17
2. <u>El reconocimiento al derecho humano a la protección de la familia</u> ...	24
3. <u>Características del derecho humano a la familia y a su protección</u>	27
<u>CAPÍTULO SEGUNDO</u>	
<u>II. LA DECISIÓN DE FORMAR UNA FAMILIA</u>	36
1. <u>Las técnicas de reproducción asistida</u>	37
A. <u>Técnicas intracorpóreas</u>	41
a. <u>Inseminación artificial</u>	42
B. <u>Técnicas extracorpóreas</u>	49
a. <u>Fecundación <i>in vitro</i></u>	50
b. <u>Gestación por sustitución</u>	56
c. <u>Clonación</u>	66
<u>CAPÍTULO TERCERO</u>	
<u>III. LOS DERECHOS DE LA VIDA HUMANA NACIENTE Y EN</u> <u>DESARROLLO</u>	74
1. <u>Línea jurisprudencial de los derechos del inicio de la vida</u>	78
A. <u>Caso Baby Boy vs. EUA</u>	78
B. <u>Caso Vo vs. Francia</u>	79
C. <u>Caso Evans vs. Reino Unido</u>	80

D. Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica	82
E. Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018	85
 CAPÍTULO CUARTO	
IV. OTROS DERECHOS IMPLICADOS Y AFECTADOS	91
1. Responsabilidad parental e interés superior del menor	92
2. Derechos de participación y autonomía progresiva	100
3. Derecho de convivencia y a las relaciones personales	104
4. Igualdad, no discriminación, filiación e identidad	106
 CAPÍTULO QUINTO	
V. LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD	117
1. La reproducción asistida y el principio de equidad intergeneracional	126
2. Ecosistema familiar	129
3. Igualdad, no discriminación e identidad	135
 CAPÍTULO SEXTO	
VI. LA DIGNIDAD HUMANA	138
1. La deshumanización y los derechos falsos	141
 CONCLUSIONES	 148
 BIBLIOGRAFÍA	 151

INTRODUCCIÓN

El punto de partida, nuestra premisa, es que la familia es un derecho humano y como tal, goza de todas las características propias de los derechos humanos.

En el primer capítulo buscamos analizar a profundidad el concepto de familia, sus funciones, reconociendo que no solo se trata de un grupo de personas, sino que ese grupo está integrado por individuos, todos ellos titulares de derechos y que además se concibe como el medio ambiente natural en el que nace todo ser humano.

Identificamos que la familia está integrada por ascendientes, descendientes, colaterales y por parejas vinculadas de manera amorosa, solidaria y estable. Destacamos que cada persona es titular de sus propios derechos y juega un papel principal, irremplazable e indelegable en su grupo familiar siendo precisamente la familia ese espacio idóneo para el desarrollo y goce pleno de cada uno de los derechos cuyos titulares son los integrantes de la familia en lo individual.

El ser humano es por naturaleza familiar. La familia recibe al ser humano, lo forma, lo educa, satisface todas sus necesidades desde su nacimiento, le da su identidad, lo prepara para vivir en sociedad, lo sostiene emocionalmente, se configura como una red de apoyo, lo acompaña en todos los momentos importantes y no tan importantes de su vida. La función de la familia es infinita.

Por otra parte, todo lo relacionado al derecho a la familia se considera parte de la vida íntima y privada de las personas, de tal suerte que no puede haber injerencias arbitrarias. En algunos casos, esas funciones de la familia se dan por sentado, porque son propias de la naturaleza humana y las personas cuidan a sus hijos, los crían, los educan, los acompañan, los protegen; lo mismo harán con sus padres o sus hermanos; atienden las necesidades de sus cónyuges o concubinos, sin necesidad de que nadie lo requiera. Sin embargo, en otros casos, ha sido necesaria la intervención

del Estado para garantizar que la familia cumpla con sus funciones, pues se considera que la familia es una institución natural de orden público y de interés social.

Reconocemos que el ser humano es complejo y que tiene múltiples maneras de relacionarse con otras personas. Por ello, afirmamos que aunque el concepto de familia ha cambiado, esa diversidad debe referirse únicamente a la relación de pareja, y no así a la condición filial, misma que es de suyo permanente. Ciertamente abordaremos la adopción como institución jurídica que garantiza que un niño que necesita padres pueda tener acceso a su derecho a la familia.

Así, en la primera parte de esta tesis, acreditaremos que la familia y su protección son derechos humanos universales, interdependientes, progresivos e indivisibles.

En el segundo capítulo vamos a abordar la decisión relativa a la constitución de una familia. Tradicionalmente las maneras de formar una familia han sido el matrimonio, el concubinato y el parentesco. Con relación al matrimonio o concubinato, en nuestro estudio nos limitamos a señalar que consideramos que la relación de pareja debe ser estable, respetuosa, cariñosa, pero sobre todo, consciente y responsable de la función que tendrán que asumir respecto de sus descendientes, por ello, aunque sabemos que la relación de pareja puede terminar, la responsabilidad y el vínculo hacia los hijos no. Ello se debe a que los hijos no son un derecho de los padres sino al contrario, los hijos son titulares de derechos frente a cada uno de sus progenitores.

Anteriormente hablábamos de padres, unidos en matrimonio o concubinato, con hijos consanguíneos o adoptivos. Sin embargo, es una realidad que los avances científicos y tecnológicos permiten la procreación del ser humano con métodos artificiales y con ello se ha revolucionado la filiación, la maternidad y la paternidad.

El uso de las técnicas de reproducción asistida ha sido reconocido también como parte de los derechos reproductivos y de salud del ser humano. En este capítulo explicaremos algunas de las técnicas reproductivas más comunes para visibilizar sus ventajas, pero sobre todo, para reflexionar acerca de los efectos que estas técnicas pueden tener en el ser humano que nace de dicha aplicación.

Pretendemos evidenciar que el reconocimiento de esos derechos reproductivos ha sido avasallador; es decir que se han reconocido como absolutos por lo que respecta a su titular, ignorando que de su ejercicio, resulta el nacimiento de diverso ser humano, sujeto de derechos, quien por naturaleza, por su condición, por su edad y madurez, debe ser sujeto de una protección mucho más estricta, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad y completa dependencia.

Así entraremos al estudio de nuestro tercer capítulo, en donde haremos un recorrido por algunos casos emblemáticos que han interpretado los derechos del inicio de la vida humana, pues sin lugar a duda, las técnicas de reproducción asistida extracorpórea presentan muchas reflexiones acerca del embrión humano. Posteriormente entraremos al estudio de algunos de los derechos de los niños. pues, ciertamente en esta época transformadora, el reconocimiento de los derechos de los niños también ha pasado por momentos muy trascendentales que han logrado considerarlo como sujeto de derechos.

Hablaremos así del interés superior del menor, de la responsabilidad parental, de la patria potestad, del derecho alimentario de los hijos, de la autonomía progresiva y el derecho de participación, de su derecho a no ser separado de sus padres y a mantener relaciones con ellos, así como con toda su familia, del derecho a la igualdad y a la no discriminación, de su derecho a la filiación así como de los intentos para erradicar la discriminación por motivos de su filiación, para lo cual, a manera de enunciar algunos ejemplos, se han eliminado ya figuras como las de los hijos

ilegítimos o naturales, se ha equiparado la adopción al parentesco consanguíneo y existe una tendencia por derogar la adopción simple.

Será nuestra intención profundizar acerca de los niños como personas, con igual dignidad que quienes los procrean, titulares también de todos los derechos que les son esenciales y cuya protección debe resultar prioritaria no solo para sus progenitores, sino también para la sociedad y el Estado.

Pretendemos entonces visibilizar que estas técnicas de reproducción han creado una nueva forma de procrear para las cuales, ya no se requiere a ambos padres, sino lo que ahora se ha reconocido como la voluntad procreacional o lo que es lo mismo, el deseo de procrear y de asumir el rol de padre, situación que atenta contra los derechos del menor por lo que hace a su filiación, a su derecho a la igualdad y a la no discriminación, y a muchos otros derechos que son interdependientes. Resultando contrario, no sólo al derecho natural, sino al derecho también positivo y a los principios generales del Derecho, que el ejercicio de ciertos derechos, extermine el goce de los derechos del otro. Situación que además podría considerarse como conducta “calificada” pues las circunstancias que lo rodean lo hacen todavía más grave, cuando se aprecia que esta violación de derechos se da dentro del grupo familiar.

La magnitud de esta violación es tal, que para el capítulo cuarto de este trabajo hemos decidido trascender en el tiempo y proyectar las consecuencias que el uso de estas técnicas genera en las futuras generaciones, para lo cual hablaremos acerca de los derechos de solidaridad y el principio de equidad intergeneracional.

Mostraremos cómo ha sido una preocupación generalizada el hecho de que las generaciones actuales garanticen que las generaciones del futuro gocen de los mismos derechos que nosotros gozamos en relación con el entorno natural y con la propia especie. En este mismo orden de ideas pretendemos demostrar la manera

como el uso de las biotecnologías vulnera los derechos al medio ambiente, la filiación, la igualdad y la no discriminación de las generaciones venideras.

Finalmente, en el último capítulo reafirmamos que la dignidad humana es un valor absoluto que nunca podrá desvincularse de la persona porque corremos el riesgo de llegar a su deshumanización.

En ese sentido, no solamente es preocupante que se ignore la dignidad humana, sino la creación de nuevos derechos o incluso falsos derechos que busquen justificar el uso de las técnicas de reproducción asistida pisoteando muchas veces el valor propio de quien las utiliza, pero por encima de ello, el valor propio de quien nace de ellas.

En todo momento reconocemos que un deseo genuino de muchas personas es el de tener hijos. Desafortunadamente, no todas las personas logran la reproducción de manera natural por múltiples factores: esterilidad, infertilidad, parejas del mismo sexo, ausencia de pareja, entre otras. Las técnicas de reproducción asistida se han creado como salvaguardas para alcanzar la procreación. La ciencia y la tecnología no se detendrán, le corresponde al jurista reflexionar acerca de ellas para lograr que su uso sea razonable para evitar una violación masiva de derechos amparada por el ejercicio de otros supuestos derechos.

En su libro *Plus Ultra*, Francisco de Icaza Dufour comienza con el siguiente párrafo:

De siempre y por siempre el hombre ha deseado ver, saber, probar y conocer todo cuanto le rodea. En algunas ocasiones esa curiosidad le ha llevado al desastre, como narra la Biblia le sucedió a Adán al comer el fruto prohibido o según cuenta la mitología le ocurrió a Pandora cuando decidió conocer el secreto contenido en el ánfora. Pese a estos y a otros inconvenientes, habremos

de aceptar que la curiosidad ha sido el motor de grandes hazañas y, en última instancia, causa de la evolución de la humanidad.¹

Nos parece que la curiosidad que ha llevado al ser humano a entrometerse en la naturaleza y sentirse el ser superior que decide cuándo habrá vida humana distinta de la reproducción natural, será uno de esas ocasiones en las que la curiosidad y la superioridad del ser humano nos llevará al desastre y a la deshumanización.

¹ De Icaza Dufour, Francisco, *Plus Ultra La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*, México, Porrúa, 2016, p. 1.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA COMO OBJETO DE UN DERECHO HUMANO

El ser humano es social por naturaleza y necesita de los demás seres humanos por múltiples motivos, entre algunos de ellos, para su supervivencia, compañía, protección, cuidado y reproducción. Por ello, se considera que la familia es una institución natural y la unidad básica de toda sociedad. Se trata de una institución natural en la vida del ser humano ya que éste nace dentro del seno familiar, es decir bajo el abrigo de quienes le han dado la vida y en la pertenencia de ese grupo de personas que conforman la familia. La familia es ese medio ambiente que recibe a la persona desde su nacimiento, donde cada uno de los integrantes tiene un valor intrínseco.

Digamos que la familia puede ser entendida como un grupo al que se pertenece en su calidad de descendiente (sería el caso de los hijos, nietos, etcétera) o como ascendiente (es el caso de los padres, abuelos, etcétera) o como colaterales (refiriéndonos a los hermanos, tíos, primos), todos ellos en sus diferentes planos generacionales. También comprende a las personas que han formado una pareja estable, solidaria, basada en el cariño, el respeto y en la intención de constituir esa familia, pensemos en el matrimonio o en el concubinato. Sea cual sea la relación que se tenga dentro de este grupo con el resto de los miembros, todos son protagonistas, es decir que cada uno, en lo individual, tiene un papel principal, una función con un valor propio, único e irremplazable. Cada uno de los integrantes de la familia asume, en el rol que le corresponde, sus propias responsabilidades, derivadas de esa calidad de madre, o de hijo, o de abuela, o de esposo, o de concubina, o varias de ellas a la vez.

Si no fuera por la familia, el ser humano no podría sobrevivir al nacer, o lo haría, pero no en el medio idóneo para él. Además, el primer lugar en el que el ser humano convive con otros seres humanos es la familia. Por naturaleza, en familia se recibe en este mundo a la persona y se le prepara para vivir en sociedad. En este mismo sentido, Bernal Suárez afirma que la familia “cumple la función de mediador de la persona con la sociedad”.² Luego entonces, podemos entender que la familia funge como un intermediario, un preparador o un modelador para sus miembros pues lo que suceda dentro de la familia, será determinante para la formación de la personalidad del ser humano que nace dentro de ella y se proyectará en todos los ámbitos de su vida pública y privada.

La función de la familia es infinita, pero podemos afirmar que tiene “tres funciones fundamentales: la educación, la identidad y la socialización”.³ Para ello, Bernal Suárez agrupa las funciones de la familia en los tres grandes rubros mencionados y los explica indicando que el primero de ellos implica “la crianza, el crecimiento y el desarrollo de las personas, propiciados por la interacción mutua de todos sus miembros”.⁴ En relación a la identidad, refiere que “es el resultado del ahondamiento y actualización de sus raíces”.⁵ Finalmente, refiere que la tercera función enunciada trata de un “principio que vincula al propio ser con el trato asiduo entre los otros miembros del grupo familiar, antes que con los que componen el entramado social”.⁶

² Bernal Suárez, José Benjamin, *Derecho humano a la familia. Retos y Alcances en el siglo XXI*, México, Gedisa, 2017, p. 24.

³ *Ibidem*, p. 41.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

La educación: se advierte que ese papel protagónico que tiene cada uno de los integrantes de la familia, cumple su función interactuando mutuamente, cada uno desde su propia posición dentro del grupo familiar. A manera de ejemplo, los padres educan, crían y cuidan a sus hijos, pero entre hermanos también se protegen y se auxilian. En la pareja, existe un vínculo de amor, admiración, solidaridad y ayuda mutua. Esos mismos valores se dan en la relación vertical pues en algún momento de la vida, serán los descendientes quienes cuiden de los ascendientes mayores, y así sucesivamente cada uno juega un rol fundamental, insustituible e indelegable, que trasciende en la vida del otro.

Si pensamos en la identidad como finalidad en la familia, entenderemos que son sus miembros quienes aseguran que una persona conozca su historia, su origen, sus antecedentes, sus raíces. Resulta que todos estos factores son esenciales para el autoconocimiento y el propio entendimiento de la persona misma, que además son indispensables para entenderse a sí mismo en la actualidad. Gracias a estos componentes una persona puede conocer la respuesta a preguntas tales como: ¿de dónde vengo? ¿A quién me parezco? ¿Por qué soy de determinada manera? ¿Por qué padezco tal o cual enfermedad?

Y por lo que hace a la socialización, comprendemos que lo que sucede en cada familia se verá proyectado en toda la sociedad.

En su libro intitulado “Repensar la familia”, Pérez Adán afirma lo siguiente:

...lo que hace humano al ser humano es su condición social, y, más en concreto, su condición familiar. Los humanos somos socialmente relacionales en dos sentidos: sincrónica y diacrónicamente y estos dos sentidos solo se integran de

manera armónica y continua en la familia, y no de manera anónima, sino como quien distintamente somos.⁷

En su sentido diacrónico, entendemos la relación que se da de generación en generación, es decir, entre padres e hijos, abuelos y nietos; mientras que el sentido sincrónico es el que se presenta entre la pareja o entre hermanos. Es precisamente esa relación paterno filial, en la que se da una comunicación vertical, misma que es fundamental por ser el eje sobre el que se vertebra toda la sociedad.⁸ Nos parece además muy importante la reflexión que hace este autor respecto al anonimato, pues efectivamente consideramos que aquellos que integran la relación diacrónica, no pueden permanecer ocultos o desconocidos para los descendientes.

Tal y como lo señala Pérez Adán, debemos entender que “la familia es la dimensión social más propia de lo humano. Se trata de un fenómeno universal a través de las razas, las culturas y los tiempos, con lo que adivinamos que la familia tiene una razón de funcionalidad social: es aquello que hace que la sociedad funcione”.⁹

Por ello, este autor propone a la familia funcional y en este sentido, sostiene lo siguiente:

...la función que realiza la familia de cara a la sociedad al mismo tiempo humaniza a la sociedad y nos humaniza a cada uno. Una familia que presta las funciones que la sociedad espera de ella es una familia que capacita la

⁷ Pérez Adán, José, *Repensar la familia*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2005, p. 74.

⁸ *Ibidem*, p. 79

⁹ *Ibidem*, p. 75

socialización, que vive la equidad generacional entre las edades, que transmite la cultura y que efectúa cierto control social sobre sus miembros.¹⁰

Se aprecia entonces que la función de la familia es inmensa y de máxima trascendencia. Hemos mencionado grandes temas: educación, transmisión de cultura, socialización y control social. No obstante, para el presente ensayo, resulta también de máxima importancia el tema de la equidad generacional, de la cual hablaremos más adelante pues sin ella, es imposible alcanzar la justicia.

Antonio de Ibarrola sostiene que “el problema relativo a la familia es de aquellos que el jurista debe tocar con el tacto más extraordinario. Si la familia no se halla firme y sólidamente constituida, todo el edificio social vendrá estrepitosamente abajo”.¹¹ Sobre esta misma idea, afirmamos que la familia es el cimiento de la persona, que las personas son el pilar de las familias, que las familias son el eje de la sociedad, que las sociedades están compuestas por familias, las familias están integradas por personas y que cada persona tiene un valor intrínseco, que naturalmente debe ser procurado por los mismos miembros de la familia, para alcanzar su máxima plenitud.

En las familias encontraremos un círculo virtuoso que beneficia a cada uno de sus miembros, proyectándose directamente en la sociedad. Paradójicamente hay también quienes afirman que “la máxima degeneración humana y social la encontramos en la degeneración familiar, que viene a ser la pérdida del nosotros que somos cada uno”.¹² Se aprecia entonces que al dejar de reconocer el valor intrínseco de cada uno de los integrantes de la familia, este círculo virtuoso del que hemos

¹⁰ *Ibidem*, p.76

¹¹ De Ibarrola, Antonio, *Derecho de Familia*, 5a ed., México, Porrúa, 2011, p. 5.

¹² Pérez Adán, *op.cit.*, p. 76.

hablado, podría devenir vicioso y producir los efectos inversos, cuyas consecuencias afectarían no solamente a los integrantes del grupo familiar, sino también directamente a esa sociedad que encuentra su cimiento en las familias.

El término *familia* tiene varias acepciones¹³ y por ello puede entenderse desde un concepto biológico, sociológico o jurídico. El concepto biológico,¹⁴ se refiere al grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes. El concepto sociológico,¹⁵ se refiere al conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras, durante distintas épocas y lugares; y por lo que hace al concepto jurídico, la familia es aquella institución natural de orden público compuesta por personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio, concubinato o sociedades de convivencia y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes, en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado.¹⁶

La familia ha existido desde siempre, en todas las épocas y en todos los lugares, por tratarse del entorno natural formado por ese grupo de personas donde nace la persona humana y en el que encuentra todas las formas de interacción con el resto de los integrantes y con el medio que lo rodea, por ello, es notorio que previo a cualquier concepto jurídico que encontremos acerca de la familia, se encuentra un concepto antropológico.

Pérez Adán propone dos notas para definir a la familia (lo que dice ser imposible) : 1) el hecho identitario familiar humano; y 2) el criterio de funcionalidad

¹³ Baqueiro Rojas Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho de Familia*, 2a ed., México, Oxford, 2009, p. 3-6.

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ De la Mata Pizaña, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho Familiar*, 8a ed., México, Porrúa, 2017, p. 8.

de la familia.¹⁷ Es decir que la familia nos define, porque lo que nos hace humanos es esa condición familiar, que además cumple con esas funciones a las que hemos hecho referencia en párrafos anteriores. Sin embargo, resulta complicado definir a la familia de manera concreta pues reconocemos que la organización de la familia ha variado con el paso del tiempo y que ello también ha obedecido no sólo a que el ser humano es dinámico y complejo, sino a otros tantos factores políticos, económicos, sociales, ideológicos, éticos, filosóficos, religiosos, jurídicos, culturales, morales, biológicos, científicos y tecnológicos.

Al referirse a la familia, Domínguez Martínez acertadamente afirma que:

No se trata ciertamente de un concepto jurídico, sino un fenómeno de la naturaleza humana; unirse en pareja, ofrecerse al otro miembro y recibir de éste lo que a su vez pueda dar, según corresponda a sus respectivas características sexuales; procrear, formar a la descendencia, sometida en un principio a la autoridad de los formadores hasta alcanzar con esa formación condiciones de autosuficiencia y así, sin desconocer los lazos con los progenitores y el respeto que éstos siempre merecen, independizarse para formar otro núcleo familiar y en ello dar lugar a la renovación del ciclo.¹⁸

Encontramos un ciclo, según el cual, por naturaleza, la persona nace en familia, crece en ella, recibe lo mejor de ella y en el momento que lo decide, en aras de su autonomía, sus sentimientos y su propio proyecto de vida, forma una nueva familia, y así sucesivamente, creando lazos, unos cercanos, unos más lejanos, con el grupo familiar primitivo. Nos atrevemos además a afirmar que este fenómeno de la

¹⁷ Pérez Adán, *op.cit.*, p. 78.

¹⁸ Domínguez Martínez, José Alfredo; *Derecho Civil Familia*, 4a ed., México, Porrúa, 2021, p. 3.

naturaleza humana es recíproco, pues todos los miembros de la familia se benefician de ella, es decir, el crecimiento y aprovechamiento es para todos.

Martínez Priego dice que “el centro de la vida familiar es la posibilidad del advenimiento de la persona, de una persona nueva”.¹⁹ Por ello sostiene que la persona es lo más importante y que por eso, la familia, tiene tal relevancia por ser ese espacio donde nace el ser humano. Así, afirma que “la familia es la condición de posibilidad de la persona nueva”.²⁰ Martínez Priego refiere que dos cuestiones de gran importancia antropológica deben ser consideradas para conocer la realidad familiar: la sexualidad y la naturaleza amorosa de las relaciones interpersonales de sus miembros.²¹ Atendiendo a esto, ella explica que la condición sexuada de la persona nos ayuda a entender la conyugalidad y la fecundidad, para lo cual afirma que ser persona en todo hombre es “ser hijo”²² por lo que sostiene que la consideración “más radical, por cuanto mira al origen, al principio temporal y al antecedente necesario de nuestra existencia, es la de su condición de hijo”.²³ Consideramos que esta autora nos presenta una reflexión muy profunda para entender la realidad familiar, pues ella piensa que nada en cada hombre existe al margen de su condición filial, que todas las dimensiones de la persona son de “hijo” y que nunca se es “ex-hijo”.²⁴ Tampoco existe, la posibilidad de ser “ex-padre” o “ex-madre”, y por ese motivo, “la estructura familiar es de suyo permanente, por más que las situaciones de hecho sean variadas”.²⁵

¹⁹ Martínez Priego Consuelo, “Dinamismo Familiar Interno”, *La Familia y sus ámbitos cinco ensayos en torno a la familia desde la persona*, Coords, Consuelo Martínez Priego y Miguel Rumayor Fernández, México, Porrúa, 2016, p. 25.

²⁰ *Ibidem*, p. 26

²¹ *Ibidem*, p. 27

²² *Idem*

²³ Selles, citado por Martínez Priego, *op.cit.*, p. 28.

²⁴ Martínez Priego, *op.cit.*, p. 28.

²⁵ *Ibidem*, p. 33.

Por lo que hace a la conyugalidad, esta autora refiere que “es fundamento de la vida familiar en cuanto supone la primera donación- aceptación personal”.²⁶ Ella sostiene que el origen de la persona nueva sólo es posible en el seno de la relación de carácter conyugal, como principio de la relación materno- paterno filial. Adicionalmente sostiene que la filiación humana, la naturaleza de la maternidad y la paternidad requieren estabilidad.²⁷ En nuestra opinión, entenderíamos este concepto de conyugalidad, no en un sentido meramente matrimonial, sino de la relación de pareja estable, solidaria, amorosa y constitutiva de una familia. Finalmente afirma lo siguiente:

Más allá de los avatares biográficos de cada quien, de las variaciones culturales o de las modas circunstanciales, somos originariamente familiares: somos hijos -hay filiación-, luego hay conyugalidad y maternidad-paternidad. La familia es así una realidad ad-intra dinámica: es comunidad de amor y santuario de vida.²⁸

En este contexto, afirmamos que si bien la relación de pareja requiere estabilidad, también es cierto que esta relación puede ser dinámica y activa, mientras que la condición filial es de suyo permanente.

La vida familiar es aquella donde el ser humano nace y recibe los primeros y seguramente sus últimos cuidados, la protección y la ayuda para sobrevivir durante toda su existencia. La agrupación familiar representa un sostén para todos sus miembros y es la encargada de cuidar y proteger a las personas que puedan encontrarse en alguna situación de vulnerabilidad, pues en este grupo encontramos

²⁶ *Ibidem*, p. 36.

²⁷ *Ibidem*, p. 33-34.

²⁸ *Ibidem*, p. 58.

bebés, niños, adolescentes, mujeres, ancianos, personas con discapacidad. No es casualidad que la familia se identifique con una “red estructurada de apoyos”.²⁹ La vida en familia se aprecia cómo ese ambiente donde la persona vale por sí misma, por el hecho de existir, donde se siente en libertad, en confianza, en un espacio propio y suyo, óptimo para alcanzar un desarrollo pleno y donde los derechos de todos los miembros son ejercidos en perfecta armonía.

Por ello, Bernal Suárez afirma:

El derecho humano a la familia comprende, por una parte, los derechos de los miembros de la familia en su carácter individual, es decir, aquellas prerrogativas que le son reconocidas por el simple hecho de pertenecer a la especie humana y, por otra parte, se constituye por los derechos que les son reconocidos a cada uno de los integrantes de este grupo social y que resultan indispensables para el desarrollo y protección de la familia.³⁰

Concluimos que la familia es objeto de un derecho humano pues es una prerrogativa que le corresponde a todo individuo de la raza humana por el simple hecho de ser persona. La persona nace dentro de una familia y como miembro de esa familia es poseedor de otros tantos derechos y responsabilidades. En cada momento de su existencia, el ser humano goza de su derecho a la familia, precisamente por pertenecer a ella, desempeñando un papel distinto según la naturaleza de su relación. El ser humano es hijo, es hermano, eventualmente podrá decidir respecto su vida en pareja, en cuyo caso será esposo o concubino, teniendo la posibilidad de procrear,

²⁹ Observación General N° 7 del Comité de los derechos del niño (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, p.19.

³⁰ Bernal Suárez,*op.cit.*, p. 58.

para convertirse en padre, y eventualmente sin que dependa de su voluntad, en abuelo. Podrá dar por terminada la relación de pareja, pero seguirá manteniendo el resto de sus relaciones familiares. No existe nada más natural y justo que el hecho de nacer, vivir y morir en familia.

Precisamente por su dignidad y naturaleza humana, el ser humano debe nacer en familia y tiene derecho a su familia, a crecer en familia, a desarrollarse en familia y una vez que crece, tiene derecho a formar su propia familia, sin que ésto implique la extinción de su vínculo familiar primigenio. Al formar su propia familia, podrá relacionarse sentimentalmente con aquella persona con la que decida formar esa familia, para establecer así esa relación horizontal de la que hablábamos en párrafos anteriores, con sus propios derechos para tener descendencia, derechos que por supuesto encuentran su propio límite en la dignidad, la naturaleza y los propios derechos de la descendencia.

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA FAMILIA

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Así ha sido reconocida la familia y su protección en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,³¹ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³² el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³³ la Convención Americana sobre Derechos

³¹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 A (III), artículo 16, párrafo 3.

³² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, artículo 23, párrafo 1.

³³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, artículo 10, párrafo 1.

Humanos³⁴ y su Protocolo,³⁵ y en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁶

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra elemento significa *parte constitutiva o integrante de algo*,³⁷ mientras que la palabra fundamental significa *que sirve de fundamento o es lo principal en algo*.³⁸ Debe considerarse entonces que la familia es por naturaleza la parte constitutiva y el integrante básico, primordial o principal de la sociedad y del Estado. Podríamos incluso utilizar más sinónimos de la palabra fundamental (vital, insustituible, esencial, nuclear, irremplazable) para evidenciar la magnitud del significado que los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos han dado al concepto de *familia*.

Hemos apuntado ya que la familia tiene múltiples funciones, todas ellas de carácter trascendental para los individuos que la integran y para la sociedad. La familia es garante de que sus miembros puedan gozar de sus propios derechos, es decir que los integrantes de la familia, a través de sus relaciones mutuas, se aseguran de que cada uno pueda acceder a los bienes y prerrogativas que le corresponden por naturaleza.

El párrafo primero del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara que los hombres y las mujeres tienen derecho a fundar una familia.

³⁴ Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, artículo 17, párrafo 1.

³⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Protocolo de San Salvador”, Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, artículo 15, párrafo 1.

³⁶ Firmada el 20 de noviembre de 1989

³⁷ <https://dle.rae.es/elemento>

³⁸ <https://dle.rae.es/fundamental>

La Observación General No. 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dispone que “el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias”.³⁹

Con motivo del 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos publicó "30 artículos sobre los 30 artículos" en los que se profundiza sobre el significado de cada artículo de la Declaración.⁴⁰ Con respecto al derecho al matrimonio y a fundar una familia (artículo 16),⁴¹ el artículo refiere que en la actualidad dicho artículo se interpreta como “el derecho de los dos sexos a contraer matrimonio, y no tanto que estipule que se deban casar con alguien del sexo opuesto”.⁴² También indica que toda persona adulta tiene derecho a casarse y a tener una familia si así lo desea, reconociendo que tanto mujeres como hombres tienen los mismos derechos durante sus matrimonios o sus divorcios, resaltando que se refiere a términos de igualdad.⁴³ Señala que la redacción del artículo 16 supuso reconciliar diferentes visiones del mundo y superar las objeciones religiosas.⁴⁴ Se entiende también que este artículo 16 fue “una respuesta a las leyes nazis que prohibían el matrimonio interracial, otorgando el derecho a casarse y a fundar una familia entre hombres y mujeres mayores de edad sin ninguna limitación por razones de raza, nacionalidad o religión.

³⁹ Observación General No. 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

⁴⁰ <https://news.un.org/es/events/70-aniversario-de-la-declaracion-universal-de-los-derechos-humanos>

⁴¹ <https://news.un.org/es/story/2018/11/1447221>

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

De esa interpretación (y de la propia lectura del artículo 16), entendemos que la Declaración reconoce el derecho a fundar una familia en ese sentido sincrónico al que hemos hecho referencia en párrafos anteriores, es decir, por lo que hace a la relación de pareja, en la que ambas partes, en aras de su autonomía y pleno consentimiento, gozan del derecho a la igualdad mientras dura la relación de pareja o una vez disuelta dicha relación, sin discriminación alguna por motivo de raza, sexo, preferencia sexual, nacionalidad, o cualquier otra condición. Por lo que hace al sentido diacrónico, la Declaración reconoce a la familia como institución natural que tiene derecho a la protección del Estado.

Es comprensible que en la evolución natural del reconocimiento y protección de los derechos humanos, originalmente se haya asumido una estructura familiar tradicional, formada por una pareja heterosexual unida en matrimonio y sus hijos biológicos o adoptivos.⁴⁵ Hemos pasado por lo que podríamos denominar como épocas transformadoras en las que se han ido reconociendo y protegiendo diferentes formas de constituir una familia, por ejemplo, en cuanto a la relación de pareja, como lo son, además del matrimonio, el concubinato o la sociedad de convivencia, que resultan opciones y elecciones para que las personas, en aras de su autonomía de la voluntad y del libre desarrollo de su personalidad, decidan de qué manera quieren vivir su vida en pareja, su vida en familia. En realidad, consideramos que resulta correcto afirmar que la familia se manifiesta de distintas maneras en la sociedad. Por otra parte, bajo ninguna circunstancia cuestionamos los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada, a la libertad sexual ni a la decisión de tener hijos, o de no tenerlos, a determinar el número de hijos, a decidir el momento para

⁴⁵ Recordemos que ya en el Derecho Romano, uno de los modos de entrar en la familia, era la adopción, como acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como *filius* a una familia. Iglesias Juan, *Derecho Romano Historia e Instituciones*, 10a ed., Ariel, S.A., España. 1990, p. 503.

tenerlos o el espacio que exista entre ellos. Es más, afirmamos y reconocemos el valor y la importancia que merece la tutela al derecho de cada quien a formar una familia, a decidir respecto del número y el espaciamiento de sus hijos, la edad para reproducirse, todo esto conforme a su proyecto de vida y a sus planes familiares. No obstante lo anterior, lo que sí pretendemos asegurar en este trabajo, es que estos derechos no son absolutos y encuentran su límite, no sólo en el orden público o los derechos de terceros, sino en la propia dignidad del ser humano que es el fundamento de estos derechos.

Sin embargo, el propio artículo 16 de la Declaración ha servido de fundamento, para tutelar la libre decisión respecto del empleo de las técnicas de reproducción asistida⁴⁶ que abordaremos más adelante. Consideramos que la Declaración no reconoce ningún derecho a procrear hijos de manera artificial, como lo son las técnicas de reproducción asistida, cuyo uso puede llegar a vulnerar los derechos humanos de algunas personas, tal y como lo analizaremos en el cuerpo de esta investigación. En este sentido, formulamos la pregunta ¿existe el derecho a tener hijos?

La filósofa Mary Warnock menciona que el derecho a fundar una familia enunciado en la Declaración, incumbe a “aquellos a los que se les pueda prohibir el tener hijos, en el ámbito que sea” (pone de ejemplo la prohibición a parejas de raza mixta o si se impidiera tener más de un hijo)⁴⁷. En ese caso, la autora afirma que se estaría infringiendo un derecho humano. Más bien, Warnock centra su estudio en la pregunta relativa a si los incapaces de tener hijos sin asistencia tienen derecho a

⁴⁶ Tesis 1a. LXXVI/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, 2018, Tomo II, página 957.

⁴⁷ Warnock, Mary, *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?*, traducido por José Luis López Verdú, España, Editorial Gedisa, 2004, p. 36-37.

recibir esa asistencia.⁴⁸ Ella responde que “el derecho a tener hijos no puede ser un derecho ni en el sentido legal ni en el moral, porque para algunos puede resultar imposible concebir un hijo”.⁴⁹ Sostiene que se podría pensar que existe un derecho moral según el cual a uno no se le debería impedir tener un hijo pero prefiere pensar que la relación entre la pareja estéril y el médico se da en términos de una deuda profesional del médico⁵⁰ afirmando que existen obligaciones que no se han establecido simplemente por el hecho de que alguien tenga un derecho.⁵¹ Concluye expresando que “debemos guardarnos del peligro de confundir lo que es apasionadamente deseado y querido con lo que es un derecho”.⁵²

Por su parte, García Fernández formula la siguiente pregunta: ¿tener un hijo es un derecho o es un don? La autora sostiene que muchos piensan que se trata de un derecho y que para su ejercicio se puede optar por cualquier medio para obtenerlo. Afirma que sí existe un derecho a la procreación, pero que este derecho debe tener los límites que impone la dignidad de la persona humana, pues el proceso de procreación debe ser tanto humanizado como humanizador. Argumenta que el tener un hijo es un deseo razonable, pero que un hijo nunca debe ser un medio para satisfacer un deseo desmedido de sus padres porque tiene un valor en sí mismo.⁵³ Nosotros afirmamos que un deseo no necesariamente es un derecho cuyo cumplimiento pueda exigirse al Estado o a un tercero obligado y que los derechos

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 127.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 128.

⁵² *Ibidem*, p. 130.

⁵³ García Fernández, Dora, “El vacío legal en las técnicas de reproducción asistida: el caso de México”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, coord. Dora García Fernández y Martha Tarasco Michel, México, Porrúa, 2011, p. 305.

reproductivos se traducen en la facultad de decidir libremente llevar o no a cabo el acto procreativo.

El principio kantiano manda,⁵⁴ “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”.

Citando a Kant diríamos que, en el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad⁵⁵.

Por tanto, entendemos que la familia y su protección, como derechos humanos, son inherentes a todas las personas. Se insiste en que el grupo familiar está conformado por personas individuales, y en este sentido, sabemos que todos los seres humanos son iguales, desde un punto de vista ontológico, es decir en cuanto a la naturaleza, a su esencia y a la dignidad humana. Es por ello que la titularidad de estos derechos encuentra fundamento en la sola existencia del titular, es decir que los derechos humanos nacen con la humanidad y ha sido necesaria su positivación, su reconocimiento en las leyes, para efectos de garantizar su protección y su defensa. Los derechos humanos son así entendidos como prerrogativas o bienes cuya existencia coincide con la existencia misma del hombre. Por su naturaleza, los derechos humanos son inseparables del ser humano, y su vocación es la de maximizarse o extenderse y sabemos que los derechos humanos representan un límite al poder del Estado, pero también representan una frontera frente a los

⁵⁴ Kant, Manuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, 6a ed., Espasa- Calpe, S.A., Madrid, 1980, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres--0/html/dcb0941a-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_3.html#I_2_

⁵⁵ *Idem.*

derechos de terceros, y proporcionan una serie de directrices en cuanto al deber ser, en estricto apego al respeto de la dignidad de todos los seres humanos.

2.EL RECONOCIMIENTO AL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

El artículo 16 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho humano a la vida privada y familiar, mismo que protege, dentro del ámbito de las relaciones familiares, a aquellas decisiones que sólo conciernen a la familia y en las cuales el Estado no puede intervenir injustificadamente.⁵⁶

El deber de proteger a la familia implica la creación de leyes e instituciones jurídicas que organicen, protejan y cuiden a la familia como célula básica de nuestra sociedad, para lo cual deben establecerse óptimas condiciones para el pleno desarrollo de sus miembros, pues ésta es el mejor lugar para el crecimiento y formación de los individuos.⁵⁷

El respeto a la vida privada familiar deriva del derecho de protección de la familia y se comporta como una garantía frente al Estado y a los terceros para que no puedan intervenir arbitrariamente en las decisiones que corresponden únicamente al núcleo familiar.⁵⁸ Sin embargo, este derecho a la vida privada no es absoluto. Sabemos, por ejemplo, que nuestro tribunal constitucional se ha pronunciado ya acerca de los

⁵⁶ Tesis 1a. CCXI/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, página 407.

⁵⁷ Méndez Corcuera Luis Alfonso, *Temas actuales del Derecho Familiar*, 2a ed., México, editorial Flores, 2023, p. 15.

⁵⁸ Tesis: 1a. II/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, página 716.

derechos a la salud y vida de los niños como límite a los derechos a la privacidad familiar.⁵⁹ Entenderemos entonces que el Estado sí puede intervenir de manera justificada en aquellas situaciones en las que exista una colisión de derechos cuyo ejercicio viole los derechos de otras personas.⁶⁰

La familia y su protección son derechos humanos reconocidos también por los artículos 1o y 4o nuestra Constitución que establecen, entre otros principios fundamentales, que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, y que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Si bien no es posible dar una definición uniforme sobre el concepto de familia,⁶¹ según el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, los Estados deben exponer en sus informes la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos

⁵⁹ Tesis: 1a. IX/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, página 720.

⁶⁰ Tal fue el caso que dio lugar a la tesis que he citado en líneas anteriores. En el año 2017, una niña de 5 años perteneciente a la etnia rarámuri cuyos padres profesaban la religión de los Testigos de Jehová, fue internada en un hospital donde los médicos les informaron que debían de practicar urgentemente una transfusión sanguínea, a lo cual los padres se opusieron argumentando que se los impedían sus creencias religiosas. (Amparo en Revisión 1049/2017 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 15 de agosto de 2018). Nos encontramos frente a un caso que nos presenta una relación privada familiar donde han entrado en conflicto los derechos de los padres a la libertad de religión, a la toma de las decisiones relacionadas con sus hijos, a la libertad de decidir bajo qué creencias quieren formar a sus hijos, al ejercicio de la representación de sus hijos, a su derecho a la autonomía, en confrontación con los derechos de una niña a la salud y a la vida. La Corte además reconoció que por lo que hace a la toma de decisiones médicas respecto a los hijos, los padres se encuentran en una situación compleja pues con base en la asesoría de los médicos, deben ponderar la eficacia y los riesgos de los tratamientos. Por ello resolvió que el riesgo que pueda correr la vida de los hijos, representa un límite a la libertad religiosa de los padres, quienes en ese supuesto carecen de autoridad para tomar decisiones sobre la vida o la muerte de los hijos, porque la vida y la salud de los hijos no son derechos que se encuentran supeditados a la voluntad de los padres.

⁶¹ Observación General No 19, párrafo 2 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 39 período de sesiones, 1990.

jurídicos pues ésta es objeto de la protección de la familia prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶²

Por su parte, en la acción de inconstitucionalidad 2/2010⁶³, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció que el artículo 4o de la Constitución no protege sólo un único modelo de familia ideal y que lo que mandata es la protección a la familia como tal, sea cual sea la forma en que se constituya,⁶⁴ entendiéndose la familia como una realidad social.⁶⁵ La Primera Sala de la Corte sostiene que la familia se encuentra protegida por nuestra Ley Fundamental y según la interpretación proporcionada por nuestro máximo tribunal, la Constitución no alude a un modelo de familia ideal que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea necesariamente la procreación.⁶⁶

En este trabajo defendemos el derecho humano a la familia porque el ser humano nace en familia en la que todos sus integrantes son iguales en dignidad y en la que resulta contrario a la naturaleza toda aquella acción que atente contra la dignidad de sus miembros. Por ello, si tuviéramos que referirnos a una familia ideal, consideramos que es aquella en la que todos sus integrantes cumplen el rol que por naturaleza les corresponde, procurando en todo momento que su interacción mutua garantice el reconocimiento y el goce de todos los derechos de cada uno de sus miembros. Familia ideal, es aquella en la que cada persona tiene un valor propio y en donde los derechos de todos los integrantes se gozan en perfecta armonía. Familia

⁶² *Idem.*

⁶³ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 sesionada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 16 de agosto de 2010.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 237.

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 240.

⁶⁶ Amparo en Revisión 852/2017 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 8 de mayo de 2019.

ideal es aquella en la que los propios miembros no atentan contra los derechos de los miembros más vulnerables.

Para proteger a la familia, el Estado está obligado a reconocer todos los derechos humanos inherentes a la familia como grupo y los derechos humanos de los cuales son titulares los integrantes de la familia. Solo así podrá establecer un sistema especial de protección para todos ellos.

3.CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO HUMANO A LA FAMILIA Y A SU PROTECCIÓN

Dado que ha quedado revelado que la familia y su protección son derechos humanos, resulta importante señalar que, como tales, tienen las características o rasgos fundamentales de todos los derechos humanos.

La Conferencia de Viena de 1993 establece que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Adicionalmente señala que la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.⁶⁷

Estas mismas características han sido también reconocidas y reguladas por el artículo 1o, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tras la reforma constitucional más importante que ha tenido nuestra Constitución en materia de Derechos Humanos,⁶⁸ a la letra dice:

⁶⁷ Aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, párrafo 5.

⁶⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.⁶⁹

Es preciso indicar qué es lo que podemos entender de cada una de estas características, pues la Constitución Mexicana también señala que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.⁷⁰

Según refiere Sergio García Ramírez, uno de los puntos más relevantes de la reforma al artículo primero constitucional es el referente a la interpretación de normas relativas a derechos humanos.⁷¹ Entendemos entonces que, por mandato constitucional, todo aquello que esté relacionado con los derechos humanos, deberá interpretarse con un bloque de constitucionalidad que comprende no sólo lo dispuesto en la propia Constitución, sino todos aquellos tratados internacionales de derechos humanos y en cumplimiento del principio pro persona y de la interpretación conforme.

Ramírez García señala que en su formulación más simple, el principio pro persona dispone que ante la hipótesis de concurrencia de normas o sus respectivas

⁶⁹ Artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo 3.

⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 2.

⁷¹ García Ramírez, Sergio y Julieta Morales Sánchez, *Constitución y Derechos Humanos*, 5ª ed., México, Porrúa, 2019, p. 111.

interpretaciones, habrá de preferirse aquella cuya aplicación tenga como resultado el estado de cosas más favorable para el titular del derecho en cuestión.⁷²

Según Carmona Tinoco, el principio pro persona lleva a la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente constitucional o internacional, con el resto del texto de la propia Constitución y con los tratados de derechos humanos.⁷³ Dice también que dispone que de los sentidos posibles que arroje dicho ejercicio se privilegie aquel que depare mayor beneficio a las personas; esto es que la interpretación no sea restrictiva sino que se maximice dentro de los márgenes posibles a favor de la libertad.⁷⁴

Caballero Ochoa destaca que este principio es el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación ante los reenvíos que se realizan desde las normas sobre derechos a la Constitución y a los tratados internacionales.⁷⁵

Para Ferrer Mac-Gregor representa una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional.⁷⁶

Este mismo actor junto con Fix- Zamudio sostienen que en esencia significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y por

⁷² Ramírez García, Hugo, “Derechos humanos: principios sustantivos para una teoría de la justicia”, en Ramírez García, Hugo S. y Soberanes Diez José María (Coord), *El Artículo 10 constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, 2021, p. 224.

⁷³ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstos en los tratados internacionales”, en Carbonell; Miguel y Salazar, Pedro (Coord), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 4a ed., México, Porrúa, UNAM, 2016, p. 46.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ Caballero Ochoa, José Luis, “Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio Pro Persona”, en Carbonell; Miguel y Salazar, Pedro (Coord), *op.cit.*, p 119.

⁷⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad”, en Carbonell; Miguel y Salazar, Pedro (Coord), *op.cit.*, p 357.

tanto resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, por conducto de una interpretación obligatoria, lo que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad.⁷⁷ Ferrer sintetiza que es una técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales para lograr su mayor eficacia y protección.⁷⁸

Es importante conocer los conceptos de interpretación conforme y el principio pro persona. Así, más adelante en este trabajo de investigación, podremos responder si, frente al uso de las técnicas de reproducción asistida, es posible conciliar los derechos y libertades de cada uno de los miembros de la familia, y si de los sentidos posibles que nos arrojen las interpretaciones de los derechos involucrados, se está optando por aquel que más beneficie a la persona, o si más bien se está optando por aquel que más beneficia a un grupo de personas por encima de los derechos del grupo más vulnerable.

Por lo que hace a los atributos de los derechos humanos, “la universalidad se expresa en el sentido de que todos los seres humanos son titulares de todos los derechos humanos”.⁷⁹ Esta característica implica que como todos los seres humanos somos iguales, todos los seres humanos tenemos los mismos derechos humanos por el hecho de haber nacido personas. Esto también nos es recordado por la Declaración

⁷⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, en coautoría con Hector Fix-Zamudio, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons/UNAM-IIIJ, 2017, p. 197. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3384/13.pdf>

⁷⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme ...”, *cit.*, p. 358.

⁷⁹ Ramírez-García, Hugo S. y Soberanes Diez Jose María (Coord), *El Artículo 1o constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, “Derechos humanos: principios sustantivos para una teoría de la justicia”, México, UNAM, 2021, p. 213.

Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 1o señala que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Se trata de un principio fundamental por el que se reconoce igual dignidad a todas las personas.⁸⁰ Cabe aquí recordar lo que hemos señalado en párrafos anteriores en torno a la dignidad humana desde el punto de vista ontológico, pues la dignidad es única e idéntica en toda la raza humana. La dignidad no es graduable ni existen personas más o menos dignas que otras.

Por ello, con base en el significado de esta característica, es preciso afirmar que todas las personas tienen derecho a la familia, a nacer en familia, a vivir en el seno de una familia, a formar una familia, a la vida privada e íntima familiar, a la protección de su familia y a gozar de todos los derechos que se relacionan con la familia. Cabe aclarar que cuando hablamos de la familia como grupo de personas, debemos entender que cada uno de sus integrantes, independientemente de su edad o del rol que tenga dentro del grupo, goza de estos derechos por el hecho de ser persona.

Por otra parte, entendemos también que “la universalidad de los derechos humanos está relacionada con la esencia jurídica natural y moral de dichos derechos; por eso los derechos fundamentales se mantendrían independientemente de que fueran o no reconocidos por el sistema positivo local del Estado en cuestión”.⁸¹ Esto significa que los derechos existen independientemente de que su existencia sea evidenciada por los ordenamientos jurídicos. No obstante lo anterior, su reconocimiento hace más eficaz su goce, su protección, su garantía y su

⁸⁰ García Ramírez, Sergio, *op.cit.*, p. 121.

⁸¹ Vazquez Luis Daniel y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell; Miguel y Salazar, Pedro (Coord), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 4a ed., México, Porrúa, UNAM, 2016, p. 139.

oponibilidad. Es importante que el Estado los reconozca para que irradian su eficacia no solo de manera vertical, sino también en el plano horizontal.

Por último, podría concluirse que todos los derechos humanos deberían gozarse en todas partes del globo del mismo modo.⁸² Lo que sucede es que los derechos existen, pero se nos van revelando y una vez que lo hacen, es necesario su reconocimiento para lograr garantizar su goce y protección. En ese sentido, nos atrevemos a afirmar que los derechos existen en todo el mundo y en todas las épocas, pero obviamente constantemente vamos evolucionando para identificarlos.

Por su parte, la característica referente a la interdependencia conlleva el hecho de que todos los derechos humanos están unidos entre sí y que además todos estos derechos tienen el mismo valor. De aquí la dificultad de jerarquizarlos de la misma manera como se jerarquizan otras normas.

“La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos”.⁸³ No podemos ver a los derechos humanos aislados. Significa que “los derechos humanos forman un todo indisoluble”.⁸⁴

Parece oportuno poner de manifiesto desde ahora la manera como este atributo se aprecia claramente en el derecho a la familia y a su protección. No se trata de un derecho aislado, sino de un derecho sin el cual no se pueden gozar ni ejercer otros derechos. Así, en el cuerpo de este trabajo se revelará cómo el derecho a la familia se relaciona y depende de otros tantos derechos como lo son, de manera enunciativa, la vida, la integridad, la identidad, la filiación, la individualidad, la vida privada, la

⁸² Sagüés, Néstor Pedro, *La Interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, México, Porrúa, 2017, p. 321.

⁸³ Vazquez Luis Daniel y Sandra Serrano, *op.cit.*, p. 152-153.

⁸⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *op.cit.* P. 322.

vida en familia, el origen biológico, la verdad, la salud, el estado civil, la pertenencia a un grupo familiar, el nombre y el parentesco.

Por lo que hace a su indivisibilidad, los derechos humanos no pueden segmentarse. “La indivisibilidad de los derechos humanos resulta de una función heurística atribuida a la comprensión que vamos adquiriendo acerca de la dignidad humana”.⁸⁵ Se refiere a “una visión holística de los derechos humanos, en la que todos los derechos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia, sino porque de una forma u otra ellos forman una sola construcción”.⁸⁶

En este orden de ideas, hacemos énfasis en que el derecho a la familia forma, junto con otros derechos, un solo cuerpo de derechos no fragmentables y que no son jerarquizables, por lo que, resulta fundamental comprender que se debe evitar el conflicto de derechos puesto que no podemos aplicar las herramientas previstas en el ordenamiento jurídico para determinar qué derecho prevalece. Por ello, ignorar este atributo puede llevarnos a un terrible desenlace en el que frente al ejercicio de algunos derechos, los derechos de otros se vean aniquilados por completo. Situación que resulta por demás paradójica, pues en el tema que nos ocupa, el escenario donde podrían destruirse e ignorarse los derechos de uno, sería precisamente dentro del grupo familiar que es el espacio idóneo para garantizar el ejercicio de los derechos de todos sus miembros.

Insistimos en que no debe pasar por alto que cada uno de los integrantes de la familia tiene dignidad propia y es titular de derechos inseparables a su persona, por ello los derechos humanos deben actuar de manera conjunta y equilibrada.

Finalmente, Hugo Ramírez nos recuerda que “la progresividad de los derechos humanos indica que mediante la positivación del primero de los derechos humanos

⁸⁵ Ramírez-García, Hugo S. y Soberanes Diez Jose María, *op.cit.* p. 226.

⁸⁶ Vazquez Luis Daniel y Sandra Serrano, *op.cit.*, p. 155.

se ha generado un deber jurídico para la realización de contenidos morales desbordantes”.⁸⁷ La progresividad se proyecta por un lado respecto a la prohibición de retroceder y por otro lado, en tanto a las acciones positivas que debe realizar el gobernante a fin de garantizar su protección.

La Constitución se refiere a lo que podemos llamar derechos en acción.⁸⁸

Nuestro máximo tribunal ha interpretado que este principio implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. El progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar.⁸⁹

Con base en lo explicado hasta ahora, hemos evidenciado la grandeza de la familia y su importancia para cada una de las personas, para la sociedad y para el Estado. Hemos expuesto cuáles son algunas de las funciones fundamentales que tiene la familia, considerando que es imposible elaborar un listado definitivo de las mismas pues su función es infinita. Debemos entonces continuar este trabajo de investigación reconociendo que la familia y su protección son derechos humanos de todas las personas, con todas sus características y con las herramientas para su interpretación. Sostenemos que por más que la Constitución no protege a un modelo de familia tradicional, la Constitución sí protege a todas las personas sin discriminación alguna. Por tanto, resulta contrario a toda lógica, que en este grupo de personas, la familia, donde se ejercen y se relacionan tantos derechos fundamentales, puedan presentarse situaciones o escenarios carentes de equilibrio entre ellos, donde pareciera que los derechos de unos prevalecen sobre los derechos

⁸⁷ Ramírez-García, Hugo S. y Soberanes Diez Jose María, *op.cit.*, p. 223.

⁸⁸ Vazquez Luis Daniel y Sandra Serrano, *op.cit.*, p. 136.

⁸⁹ Tesis 2a./J. 35/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, febrero, 2019, p. 980.

de otros, incluso al grado de extinguirlos por completo, en lugar de coexistir en perfecta armonía, alcanzando o propiciando su goce al máximo y el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, principalmente de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DECISIÓN DE FORMAR UNA FAMILIA

Se ha reconocido que todas las personas gozan de los derechos reproductivos para decidir responsablemente respecto el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.⁹⁰

Sin embargo, debe afirmarse que ahí donde hay libertad, forzosamente debe haber responsabilidad. Perez Adán nos recuerda que “el límite de la libertad no está en otra libertad sino en la propia responsabilidad. Uno sólo puede ser libre hasta donde es responsable y más allá (donde hay ausencia de responsabilidad) no hay libertad.”⁹¹ Por ello, sostenemos que los derechos reproductivos no son absolutos porque de su ejercicio, pensando que el derecho se ejerza precisamente para procrear, resulta el nacimiento de diverso ser humano, sujeto de derechos, quien por naturaleza, por su condición, por su edad y madurez, debe ser sujeto de una protección mucho más estricta, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad y completa dependencia.

⁹⁰ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

⁹¹ Pérez Adán, *op.cit.* p. 83

1.LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El artículo 4o constitucional ha servido también de fundamento, junto con el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para justificar la libre decisión respecto del empleo de las técnicas de reproducción asistida.⁹²

En el Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.⁹³ Señala también que el artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar, prohibiendo toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, creando una especie de inmunidad a las invasiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.⁹⁴ Agrega que el concepto de libertad interpretado por la Corte tiene un sentido extenso, que constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones, entendida también como la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia.⁹⁵

En este orden de ideas, afirmamos que efectivamente el derecho a fundar una familia forma parte de la vida privada de las personas y que el concepto de libertad debe ser siempre extenso, pero nunca independiente del concepto de

⁹² Tesis 1a. LXXVII/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, 2018, Tomo II, página 957

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de noviembre de 2012, párrafo 143.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 142.

⁹⁵ *Idem*.

responsabilidad. Es por ello que insistimos en que por lo que hace a los derechos reproductivos, en los que de su ejercicio puede resultar el nacimiento de una persona distinta a la que ejerció el citado derecho, se encuentra justificada la intervención no arbitraria ni abusiva que el Estado pueda tener en aras de proteger los derechos de todas las personas, lo que contempla tanto a los que usan las técnicas, como a los que nacen de ellas.

La Corte Interamericana reconoce también que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guardan relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.⁹⁶ No obstante, compartimos la opinión de Juan Cianciardo quien sostiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó incorrectamente que el acceso a métodos de reproducción asistida es un derecho fundamental y que dicha afirmación es fruto de la imaginación de la Corte pues no fue reconocida en ninguna parte del texto de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.⁹⁷ En este mismo sentido, Cianciardo señala que:

Consiste nada más y nada menos que en la transformación de un deseo en derecho. Cuando se hace esto, la consecuencia inevitable es el debilitamiento del concepto de derechos. Si cualquier deseo es un derecho, todos los derechos se debilitan y los responsables de protegerlos quedan deslegitimados. Incluso podría decirse que operaciones como estas disuelven completamente los

⁹⁶ *Ibidem*, p. 150.

⁹⁷ Cianciardo, Juan, “The Specification of the Right to Life of the Unborn in the Inter - American Human Right System A Study of the Artavia Murillo Case”; *Unborn Human Life and Fundamental Rights Leading Constitutional Cases under Scrutiny*, Pilar Zambrano/ William L. Sanders (eds), Berlin, Peter Lang, 2019, p. 176. El libro está en inglés y la traducción fue realizada por la autora de este trabajo para citarlo.

derechos, porque el objetivo de la interpretación jurídica es precisamente distinguir entre meros deseos y deseos fundados en verdaderos derechos.⁹⁸

Nuevamente manifestamos nuestra absoluta empatía con quienes tienen el deseo y anhelo de tener hijos, sin embargo consideramos que la creación de derechos que más bien abrazan deseos, no puede ignorar las consecuencias que desencadenan, máxime cuando involucran a un grupo tan fundamental como es la familia, cuyo ámbito de protección debe atender siempre a un interés superior, porque además está integrada por personas vulnerables como los niños, para quienes debemos salvaguardar su derecho más elemental a la familia, a la filiación, al origen biológico y a la identidad....

Para adentrarnos aún más al tema de estudio, procederemos a explicar en qué consisten las tecnologías reproductivas y expondremos algunos elementos de juicio. Entendemos por técnicas de reproducción asistida, al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana.⁹⁹ Se refiere al conjunto de métodos médico-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a las condiciones naturalmente establecidas.¹⁰⁰ Cabe aclarar que estas técnicas no curan la esterilidad humana, sino que han sido utilizadas para sustituir la procreación natural, es decir aquella que se da por la unión de un óvulo con un espermatozoide a través de una relación sexual completa.

⁹⁸ *Idem.* La traducción fue realizada por la autora de este trabajo para citarlo.

⁹⁹ Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos bioéticos", *Cuadernos de Bioética*, 2000/1, Asociación Española de bioética y ética médica, p. 37, <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

¹⁰⁰ De la Mata Pizaña, *op. cit.*, p. 409.

Es un hecho que los avances de la ciencia y la tecnología embrionaria son impresionantes y han demostrado que hoy en día la paternidad y la maternidad puede lograrse de manera distinta a la natural, por lo que consideramos muy acertada la afirmación de Cantoral Domínguez quien señala que desde el surgimiento de las denominadas técnicas de reproducción asistida, la reproducción humana deja de ser monopolio de la naturaleza para ser compartido con la ciencia.¹⁰¹

Sin embargo, no debe ignorarse que al tratarse de una tecnología, aparecen necesariamente procesos de manipulación sobre la realidad biológica de la procreación humana.¹⁰² Por ello, en este momento resulta de gran apoyo hacer una distinción fundamental entre la ciencia embrionaria y las tecnologías embrionarias. La ciencia embrionaria nos dice dos cosas muy importantes sobre los embriones humanos: qué son y cuándo comienzan.¹⁰³ Las tecnologías embrionarias representan lo que los investigadores son capaces de hacer con los embriones o a los embriones¹⁰⁴.

Por su parte, Michael Sandel reconoce que los avances en el campo de la genética suponen al mismo tiempo una promesa, consistente en que tal vez seamos capaces de tratar y prevenir un gran número de enfermedades; y un problema, pues nuestro nuevo conocimiento genético podría permitirnos manipular nuestra propia naturaleza.¹⁰⁵

¹⁰¹ Cantoral Domínguez Karla, “Técnicas de Reproducción Asistida”, *Curso de Derecho y Familia*, editado por Sofía del Carmen Treviño Fernández y Ana María Ibarra Olguín, México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 206.

¹⁰² Santamaría Solís, *op.cit.* p.37

¹⁰³ George Robert P., y Christopher Tollefsen, *EMBRIÓN Una Defensa de la Vida Humana*, Ediciones Rialp, S.A., España, 2012, p. 12.

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ Sandel, Michael, *Contra la perfección, la ética en la era de la ingeniería genética*, 2a ed., traducción de Ramón Vilá Vernis, España, Marbot Ediciones, 2015, p. 46.

Existen varias técnicas de reproducción asistida, que originalmente pueden haberse presentado con la finalidad de ayudar en casos de infertilidad, pero la realidad es que hoy en día se encuentran al alcance de todas aquellas personas que deseen y puedan hacer uso de ellas sin importar la causa, pues se considera discriminatorio que el empleo de dichas técnicas esté condicionado al estado civil, a la edad, a la esterilidad, a la infertilidad, etcétera. Es por ello, que al tratarse de métodos para lograr la procreación de un ser humano, y tomando en consideración que la ciencia y la tecnología avanzan a pasos agigantados, han dejado al jurista con grandes y muy necesarias reflexiones no sólo de carácter jurídico, sino también de carácter ético, filosófico y moral sobre el uso y la regulación de estas técnicas.

A continuación explicaremos solo algunas de las técnicas de reproducción asistida que consideramos resultan relevantes y ejemplificativas para nuestro estudio: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la gestación por sustitución. Posteriormente, haremos algunas reflexiones importantes respecto a su empleo para garantizar los derechos de las personas que nacen de ellas.

A. TÉCNICAS INTRACORPÓREAS

Por lo que hace a la reproducción asistida, existen técnicas que son intracorpóreas. Este conjunto de técnicas abarca a todos aquellos métodos en los que el proceso de fecundación del óvulo por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino¹⁰⁶. Por su metodología, pueden encontrar distintas clasificaciones, siendo que una de éstas es la que conocemos como inseminación artificial.

¹⁰⁶ Santamaría Solís, Luis, *op.cit.* p. 38.

a. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer.¹⁰⁷ Estas técnicas pueden ser homólogas,¹⁰⁸ cuando el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente: o heterólogas,¹⁰⁹ cuando ya sea uno de los gametos o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja.

La inseminación artificial se lleva a cabo mediante un sencillo proceso que consiste en depositar semen en el fondo de la vagina de una mujer que se encuentra en su periodo fértil.¹¹⁰ Nosotros hemos señalado anteriormente que se trata de un método médico, es decir donde se requiere la especialidad del personal médico, sin embargo, es sabido que la técnica también puede realizarse de manera “casera”, en donde el semen es introducido en la vagina a través de una jeringa.

Toda vez que la concepción se da en el interior del tracto reproductor femenino, en este tipo de técnicas no hay manipulación embrionaria. El beneficio de la técnica prácticamente se explica por sí mismo. Por ejemplo se puede vencer el útero hostil, o lograr el embarazo cuando la pareja masculina es estéril, o quedar embarazada sin la participación directa de un hombre. No obstante, desde este momento deberá sorprendernos que en este núcleo íntimo y privado que denominamos familia, el gameto utilizado para aquellas técnicas heterólogas pertenece a un extraño, a un donante anónimo que no tiene deseos de ser padre. El material genético que servirá para dar la vida a un ser humano pertenece a un desconocido que no establecerá ningún tipo de vínculo con el ser humano engendrado.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 39

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 38

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ García Fernández, *op.cit.*, p. 306

Por lo que hace al origen de los gametos masculinos utilizados para esta técnica en su modalidad heteróloga, nos parece de gran relevancia mostrar la contradicción que se presenta de frente al principio de paternidad responsable. Por un lado, exigimos que los progenitores participen activamente en la formación y crianza de sus hijos; reconocemos que los niños tienen derecho a que sus padres se involucren en sus vidas; reconocemos que el menor de edad tiene derecho a que ambos padres satisfagan todas sus necesidades desde su nacimiento. Pero por otro lado, nos resulta indiferente que el material genético para la procreación sea donado por un desconocido, que recibe trato preferencial porque respecto de él no se exigirá la paternidad responsable pues no se involucrará en la vida del ser humano procreado. ¿Existirá aquí también una violación flagrante al principio de igualdad? Resulta evidente que se está permitiendo que *algunos* progenitores incumplan sin consecuencia alguna con el ejercicio de la responsabilidad que conlleva la procreación, lo que además también promueve la irresponsabilidad parental.

Cabe mencionar que la inseminación artificial permite a los futuros padres comprar gametos con los rasgos genéticos que deseen para su progenie.¹¹¹

Otra inquietud se nos presenta para los casos de la inseminación *post mortem*. Mary Warnock relata el caso de Diane Blood quien obtuvo el semen de su marido mientras estaba en coma para congelarlo y posterior a su muerte, solicitó en el Reino Unido la autorización para inseminarse con dicho semen. La autorización le fue negada por la falta de consentimiento escrito por parte del marido, por lo que fue a Bélgica a solicitarla y ahí pudo concebir dos hijos póstumos.¹¹² Este caso continuó

¹¹¹ Sandel, Michael, *op. cit.* p. 124. Sandel recuerda el anuncio que apareció en algunos periódicos universitarios ofreciendo 50,000 dólares a cambio de un óvulo de una mujer que midiera 1'77, complexión atlética, sin problemas médicos en la familia, y con un resultado de 1400 o más en el SAT.

¹¹² Warnock Mary, *op.cit.*, p. 12-13.

después en los tribunales del Reino Unido, donde tuvo que demandar para conseguir que el acta de nacimiento de sus hijos llevara el nombre de su padre.¹¹³ Lo sucedido, nos parece ilustrativo para poner de manifiesto la problemática que puede presentarse con el uso de esta técnica, pasando por consideraciones de una filiación *post mortem*, del otorgamiento de un consentimiento, de la paternidad sin padre, de la restricción del derecho a la identidad y del derecho al nombre, y no menos importante, la dificultad que tuvieron los hijos para acceder a ese atributo de la personalidad que conocemos como el estado civil, y que es el que vincula a una persona a cierto grupo familiar.

Para un mejor entendimiento sobre la participación de un donante en la reproducción, vale la pena recordar que uno de los derechos de la personalidad es la disposición del cuerpo humano. Nuestro estudio no pretende abarcar otras formas de disposición del cuerpo humano como lo son la eutanasia, el suicidio o la donación de órganos, por lo que por ahora solo haremos mención de la donación de gametos como una forma de disponer del cuerpo humano.

Existen teorías en el Derecho Civil que explican la naturaleza jurídica de los derechos y actos de disposición del cuerpo humano en el ámbito de los derechos reales, como la facultad que tienen las personas respecto de las cosas; o de los derechos personales, como facultades respecto de otras personas.¹¹⁴ Consideramos que no se trata ni de derechos reales, pues el cuerpo humano no es un objeto; ni de

¹¹³https://www.abc.es/ciencia/abci-tribunal-britanico-admite-paternidad-hombre-muerto-1995-200303010300-165051_noticia.html

¹¹⁴ Smeke Rosellón, Moisés Abdul, “Derechos y actos de disposición del cuerpo humano a la luz del derecho constitucional y administrativo en México”, *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, coord. Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá, México, Escuela Libre de Derecho y Università di Pisa, México, 2021. p. 144.

derechos personales, porque resulta insostenible que una persona tenga una relación jurídica consigo mismo que le faculte para exigir una prestación a sí mismo.¹¹⁵

Morales Montes de Oca realiza un análisis acerca de la naturaleza jurídica de los componentes del cuerpo humano, que entiende como sinónimo de materiales biológicos, y explica que se tratan de “entidades muy separadas del individuo para considerarse personas y a su vez demasiado relacionadas con la persona para considerarse cosas”.¹¹⁶ Adicionalmente nos recuerda que se consideran como cosas aquellos bienes que pueden ser objeto de apropiación y que no se encuentran fuera del comercio, pero como en el caso de los componentes del cuerpo humano se encuentran fuera del comercio por disposición de la Ley General de Salud, consecuentemente no encuadran en la clasificación legal de los bienes.¹¹⁷ Concluye que podrían adoptarse dos vertientes respecto al tratamiento de los componentes del cuerpo humano; crear una nueva figura o reputarse como interfase entre cosa y persona.¹¹⁸

Por ejemplo, Calvo Meijide describe que en España la donación de gametos y embriones preimplantatorios es un contrato gratuito, formal y confidencial, concertado entre el donante y el centro autorizado, por virtud del cual aquél dona gametos o embriones preimplantatorios a éste, para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y otros fines recogidos por la ley española que las regula.¹¹⁹ Se dice que es gratuito, pero cabe una compensación económica para resarcir las

¹¹⁵ Cfr. *Idem*.

¹¹⁶ Reiter, Eric, citado por Morales Montes de Oca, Carlos Antonio, “Derechos de disposición sobre el cuerpo humano. Algunas consideraciones desde el Derecho Civil”, *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, *op.cit.* p. 273.

¹¹⁷ Morales Montes de Oca, *op.cit.* p. 275.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 276.

¹¹⁹ Calvo Meijide, Alberto, “La investigación con embriones en la Legislación Española”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, *op.cit.*, p. 286.

molestias físicas y los gastos derivados de la donación.¹²⁰ Por otra parte, es formal porque el contrato se debe formalizar por escrito;¹²¹ y es confidencial porque la ley exige que la donación sea anónima y que se garantice la confidencialidad del donante, en aplicación de su derecho a la intimidad.¹²² Estas características del contrato de donación merecen ciertas reflexiones. ¿Se trata realmente de un contrato gratuito, o el donante tiene un estímulo económico que pudiera permitirle hacerse de un ingreso que de vez en cuando le sirva para satisfacer sus necesidades? ¿Existe un sentimiento narcisista según el cual el donante se considera superior y poseedor del poder que permite a una mujer quedar embarazada? Por lo que hace a la confidencialidad, nos parece que el derecho a la intimidad, privacidad y libre disposición del cuerpo humano del donante se ven privilegiados por encima de los derechos que el ser humano procreado tiene a su familia, a su identidad y a su origen biológico.

El donante tiene la garantía del anonimato y de que no tendrá que hacerse responsable de esa persona pues *tan solo* aportó el material genético que *le ha dado la vida*.

En el caso del gameto femenino, no nos queda la menor duda de que el procedimiento es mucho más invasivo, probablemente doloroso, incómodo y con un monitoreo estricto. Por ello es de entenderse que la retribución sea más generosa. Sin embargo, las consideraciones respecto a la donación gratuita y confidencial, son exactamente las mismas que hemos formulado en líneas anteriores.

¹²⁰ *Ibidem*, p.397.

¹²¹ *Idem*.

¹²² *Idem*.

No debemos olvidar que el cuerpo humano forma parte de la persona misma y de su dignidad, por lo que la naturaleza del derecho a la disposición del cuerpo humano debe analizarse a la luz de los conceptos de persona y dignidad humana.¹²³

Se presenta otra interrogante respecto al límite a la generación de hijos mediante la donación de gametos.¹²⁴ Debe existir un máximo autorizado de hijos generados con un mismo donante. A manera de ejemplo, el artículo 5 de la legislación española analizada por Calvo Meijide, establece que el número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.¹²⁵ Aclaremos que en este trabajo no pretendemos analizar las distintas legislaciones, pues cada una de las que han regulado esta técnica, ha fijado el límite máximo de hijos que puede tener un donante. Lo que resulta curioso es que se hable de *hijos*. Es decir, evidentemente lo que se genera con el uso del gameto es un ser humano cuya filiación natural corresponde al donante, pero cuya filiación artificial se le atribuirá a persona distinta. Nuevamente nos resulta contradictorio que se pueda predisponer y pactar con anticipación, que un hijo propio, no será propio sino que será adjudicado a un tercero. Con toda intención utilizamos el verbo adjudicar, que parece que nos referimos a un objeto, pues es precisamente lo que estamos haciendo con el ser humano engendrado, tratarlo como una cosa de la cual se puede disponer. Por otra parte y siguiendo lo dispuesto por la

¹²³ Smeke Moisés, *op.cit.*, p. 147.

¹²⁴ Calvo Meijide, “La investigación con embriones en la Legislación Española”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, *op.cit.*, p. 288.

¹²⁵ Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida española. Art. 5 párrafo 7. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

legislación española que hemos utilizado como ejemplo, además, tenemos que confiar en el dicho del donante para saber cuántas veces ha donado.

Recordemos una historia de terror que fue llevada a la pantalla chica en un documental de Netflix.¹²⁶ “*Our father*” se basa en la historia real y desgarradora de cómo un reconocido especialista en fertilidad, durante las décadas de 1970 y 1980, se ganó la confianza de sus pacientes para someterlas a un proceso *in vitro*. En lugar de utilizar la muestra de sus esposos, finalmente usó la suya.”¹²⁷ Todo sucede en Indiana, donde el médico Donald Cline insemina con su propio semen a muchas mujeres que creían que se utilizaba, o el semen de sus maridos, o el semen de un donante anónimo que solo podía utilizarse un máximo de tres veces. Jacoba Ballard, hija de una de las mujeres inseminadas, quiso conocer su origen biológico y cuando su madre le respondió que había sido un donante anónimo, decidió realizarse una prueba de ADN y solicitar los servicios de una página buscadora de antecedentes familiares. Poco a poco fueron apareciendo sus medios hermanos y según el documental, el médico procreó con su propio semen a más de 90 personas. Además les transmitió una enfermedad autoinmune. No hubo delito que perseguir porque no se trataba de una conducta tipificada. Al médico le quitaron la licencia. Las mujeres se sintieron engañadas, violadas, violentadas, ultrajadas. Los maridos; estafados, burlados; los hijos, ni siquiera encontramos las palabras para describir lo que han vivido tras esa revelación: tristeza, odio, asco, incertidumbre, duelo, rencor.

Encontramos otro caso denominado “incesto social” ocurrido en Francia,¹²⁸ donde un médico de nombre Severino Antinori negó dar tratamiento de fecundación *in vitro* a una mujer de sesenta y dos años porque sospechó de su estado psicológico.

¹²⁶ <https://www.netflix.com/mx/title/81227735>

¹²⁷ <https://larepublica.pe/cine-series/2022/07/25/nuestro-padre-historia-real-del-medico-que-insemino-a-mas-de-90-mujeres-netflix-documental-donald-cline>

¹²⁸ Narrado por Warnock, Mary, *op.cit.*, p, 57-58.

La mujer viajó entonces a Los Ángeles donde obtuvo tratamiento y de manera exitosa dio a luz a un niño sano. Al mismo tiempo, la señora encomendó a una madre sustituta que fuera inseminada para tener otro hijo, para el caso de que su propio embarazo no fuera exitoso. Entonces, al mismo tiempo nació una niña. El caso provocó un escándalo, no solo por la edad de la madre, sino porque el semen donado era en ambos casos, de su propio hermano. Se entiende que el motivo para esta procreación fue una herencia.

¿Tenemos duda de qué tan trascendente es la donación de células germinales? Como podemos observar, encontramos algunas dificultades para entender la naturaleza jurídica de los componentes del cuerpo humano. En el tema de estudio, hacemos referencia a los gametos masculinos y femeninos, que si bien pueden separarse del cuerpo humano, no debemos olvidar que su función es la de la reproducción, siendo por ello de fundamental importancia que reciban una regulación estricta en su empleo en las técnicas de reproducción asistida. Sostenemos que estos derechos y actos de disposición no son absolutos, sino que están limitados, pues en el caso de donación de gametos, su utilización resultará en la procreación de un ser humano con igual derechos y dignidad que aquel donante que se cree *facultado para disponer de su cuerpo en aras de ese derecho a la disposición del cuerpo humano que supone tener de manera absoluta*.

B. TÉCNICAS EXTRACORPÓREAS

Existen también las técnicas extracorpóreas de reproducción asistida que son aquellas en las que la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, es decir, todas aquellas en las que se efectúa la fertilización *In-Vitro*.¹²⁹

¹²⁹ Santamaría Solís, Luis, *op.cit.* p. 42

a. FECUNDACIÓN *IN VITRO*

Podemos resumir los pasos de la metodología de la fecundación *in vitro* de la siguiente manera: se requiere un tratamiento hormonal previo para que la mujer pueda tener ovulación múltiple; los óvulos son recolectados y madurados mediante cultivo; el espermatozoide puede ser obtenido mediante distintos métodos; se da un cultivo de espermatozoides y ovocitos y la fecundación y la segmentación del cigoto será verificada bajo el microscopio para posteriormente llevar a cabo una transferencia intrauterina.¹³⁰

García Fernández nos explica de manera sencilla que la fecundación *in vitro* consiste en la fecundación externa de los gametos masculino y femenino, en un medio de cultivo, para posteriormente hacer transferencia del embrión al útero de la mujer.¹³¹ Adicionalmente, refiere que a diferencia de la inseminación, donde lo artificial es la obtención e introducción del semen pues la fecundación se da de manera natural, en esta técnica extracorpórea, la fecundación es controlada y llevada a cabo *in vitro* y por vía artificial.¹³²

Nuevamente apreciamos de manera asombrosa los beneficios de esta técnica, pues aunque hemos explicado de manera sencilla en qué consiste, resulta espectacular pensar que la ciencia y la tecnología lograron que la fecundación del óvulo se lleve a cabo en un laboratorio, fuera del cuerpo de la mujer, con la intervención de una o más personas que son los expertos que practican la técnica, sumándole además la posibilidad de que el material genético utilizado sea de otras personas distintas a las que pretenden procrear y atribuirse la filiación.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 41 y 42.

¹³¹ García Fernández, *op.cit.*, p. 307.

¹³² *Idem*.

Louise Brown fue el primer bebé probeta en el año 1978, producto del trabajo de Patrick Steptoe y Robert Edwards.¹³³ Es curioso que actualmente resulta discriminatorio referirnos a una persona como bebé probeta.

Esta técnica necesariamente permite la manipulación del embrión desde sus primeras etapas de desarrollo. Además, está comprobado que uno de los elementos decisivos para la efectividad de la reproducción asistida es la calidad de los embriones transferidos.¹³⁴ La única forma de asegurar la calidad de los embriones, es mediante la selección embrionaria.¹³⁵

La selección embrionaria puede darse por razones terapéuticas, esto consiste en someter a los embriones a un diagnóstico genético preimplantatorio y descartar aquellos que sean portadores de alguna enfermedad genética.¹³⁶ La selección embrionaria también puede llevarse a cabo para el beneficio terapéutico de un tercero. Este uso se da para procrear una persona para que sea genéticamente compatible con otra persona y poder obtener los beneficios de las células madre del cordón umbilical.

A continuación, voy a transcribir una nota periodística del año dos mil, que sirve para ejemplificar la selección embrionaria para uso terapéutico de un tercero:

Una pareja de Colorado (EE UU) decidió el año pasado someter a un test genético a los 15 embriones que había obtenido por fecundación *in vitro* para seleccionar entre ellos a aquel que, una vez nacido, pudiera servir como donante

¹³³ George Robert P., y Christopher Tollefsen, *op.cit.* p. 14.

¹³⁴ Capella, Vicente Bellver, “Las respuestas del Derecho a las nuevas manipulaciones embrionarias”, Cuadernos de Bioética 2002/1^a, 2^a, 3^a, Asociación Española de bioética y ética médica, p. 57, <http://aebioetica.org/revistas/2002/47-48-49/55.pdf>

¹³⁵ Debe sorprendernos que se utilicen verbos como “asegurar o garantizar” como si la paternidad o la maternidad fuera una situación certificada y segura.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 60.

de células para otra hija de seis años que tenía una enfermedad mortal. El niño, llamado Adam, nació el pasado 29 de agosto. Las células obtenidas de su cordón umbilical se trasplantaron a su hermana, Molly, el 26 de septiembre en el Hospital Universitario de Fairview (Minneapolis). La niña tiene ahora un 90% de probabilidades de curarse.¹³⁷

Esta es la historia de la familia Nash. Esta pareja tuvo una hija llamada Molly que padecía una enfermedad llamada anemia de Fanconi. Los padres de Molly querían salvarle la vida y por ello recurrieron a las técnicas de reproducción asistida, pues, tener otro hijo de forma natural, podría implicar que el segundo hijo padeciera la misma enfermedad. Así, a través de este procedimiento, podían asegurar que los embriones no tuvieran el mismo gen que dicha anemia. De quince embriones, dos de ellos fueron implantados en la madre y así fue como nació Adam Nash, y de su cordón umbilical se trasplantaron las células que salvaron la vida de su hermana. La historia dio la vuelta al mundo, por un lado, se pensaba en el milagro para Molly y por otro lado se cuestionó de manera importante la manipulación de quince embriones para obtener este resultado.

Estas técnicas han dado lugar al diagnóstico de preimplantación que posibilita someter los embriones en determinado estadio a una prueba genética preventiva. Puede ser para evitar el riesgo de transmisión de enfermedades hereditarias o para intervenir genéticamente.

La selección embrionaria también se ha practicado con fines eugenésicos: una mujer portadora de un gen que provoca prematuramente la enfermedad de Alzheimer dio a luz a una niña después de haberse sometido a las técnicas de reproducción

¹³⁷Diario El País, Madrid, octubre 2000,
https://elpais.com/diario/2000/10/04/sociedad/970610401_850215.html

asistida, seguidas de un diagnóstico genético preimplantatorio para seleccionar e implantar únicamente a aquellos embriones que no fueran portadores de ese gen.¹³⁸ Este tipo de casos nos genera nuevamente el cuestionamiento en torno a la manipulación genética no sólo por la selección de genes sanos, sino además porque el bebé nacerá de una madre enferma que probablemente esté impedida de cuidar de su hijo desde una edad temprana.¹³⁹

Eugenesia es el estudio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientados al perfeccionamiento de la especie humana.¹⁴⁰ El concepto de eugenesia tiene dos sentidos: la eugenesia negativa, que consiste en la eliminación sistemática de los caracteres biológicos considerados indeseables; y la eugenesia positiva, que trata de mejorar las características de un organismo específico¹⁴¹.

Esta definición debe alertarnos. ¿Qué se considera perfecto? ¿Quién puede tener esa autoridad para decidir respecto de esa perfección? ¿Estamos creando la raza perfecta? ¿Existe alguna similitud entre este planteamiento y las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial? Jürgen Habermas sostiene que resulta importante detener la manipulación genética ante la frontera de la modificación perfeccionadora de características genéticas toda vez que el límite es fluctuante.¹⁴² Sostiene que la eugenesia liberal no reconoce límite ni frontera entre lo terapéutico y lo perfeccionador.

¹³⁸ Yury Verlinsky, citado por Capella, Vicente Bellver, *op.cit.* p. 61

¹³⁹ Capella, Vicente Bellver, *op.cit.* p. 62

¹⁴⁰ <https://dle.rae.es/eugenesia>

¹⁴¹ Domingo Centeno, Miguela, “Metodología de la Bioética”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, coord. Dora García Fernández y Martha Tarasco Michel, México, Porrúa, 2011, p. 186.

¹⁴² Habermas Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, ediciones Paidós, 2002, p. 26.

Al hablar de la eugenesia, Michael Sandel refiere que fue un movimiento de grandes ambiciones para mejorar la constitución genética de la humanidad.¹⁴³ Este autor explica que la eugenesia liberal está resurgiendo en la era del genoma y la define como una fórmula para que los padres más privilegiados tengan los hijos que desean y los preparen para el éxito en una sociedad competitiva.¹⁴⁴ Los defensores de esta doctrina defienden el perfeccionamiento y no ven ninguna diferencia moral entre perfeccionar las capacidades intelectuales del hijo mediante la educación o hacerlo mediante la alteración genética.¹⁴⁵ Sandel rechaza la crianza eugenésica porque manifiesta y promueve una cierta actitud hacia el mundo de control y dominio que no reconoce el carácter de don de las capacidades y los logros humanos, olvidando que la libertad consiste en una negociación permanente con lo recibido.¹⁴⁶

En su ensayo intitulado “El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*”, Roberto Andorno concluye lo siguiente:

Las biotecnologías presentan un nuevo y poderoso desafío al Derecho: no sólo el de garantizar el respeto de la vida humana embrionaria, sino también el de asegurar la integridad e identidad de las generaciones futuras. Es el respeto de la alteridad y del derecho a la diferencia lo que principalmente está en juego en este campo. Se trata sobre todo de evitar las prácticas conducentes a una predeterminación genética de los individuos del mañana, en base a criterios de

¹⁴³ Sandel, Michael, *op. cit.*, p. 113.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 130.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 131.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 137.

homogeneización, que nos llevarían a constituir una sociedad deshumanizada, como la que imaginara Aldous Huxley (*Brave New World*, 1932).¹⁴⁷

Más adelante profundizaremos acerca de los derechos de las futuras generaciones y de la postura que los seres humanos deberían de adoptar hacia el mundo que les ha sido dado. Además, efectivamente consideramos que las biotecnologías son tan poderosas que pueden convertirse en armas que en vez de servirnos, nos esclavizan.¹⁴⁸

Es evidente que cuando se busca la perfección se generan expectativas, es decir que se tiene la esperanza de conseguir algo.¹⁴⁹ En el uso de estas técnicas para la reproducción humana se busca la procreación de un hijo perfecto. Es lógico que la carga, es decir, el peso del hijo para lograr cumplir con las expectativas de los padres sea inmenso. ¿Existe algo de justicia en esta imposición?

Otro tipo de manipulación se da con la finalidad de determinar el sexo del bebé. ¿Podemos hablar de discriminación por motivo de sexo? Qué peligrosa puede resultar esta selección y totalmente contraria a la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres.

Ahora bien, como hemos comentado, para que esta técnica sea exitosa se fecunda el mayor número de óvulos posibles. Si la implantación es exitosa, los embriones restantes serán considerados “sobrantes” y congelados para su conservación.¹⁵⁰ Si se implantan todos los embriones, la decisión podría no llevar

¹⁴⁷ Andorno, Roberto, “El derecho frente a la nueva eugenesia. La selección de embriones in vitro”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, núm. 2, (1994), p.327.

¹⁴⁸ Cfr. *Idem*.

¹⁴⁹ <https://dle.rae.es/expectativa>

¹⁵⁰ García Fernández, Dora, *op.cit.*, p. 309.

implicaciones éticas pero sí problemas médicos, porque puede poner en riesgo a la madre y a los hijos.¹⁵¹ ¿Cuál sería el número ideal de embriones por implante?

Existe además un dilema para los biobancos donde la finalidad de la obtención del material genético puede variar después de haber sido recolectado, o en los casos en que el material genético contenga información cuya importancia es desconocida en el momento de recogerlo y almacenarlo pero que eventualmente su conocimiento afectaría de forma negativa el consentimiento previamente otorgado; o problemas relacionados con la confidencialidad de la información, su autorización para usos de investigación o para su transmisión e incluso una posible discriminación genética.¹⁵²

b. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Por otra parte, la fecundación *in vitro* se ha empleado también para llevar a cabo la maternidad sustituta, también conocida como subrogación de vientre o maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución. No es nuestra intención analizar la terminología correcta que deba emplearse para esta técnica y nos basta con citar a Eleonora Lamm quien afirma que la expresión *subrogación* no es jurídicamente correcta por no englobar a todas estas figuras,¹⁵³ que debe utilizarse el término *sustitución* para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo,¹⁵⁴ que la palabra *maternidad* no es la adecuada toda vez que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación y que madre significa mucho más que

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² Cfr, Morales Montes de Oca, *op.cit.*, p. 292.

¹⁵³ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución*. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Barcelona; Universitat de Barcelona, 2013, p. 25.

¹⁵⁴ *Idem.*

matriz y que parto,¹⁵⁵ así como erróneo es el vulgarismo *ventre de alquiler* con su matiz peyorativo como cuando en los 80's se hablaba de *bebé probeta*.¹⁵⁶

Esta práctica, permitida y regulada en algunos países, es definida por López Faugier¹⁵⁷ como la técnica de fecundación extracorpórea, mediante la cual se realiza la unión de un óvulo y un espermatozoide en una plaza de laboratorio, con el objeto de obtener el embrión, que posteriormente será implantado en el útero de una mujer ajena, a quienes hicieron las aportaciones genéticas, es decir, de una madre gestante. Por su parte, Eleonora Lamm sostiene que la denominación más adecuada sería *gestación por sustitución*¹⁵⁸ y la define como una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.¹⁵⁹

Las ventajas y los beneficios que presenta esta técnica deben dejarnos realmente sorprendidos. Permite que una pareja supere la infertilidad, o que dos hombres accedan a la paternidad, o que una mujer tenga hijos sin vivir el embarazo. Son muchos los motivos que pueden encontrar las personas para requerir el uso de esta técnica. El problema es que genera muchas dificultades no solamente para establecer la filiación del hijo, sino también porque pueden violentarse los derechos de las personas involucradas: la gestante, los solicitantes, pero sobre todo, los del más indefenso que es el bebé que nace. Analicemos ahora este contrato.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ Vila, Coro, citado por *Ibidem*, p. 26.

¹⁵⁷ López Faugier, Irene, citada por Contreras López, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la Familia, Temas Selectos*, Porrúa, México, 2014, p. 289.

¹⁵⁸ Lamm, Eleonora, *op.cit.*, p. 26.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 24.

Mucho se ha escrito acerca de la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdos, así como del nombre jurídico correcto para este tipo de contratos. Según Contreras López, este contrato de prestación de servicios de gestación¹⁶⁰ deberá de entenderse y regularse como:

El acuerdo de voluntades por medio del cual, una pareja unida mediante un convenio de matrimonio o un convenio de concubinato o una mujer o un hombre soltero, a los que se les llama “madre o padre solicitantes”, en forma gratuita u onerosa, encomiendan a otra mujer, quien toma el nombre de madre sustituta o gestante, el llevar en su vientre el producto de la inseminación o fecundación asistida, con material genético proporcionado por un tercero o cuando menos por alguno de los solicitantes, quien se obliga a ser inseminada o fecundada con la mórula del producto de la técnica de reproducción asistida respectiva, y a llevar a buen término el embarazo hasta que nazca el producto de la concepción, con el deber de entregarlo de inmediato o cuando se le pida por los solicitantes, dentro de los seis meses siguientes, de nacido el producto.¹⁶¹

Esta última definición resulta muy útil para tratar de entender, no sólo los elementos del “contrato” en cuestión, sino además para identificar a todas las partes involucradas en él. Por una parte, esta definición reconoce la naturaleza jurídica de esta técnica como la de un contrato de prestación de servicios. Según el Código Civil, el contrato de prestación de servicios profesionales es aquel en el que quien presta el servicio y el que lo recibe pueden fijar una retribución debida por ellos.¹⁶²

¹⁶⁰ Contreras López, Raquel Sandra, *op.cit.* p.276.

¹⁶¹ *Ibidem.* p. 289

¹⁶² Artículo 2606 del Código Civil para el Distrito Federal.

Este contrato prevé los servicios de un profesional, evidentemente no podemos hablar de mujeres profesionistas en la maternidad. Sabemos que existen también los contratos de prestación de servicios de cualquier otra índole, ¿la gestación es un servicio? ¿La capacidad gestacional es un objeto del cual se pueda disponer para ser objeto de un acuerdo de voluntades?

Adicionalmente, se requiere la intervención médico- quirúrgica para la aplicación de la técnica de reproducción, luego entonces ¿se atenta contra la dignidad de la sexualidad humana como medio natural de reproducción?¹⁶³ El solicitante puede ser una o dos personas y el material genético puede ser de alguno de los solicitantes, de ambos, o de donantes. ¿Podemos afirmar que en la procreación de este ser humano participan la gestante, los solicitantes, los donantes del gameto masculino y gameto femenino, más el personal médico que practica la técnica? El contrato puede ser gratuito u oneroso, ¿cuál es el precio justo? La gestante está obligada por este contrato a entregar al recién nacido, ¿se entiende que el producto final de la relación jurídica es un bebé recién nacido?, y estas son tan sólo algunas de las preguntas que surgen en relación al contrato porque existen múltiples dudas relacionadas a lo que pudiera pasar si se enferma la gestante, si el bebé tiene alguna discapacidad, si los solicitantes se arrepienten, si la gestante se desdice, etcétera.

Debe quedarnos muy claro que a este acuerdo de voluntades resulta imposible aplicarles las reglas de la teoría general de las obligaciones y pensar que podemos prever cualquier situación y enmendarla con una pena convencional, o con la teoría de los riesgos, o con la facultad de rescindir las obligaciones o con el pago de los

¹⁶³ De la Mata Pizaña, *Op. Cit.*, p. 411. Estos autores proponen dos elementos a considerar a fin de valorar la viabilidad ética y humana de estas técnicas. Uno de ellos es que la vida humana comienza con la concepción; y el segundo es la dignidad de la sexualidad humana como medio natural de reproducción.

daños y perjuicios. Debemos tener siempre presente que en el empleo de esta técnica, participan muchas personas, cada uno con un interés distinto, y cuyas consecuencias pueden ser en algunos casos mucho más graves que en otras. Pensemos en algunos supuestos: la gestante va a comprometer su capacidad de gestar, su cuerpo, su salud, su tiempo, su modo de vida, sus emociones y sus sentimientos. Las actividades de una mujer embarazada se van limitando conforme avanza el embarazo. Cada cuerpo funciona diferente: sabemos que las mujeres embarazadas tienen náuseas, vómitos, aumento de peso, sueño, fatiga, no pueden desempeñar cualquier actividad física, cambios hormonales bruscos, entre otros. El embarazo dura nueve meses, pero los riesgos del embarazo pueden ser muy graves o incluso, en algunos casos, mortales. Por su parte, los solicitantes deben aportar los medios económicos para realizar su sueño de ser padres. Ellos tienen un deseo que los lleva a realizar todo para lograrlo, situación que no solo les representa el aspecto patrimonial, sino que se vuelven también sujetos vulnerables al quedar a disposición, en algunos casos, de charlatanes o empresas que solo quieren lucrar con sus anhelos. Enfrentan dificultades de tipo legal para atribuirse la filiación y lograr que se reconozca la personalidad jurídica de su bebé. Por otro lado, habrá quien obtenga una ganancia económica: podríamos pensar que el personal médico tiene derecho a una retribución por sus servicios, pero sabemos que hay quien abusa del dolor y del deseo ajeno y lucra con ello; por otra parte, una o más personas donarán sus gametos, en este apartado reitero que no veo más motivación para llevarlo a cabo que una ganancia económica y un sentimiento de vanidad, ¿excepcionalmente un acto de generosidad?; pero por encima de todos ellos, una persona nacerá, con igual dignidad y derechos que todos los demás que quisieron

ejercer sus “libertades”.¹⁶⁴ Resulta pues que del uso de esta técnica, nace un ser humano, cuyos derechos e intereses se han dejado de lado para privilegiar los intereses de todos los demás.

Suficientemente dramático nos parece el caso Paradiso y Campanelli contra Italia,¹⁶⁵ en el que un matrimonio de origen italiano, tras haber intentado la procreación mediante una fecundación *in vitro* que no tuvo éxito, decidieron rentar el vientre de una mujer rusa en una clínica en Rusia donde nació un bebé en febrero de 2011. La madre subrogada dio su consentimiento por escrito para que los solicitantes reconocieran al niño como propio, pero el problema surgió cuando quisieron sacar al bebé de Rusia para llevarlo a Italia, pues a su llegada a Italia los acusaron de falsificar los documentos y se les impidió registrar o adoptar al menor. Tras haber realizado pruebas genéticas entre el menor y el padre, y toda vez que el resultado arrojado fue que el menor no tenía vínculos genéticos con el solicitante, al ignorar la identidad de los padres biológicos, el bebé es puesto en adopción por considerarse que ha sido abandonado. El marco jurídico aplicable en Italia en esa época, era la prohibición del uso de las técnicas de reproducción asistida y todo acto relativo al estado civil de las personas celebrado en el extranjero tenía que llevarse a cabo mediante la intervención de autoridades consulares, quienes tenían prohibido registrar actos contrarios al orden público. La Gran Sala de la Corte determinó que las autoridades italianas no violaron el convenio europeo de derechos humanos que protege la vida familiar por considerar que entre los solicitantes y el bebé no hubo tal. En ese sentido consideramos que tenemos un claro ejemplo en el que Tribunal

¹⁶⁴ En algunos casos cuestionamos que la madre gestante actúe libremente o más bien por una necesidad económica que la orilla a comprometer todo lo anteriormente mencionado a cambio de una retribución económica.

¹⁶⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, 27 de enero de 2015.

Europeo privilegió el orden público italiano, pero quedó un ser humano desamparado.

Ello sin olvidar, por supuesto, que este fenómeno representa una terrible realidad llamada Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos.¹⁶⁶ Es un fenómeno relacionado con la trata de personas y con las formas de explotación humana, dentro de las cuales encontramos a la maternidad subrogada.

Otro concepto que nos resulta espeluznante es el del turismo reproductivo, que se entiende como “el fenómeno en el cual las personas acuden a otro país para someterse a métodos de reproducción asistida ya sea porque en su país los costos son muy elevados o porque están prohibidos algunos métodos de reproducción asistida existentes”.¹⁶⁷ Se trata de una realidad contraria a la naturaleza y además, si todavía existe la prohibición en algunos países de ciertos métodos de reproducción, es debido a que efectivamente aún subsisten múltiples argumentos para cuestionar las consecuencias de su utilización.

Por nuestra parte, afirmamos que no todo lo que el ser humano quiere o puede hacer debe considerarse como un derecho, como una facultad exigible frente a terceros. Cabe preguntarnos ¿siempre se debe satisfacer la voluntad de un individuo? porque si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, las consecuencias pueden ser desastrosas.

En la acción de inconstitucionalidad 16/2016,¹⁶⁸ el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación denomina esta técnica como gestación por sustitución toda

¹⁶⁶ Bartolini Esparza, Marcelo, *et. al.*, *MATERNIDAD SUBROGADA: Explotación de mujeres con fines reproductivos (EMFR)*, Capricho Ediciones, noviembre 2014, México, p. 10. https://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2019/02/EMFR_Early-Institute_TEXTO_MAPAS-corregidos.pdf

¹⁶⁷ Velazquez Lourdes, citada por Morales Montes de Oca, *op.cit.*, p. 321.

¹⁶⁸ Sesionada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de junio de 2021.

vez que afirma que es el útero donde se desarrolla la gestación y que la mujer que accede a llevarla proporciona su capacidad gestacional y con ello compromete todo su cuerpo y hasta un modo de vida especial durante el tiempo que dure la gestación.¹⁶⁹ Adicionalmente, reconoce que debe tratarse de un proceso intencional,¹⁷⁰ lo cual, lejos de parecer obvio, nos resulta completamente necesario de aclarar pues ha surgido ya la polémica en torno al uso del vientre de las mujeres con muerte cerebral por considerarlas aptas para llevar el embarazo a término.¹⁷¹

Se habla también de la ectogénesis, que se entiende como nacimiento fuera del cuerpo humano, útero artificial, máquina que sustituye el proceso gestacional.¹⁷² ¿Estamos hablando de hornos (objetos) para gestar seres humanos? si vemos el lado positivo, le quitamos a la mujer las incomodidades y los riesgos de un embarazo, o en la necesidad de contratar a una mujer para que gesticione al hijo. Pero si atendemos a lo que realmente importa, debemos priorizar el respeto por la dignidad y la naturaleza de la persona gestada y no así por las comodidades o beneficios de la persona gestante.

A propósito de los actos de disposición del cuerpo humano, existen muchos argumentos a favor de la maternidad subrogada. Uno de ellos ha considerado su analogía con la donación de órganos *inter vivos*. Vicente Bellver hace un análisis comparativo muy interesante acerca de las seis diferencias que hacen imposible esta analogía.¹⁷³ En primer lugar sostiene que en la donación de órganos se cede un

¹⁶⁹ AI 16/2016, p. 52

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 75

¹⁷¹ <https://www.infobae.com/colombia/2023/01/31/colegio-medico-colombiano-propuso-usar-mujeres-con-muerte-cerebral-como-vientres-subrogados/>

¹⁷² Alvarez Díaz, Jorge Alberto, “El futuro de la reproducción humana, ectogénesis y transhumanismo”, *Techno Review Revista Internacional de Tecnología Ciencia y Sociedad*, Vol. 13, No. 3, 2023, p. 2-11.

¹⁷³ Bellver Capella, Vicente, “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, en Cuadernos de Bioética, núm. 28 (2017), p. 235..

órgano que no afecta la identidad de la persona y en la gestación se cede una capacidad que afecta a la totalidad de la persona. Refiere:

La acción gestadora tiene una trascendencia radical sobre la vida de la mujer y del hijo. La relación que se establece entre ambos a lo largo de los nueve meses de embarazo impactará sobre los dos a lo largo del resto de sus vidas. Un mismo embrión tendrá características genéticas distintas dependiendo de la mujer que lo geste. Y la huella psicológica y fisiológica que un bebé deja en su madre durante el embarazo permanece a lo largo del tiempo.¹⁷⁴

Nos permitimos agregar que la huella psicológica que deja la madre en su bebé durante el embarazo permanecerá también a lo largo de la vida de la persona gestada.

En segundo lugar refiere que mientras que la donación de órganos es una acción puntual con riesgos puntuales; gestar para otros entraña riesgos para la salud de la gestante pero además es un proceso en el que la implicación de la mujer es total puesto que van a quedar afectados su aspecto, metabolismo, emociones, estilo de vida, con el esfuerzo por no vincularse afectivamente con el bebé que está gestando, a pesar de que todo su cuerpo se configure fisiológicamente para darle las mejores condiciones a su desarrollo.¹⁷⁵

Una tercera observación que apunta este autor se refiere a que la donación de órganos no genera dependencia del receptor, mientras que en la maternidad subrogada existe un conflicto de intereses puesto que los comitentes querrán controlar la gestación para que se desarrolle conforme a lo que ellos consideren mejor

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Idem.*

para los intereses de su hijo, y la gestante, querrá seguir siendo dueña de su vida.¹⁷⁶ ¿Podemos hablar de esclavitud en el caso de las gestantes? Resulta por demás evidente que lo que motiva a una madre gestante son cuestiones económicas, lo que la coloca en una relación asimétrica que condiciona su consentimiento.

La cuarta diferencia señala que en la donación de órganos se entrega un bien muypreciado a otro pero no tiene efectos directos sobre terceras personas. Por el contrario, el resultado de la gestación por sustitución es el nacimiento de una nueva vida humana, alguien para quien la gestante ha tenido un papel fundamental en su desarrollo.¹⁷⁷ Insistimos en que el recién nacido no puede ser objeto de un contrato.

La quinta diferencia nos dice que la valoración social de una y otra práctica son objeto de controversia, pues mientras nadie duda de la donación de órganos para salvarle la vida a una persona, en el caso de la gestación, algunos lo ven como una manifestación de altruismo y otros entienden que se trata de una forma de alienación intolerable de la mujer o de una acción que crea en el niño una confusión.¹⁷⁸ Finalmente señala que mientras que la causa de las donaciones es preservar la vida del receptor o mejorar radicalmente sus condiciones de vida, la de la gestación para otro es proporcionar un niño.¹⁷⁹ Nos parecen tan acertadas y evidentes las diferencias apuntadas por Bellver, que no deja de sorprendernos que se utilicen este tipo de razonamientos para justificar la existencia de este atentado en contra de la naturaleza y de los derechos del ser humano en aras de sostener la creación de un derecho a la reproducción artificial que garantice la posibilidad de procrear en condiciones adversas a la naturaleza para satisfacer ese falso derecho a la maternidad o paternidad a toda costa.

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ *Ibidem*, p, 236.

¹⁷⁹ *Idem.*

c. LA CLONACIÓN

La clonación se describe como “un proceso mediante el cual una célula o grupo de células de un organismo individual se utiliza para obtener un organismo completamente nuevo que es un clon del original”.¹⁸⁰ Se trata de la generación “de seres humanos idénticos en su genética a otro ser humano ya existente, mediante la enucleación de un óvulo, al que se le transfiere el núcleo de una célula adulta, de modo que el nuevo ser humano así creado tiene idéntico código genético que el de la persona adulta”.¹⁸¹ El clon es un organismo de idéntica constitución genética producido mediante reproducción asexual.¹⁸²

José Luis Velázquez nos relata el proceso de clonación de la oveja Dolly:

Dolly es una oveja que nació el 5 de julio de 1996 mediante la utilización de la técnica de transferencia somática nuclear... Primero se extrajeron células de la glándula mamaria de una oveja Finn Dorset de seis años que se encontraba en el último trimestre de embarazo. Después de cultivar las células en un medio pobre durante cinco días para evitar la activación de genes, se insertaron en óvulos enucleados fusionando toda la célula, y sin retirar el citoplasma que envuelve al núcleo donante, con el citoplasma del óvulo sin núcleo. Después de 277 intentos de fusión, se obtuvieron 247 embriones de los cuales solo 29

¹⁸⁰ Velázquez, José Luis, *Del homo al embrión ética y biología para el siglo XXI*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, p. 119.

¹⁸¹ Calvo Mejjide, Aberto, “Visión crítica ético-jurídica de la investigación con embriones”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, coord. Dora García Fernández y Martha Tarasco Michel, México, Porrúa, 2011, p. 263.

¹⁸² Velázquez, José Luis, *op.cit.*, p. 119.

alcanzaron el estadio de mórula o blastocito. Los embriones se implantaron a 13 ovejas y sólo una quedó preñada.¹⁸³

Esta técnica no utiliza los dos gametos. Estaríamos pensando en seres humanos idénticos, como un original y su copia. ¿Una persona podría ser la madre de su propia hermana gemela? Es un absurdo biológico y jurídico. Si ya de por sí las otras técnicas de reproducción que hemos comentado presentan cuestiones importantes a considerar, en la clonación se trastoca todo el concepto de familia como derecho humano al que nos hemos referido en el capítulo primero.

Se afirma que la oveja Dolly tiene tres madres: una nuclear, una ovular y una uterina. Esto complicó la labor de determinar su identidad genética y su edad.¹⁸⁴

La clonación atenta contra la dignidad del hombre, el orden natural, la identidad, unicidad, singularidad, exclusividad del ser humano.¹⁸⁵

Según la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos,¹⁸⁶ el genoma humano es el patrimonio de la humanidad,¹⁸⁷ ninguna investigación relativa al genoma humano ni sus aplicaciones, podrán prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de la libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos;¹⁸⁸ y no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos.¹⁸⁹

¹⁸³ *Ibidem.*, p. 125.

¹⁸⁴ *Ibidem.*, p. 126 y 127.

¹⁸⁵ Calvo Meijide, “Visión crítica ético-jurídica de la investigación con embriones”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, *op.cit.*, p. 263.

¹⁸⁶ Aprobada por la Conferencia General de las Naciones Unidas el 11 de noviembre de 1997.

¹⁸⁷ artículo 1

¹⁸⁸ artículo 10

¹⁸⁹ artículo 11

El desarrollo del conocimiento ha de tener como guía principal el beneficio de la humanidad y el respeto a la dignidad de los individuos.¹⁹⁰ Se trata entonces a la vez de una guía y una frontera que no debe cruzarse. No cuestionamos que los niños que nacen de reproducción asistida sean poseedores de dignidad, sino precisamente porque la tienen, deben recibir el mismo trato y los mismos derechos que todos los demás, sin que premeditadamente se les prive de esos derechos.

Hemos sostenido que se considera que la familia es un derecho que se entiende reservado a la vida íntima y privada de las personas y que el Estado no puede intervenir más que de forma justificada. Procede entonces aplicar el principio de Stuart Mill: “si el Estado no está legitimado para intervenir en el espacio de la libertad individual, a menos que haya consecuencias en la esfera de otros individuos” no puede haber ninguna duda de que en este caso hay consecuencias muy relevantes.¹⁹¹ ¿Puede entonces el Estado intervenir? la respuesta es clara. Sí. Y no solo puede intervenir, sino que en este tipo de decisiones donde las personas hemos puesto los intereses y deseos particulares sobre la vida y los derechos de los niños, el Estado debe intervenir y en su caso, prohibir las técnicas de reproducción asistida que no garanticen los derechos, las libertades y la dignidad de los seres humanos que emanan de ellas. Habermas dice: “precisamente en aquellas dimensiones donde las fronteras son más difíciles de determinar, deberíamos poder dibujar fronteras absolutamente precisas”.¹⁹²

Hoy en día queremos justificar todo en una postura individualista y egoísta, basada en la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad, donde

¹⁹⁰ Martínez Bullé Goyri Victor M, *et. al.*, *op.cit.*, p. 19.

¹⁹¹ Greco Tommaso, “El cuerpo como máquina. Consideraciones sobre la maternidad subrogada”, *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, coord. Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá, México, Escuela Libre de Derecho y Universita di Pisa, México, 2021. p. 453.

¹⁹² Habermas Jürgen, citado por Greco Tommaso, *Ibidem*, p. 463.

“mis derechos son órdenes para los demás”, o más bien, donde se piensa “tener derecho a todo”, donde “mi voluntad me da derecho a todo lo que quiero”, ignorando los derechos de terceros y las consecuencias que este reconocimiento origina.

Jürgen Habermas nos invita a reflexionar acerca de lo siguiente:

¿Queremos contemplar la posibilidad categorialmente nueva de intervenir en el genoma humano como un incremento de libertad *necesitado de regulación* normativa o como una autoinvestidura de poderes para llevar a cabo unas transformaciones que dependan de las preferencias y no necesiten ninguna autolimitación?¹⁹³

Este autor destaca que la persona puede someter su propia biografía a una valoración crítica y a una revisión retrospectiva,¹⁹⁴ pero que lo que ahora se pone a disposición es la indisponibilidad de un proceso contingente de fecundación,¹⁹⁵ asegurando que:

... tan pronto los adultos contemplasen un día la admirable dotación genética de su descendencia como un producto moldeable para el que elaborar un diseño acorde a su parecer, ejercerían sobre sus criaturas manipuladas genéticamente una forma de disposición que afectaría a los fundamentos somáticos de la autorrelación espontánea y de la libertad ética de otra persona, disposición que hasta ahora sólo parecía permitido tener sobre cosas, no sobre personas.¹⁹⁶

¹⁹³ Habermas Jürgen, *El futuro de la naturaleza...cit.*, p. 18.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ *Idem*.

La manipulación genética de los embriones vulnera la autonomía, la libertad y la igualdad, pues cuando uno toma por otro una decisión irreversible que afecta profundamente la disposición orgánica de éste, se restringe la simetría de la responsabilidad existente entre personas libres e iguales.¹⁹⁷

Ante la pregunta ¿está de acuerdo con la fecundación artificial? John Finnis respondió:

La producción siempre implica una relación de dominación y desigualdad (entre productor y producto), totalmente distinta de la relación de igualdad básica que es lo distintivo de la procreación sobrevenida en un acto interpersonal de expresar, actualizar y vivir la experiencia de compromiso matrimonial y afecto.¹⁹⁸

En esta investigación queremos insistir en que la relación de pareja no debe ser exclusivamente matrimonial, pero sí, aquella en la que haya estabilidad, solidaridad, respeto, ayuda mutua, amor y sobre todo una gran vocación para asumir la paternidad/maternidad responsable y en equipo. En esta relación debe prevalecer el absoluto respeto a la propia dignidad, a la de los demás y a los derechos de los descendientes, quienes resultan ser los más vulnerables por la situación de dependencia en la que se encuentran. El ser humano no deberá jamás entenderse como un producto.

La tecnología embrionaria es sin duda un avance impresionante y aquello que el ser humano es capaz de hacer nunca dejará de sorprendernos. En sus inicios buscó

¹⁹⁷ *Ibidem.* p. 20.

¹⁹⁸ Finnis, John, “un defensor de la ley natural en Oxford”, Pontificia Universidad Católica de Chile, <http://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13313-john-finnis-un-defensor-de-la-ley-natural-en-oxford>

curar la infertilidad, pero con su desarrollo logró la producción de seres humanos prácticamente de catálogo. En ese sentido, no solo cuestionamos el empleo de las técnicas de reproducción asistida con las problemáticas que hemos mencionado, sino la posibilidad de intervenir genéticamente a los embriones humanos para elegir aquél que satisfaga nuestras preferencias. Se trata de una programación, es entrometerse en la biografía de la persona, y optar por utilizarlo o no.

Roberto Andorno escribe acerca de la nueva eugenesia y afirma que “ya no se trata solamente de *dar un hijo* a quien no puede naturalmente tenerlo. Ahora se persigue dar un hijo de *buena calidad*, que satisfaga los deseos de los padres”.¹⁹⁹ La ciencia médica crea múltiples posibilidades para curar o tratar algunas enfermedades, pero ¿tenemos derecho a tener hijos sanos? por supuesto que la salud es un derecho para su titular, pero no podemos justificar por ejemplo la clonación con argumentos de tipo terapéuticos para la curación de ciertos padecimientos.

Por otra parte, Garibo Peyró cuestiona que con todo y que los tratados internacionales sobre derechos humanos comienzan sus listados de derechos con el derecho a la vida, hoy en día han surgido acciones como las llamadas *wrongful birth* y *wrongful life* que introducen la idea de que la vida de las personas con discapacidad pueda ser considerada como un daño moral y provocar un daño patrimonial, ambos resarcibles, generando la concepción de estas vidas como menos valiosas, inferiores o despreciables, justificando así su eliminación y vulnerando el principio del respeto incondicionado a la vida de las personas con independencia de sus condiciones que debe considerarse como una exigencia básica de justicia.²⁰⁰

¹⁹⁹ Andorno, Roberto, *op.cit.*, p. 321.

²⁰⁰ Garibo Peyró, Ana-Paz, "El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de "wrongful birth" y "wrongful life" sobre las

La diferencia entre las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* consiste en que las primeras hacen referencia a las demandas interpuestas por los padres de niños nacidos con alguna anomalía o discapacidad, contra el médico o el personal sanitario que no propuso la realización de las pruebas diagnósticas indicadas, o no detectó en un diagnóstico prenatal la afección que padecía el feto, o no lo comunicó a los padres para que pudieran tomar la decisión informada de no continuar adelante con el embarazo, en aquellos supuestos en los que la legislación permite el llamado aborto eugenésico.²⁰¹ En las segundas, es el propio hijo nacido con alguna enfermedad o anomalía genética quien ejercita la acción por sí mismo o por medio de sus representantes legales contra el médico o personal médico que, por no detectar las anomalías o por informar erróneamente a sus padres, permitieron su nacimiento, pues de haberlo sabido, hubieran optado por interrumpir el embarazo.²⁰² ¿Existen los derechos a no haber nacido y el derecho a nacer sin limitaciones físicas o psíquicas relevantes?²⁰³ La autora insiste en reflexionar sobre el contraste entre la evolución humanizadora en la consideración de las personas con discapacidad, y la tendencia a desproteger la vida del *nasciturus* discapacitado.²⁰⁴

Esta investigación reconoce que los motivos por los cuales una persona busca el auxilio de estas técnicas son sensibles, íntimos, privados, comprensibles y somos afines con todos ellos porque sabemos que el deseo de tener hijos es genuino. Sin embargo, en esta cada vez más desarrollada y accesible manera de traer niños al

personas con discapacidad". Revista Persona y Derecho. 81, 2020, 323 - 348. p. 325. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/60524/1/rhereder%2c%2012.pdf>

²⁰¹ *Ibidem*, p. 326.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ *Ibidem*, p. 331.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 346.

mundo, aparecen muchos derechos de todas las personas involucradas, personas que consideramos se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

CAPÍTULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LA VIDA HUMANA NACIENTE Y EN DESARROLLO

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Así lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1o. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4o determina lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Tal y como lo hemos señalado con anterioridad, nuestra Constitución ordena que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con las características de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a las que también hemos hecho referencia

Vázquez Gómez nos recuerda que los derechos humanos son pretensiones, facultades e inmunidades inherentes a la naturaleza y dignidad humanas.²⁰⁵ Por su parte, Habermas dice que la dignidad humana es la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento.²⁰⁶

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la dignidad humana constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas, cuya importancia resalta al ser la base y

²⁰⁵ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, “La Transformación del Estado y su Derecho a partir del Reconocimiento de los Derechos Humanos. Apuntes para (re)pensar el Estado Mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011”, *El Artículo 1o constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, 2021, p. 52.

²⁰⁶ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *SciELO, Diánoia* vol.55 no.64 Ciudad de México mayo 2010.

condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.²⁰⁷

En este sentido, el derecho a la vida es el presupuesto para la titularidad y el ejercicio de los demás derechos humanos. “Nadie tiene derecho a la vida, todo ser humano está vivo”, diría Vázquez Gómez; y agrega, “otra cosa muy diferente es que, derivado de esa realidad prejurídica, los sistemas jurídicos protejan el derecho a la salud, el derecho a la protección de la integridad física, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la alimentación, la proscripción de la pena de muerte.”²⁰⁸

La Constitución Mexicana protege la vida. En el artículo 4o, obliga al Estado a la protección de la salud, el desarrollo y bienestar de toda persona; en el artículo 21, al disponer que la seguridad pública tiene como fin salvaguardar la vida y la integridad de las personas; en el artículo 22, al establecer que quedan prohibidas las penas de muerte; en el artículo 29, al prever que no podrá suspenderse ni restringirse el ejercicio de los derechos a la vida, a la integridad personal así como el artículo 123 fracción XV protege al producto de la concepción.

Según Alonso Gómez Robledo, existe una categoría para los cuales ninguna consideración de orden público podría justificar limitantes.²⁰⁹ Se trata de los derechos no derogables que son: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, prohibición a la esclavitud, e incluso el principio de la legalidad de los delitos y de las penas.²¹⁰

²⁰⁷ Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro 33, agosto de 2016, Tomo II, página 633

²⁰⁸ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, *op.cit.* p. 56.

²⁰⁹ Gómez Robledo, Alonso, “Protección de la privacidad frente al Estado”, *Diagnóstico Genético y Derechos Humanos*, México, UNAM, 1998, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, p. 93.

²¹⁰ *Idem.*

¿Cómo explicamos entonces, reconocido el derecho a la vida e incluso que la vida es una realidad prejurídica y que no admite limitante, que el Estado permita la manipulación embrionaria en las técnicas de reproducción asistida con el grave riesgo sobre la vida del *nasciturus*? La respuesta sería mucho más clara si todos pudiéramos ponernos de acuerdo en dar respuesta a la pregunta ¿En qué momento empieza la existencia humana?

Keith L. Moore y T.V.N. Persaud resumen el desarrollo humano de la siguiente forma:

El desarrollo humano comienza en la fecundación, cuando un gameto masculino (espermatozoide) se une con un gameto femenino (óvulo) para dar lugar a una sola célula, el cigoto. Esta célula altamente especializada y totipotente, ha marcado el comienzo de cada uno de nosotros en cuanto a individuos únicos. El cigoto apenas visible a simple vista como una minúscula mancha, contiene cromosomas y genes (unidades de información genética) derivados de la madre y del padre. El cigoto unicelular se divide muchas veces y se va transformando progresivamente en un ser humano multicelular, gracias a la división, migración, crecimiento y diferenciación celular.²¹¹

El *nasciturus* vive desde el primer momento de su existencia, y existe desde la fase inicial de su desarrollo.

Ronald Dworkin formula la siguiente pregunta: ¿Un feto humano puede considerarse persona desde el momento de la concepción? Esa pregunta ha sido discutida por teólogos y filósofos morales y por gente común durante muchos siglos.

²¹¹ Keith L. Moore y T.V.N. Persaud, citados por George Robert P. y Christopher Tollefsen, *EMBRIÓN Una Defensa de la Vida Humana*, Ediciones Rialp, S.A., España, 2012, p. 41.

Ni la indagación jurídica, ni la evidencia científica, ni el análisis conceptual pueden resolverla.²¹²

Dworkin indica que la cuestión es si el feto es una persona en el sentido constitucional, es decir, si constitucionalmente hablando el feto es una persona cuyos derechos e intereses pueden ser calificados con la misma importancia con que son calificados los derechos de las demás personas.²¹³ Según narra este autor, el caso *Roe vs. Wade*²¹⁴ sostuvo que los Estados tenían un interés legítimo en proteger “la vida potencial” y que cualquier reconocimiento constitucional que recibiera el derecho a abortar debía tomar en cuenta ese interés.²¹⁵ Dworkin considera que la respuesta más persuasiva para dar significado al interés del Estado en la vida potencial es que según la sentencia, aunque un feto no sea una persona desde el punto de vista constitucional, se trata de una entidad que posee una considerable relevancia moral y emocional de nuestra cultura.²¹⁶

Nos es difícil entender ese concepto de “vida potencial” pues el *nasciturus* ya existe desde el momento de la fecundación y por ende, vive, entonces no hay ninguna potencia porque el efecto de vida ya se ha producido. En todo caso y haciendo una analogía a la teoría ecléctica que en Derecho Civil explica el inicio de la personalidad jurídica de la persona física, consideramos que el *nasciturus* existe desde la

²¹² Dworkin, Ronald, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*; traductor, Matías Parmigiani, Lima, Palestra Editores, 2019, p. 57.

²¹³ *Ibidem*, p. 58.

²¹⁴ Revertido por *Dobbs Vs. Jackson Womens Health Organization* (2021). En este caso se impugnó una ley de Mississippi que prohíbe el aborto después de las 15 semanas, incluso en casos de violación. Se resolvió que "que la Constitución no confiere un derecho al aborto [...] y la autoridad para regularlo retorna al pueblo y a sus representantes electos". Se regresó la competencia a los Estados para que regulen el aborto.

²¹⁵ Dworkin, Ronald, *op.cit.*, p. 69.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 69-70.

fecundación y por tanto vive, pero se encuentra sujeto a la condición resolutoria negativa consistente en que no se interrumpa su desarrollo.

1. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS DEL INICIO DE LA VIDA

Al analizar la cuestión del bioderecho universal, Marta Albert observa que algunos de los problemas más graves que ocupan al bioderecho no están en la legislación sino que radican en la interpretación del lenguaje bio-jurídico, teniendo que ver con la interpretación que los juristas hacen de las normas.²¹⁷ En su ensayo, analiza algunos casos emblemáticos relacionados con el derecho a la vida que nos sirven para entender cómo se han interpretado y aplicado los textos bio jurídicos. A continuación presentamos un pequeño resumen de tres de los casos expuestos por la autora en el mismo orden establecido por ella.

A. Caso Baby Boy vs. EUA (1981)²¹⁸

El 3 de octubre de 1973, el Dr. Kenneth Edelin (del Boston City Hospital) realizó un aborto por histerectomía (procedimiento quirúrgico donde se extirpa el útero) en una mujer soltera de diecisiete años, embarazada de unas veinte semanas, con consentimiento de ésta y su madre.

La ley del Estado de Massachusetts establecía que el aborto es delito excepto cuando se realiza de buena fe y en la creencia de que es necesario para la conservación de la vida o la salud de la mujer. El médico fue condenado por homicidio no premeditado. Recurrido el caso ante la Corte Suprema judicial de Massachusetts, la condena es revocada y el Dr. Edelin resulta absuelto.

²¹⁷ Albert, Marta, “¿Hacia un bioderecho universal? Bioderecho en acción y funcionalización del valor de la vida humana”, en Cuadernos de Bioética, núm. 26, 2013, p.224.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 225.

El caso llega a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que resuelve que la Declaración de Bogotá (1948) en vigor proclamaba el derecho a la vida en su artículo 4.1, “toda persona tiene derecho a la vida”. Pero, reconoció el derecho de los Estados Unidos a legislar de acuerdo con su propio desarrollo social, experiencia y factores similares. De este modo, el sistema americano de protección de derechos humanos, consideró que, en el caso Baby Boy, el derecho de los Estados Unidos comprendía la posibilidad de absolver al médico por la comisión de un aborto en la semana 20 de embarazo.

B. Caso Vo vs. Francia (2004) ²¹⁹

La señora Vo, de origen vietnamita, residía en Lyon (Francia) y no hablaba francés. Acudió al hospital para realizarse el ultrasonido de las veinte semanas. Allí, el médico que la atendía la confundió con otra señora, también llamada Vo, y también de origen vietnamita, que iba a que le retiraran un dispositivo intrauterino. Las dos señoras llegaron a la vez a la consulta y el personal de administración confundió sus expedientes. Al realizar la maniobra de extracción del dispositivo intrauterino sobre la señora Vo embarazada, el doctor le provocó una ruptura de la bolsa con expulsión del líquido amniótico y posterior expulsión del propio feto, un niño que falleció por esta causa.

La señora Vo denunció al médico por homicidio involuntario. El punto es, que un homicidio sólo puede perpetrarse sobre una persona, sobre un sujeto dotado de personalidad jurídica y titular de derechos.

El problema que debe resolver el Tribunal es la determinación de si un feto puede ser víctima de un homicidio. Los Tribunales franceses entendieron que el

²¹⁹ *Ibidem*, p. 226.

argumento decisivo era el de la viabilidad del feto, de modo que un feto viable puede ser víctima de un homicidio, mientras que uno inviable, no.

Las tres instancias que conocieron del caso en Francia tuvieron criterios diferentes respecto a la viabilidad del bebé, pero finalmente el Tribunal Supremo Francés consideró que cuando el feto fue expulsado del claustro materno no tenía posibilidades de supervivencia.

La señora Vo recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acusando a Francia de la violación del artículo 2 de la convención de Roma “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”. El Tribunal Europeo debía resolver la cuestión sobre la base de la interpretación del término “persona”. En su sentencia reconoció que el embrión y el feto pertenecen a la especie humana, y merecen, por tanto, protección jurídica, pero esto no les convierte en “personas” con derecho a la vida en virtud del artículo 2 de la Carta de Roma, dando por válida la solución de los tribunales franceses de absolver al médico del delito de homicidio.

C. Caso Evans vs. Reino Unido (2007)²²⁰

La señora Evans, tras varios años intentando quedarse embarazada sin lograrlo decidió, junto a su entonces pareja, el señor Johnston, recurrir a los servicios de una clínica de reproducción asistida.

Durante los estudios realizados a la pareja para determinar las causas de su esterilidad, le son diagnosticados a la señora Evans dos tumores precancerígenos en ambos ovarios. La clínica les recomendó realizar inmediatamente una fecundación artificial y congelar los embriones resultantes con la finalidad de que, una vez extirpados los ovarios, la señora Evans pudiera implantarse y gestar los embriones.

²²⁰ *Ibidem*, p. 227.

La clínica informó a ambos de la necesidad de firmar un contrato, por el que prestaron su consentimiento al tratamiento. Además del contrato privado con la clínica, se aplicaba una ley, la *Human Fertilisation and Embriology Act*, (HFEA) que establece en su Anexo 3, Sección 4, que cualquiera de los dos puede revocar el consentimiento en cualquier momento anterior a la implantación en el útero de los embriones. Además, el contrato establecía que, en caso de que la relación terminara mediando sentencia de divorcio o separación, el destino de los embriones debía ser revisado. Por último, ambos tenían obligación de comunicar a la clínica cualquier cambio que se produjera en su relación.

La fecundación se realiza en noviembre de 2001 y se obtienen seis seis embriones, que son congelados. La señora Evans es intervenida de los dos tumores, siéndole extirpados los ovarios, por lo que queda imposibilitada para tener hijos en lo sucesivo. Los médicos le recomiendan esperar al menos dos años desde la operación para implantar los embriones.

Seis meses después de la fecundación, la relación entre ella y el señor Johnston se rompe. Él comunica a la clínica la ruptura y solicita la destrucción de los embriones.

La Sra. Evans, que se opone a la destrucción, demanda a la clínica ante la High Court. Al comenzar ella un proceso judicial, y en tanto el proceso está pendiente de resolución, se mantienen los embriones congelados como medida precautoria.

Agota la jurisdicción del Reino Unido sin que ningún tribunal ampare su pretensión de impedir la destrucción de los embriones. Finalmente, lleva su caso al Tribunal de Estrasburgo, donde su defensa argumenta que la HFEA viola el derecho a la vida de los embriones, al hacerlo depender por completo de la voluntad de los padres.

El Tribunal afirma que no existe violación alguna, ya que los embriones no son titulares del derecho a la vida, sino una realidad biológica que, si bien es digna de protección, en la medida en que tiene la potencialidad de llegar a ser una persona no puede entenderse como una realidad dotada de personalidad jurídica ni como titular de derechos.

Como podemos apreciar, estos casos dan al embrión humano un trato distinto: como vida potencial. como pertenecientes a la raza humana, como realidad biológica.

Veamos ahora dos casos relevantes en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación se han pronunciado al respecto. :

D. Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica (2011)

Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación de un Decreto Ejecutivo en febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación *in vitro* (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000. El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. La Sala Constitucional de la Corte Suprema resolvió anularlo por inconstitucional.

En 2001, nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los

casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

La Corte consideró que el caso trataba de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y los derechos reproductivos de las personas, en relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.²²¹ Recordó que el ámbito de protección del derecho a la vida privada va más allá del derecho a la privacidad puesto que abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.²²²

²²¹ párrafo 144.

²²² párrafo 143.

Adicionalmente, la Corte había señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos.²²³ Respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana consideró que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa.²²⁴

La Corte interpretó el término “concepción” y al respecto, resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Dice que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas.²²⁵

En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede.²²⁶ Y finalmente resolvió que el embrión no puede ser entendido como persona, concluyendo que la “concepción” tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero por lo que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.²²⁷

²²³ párrafo 172.

²²⁴ párrafo 185.

²²⁵ párrafo 186.

²²⁶ párrafo 187

²²⁷ párrafo 264

E. Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018

Veamos ahora qué resolvió la Suprema Corte en la Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018,²²⁸ en la que en noviembre de 2018, diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Movimiento Regeneración Nacional del Congreso del Estado de Sinaloa promovieron acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4 Bis A, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Sinaloa, reformado mediante decreto número 861 publicado en el Periódico Oficial “El Estado de Sinaloa” el 26 de octubre de 2018.

El texto impugnado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la minoría parlamentaria dice lo siguiente:

Artículo 4° bis A. Las personas son titulares de los siguientes derechos y libertades reconocidos por esta Constitución:

I. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte, respetando en todo momento la dignidad de las personas.

La Corte reconoce que el derecho a la vida digna debe ser entendido no sólo como el derecho al mantenimiento de la vida en su acepción biológica, sino como el derecho a (i) la autonomía o posibilidad de construir el “proyecto de vida” y de determinar sus características (vivir como se quiere); (ii) ciertas condiciones

²²⁸ Promovida por los diputados integrantes del congreso de sinaloa y comisión nacional de derechos humanos.

materiales concretas de existencia (vivir bien), y (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

La Corte establece que no corresponde a ninguna legislatura local ni a este Pleno definir con contundencia el origen de la vida humana, pues la vida es un *continuum*. Sostiene que sería un artificio jurídico inaceptable pretender resolver normativamente un dilema respecto del cual no existe consenso científico, moral, ni religioso.

El Pleno se niega a aceptar –haciendo eco de ese sentido común colectivo y los valores democráticos que admiten la libertad de conciencia y la diversidad de los planes de vida– que la vida en gestación tenga el mismo estatus constitucional que una persona nacida, titular incuestionable de derechos. Argumentan que concederle al feto el estatus de persona es una decisión ética personal que no puede imponerse al común de las personas utilizando las leyes de un Estado laico en forma de prescripción jurídica.

El Pleno también opina que establecer que el embrión y el feto merecen el mismo nivel de protección jurídica que las personas nacidas sería asimilar una realidad ontológica y concreta a un proceso contingente y precario que va adquiriendo una mayor concreción ontológica en la medida que el embarazo progresa. Sin embargo, el Pleno admite y avala el indudable interés del Estado en la vida en gestación y reconoce que el embrión o feto son bienes constitucionalmente relevantes que deben protegerse de acuerdo con esa dignidad y carácter, incluso admite que esa protección pueda intensificarse gradualmente sin afectar desproporcionadamente los derechos de las personas nacidas ni ignorar situaciones críticas.

Podemos observar como estas resoluciones paradigmáticas indican que el *nasciturus* no es una persona y que no es merecedor de la misma protección que una

persona nacida, sino que su protección es gradual. ¿La protección gradual al *nasciturus* es razonable? A nuestro entender se trata de un concepto engañoso que proporciona una falsa seguridad. Esta protección gradual plantea una protección distinta según las características biológicas del *nasciturus*, lo cual representa un trato discriminatorio que pretende justificar una protección arbitraria. Se trata de una supuesta protección que lejos de ser progresiva, es regresiva y contraria a la idea de los derechos humanos, que además son universales, indivisibles e interdependientes. Toda vez que hay vida humana, y no vida potencial, no se justifica un trato diverso y limitado, además de que su protección debe ser igual, integral y completa para todos

Se aprecia que en las decisiones trascendentales que hemos citado en este estudio y que han resuelto acerca del derecho a la vida, se niega al *nasciturus* el status de persona, entendiendo, en el caso mexicano, que el embrión es un bien constitucionalmente relevante, digno de una protección gradual inferior a la protección de los derechos de las personas nacidas.

En este contexto, es notorio que para el objeto de nuestro estudio, en la Fecundación *in vitro*, en la que se fecundan varios óvulos pero sólo algunos de los embriones se implantan en el útero de la mujer, a los embriones restantes no se les ha reconocido un derecho a la vida y a la protección.

Resulta además paradójico, pues tal y como refiere José Luis Velázquez:

Mientras que para muchos científicos el embrión humano no es más que una colección de células o un nuevo recurso terapéutico para tratar enfermedades, para las personas que se someten a tratamientos de fertilidad aquel representa

un conjunto complejo de expectativas irreductibles a una mera forma de vida humana primitiva.²²⁹

Luego entonces, resulta que tal y como afirman Marcó Bach y Tarasco Michel resolver este dilema es básico, ya que si el embrión es un ser humano en estado embrionario, su vida tiene el valor de cualquier ser humano; si no, entonces es éticamente correcto manipular, utilizar y destruir embriones como cualquier material biológico.²³⁰ Estos autores confirman que científicamente no hay ninguna duda de que la vida humana se inicia en la concepción²³¹ por lo que el dilema no es el momento en que se adquiriera la condición humana sino la fase de desarrollo en que se le concede los derechos humanos.²³²

Consideramos que independientemente de su condición y etapa de desarrollo, todos los miembros de la raza humana deben gozar del derecho universal a la inviolabilidad de la vida.²³³

Se considera que la protección a la vida del *nasciturus* es contraria a los derechos reproductivos de las mujeres, que a la vez forman parte del derecho a la vida privada y que la decisión de ser o no madre forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.

Frente a este argumento, compartimos la opinión de Ramírez García y Soberanes Diez quienes realizaron un análisis acerca de la Protección del derecho a

²²⁹ Velázquez, José Luis, *op.cit.* p. 77.

²³⁰ Marcó Bach, Javier y Martha Tarasco Michel, “Hechos científicos sobre el cigoto y el embrión humano”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, coord. Dora García Fernández y Martha Tarasco Michel, México, Porrúa, 2011, p.113.

²³¹ *Ibidem*, p.116.

²³² *Ibidem*, p.124.

²³³ *Cfr.* Ramírez García Hugo S. y José María Soberanes, “The Right of Life in the Context of Mexican Legal Experience”; *Unborn Human Life and Fundamental Rights Leading Constitutional Cases under Scrutiny*, Pilar Zambrano/ William L. Sanders (eds), Berlin, Peter Lang, 2019, p. 231.

la vida desde el momento de la concepción en la jurisprudencia mexicana que resolvió cuestiones relacionadas con el aborto y al respecto opinan que:

Desde una perspectiva más amplia, conceptual y antropológica, la conclusión sobre el contenido y alcance del derecho a la libertad reproductiva también es cuestionable por dos razones. En primer lugar, contrariamente a la evidencia científica, niega la identidad biológica y ontológica del *nasciturus*, reduciéndolo a una parte del cuerpo de la mujer embarazada... En segundo lugar, al afirmar la libertad reproductiva de la mujer frente a la protección del derecho a la vida a partir del momento de la concepción, el proyecto normativo realiza una discriminación injustificada contra los hombres, quienes participan por igual en el caso de la concepción. A los hombres se les niega su propio derecho a la libertad reproductiva con vistas a convertirse en padres, ya que su elección está totalmente subordinada a la decisión unilateral de las mujeres de optar por la interrupción del embarazo.²³⁴

Nuestro estudio no abarca temas relacionados con el aborto, pero estos argumentos ciertamente son relevantes pues por lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida que hemos explicado, para que la técnica sea exitosa, la práctica sugiere que se fecunden el mayor número de óvulos posibles y para garantizar la efectividad de la reproducción asistida, la calidad de los embriones transferidos es fundamental, lo cual únicamente se logra mediante la manipulación y la selección embrionaria. Por ello, es preocupante que al embrión humano se le niegue la realidad biológica y

²³⁴ Ramírez García Hugo S. y José María Soberanes, "The Right of Life ... *cit.* p.226. El libro está en inglés y la traducción fue realizada por la autora de este trabajo para citarlo.

ontológica del ser humano cuando se le identifica con el cuerpo de la mujer, siendo que goza de autonomía.²³⁵

Resulta por demás interesante que Jürgen Habermas distingue entre la negativa de un embarazo no deseado, en el que la autodeterminación de la mujer colisiona con la necesidad de protección del embrión; con la aplicación de un diagnóstico preimplantatorio en el que la ponderación se da entre los padres que desean un hijo, pero renuncian a la implantación del embrión si éste no cumple con determinados estándares de salud.²³⁶

Por otra parte, ciertamente consideramos que bajo estas perspectivas, los derechos reproductivos del hombre dependen por completo de los derechos a la vida privada y decisión de la mujer, de tal suerte que el hombre únicamente accederá a la paternidad cuando la mujer quiera. Aunque como lo hemos ya expuesto, con todos estos avances científicos y tecnológicos, la reproducción humana ya no depende de la naturaleza, lo que resulta injusto para el *nasciturus* pues al considerar los derechos reproductivos y al uso de las tecnologías como absolutos se ignoran los derechos de otra persona distinta a aquellos que ejercieron sus libertades.

Por ello, ahora que hemos aportado algunas reflexiones en torno al *nasciturus* y al derecho a la vida relacionados con el uso de las técnicas de reproducción, a continuación expondremos algunos de los derechos de la persona que nace de la reproducción asistida, y lo haremos desde la óptica del menor de edad, por ser además un sujeto vulnerable y merecedor de especial protección.

²³⁵ El embrión está bajo la protección de la madre, pero puede vivir fuera de la madre durante el inicio y el final de su desarrollo. Marcó Bach y Tarasco, *op.cit.*, p. 122.

²³⁶ Habermas Jürgen, *El futuro de la naturaleza ... cit.*, p 38.

CAPÍTULO CUARTO

OTROS DERECHOS IMPLICADOS Y AFECTADOS

Como bien sabemos, la persona es el centro de acción y de protección de todo el ordenamiento jurídico. Para conocer su concepto, tradicionalmente hemos buscado el significado de la persona desde un punto de vista semántico, etimológico, filosófico y jurídico. En éste último sentido, llamamos persona a “todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones”²³⁷ o a todo ser capaz de devenir sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.²³⁸

La persona es el ser humano y como tal, tiene derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, que no es otra cosa que la idoneidad o aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones²³⁹. Se ha discutido si es el Estado quien confiere esta personalidad jurídica, o si más bien, porque somos personas, tenemos personalidad jurídica, y con ello el derecho a que el Estado la reconozca, en su dimensión material, pero también, desde la dimensión formal, para poder proveer a la persona de los medios o instrumentos necesarios para acreditar dicha personalidad.²⁴⁰

Adicionalmente sabemos que toda persona tiene atributos, que son caracteres inherentes, imprescindibles e inseparables de aquélla.²⁴¹

Por otra parte, tal y como lo hemos mencionado en el capítulo anterior, seguimos discutiendo cuál es el inicio de la persona humana, para dilucidar a partir

²³⁷ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Derecho Civil parte general, Personas, Negocio jurídico e Invalidez*, 14a ed., México, Porrúa, 2016, p. 131.

²³⁸ *Ibidem*, p. 131.

²³⁹ *Ibidem*, p. 128.

²⁴⁰ Tesis: 1a./J. 77/2022 (11a.), Seminario Judicial de la Federación, Undécima Época, libro 14, junio 2022, tomo V, p. 4164.

²⁴¹ Domínguez Martínez, *Derecho Civil parte general....cit.*, p. 132.

de cuándo debe entrar bajo la protección del ordenamiento jurídico como titular de derechos, pero en este capítulo partiremos de la base de que hoy en día resulta muy claro para el Derecho Civil, que la personalidad jurídica de la persona física empieza con el nacimiento y que el concebido entra dentro de la protección de la ley exclusivamente para los efectos declarados en nuestra legislación civil.²⁴²

Sabemos que todas las personas, desde nuestro nacimiento, gozamos de esa aptitud para ser titulares de derechos. Hemos estudiado los derechos de la personalidad como ese “conjunto de facultades jurídicas que corresponde a la persona por el simple hecho de ser persona”.²⁴³ Nos sería imposible abordar en este momento todos esos derechos fundamentales, que encuentran su fundamento y su límite en ese valor supremo que es la dignidad humana. Sin embargo, resulta interesante y sorprendente, que sean épocas más recientes en las que empezamos a reconocer que el menor de edad es persona y que por ello debe ser considerado como titular de derechos, como sujeto de derechos y no más como objeto del Derecho. No obstante, y cual paradoja, prácticamente a la par del reconocimiento de estos derechos, el ejercicio de otras libertades, como el uso de las técnicas reproductivas, ponen esos derechos en riesgo o los afectan.

1. RESPONSABILIDAD PARENTAL E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Veamos un ejemplo en el Código Civil de 1928,²⁴⁴ que para regular la patria potestad concedía un poder casi absoluto al padre sobre los hijos. Como si se tuviera un derecho subjetivo sobre los descendientes. Ese código, establecía el deber de los

²⁴² Artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal (ahora Ciudad de México).

²⁴³ Rico Alvarez, Fausto, *et. al.*, *Introducción al estudio del Derecho Civil y Personas*, 4a ed., México, Porrúa, 2021, p. 165.

²⁴⁴ Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal de 1928

hijos de honrar a sus padres, así como la facultad de los padres de corregir y castigar a los hijos, y el orden en que debía ejercerse esta potestad o ese poderío. La patria potestad se entendía como un poder discrecional del padre sobre la persona y bienes del hijo.

Sin embargo, a partir de la incorporación del principio del interés superior del menor a nuestra Constitución, la patria potestad se ha configurado como una función que desempeñan los padres en beneficio de los hijos,²⁴⁵ dirigida precisamente a protegerlos, a fomentar su formación integral, a educarlos, a criarlos, a representarlos y a ejercer una adecuada administración de sus bienes. Hoy en día, nos dice la Primera Sala de la Corte, tenemos que entender que esta función comprende una serie de “deberes y facultades, de índole personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos”.²⁴⁶

Se ha reconocido el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño²⁴⁷. Esto significa que ninguno de los padres, debe tomar decisiones unilaterales respecto a la formación de los hijos. El fundamento de la patria potestad proviene de la naturaleza humana, que concede a los progenitores la función natural de protección, cuidado de sus hijos y del patrimonio de éstos; la vigilancia, dirección, asistencia, la crianza.²⁴⁸

Recordemos que el interés superior del menor es un principio reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño,²⁴⁹ en la que se estableció que las

²⁴⁵ Tesis: 1a./J. 42/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 563

²⁴⁶ Amparo directo en revisión 348/2012. 5 de diciembre de 2012.

²⁴⁷ Artículo 18 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificada por México en 1990.

²⁴⁸ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 2013, p. 394.

²⁴⁹ *Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificada por México en 1990. Art. 3.

instituciones, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán como consideración primordial el interés superior del niño en la toma de todas las medidas concernientes a ellos. Este principio fue materializado por nuestra Constitución Política, en su artículo 4o, en cuya redacción establece que 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.

Garibo Peyró afirma que las nuevas tecnologías reproductivas han abierto horizontes insospechados en los que el interés superior puede estar en riesgo.²⁵⁰

Pero de conformidad con el texto constitucional, los menores de edad tienen derecho, desde su nacimiento, a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, imponiendo la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios, a los ascendientes, custodios o tutores. Es decir, que por mandato constitucional y convencional, el menor de edad es sujeto activo de derechos y los ascendientes son sus deudores para su formación integral y crianza hasta que llegue la edad adulta.

Se ha reconocido que el derecho alimentario que tiene el menor de edad desde su nacimiento es un deber imprescriptible e insustituible de *ambos* progenitores y que se trata de una obligación de orden público que no puede renunciarse ni delegarse.²⁵¹ Tristemente, este derecho se verá parcializado en aquellos casos en que el padre o la madre opten por una familia monoparental con el uso de las biotecnologías.

Estamos viviendo un cambio de paradigma en el que se reconoce que los niños, niñas y adolescentes son portadores de derechos y que los ascendientes han dejado

²⁵⁰ Garibo Peyró Ana-Paz, “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII(2), 2017, p. 246.

²⁵¹ Amparo Directo 2/2022 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 11 de mayo de 2022. (énfasis agregado por la autora).

de ejercer un poderío sobre la persona y los bienes de sus hijos, entendiendo que lo que ahora tienen es una responsabilidad parental frente a ellos.

De conformidad con la recomendación de principios de la Comisión para el Derecho Europeo de familia, el concepto de responsabilidad parental se refiere a un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño que comprende en particular: (a) el cuidado, la protección y la educación; (b) el mantenimiento de relaciones personales; (c) la determinación de la residencia; (d) la administración de los bienes, y (e) la representación legal.²⁵²

John Eekelaar nos dice que la responsabilidad parental puede ser comprendida de mejor manera como privilegios parentales, puesto que los hijos no deben deberes legales a sus padres, pero a estos últimos sí se les otorga el privilegio de ejercer autoridad moral sobre ellos y guiarlos y dirigirlos.²⁵³ Por su parte Espejo Yaksic y Delgado Avila distinguen entre la paternidad o maternidad y la responsabilidad parental, indicando que las primeras son permanentes y la segunda es una categoría funcional.²⁵⁴ Esta distinción confirma lo que hemos mencionado en el primer capítulo en el que indicamos las relaciones diacrónicas, es decir, que la paternidad y la maternidad son perenne.

Esta responsabilidad parental está siendo incorporada en nuestro sistema jurídico progresivamente, pero ya encontramos, en la Constitución, una relación tridimensional, sumamente estrecha en la que por una parte, y en un papel estelar, todos los menores de edad son titulares de todos los derechos reconocidos en ella y

²⁵² <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>

²⁵³ Eekelaar, John, “La responsabilidad parental como privilegio”, *La Responsabilidad Parental en el Derecho una Mirada Comparada*, editor, Nicolás Espejo Yaksic, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021, preámbulo, p. XXXVIII.

²⁵⁴ Espejo Yaksic, Nicolás y Daniel Delgado Avila, “La responsabilidad parental en el sistema jurídico mexicano”, *Curso de Derecho y Familia, op.cit.* p, 296.

en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, por otro lado, los ascendientes son obligados principales frente a ellos para cuidar y reclamar el cumplimiento de dichos derechos, y en tercer lugar, el Estado se presenta como obligado también para salvaguardar estos derechos.²⁵⁵

La Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes enumera lo que se conoce como los deberes de crianza, dentro de los cuales se encuentran situaciones tan elementales o tan complejas como garantizar sus derechos alimentarios, el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos; registrarlos dentro de los primeros sesenta días de vida; asegurar que cursen la educación obligatoria, participar en su proceso educativo y proporcionarles las condiciones para su continuidad y permanencia en el sistema educativo; dirigirlos y orientarlos; asegurarles un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia; fomentarles la cultura de la paz, la educación cívica, el respeto a todas las personas, así como el cuidado de los bienes propios, de la familia y de la comunidad, y el aprovechamiento de los recursos que se dispongan para su desarrollo integral; protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación; abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral; evitar conductas que puedan vulnerar el ambiente de respeto y generar violencia o rechazo en las relaciones entre ellos con los adultos responsables; considerar su opinión y preferencia para la toma de decisiones que les conciernan de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y educarlos en el conocimiento y uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación.²⁵⁶

²⁵⁵ Cfr., Delgado Avila, Daniel, “La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México”, *La Responsabilidad Parental en el Derecho una Mirada Comparada*, op.cit.p. 394-395.

²⁵⁶ Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, ar. 103.

Todo esto nos ayuda a entender que la responsabilidad parental tiene como objeto salvaguardar los derechos del menor, privilegiando sus intereses y a cargo de sus familiares más cercanos, naturalmente padres pero también otros ascendientes o personas que se encuentran *in loco parentis*.²⁵⁷ Resulta también relevante aclarar que a diferencia de los derechos fundamentales generales, los derechos parentales surgen, se comprenden y ejercen en relación con la satisfacción del interés superior del niño o la niña y no en cambio, respecto de los propios intereses independientes de padres y madres.²⁵⁸

En relación con algunos de estos derechos fundamentales, Garibo Peyró externa una preocupación pues si bien menciona que la identidad, la personalidad jurídica y la nacionalidad de las personas desde su nacimiento son derechos reconocidos y protegidos tanto en el ámbito nacional como internacional, para lo cual la inscripción en el Registro Civil resulta crucial, explica que la inscripción en el Registro Civil Consular español de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, se ha convertido en un problema que afecta al interés superior del menor.²⁵⁹ Y esto es una realidad, pues mientras no se regule esta técnica, la filiación del hijo que nace de ella será atribuida a la gestante, o en su caso al solicitante que haya aportado el material genético, pero el registro no será inmediato y con ello se deja al menor sin identidad y sin el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Las responsabilidades de los padres están basadas en el concepto de “evolución de las facultades” que se refiere a aquellos procesos de maduración y de aprendizaje

²⁵⁷ Cfr. Espejo Yaksic, Nicolás y Daniel Delgado Avila, “La responsabilidad parental en el sistema jurídico mexicano”, *Curso de Derecho y Familia, op.cit.* p, 296.

²⁵⁸ Espejo Yaksic, Nicolás, “Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental”, *La Responsabilidad Parental en el Derecho una Mirada Comparada, op.cit.*, p. 53.

²⁵⁹ Garibo Peyró, “El interés superior...”, *op.cit.*, p. 251.

por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor.²⁶⁰

El interés superior del menor ha sido interpretado como el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social²⁶¹. Si bien es cierto que el interés superior del menor se nos presenta como un concepto indeterminado, nuestro máximo tribunal ha señalado como criterios relevantes para la determinación *en concreto* del interés del menor que²⁶²: 1) se deben satisfacer las necesidades materiales básicas así como las de tipo, espiritual, afectivas y educacionales; 2) que se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con sus necesidades e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y 3) que se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.

La ventaja de la flexibilidad del concepto es que permite su adaptación al caso específico que se pretende resolver. El inconveniente radica en la enorme discrecionalidad que se otorga a quienes en cada caso les toca decidir y el riesgo de

²⁶⁰ Artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño en y la Observación General N° 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, p. 17.

²⁶¹ Tesis I.5o.C. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 2188.

²⁶² Tesis 1a./J. 44/2014 (10a.), citada.

arbitrariedad y una cierta inseguridad jurídica derivada de lo impredecible de las decisiones.²⁶³

La Suprema Corte ha determinado que cuando se afectan los intereses del menor, el Juez tendrá que realizar un escrutinio más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de las medidas de modo que se permita vislumbrar los grados de afectación a los intereses de los menores y la forma en que deben armonizarse para que dicha medida sea una herramienta útil para garantizar el bienestar integral del menor en todo momento.²⁶⁴

Sabemos que la persona menor de edad se encuentra en una situación de vulnerabilidad y por ello está necesitado de especial protección y merece un trato preferencial. Podemos asegurar que la función de los padres es irremplazable pues son guías en su desarrollo y son obligados primordiales de que puedan gozar y ejercer sus derechos y que el Estado tiene la obligación de garantizar y supervisar que así se haga. Por ello, y en relación al tema de estudio, nos parece contradictorio que esos adultos responsables sean precisamente los que coloquen al menor de edad, de por sí ya vulnerable, en una situación aún más indefensa.

Paradójicamente, por una parte decimos que el poderío que ejercían los padres sobre la persona y los bienes de los hijos ha quedado sustituida por una función que los padres desempeñan en beneficio de los hijos, pero por otra parte, cuando reflexionamos acerca de la modificación genética en los casos de eugenesia, encontramos un poder sobrenatural de los padres para perfeccionar la dotación genética de sus hijos, asumiendo un papel de programadores.²⁶⁵

²⁶³ Garibo Peyró, “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada” op.cit., p. 247.

²⁶⁴ Tesis P./J. 7/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 10.

²⁶⁵ Cfr., Habermas Jürgen, *El futuro de la naturalezacit.*, p. 60 y 62.

Nos parece además contradictorio que por una parte y con base en una perspectiva de género, se reconozca que la madre soltera que tiene que asumir el rol de padre y madre a la vez se ve perjudicada en su propio proyecto de vida al tener que dedicarse a criar a su hijo y a trabajar para sostenerlo, pero ignoramos la perspectiva de infancia cuando el padre o la madre deciden procrearlos y criarlos solos, privando así al menor del otro progenitor a quien por naturaleza le hubiera correspondido criarlo.

Pero siguiendo con el tema del cambio de paradigma en los derechos de los niños, debemos señalar que de la mano del modelo de la responsabilidad parental, han sido reconocido otros dos derechos fundamentales que garantizan la salvaguarda de los derechos de los niños: nos referimos a su derecho a ser escuchado y al reconocimiento de su autonomía progresiva.

2. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y AUTONOMÍA PROGRESIVA

De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño,²⁶⁶ el menor de edad tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial que le afecte. Se trata de un derecho de participación para que su opinión, sus sentimientos, sus necesidades, sean tomadas en consideración cuando sea un juzgador quien deba resolver acerca de su situación jurídica. La Corte nos recuerda que “la participación de los niños en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues, al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto”.²⁶⁷ Este derecho

²⁶⁶ *Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificada por México en 1990. Art. 12.

²⁶⁷ Tesis: 1a./J. 12/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, p. 288.

refuerza la condición del niño como participante activo en la promoción, protección y supervisión de sus derechos.²⁶⁸

Es de entenderse que la opinión del menor deberá de ser valorada por el juez de acuerdo a la edad y a la madurez del niño, en el entendido de que “la edad biológica no guarda necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio”.²⁶⁹ Y no solo eso, pues el menor de edad tiene derecho a que se le comunique la sentencia judicial que se haya dictado en el procedimiento, explicándole de manera asertiva, directa, con sencillez y claridad, la decisión, la razón que la justifica y la manera como se tomó en cuenta su opinión.²⁷⁰

Hablar de autonomía puede resultar también contradictorio si pensamos que las intervenciones eugenésicas perfeccionadoras menoscaban la libertad ética en la medida que fijan a la persona afectada a intenciones de terceros.²⁷¹ El planificador del programa (el padre) dispone unilateralmente de las disposiciones genéticas de otro (el hijo) con la intención paternalista de encauzar de manera relevante su biografía.²⁷²

Pensemos ahora en la capacidad como atributo de la personalidad. Nos referimos a la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones, así como para ejercer los primeros y cumplir con las segundas por derecho propio.²⁷³ Según nuestro ordenamiento civil, la capacidad de goce es

²⁶⁸ Observación General N° 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, p. 14.

²⁶⁹ Tesis 1a./J. 13/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, p. 382.

²⁷⁰ Tesis: 1a. XXXVII/2022 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, Libro 20, Diciembre de 2022, Tomo II, p. 1238

²⁷¹ Habermas Jürgen, *El futuro de la naturalezacit.*, p.76.

²⁷² *Ibidem*, p. 77

²⁷³ Rico Alvarez, *op.cit.* p. 225.

ilimitada, salvo que expresamente se determine lo contrario,²⁷⁴ pero, por lo que hace a la capacidad de ejercicio, los menores de edad tienen incapacidad natural. El menor de edad actúa por conducto de sus representantes legales. Nuestra Suprema Corte, ha determinado que la representación jurídica de niñas, niños y adolescentes es una institución fundamental para su adecuada defensa conforme a los derechos de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia.²⁷⁵ Sin embargo, hemos reconocido que el menor de edad va desarrollando un mayor nivel de autonomía. Este derecho se denomina autonomía progresiva y la Corte ha destacado que el ejercicio de los derechos de los menores no puede concebirse de manera idéntica para toda etapa de la niñez, pues cada etapa representa un grado diferenciado de libertades y deberes respecto a su realización: es decir, entre mayor sea el nivel de aprendizaje, conocimiento y madurez, mayor el margen de autonomía para que sea el menor quien ejerza, por sí mismo, sus derechos.²⁷⁶

El reconocimiento de estos derechos del menor, aseguran que, pese a su edad, el menor de edad pueda participar activamente en el ejercicio de sus derechos, que su opinión y sus sentimientos sean tomados en consideración para cualquier asunto que repercuta directamente en su esfera jurídica y personal, que sus necesidades holísticas sean conocidas e identificadas en su individualidad y que se entienda que conforme crece, aprende y se desarrolla, por naturaleza, madura progresivamente y puede desempeñar sus derechos y asumir ciertas responsabilidades.

Pensemos ahora en un menor de edad, que no puede hacer valer sus derechos por sí mismo, y que no pueda ser representado, por ejemplo, porque se desconoce

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 227.

²⁷⁵ Tesis: 1a. XXXVI/2022 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, Libro 20, Diciembre de 2022, Tomo II, p. 1266.

²⁷⁶ Tesis 2a. XI/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 50, Enero de 2018, Tomo I, p.539.

quiénes son sus padres, y en los casos de gestación por sustitución, ha resultado a veces imposible atribuir la filiación a quienes han procurado su nacimiento. Pensemos que la filiación se le atribuye a la gestante, pero que hay un conflicto de intereses porque esa persona no tiene la menor intención de defender los derechos de un menor que no considera propio. ¿Se percibe el riesgo?²⁷⁷

Se habla incluso de un nuevo concepto: una justicia adaptada para los niños que está basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se pretende garantizar el derecho al acceso a la justicia de todos los niños, que es un derecho humano a buscar recursos en caso de violaciones a sus derechos y, en palabras de Ton Liefaard, “implica el empoderamiento legal de los niños y las niñas y el acceso a mecanismos de justicia y recursos que sean sensibles a sus derechos e intereses, es decir, adaptadas para los niños”.²⁷⁸

La incapacidad de la persona menor de edad puede verse como un obstáculo para acceder a la justicia, sobre todo cuando existe un conflicto de intereses con sus padres, que son quienes ejercen su representación legal. El nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares²⁷⁹ establece en su artículo 130 que las niñas, niños y adolescentes podrán comparecer a juicio por sí o por cualquier otra persona en su nombre, sin la intervención de su legítimo representante cuando, entre otros supuestos, éste se negare a promover la acción o hubiese un conflicto de interés con su representado. Adicionalmente este Código Nacional enumera como algunos de

²⁷⁷ En páginas anteriores hemos recordado el caso Paradiso y Campanelli contra Italia en el que se consideró que el menor de edad había sido abandonado por su madre, y que los solicitantes no tenían relación alguna con el menor, procediendo a darlo en adopción.

²⁷⁸ Liefaard, Ton, “El derecho procesal familiar y los derechos de la Infancia en Europa y los Países Bajos”, *La Constitucionalización del Derecho de Familia perspectivas comparadas*, editores, Nicolás Espejo Yaksic y Ana María Ibarra Olguin, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, p. 334.

²⁷⁹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2023.

sus principios rectores: el acceso a la justicia, la igualdad procesal, el interés superior de la niñez, lo que pone de manifiesto que existe ya un avance para eliminar esas barreras y que nos encontramos frente a una revolución jurídica.

3. DERECHO DE CONVIVENCIA Y A LAS RELACIONES PERSONALES

Podemos hablar de otro derecho de la persona menor de edad. En materia familiar, hemos reconocido que el niño que está separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior.²⁸⁰

El derecho de visitas y convivencias es una institución del derecho familiar imprescindible para conseguir una mejor formación del menor.²⁸¹ Se dice que una función propia de la patria potestad, “es la obligación de convivencia, que es, a su vez, un derecho y misión del padre y del hijo.”²⁸²

Consideramos que aquellos casos en que por elección personal, el progenitor decide ejercer la paternidad o maternidad de manera monoparental, el hijo será privado de su derecho a convivir con el resto de la familia que por naturaleza le corresponde, eliminando así la posibilidad de que su grupo de apoyo, su sostén familiar sea más amplio.

El Comité de los Derechos del Niño ha observado que los niños pequeños deben considerarse idóneamente como agentes sociales cuya supervivencia, bienestar y desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social dependen

²⁸⁰ *Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificada por México en 1990. Artículo 9 inciso 3.

²⁸¹ Tesis I.5o.C. J/27, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 964.

²⁸² Tapia Ramírez, Javier, *op.cit.* p. 410.

de relaciones estrechas mantenidas normalmente con un número de personas clave: los padres, los miembros de la familia ampliada, cuidadores, etcétera.²⁸³

Garibo Peyró plantea otra cuestión interesante pues sostiene que por lo que hace a las prestaciones de maternidad (o paternidad) en los supuestos de gestación por sustitución, los tribunales han negado que los ordenamientos nacionales tengan que reconocer estos derechos para las madres subrogantes.²⁸⁴ Además, sería contradictorio que las legislaciones prohibieran la técnica, pero aún así reconocieran los derechos de maternidad, situación que afecta el interés del menor pues, indica que al margen de lo criticable que pueda ser el modo en que se ha producido el nacimiento de estos niños, lo cierto es que están ahí, y necesitan de cuidados especialísimos en los primeros días de vida así como desarrollar el apego con sus cuidadores primarios, que en este caso son los padres de intención.²⁸⁵

Hace algunos años se consideraba que la pérdida de la patria potestad implicaba también la pérdida de la convivencia con el menor.²⁸⁶ En la actualidad, la Primera Sala de la Corte ha reiterado que la privación de la patria potestad no debe entenderse como una sanción al incumplimiento de los deberes de los progenitores, sino que debe entenderse como una medida excepcional, a través de la cual, se busca defender

²⁸³ Observación General N° 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, p. 8.

²⁸⁴ Garibo Peyró, "El interés superior ...*cit.*", p. 255

²⁸⁵ *Idem.*

²⁸⁶ Tesis: VII.2o.C.92 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, Mayo de 2005, p. 1499. Esta tesis contendió en la contradicción 123/2009 resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 97/2009, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, página 176, con el rubro: "PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES."

los intereses del menor.²⁸⁷ Se trata de una medida extraordinaria que procede siempre y cuando se justifique en beneficio del menor, acorde a su interés superior. Por ello, y de conformidad con la optimización de este principio rector, deberá atenderse a cada caso concreto para determinar el derecho a las visitas, en los casos en los que se decreta la pérdida de la patria potestad, confirmando que se trata de un derecho del menor y como tal, debe primar sobre los propios intereses de sus padres.

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares ha incluido el procedimiento de justicia restaurativa con el objeto de preservar los vínculos familiares. Se trata de un procedimiento voluntario al que pueden sujetarse las partes que reconocen la existencia de un conflicto, asumiendo su responsabilidad y la reparación del daño. En dicho procedimiento, que favorece a todas luces el derecho a la familia, nunca podrá pactarse la renuncia de los derechos de los niños.

Se demuestra que los reconocimientos convencionales y legales señalan que el menor de edad tiene derecho a que ambos padres formen parte de su vida de manera activa y a llevar relaciones interpersonales y frecuentes con ellos y con su familia ampliada, pero desafortunadamente la realidad es otra para los niños que nacen de las técnicas de reproducción asistida asistida pues desde antes de nacer, se planeará que carezcan de uno de sus progenitores y que ignoren quienes son las personas respecto de las cuales tenían derecho a llevar esas relaciones interpersonales.

4. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN, FILIACIÓN E IDENTIDAD

Hablemos ahora del derecho a la igualdad y al trato no discriminatorio, entendidos por nuestro máximo tribunal como el derecho que goza toda persona de recibir el mismo trato y gozar de los mismos derechos en igualdad de condiciones que otras

²⁸⁷ Amparo directo en revisión 4698/2014 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 6 de abril de 2016.

personas, y como la prohibición a ser excluidos del goce de un derecho humano por motivo alguno, no justificado.²⁸⁸ En este sentido, los menores de edad tienen derecho a la igualdad y a la no discriminación, proyectada en dos ámbitos: la no discriminación por sus cualidades propias y la no discriminación por cualidades de los padres.²⁸⁹

Anteriormente considerábamos que existía la filiación legítima, natural o adoptiva.²⁹⁰ Según Antonio de Ibarrola, llamábamos filiación legítima al “lazo jurídico que une al niño con su padre y con su madre estando éstos casados”.²⁹¹ La filiación llamada natural (o ilegítima) creaba “relaciones jurídicas entre el niño y sus padres”²⁹² y se daba en el caso del niño nacido fuera de matrimonio. Y, finalmente, entendíamos que las personas que no podían tener descendencia, gozaban de la facultad de “ligarse a un niño independientemente de cualquier lazo de sangre”²⁹³ estableciéndose así la filiación adoptiva. Esta distinción ha quedado hoy en día eliminada conforme al principio de igualdad y no discriminación.

Recordemos que la igualdad jurídica puede entenderse en dos modalidades:²⁹⁴

- 1) la igualdad formal, que protege contra distinciones arbitrarias y se compone de igualdad ante la ley, como uniformidad en la aplicación de la norma jurídica por parte de todas las autoridades, e igualdad ante la norma jurídica que va dirigida a la autoridad legislativa para controlar el contenido de las normas para evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional; y 2) la igualdad

²⁸⁸ Amparo directo en revisión 2293/2013 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 22 de octubre de 2014.

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ De Ibarrola, Antonio, *op.cit.* p. 380.

²⁹¹ *Idem.*

²⁹² *Idem.*

²⁹³ *Ibidem*, p. 381.

²⁹⁴ Tesis 1a./J. 126/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, página 119.

sustantiva, que radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas.

La violación a la igualdad formal da lugar a actos discriminatorios directos o indirectos. En el primer caso, cuando la distinción en la aplicación de la norma obedece explícitamente a un factor prohibido; en el segundo, cuando la aplicación de la norma es aparentemente neutra pero el resultado conlleva a una exclusión desproporcionada de cierto grupo social. La violación a la igualdad sustantiva surge cuando existe una discriminación estructural en contra de un grupo social o sus integrantes individualmente considerados.²⁹⁵

De conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, rige, en materia de filiación, un principio absoluto de igualdad, porque en relación a los hijos, no cabe aceptar ninguna distinción, específicamente en razón de su origen matrimonial o no matrimonial.²⁹⁶

Hoy reconocemos que la filiación es un derecho fundamental y que es un derecho consustancial a la identidad.²⁹⁷ Se trata de un derecho indispensable para que el ser humano configure su individualidad. La Corte ha hecho énfasis en que si bien la identidad se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales, como derecho del menor, la identidad reconoce en su núcleo esencial otros derechos específicos como lo es el derecho al nombre, a tener un registro de nacimiento, a conocer la propia historia filial en sus orígenes genéticos cuando ello sea posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, a la nacionalidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la filiación, y a los derechos que emanan de ella como

²⁹⁵ *Idem.*

²⁹⁶ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Artículo 25 párrafo 2.

²⁹⁷ Amparo en Revisión 852/2017 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 8 de mayo de 2019.

son los derechos alimentarios y los sucesorios.²⁹⁸ Cabe destacar que de la filiación deriva la adquisición del cúmulo de derechos del menor frente a sus padres.²⁹⁹ Dicho de otra forma, si no se establece la filiación, no se genera el parentesco en primer grado ni sus efectos relacionados a la patria potestad o funciones que desempeñan los padres para beneficiar a sus hijos en su desarrollo y formación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.³⁰⁰

La filiación es un derecho del hijo, y no una facultad de los padres.³⁰¹ Encontramos ahora la oportunidad de vincular este derecho a uno de los temas de nuestro estudio, específicamente nos referimos a la reproducción asistida con la donación de gametos. En este caso, el menor de edad que nace de esa reproducción asistida será privado de su derecho a la identidad, de su derecho a indagar y conocer la verdad sobre sus orígenes biológicos, de su derecho de acceso a la información sobre dicho origen, de su derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, de su derecho a conocer a su familia, a conocer la propia historia filial en sus orígenes genéticos, de sus derechos sucesorios, de sus derechos alimentarios que derivan de la filiación jurídica, o del derecho a la salud. Y la lista de derechos puede seguir.

²⁹⁸ *Idem.*

²⁹⁹ *Idem.*

³⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Forneron e Hija vs. Argentina, sentencia del 27 de abril de 2012, (Fondo, reparaciones y costas), 27 de abril de 2012, párrafo 123.

³⁰¹ Amparo en Revisión 852/2017, citado.

Conocemos el criterio de la Suprema Corte por lo que hace a la imposibilidad de que siempre exista coincidencia de filiación jurídica y biológica de la persona.³⁰²

En materia de filiación, Treviño Pastrana y Fernández y Sosa Pastrana han identificado el desarrollo jurisprudencial de la Suprema Corte en tres etapas clave que reflejan su evolución: 1) la verdad biológica; 2) la realidad social; y 3) la voluntad procreacional.³⁰³

La primera etapa tuvo como catalizador el incremento en el uso de las pruebas científicas de ADN para determinar los vínculos genéticos entre las personas.³⁰⁴ En dicha etapa, el derecho de los niños a la identidad fue la base para derribar las limitaciones de acceso a las acciones relativas a la filiación pues se consideraba que el derecho a la identidad incluía el conocimiento sobre el origen biológico, concluyendo que debía existir una correspondencia entre el padre biológico y el legal.³⁰⁵ Entendemos que este criterio acabó también con un sistema de presunciones en el que, al no tener la certeza acerca de la paternidad, se daba por cierto un hecho desconocido como la paternidad, derivado del hecho conocido del vínculo matrimonial o de concubinato.

La segunda etapa recoge la doctrina de la realidad social consolidada. En ella se considera que el mantenimiento de las relaciones biológicas puede ser superado a la luz de las circunstancias y la existencia de una realidad social consolidada apoyada en la figura de la posesión de estado de hijo del Código Civil.³⁰⁶ Esta doctrina nos parece congruente con el interés superior del menor y la obligación de hacer

³⁰² Amparo en Revisión 852/2017, citado.

³⁰³ Treviño Fernández, Sofía del Carmen y Fernando Sosa Pastrana, “Filiación y parentalidad”, *Curso de Derecho y Familia, op.cit.*, p. 191.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 192.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 193.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 196 y 197.

prevalecer el *statu quo* del menor (en la medida de lo posible) y prever cualquier consecuencia que la alteración pueda generar en la vida del niño. Además, está garantizando el derecho a la identidad del menor, si bien no para establecer el vínculo jurídico, sí para asegurar que se conozca el origen biológico o que se acceda al derecho a la salud, sin alterar la estabilidad del menor.

Finalmente la tercera etapa, identificada con las tecnologías reproductivas y la voluntad procreacional, que la Corte ha reconocido como un principio bioético de la autonomía de las personas que en el supuesto del uso de las técnicas de reproducción asistida en el que uno de los padres no tiene participación genética, la voluntad de éste en que se produzca la procreación es el factor determinante para la constitución del vínculo filial con el menor.³⁰⁷ Es decir, que la voluntad procreacional se reconoce como elemento central, concluyente y base, quedando el vínculo filial determinado con total prescindencia de a quién pertenece el material genético.³⁰⁸ Y es así como se determina la filiación jurídica entre el producto de la reproducción asistida y el menor que nace de ésta, sin importar a quién pertenece el material genético utilizado para la fecundación.

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que algunas veces no se puede establecer la coincidencia entre la filiación biológica y la jurídica, ya sea por la realidad del supuesto de hecho en que se encuentra la persona o porque el ordenamiento jurídico hace prevalecer otros intereses que considera jurídicamente relevantes, Tal es el caso, según la Corte, de la adopción y de las procreaciones asistidas.

Originalmente, mediante la figura de la adopción se buscaba un beneficio para el adoptante y se consideraba un derecho para los padres. Ahora entendemos esta

³⁰⁷ Amparo en revisión 852/2017, citado.

³⁰⁸ *Idem*.

institución jurídica como un derecho del menor que ha sido privado de su medio familiar, a través de la cual se le proporciona la oportunidad de integrarse plenamente en una familia, pues el menor tiene un derecho humano a la familia y a vivir en familia. Existen múltiples adversidades por las que un niño puede encontrarse sin familia³⁰⁹: la orfandad, el abandono, los conflictos armados, las migraciones forzosas, el encarcelamiento de los padres. Es en estos casos en que el Estado debe proporcionar cuidados alternativos como la adopción, misma en la que el interés superior del niño será una consideración primordial.

Para el caso de la adopción internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño establece como uno de los principios rectores, el principio de subsidiariedad, según el cual, se reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.³¹⁰ Este principio busca salvaguardar la identidad del menor, su cultura, su lengua, su idiosincrasia, procurando que principalmente se quede en su país de origen.

La adopción resulta entonces una figura congruente con el principio del interés superior pues proporciona la oportunidad de integrar al menor plenamente en una familia que le otorgue protección, salud, seguridad, educación, afecto, cuidado y atención, satisfaciendo así la necesidad de tener padres.³¹¹

Hablando de necesidades: ¿existe una necesidad de tener hijos? porque en el caso de la adopción claramente se hacen prevalecer intereses más relevantes, en aras de proteger al menor que necesita tener padres, y por ello se justifica que no exista

³⁰⁹ Observación General N° 7 (2005), p. 18.

³¹⁰ Artículo 21 (b) de la *Convención sobre los derechos del niño*.

³¹¹ Amparo en revisión 518/2013 sesionado por la Primera Sala de Justicia de la Nación el 23 de abril de 2014.

una coincidencia jurídica y biológica. Pero, ¿existe una necesidad de tener hijos? Mary Warnock sostiene lo siguiente:

A pesar de que estos significados se solapan, si permitimos que los significados de querer y necesitar se confundan uno con el otro, con la consecuencia de que puede parecer que existe un derecho a cualquier cosa que sea profundamente deseada, entonces los peligros de la retórica de los derechos, de la autoridad tomada en préstamo, se incrementan.³¹²

Porque a través del uso de las técnicas de reproducción asistida, se puede satisfacer el deseo de los padres, o solo de la madre, o solo del padre, de tener hijos. ¿No habíamos dicho ya que el menor de edad tiene derecho a que sus padres (en plural) satisfagan todas sus necesidades para lograr un desarrollo holístico?

Vamos identificando cómo para algunos supuestos el menor de edad es sujeto de derechos, pero para otros, como la igualdad, la filiación, la familia y la identidad, resulta ser que los tenedores de dichos deseos confundidos con derechos son sus padres.

Pensemos ahora en otro de los atributos de la personalidad: el estado civil de las personas, que hace referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona frente a su familia.³¹³ Se refiere a la posición de una persona frente a otras con quienes tiene parentesco.³¹⁴ Sabemos, por ejemplo, que nuestro ordenamiento

³¹² Warnock, Mary, *op.cit.*, p.36.

³¹³ Rico Alvarez, *op.cit.* p. 263.

³¹⁴ *Idem.*

civil establece que el parentesco por consanguinidad no se genera entre el donante de células germinales y el hijo producto de una reproducción asistida.³¹⁵

Pareciera entonces que ese derecho a la igualdad y a la no discriminación de que goza el menor de edad, no es absoluto, y encuentra un límite en la reproducción asistida. Pues si ya habíamos mencionado que el menor de edad tiene derecho a la identidad, a la filiación, a conocer su origen biológico, a la salud, a no ser separado de sus padres, a convivir con sus padres, etcétera, pues tendremos que distinguir entre aquellos menores que sí pueden gozar de estos derechos y aquellos, producto de reproducción asistida heteróloga, que no gozarán de estos derechos.

En párrafos anteriores recordábamos las modalidades del derecho humano a la igualdad. Bien pues, encontramos una violación a la igualdad formal directa cuando se impide conocer al donante e indirecta con una norma de contenido aparentemente neutro pero con efecto que conlleva a una diferenciación desproporcionada de cierto grupo social, en este caso, los hijos nacidos de la reproducción asistida con donante anónimo. Por otra parte, la violación a la igualdad sustantiva, impide que se alcancen una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de las personas que integran un grupo social, que es la familia y cuyos integrantes pueden ser también individualmente considerados como personas vulnerables.

En este sentido, nos parece que en flagrante violación al interés superior del menor, se están priorizando los intereses de los padres frente a los derechos del niños en aras de garantizar ese derecho a fundar una familia violentando los derechos del menor a la filiación, al estado civil, a la identidad, y a todos los otros derechos que he enumerado previamente.

³¹⁵ Artículo 293 del Código Civil del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en 1928.

El interés superior del menor es un concepto que tiene tres vertientes:³¹⁶ como derecho subjetivo para el menor; como un principio jurídico interpretativo fundamental que obliga al intérprete a elegir la interpretación que más satisfaga el interés del niño frente a múltiples interpretaciones; y como norma de procedimiento según la cual cuando haya que tomar una decisión deberá incluirse una estimación de las posibles repercusiones. Por ello, no debería haber *total prescindencia de a quién pertenece el material genético* porque se aniquilan los derechos del menor.

La falta de identidad, genera inseguridad jurídica y sin ella es imposible alcanzar la justicia. Hemos olvidado la naturaleza dual del derecho, que Robert Alexy refiere como:

La naturaleza dual del derecho implica que este comprende necesariamente dos principios: el principio de justicia y el principio de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica es un principio formal, que requiere un compromiso con lo que se expide autoritativamente y es socialmente eficaz. El principio de justicia es principio material o sustantivo que exige que la decisión sea moralmente correcta.³¹⁷

Ha quedado expuesto como a pesar de haber grandes avances en el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, el reconocimiento de supuestos derechos de aquellos que desean convertirse en padres, o el ejercicio ilimitado de derechos que no son absolutos, vulnera los derechos de aquellos que satisfacen sus anhelos de ejercer la paternidad.

³¹⁶ Observación General No. 14 (2013)

³¹⁷ Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales. Proporcionalidad Racionalidad Argumentación Legal y Derechos Constitucionales*, coord. Carlos Arturo Hernandez, et-al., Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, Colección Filosofía & Derecho (14), p. 173.

En el siguiente capítulo, expondremos la manera en que esto trasciende más allá del presente, pues se atenta también contra la equidad intergeneracional.

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Reconociendo que los intereses de las generaciones venideras resultan de fundamental trascendencia, para el tema de estudio, queremos enfocarnos particularmente en lo que el uso de las biotecnologías puede ocasionar en perjuicio de los derechos de aquellas personas que nazcan en el futuro producto de estas técnicas, toda vez que tal y como ha quedado establecido, los derechos, además de ser universales, son indivisibles e interdependientes entre sí.

Tal y como lo hemos mencionado, los derechos humanos tienen la misma jerarquía y las mismas características descritas en párrafos previos. Sin embargo, sabemos que su reconocimiento ha sucedido en distintas etapas, ya sea por temas ideológicos, históricos, políticos o porque conforme se van violentado se va evidenciando su existencia y la necesidad de protegerlos. Por ello, hemos hablado de los derechos de primera o segunda generación, a sabiendas de que los primeros corresponden a aquellas prerrogativas civiles y políticas como la vida, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad, la seguridad jurídica, la libre circulación, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad de pensamiento, religión, expresión, asociación o la protección de la ley y participación política;³¹⁸ mientras que los segundos se refieren a derechos sociales, económicos y culturales como lo son la libre determinación, cooperación económica, trabajo, seguridad social, nivel de vida adecuado, educación, salud y cultura.³¹⁹

³¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966.

³¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966.

Como bien sabemos, todos estos derechos implican acciones negativas y positivas para el Estado, pues se busca garantizar que dichos derechos sean respetados, y a la vez requieren una serie de actuaciones necesarias para poder realizarlos y disfrutarlos. Adicionalmente, todos los derechos irradian un efecto horizontal y son oponibles también frente a otros particulares, pues el ejercicio de los derechos de unos puede enfrentarse o encontrarse en conflicto con los derechos de otros.

Los derechos de la tercera generación son aquellos que también son conocidos como derechos de solidaridad. En este sentido, desde hace muchos años nos hemos preocupado por garantizar que las futuras generaciones, es decir aquellos que todavía no nacen, pero que tenemos la certeza de que nacerán, puedan gozar de los mismos derechos que nosotros tuvimos.

El concepto de generaciones futuras aparece en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, que precisamente inicia con la siguiente frase: “Nosotros los pueblos de Naciones Unidas resueltos a preservar a las *generaciones venideras* del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles...”.³²⁰

En el año 1997, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Cultura y la Ciencia (UNESCO) adoptó la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras. El proemio de esta Declaración es muy claro: existe una preocupación por la suerte de las generaciones futuras ante los desafíos vitales del futuro; se ha tomado consciencia de que la existencia de la misma humanidad y su medio ambiente corre peligro; se afirmó la necesidad de establecer nuevos vínculos equitativos y globales

³²⁰ Carta de Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco. (énfasis agregado por la autora).

de colaboración y solidaridad entre las generaciones; y se promueve la solidaridad intrageneracional para la perpetuación de la humanidad.³²¹

Esta Declaración reconoce la responsabilidad de la generación actual de garantizar la plena salvaguardia de las necesidades y los intereses de las generaciones presente y futuras, respetando la dignidad de la persona. Se habla de legados, de una herencia temporal que cada generación ha recibido y que eventualmente se transmitirá a las futuras generaciones. Podemos entenderlo como un diálogo necesario entre generaciones presentes y generaciones futuras pues se entiende que la dignidad de todos los miembros de la familia humana es igual en cualquier lugar y en toda época.

En el informe del año 2021, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) señala lo siguiente: “...En 1945 se hizo la promesa de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra. Hoy en día, esa misma promesa implica forzosamente abordar muchas otras amenazas, que atentan nada menos que contra la viabilidad de la vida humana en la tierra.”³²²

El documento citado hace un llamado firme a la renovación de la solidaridad con las futuras generaciones, entendiendo solidaridad como un valor fundamental, como sinónimo de sentido común y como responsabilidades compartidas.³²³ En esta Agenda Común, la ONU afirma que las generaciones futuras tendrán que vivir con las consecuencias de nuestra acción e inacción³²⁴ y que las decisiones que tomemos

³²¹ Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 12 de noviembre de 1997.

³²² Nuestra Agenda Común - Informe del Secretario General, publicado por las Naciones Unidas, Nueva York, 2021, <https://www.un.org/es/content/common-agenda-report/assets/pdf/informe-nuestra-agenda-comun.pdf> párrafo 40.

³²³ *Ibidem*, párrafo 8.

³²⁴ *Ibidem*, párrafo 42.

hoy sobre cuestiones como el clima, la tecnología y el desarrollo alterarán enormemente los medios de subsistencia de las personas que van a nacer este siglo.³²⁵ Nuestra Agenda Común reconoce que la gestión de nuevas tecnologías como la edición génica es uno de los desafíos a largo plazo que se dará en el transcurso de varias vidas humanas.³²⁶

EL Pacto para el Futuro³²⁷ reconoce que la infancia y la juventud son grupos distintos de las generaciones futuras y que por ello se debe garantizar que en los procesos decisorios y normativos actuales se tengan más en cuenta las necesidades y los intereses de las generaciones venideras, pero manteniendo un equilibrio con las necesidades y los intereses de las generaciones actuales. Detallaron los compromisos a este respecto en la Declaración sobre las Generaciones Futuras,³²⁸ cuyos principios rectores son, entre otros, la búsqueda y el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todas las personas, y el uso responsable y ético de la ciencia, la tecnología y la innovación, con los principios de la equidad y la solidaridad como guía.

Algunas de las constantes preocupaciones de los instrumentos internacionales sobre las futuras generaciones son la paz, la preservación de la vida en la tierra, diversidad, patrimonio e identidad cultural, desarrollo, educación y no discriminación.³²⁹ Sin embargo, podemos afirmar que los desafíos y las amenazas son innumerables. Es de considerarse que sea cual sea la preocupación, estará

³²⁵ *Ibidem*, párrafo 52.

³²⁶ *Ibidem*, párrafo 41.

³²⁷ Aprobado por la Asamblea General de la ONU el 22 de septiembre de 2024. Párrafo 59.

³²⁸ Anexo II de la Cumbre del Futuro celebrada en la Sede de la ONU los días 22 y 23 de septiembre de 2024.

³²⁹ Saruwatari-Zavala, Garbiñe. (2009). Origen del Concepto de Generaciones Futuras en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Derechos Humanos México: Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. 4. 29-56.

fundada en principios de solidaridad, equidad, dignidad, libertad, igualdad, colaboración y justicia que deberán procurarse de manera atemporal por toda la raza humana.

Para ello, la ONU ha reconocido el principio de equidad intergeneracional que “consiste en reconocer las responsabilidades para con las generaciones futuras”.³³⁰

Brown Weiss ofrece una teoría de la equidad intergeneracional explicando que aunque se ha desarrollado principalmente para temas de desarrollo ambiental y sostenible, puede ampliarse a más áreas del comportamiento humano.

La teoría de la equidad intergeneracionalidad propuesta aquí es que nosotros, la especie humana, tenemos el entorno natural y cultural de nuestro planeta en común con todos los miembros de nuestra especie: las generaciones pasadas, la generación presente y las generaciones futuras. Como miembros de la generación actual, mantenemos la tierra en custodia para las generaciones futuras. Al mismo tiempo, somos beneficiarios con derecho a utilizarla y beneficiarnos de ella. Todas las generaciones son iguales en su posición normativa en relación con el sistema natural del que forman parte. No hay ninguna base para favorecer a una generación sobre otra.³³¹

Adicionalmente, Brown Weiss asegura que “existen dos relaciones que deben formar parte de cualquier teoría de la equidad intergeneracional en el contexto de

³³⁰ Nuestra Agenda Común, op.cit., párrafo 53.

³³¹ Brown Weiss, Edith, “Intergenerational Equity and Rights of Future Generations, *The Modern World of Human Rights / El Mundo Moderno de los Derechos Humanos, Essays in Honor of / Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*, Costa Rica, Instituto Interamericano De Derechos Humanos, 1996, p. 603. El libro está en inglés y la traducción fue realizada por la autora de este trabajo para citarlo.

nuestro entorno natural: nuestra relación con otras generaciones de nuestra propia especie y nuestra relación con el sistema natural del que formamos parte”.³³² Esta afirmación es de mayor trascendencia para el tema de estudio, pues hemos establecido que la familia es el entorno natural de todo ser humano. En este sentido, e ilustrados por la idea de que las preocupaciones por los derechos de las generaciones futuras cambiarán por las acciones de la generación actual, podemos sostener que cada generación del presente agrega nuevos retos e intereses que puedan poner en riesgo esos derechos de las generaciones que llegarán y que en su momento vivirán en el presente, adicionando nuevas preocupaciones a las generaciones que lleguen después de ellas y así sucesivamente.

Brown Weiss propone tres principios básicos para la equidad intergeneracional.³³³ El primer principio es el de opciones, que se refiere a que cada generación debe conservar la diversidad natural y cultural de la base de recursos para que las generaciones futuras no se vean restringidas en las opciones disponibles para resolver sus propios problemas y puedan gozar de una diversidad comparable a la disfrutada por generaciones previas.³³⁴ El segundo principio es el de calidad, según el cual cada generación tiene la obligación de mantener la calidad del planeta para transmitirlo en un estado no inferior al que lo ha recibido.³³⁵ Y el tercer principio es el de acceso equitativo conforme al cual cada generación debe proveer a sus miembros de derechos equitativos para acceder al legado de las generaciones pasadas y conservar el acceso para las generaciones futuras.³³⁶

³³² *Idem.*

³³³ *Ibidem*, p. 608.

³³⁴ *Idem.*

³³⁵ *Idem.*

³³⁶ *Ibidem*, p. 609.

Todas las generaciones, sean del pasado, presente o futuro, tienen derechos y obligaciones. Existe una relación de solidaridad mediante la cual la generación presente es beneficiaria de lo que le ha transmitido la generación del pasado, misma que a su vez, en su momento tuvo la obligación de transmitirlo en las mismas condiciones en las que lo había recibido, y así, la generación actual está obligada frente a la generación venidera para transmitirle, a su vez, aquello que ha recibido en condiciones no menores a las que la recibió. Nuevamente aclaramos que esta situación es sucesiva y se repite conforme cambian las generaciones. Es incuestionable que aquel que nazca en el futuro, aunque sea un sujeto indeterminado, al nacer será determinado y tendrá los mismos derechos humanos, e incluso más derechos, que los derechos que tenemos las personas que hoy vivimos. Esto resulta evidente puesto que los derechos humanos, aunque existen desde siempre, se le han ido revelando al ser humano, y con dicha revelación, se han ido reconociendo. Por ello, consideramos que el catálogo de derechos del presente, es más extenso que el catálogo de derechos del pasado, y menor que el catálogo de derechos que tendrán las generaciones que vivan en el futuro. A modo de ejemplo: a las generaciones pasadas no les inquietaba el uso de la inteligencia artificial y hoy en día, puede resultar una preocupación legítima que a las generaciones futuras les garanticemos las mismas oportunidades, por ejemplo para trabajar o desempeñar la actividad deseada, sí con todos sus avances, pero que no sustituyamos al hombre por las máquinas.

Podemos hablar de una comunidad de seres morales en el sentido en el que lo hace Jürgen Habermas quien opina que los miembros de esta comunidad pueden obligarse recíprocamente y esperar los unos de los otros comportamientos conformes

a normas que se dan entre ellos mismos.³³⁷ Destaca aquella inviolabilidad que únicamente tiene algún significado en las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco, en el trato que mantienen entre ellas.³³⁸

En este mismo sentido, Habermas llama a preguntarse si la tecnificación de la naturaleza humana modificará la autocomprensión ética de la especie de manera que ya no podamos vernos como seres vivos éticamente libres y moralmente iguales, orientados a normas y razones.³³⁹ Sostiene que con las intervenciones genéticas sobre humanos, el dominio de la naturaleza se convierte en un acto de autoinvestidura de poderes que podría afectar a condiciones necesarias para una guía autónoma de la vida y una comprensión universalista de la moral.³⁴⁰

Este autor sostiene que:

Todavía produce espanto la perspectiva de que la autoinstrumentalización eugenésica de la especie guiada por las dispersas preferencias de los compradores en el supermercado genético (y por la consolidación social de ciertas costumbres), modifique el estatus moral de personas futuras: <La vida en el vacío moral, en una forma de vida que ni siquiera conociera el cinismo moral, no merece vivirse>.³⁴¹

Nuestra humanidad nos exige evitar la contaminación moral del medio ambiente. Las biotecnologías necesariamente incrementarán y no podemos permitir que se

³³⁷ Habermas Jürgen, *El futuro de la naturaleza....cit.*, p. 41. Este autor llama “morales” a las cuestiones referentes a la convivencia justa.

³³⁸ *Idem.*

³³⁹ *Ibidem.* p. 50

³⁴⁰ *Ibidem.* p. 58

³⁴¹ *Ibidem.* p. 109

pierda la fuerza moral y que con ello se genere un desequilibrio entre las generaciones, situación que necesariamente conlleva una injusticia.

Por otra parte, hemos establecido ya que los derechos humanos son universales, lo que implica que la titularidad de ellos corresponde a todas las personas, pero también que estos derechos existen en cualquier parte del mundo, y existirán en todas las épocas futuras, por lo que lo que la generación presente haga el día de hoy con estos derechos podrá beneficiar o perjudicar a las generaciones futuras.

Así como nos preocupa el medio ambiente, la paz, la educación, y otros tantos retos que quizá en el pasado no eran predecibles, pero que son hoy una realidad, es momento de cuestionarnos acerca de los derechos de las generaciones ulteriores y consecuentemente de protegerlas y garantizar que puedan gozar de las prerrogativas como el medio idóneo para nacer, la identidad, la igualdad y la no discriminación que tanto hemos luchado por reconocerle a las generaciones del presente.

Si bien se ha discutido si estos derechos de solidaridad corresponden a grupos colectivos, confirmamos nuestro punto de partida: la familia está integrada por un grupo de personas, consecuentemente es una colectividad. Pero dicho grupo de personas está formado por individuos con sus propios derechos e igual dignidad que el resto de los miembros, independientes entre si y merecedores de ser tratados sin discriminación por motivo alguno.

Pensemos entonces en el tema que nos ocupa. Absolutamente todo lo que en el presente hagamos en torno a las técnicas de reproducción asistida, tendrá un impacto muy trascendental en las personas que nazcan de dichas técnicas. Podemos asumir que ya existe una generación de personas cuya procreación se haya dado a partir de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* o la gestación por sustitución. De igual manera, podemos afirmar que cada vez son más accesibles estas técnicas y por ello cada vez existirán más seres humanos reproducidos así.

¿Las siguientes generaciones se resignarán a no concebirse autores indivisos de su guía de vida ni obligados como tales a rendir cuentas? ¿se resignarán a una relación interpersonal que ya no se ajuste a los presupuestos igualitarios de la moral y el derecho?³⁴²

1. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

Resulta evidente que muchos descubrimientos han beneficiado a toda la humanidad. Es de afirmarse que la tecnología en sí misma no genera daño alguno, sin embargo, es el uso y la aplicación responsable que hagamos de ella lo que evitará que las generaciones del futuro se vean afectadas por las decisiones que se toman en la actualidad.

Al referirse a la bioética como tercera cultura, Llopis Goig señala que la revolución biológica y la aplicación de los conocimientos científicos a las prácticas médicas ha conllevado la posterior aparición de una disciplina como la bioética. La conciencia de superación de los límites de la tecnología ha provocado la emergencia de disciplinas que, como es el caso de la Bioética, tratan de aportar una reflexión sobre fines en el marco de un saber técnico.³⁴³ Este autor afirma que existe una necesidad de que los científicos tengan en cuenta las implicaciones éticas y sociales de su actividad; y que también será necesario que los humanistas se acerquen al conocimiento científico.³⁴⁴ También sostiene que la legitimidad de los avances científico-técnicos exigiría una justificación racional de los principios sobre los que

³⁴² *Ibidem*, p. 81.

³⁴³ Llopis, Ramón, “La Bioética como tercera cultura. Un análisis desde la sociología de la ciencia”, en Cuadernos de Bioética, núm. 51, (2003), p. 223.

³⁴⁴ *Idem*.

se sustentan, los fines que persiguen y las consecuencias previstas en su aplicación.³⁴⁵ En este sentido, coincidimos con el citado autor en que las posibilidades que ha abierto el avance tecnocientífico han hecho surgir la necesidad de una reflexión de naturaleza humanista y con ello compartimos la exigencia por una ciencia, al servicio del jurista, que establezca un puente de conexión entre la ciencia, la tecnología y los fines que deben perseguirse con ellas. En el caso de estudio, estamos obligados a prever las consecuencias que se derivan del uso de estas técnicas y que afectarán a las nuevas generaciones de seres humanos que nazcan a partir de ellas.

Surge también otra disciplina: el bioderecho, que Diego Valadés entiende como:

Conjunto de disposiciones jurídicas, decisiones jurisprudenciales y principios del derecho aplicables a las acciones de investigación, de desarrollo tecnológico y de naturaleza clínica que incidan en la salud e integridad física de las personas, para que se ejerzan con responsabilidad, preservando la dignidad, la autonomía informativa, la seguridad jurídica y la integridad psicológica de los individuos, y la equidad social.³⁴⁶

Wolfgang van den Daele dice: “Lo que la ciencia hace técnicamente disponible, los controles morales deben hacerlo normativamente indisponible”.³⁴⁷

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 225

³⁴⁶ Valadés, Diego, “Problemas del bioderecho y del derecho genómico”. *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*. Coordinadores Alya Saada y Diego Valadés, México, UNAM, 2006, p. 389.

³⁴⁷ Van den Daele, citado por Habermas Jürgen, *El futuro de la naturaleza ... cit.*, p. 31.

Por su parte, Michael Sandel refiere que la ética del perfeccionamiento debe abordarse afrontando las cuestiones relativas al estatus moral de la naturaleza.³⁴⁸ Sandel afirma que el problema de la eugenesia y la ingeniería genética es que representan un triunfo unilateral de la voluntad sobre el don, del dominio sobre la reverencia, del moldeo sobre la contemplación.³⁴⁹ Dice que una revolución genética supone la transformación de tres elementos centrales de nuestro paisaje moral que son la humildad, la responsabilidad y la solidaridad.³⁵⁰ A nuestro modo de entender, Sandel explica que toda esta manipulación y perfeccionamiento nos hará, por un lado, perder la humildad que cual virtud nos permite conocer nuestras propias debilidades y limitaciones, situación que a la vez nos hace más controladores y soberbios. Por otra parte, la manipulación y el perfeccionamiento nos hacen más responsables pues somos los encargados de diseñar y programar hijos perfectos; y finalmente, reduciría nuestro sentido de solidaridad hacia los más desafortunados porque cuando nos sentimos y sabemos afortunados de tener algo, somos más dados a compartirlo con los demás. Cuando hay programación, no se valora lo recibido por naturaleza.

Sandel desataca que una de las cuestiones que realmente importa tiene que ver con el destino de los bienes humanos que encarnan prácticas sociales como las normas del amor incondicional y la apertura a lo recibido, la celebración de los talentos y dones naturales, la humildad ante los privilegios y la disposición a compartir los frutos de la buena fortuna a través de la solidaridad social.³⁵¹ Agrega

³⁴⁸ Sandel, Michael, *op. cit.*, p. 50.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 139.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 140

³⁵¹ *Ibidem*, p. 151.

que otra cuestión importante tiene que ver con la actitud que tomamos hacia el mundo que habitamos y la clase de libertad a la que aspiramos.³⁵²

Como humanidad, en aras de la renovación de ese valor fundamental que es la solidaridad, en aras de la responsabilidad que tenemos con la generación presente y que compartimos con las generaciones venideras, en aras de garantizar que cada quien reciba lo suyo y de preservar la dignidad e integridad de todos los individuos, debemos preocuparnos y ocuparnos para que las personas que nazcan de padres cuyo anonimato hemos defendido en la actualidad, sean libres, autónomos y tengan garantizado el acceso a todos sus derechos.

Particularmente proponemos reflexionar acerca del impacto del uso de las técnicas de reproducción con gameto anónimo en relación al medio ambiente, la igualdad y la no discriminación, y a la identidad, pues estimamos que mientras permanezcan bajo esa confidencialidad, será imposible que esa generación goce de ciertos derechos, que insistimos, son universales, indivisibles e interdependientes.

2. ECOSISTEMA FAMILIAR

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Sano³⁵³ fue uno de los primeros instrumentos internacionales en el que se exteriorizó esta preocupación internacional para la protección del medio ambiente y en ella se proclamó lo siguiente:

... gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin

³⁵² *Ibidem*, p. 152.

³⁵³ Adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972

precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.³⁵⁴

Uno de los principios que contiene esta Declaración establece que “el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”.³⁵⁵

El medio ambiente ha sido reconocido como un derecho humano³⁵⁶ y evidentemente se encuentra vinculado a la protección de la vida, de la integridad y de la salud del ser humano. Así como nos preocupa el bienestar de la flora, la fauna, el cambio climático, la industria, la tierra, los ríos, la agricultura, el desperdicio, la contaminación, por mencionar algunos temas, es momento de poner la mirada en asegurar que las generaciones de personas del futuro nazcan en el medio ambiente idóneo y óptimo, que por su naturaleza y dignidad humana, les corresponde: la familia.

Haciendo referencia al ecosistema, que por definición se entiende como “comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente”³⁵⁷, podemos encontrar una semejanza entre este concepto, y lo que debiera suceder en una familia. Es decir, podemos hablar de la existencia de un ecosistema formado por un grupo de personas, titulares de derechos, donde todos sus integrantes son un bien en sí mismos,

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ *Idem.*

³⁵⁶ Resolución del 28 de julio de 2022 de la Asamblea General de la ONU.

³⁵⁷ <https://www.rae.es/drae2001/ecosistema>

donde todos se relacionan y se complementan entre sí, donde todos buscan ayudar al otro a que alcance su plenitud y máximo desarrollo. La diferencia sería que en el ecosistema de derechos de la familia, no debe haber cabida para un depredador. Bien lo ha dicho Zagal Arreguín en su búsqueda de la definición de la persona humana: “también podemos calificarlo (al ser humano) como un depredador sanguinario que desequilibra los ecosistemas y que masacra a su propia especie, como el lobo del propio hombre”.³⁵⁸

Hoy en día reconocemos que la salud de los ecosistemas es la base de toda la vida en el planeta. Defendemos a los animales y al medio ambiente, suplicando al ser humano que permita que cada ecosistema cumpla su proceso vital y que se cierren los ciclos. La intromisión del ser humano en la reproducción humana debe tener siempre como finalidad el bien y evitar acciones que manipulen los ecosistemas, los ciclos de vida, y priven al ser humano del medio ambiente que por naturaleza le corresponde para la concepción, gestación, nacimiento y entorno familiar.

Adicionalmente, hemos mencionado que la familia es un derecho humano y que, entre otras múltiples cosas, se refiere precisamente a ese entorno, ese medio natural en el que nace el ser humano y puede desarrollarse plenamente. Según la Convención sobre los Derechos del Niño, en la medida de lo posible, el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos desde su nacimiento.³⁵⁹ Lo que le corresponde a todo ser humano por naturaleza desde su nacimiento, es nacer en familia y ser cuidado, protegido, criado y alimentado por sus padres. Es derecho de los niños que todas sus necesidades materiales, económicas, físicas, espirituales,

³⁵⁸ Zagal Arreguín, Hector, “Persona Humana, Razón y Relación”, *La Familia y sus ámbitos cinco ensayos en torno a la familia desde la persona*, Coords, Consuelo Martínez Priego y Miguel Rumayor Fernández, México, Porrúa, 2016, p. 5.

³⁵⁹ *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.

afectivas, recreativas y emocionales, sean satisfechas, desde su nacimiento, por ambos padres. Dicho de otra forma, la obligación de satisfacer todas esas necesidades de los hijos, recae en los padres y se trata de obligaciones indelegables e insustituibles, de suerte tal que, ante el incumplimiento de uno de ellos, el niño gozará parcialmente de sus derechos, pues sus derechos son frente a ambos padres. Ahora bien, la Convención dice “en la medida de lo posible”. Efectivamente podremos encontrar situaciones extraordinarias en las que sea imposible que el niño sea cuidado por sus padres, o incluso que los conozca. Precisamente se trata de situaciones que quedan fuera de lo ordinario, por múltiples motivos. Sin embargo, consideramos que los casos de reproducción asistida con donante anónimo, en los que una persona desee convertirse en padre o madre soltero, de una manera premeditada y planeada, no entra dentro de estos casos, pues *la medida de la posibilidad* necesariamente implica que se lleven a cabo todos los esfuerzos por garantizar el goce de estos derechos, no que por privilegiar libertades y anhelos de los padres, de manera predeterminada, se decida y se elija el ejercicio de la paternidad o maternidad en solitario, impidiendo que el niño acceda a conocer a ambos padres y a ser cuidado por ellos. Si lo que buscamos es promover y proteger todos los derechos de las personas, desde su infancia, debemos asegurar que su nacimiento sea en el seno de una familia y bajo el cuidado de sus padres. Reconocemos que un deseo genuino es el de ser padre o madre, pero no debemos pasar por alto que el cumplimiento de ese anhelo se da con el nacimiento de un ser humano cuyo derecho es nacer en familia, conocer a sus padres, ser cuidado y alimentado por ellos, tener relaciones interpersonales con ellos y el resto de sus parientes por ambas líneas, de tal manera que premeditadamente, bajo el uso de las técnicas de reproducción, con material genético de un desconocido cuyo anonimato se garantiza, resulta ser una violación flagrante a su derecho al medio ambiente

idóneo, derecho de todo ser humano desde su nacimiento. Como sociedad, hoy nos corresponde ser solidarios, y garantizar que todas las personas que nazcan en el futuro, gocen de su derecho a nacer y a crecer en familia.

La persona que nace de una reproducción asistida imprescindiblemente es hijo de alguien. Hubo otro ser humano que aportó las células necesarias para que iniciara su vida. Cosa distinta es que el donante no haya querido ni su existencia ni formar parte de su vida, pero rompe con el medio ambiente más propicio para el ser humano que es su propia familia.

¿Podemos hablar de abandono? abandonar significa “dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo”.³⁶⁰ Es sinónimo de dejar, desatender, desamparar, descuidar, desentenderse. El concepto es fuerte, pero sabemos que la función de las células reproductoras es esa, la reproducción. Entonces aquel que dona, conoce el destino para el cual llevó a cabo su donación, y aunque la probabilidad de utilizarlo no sea absoluta, existe la posibilidad de que nazca un ser humano con dicho material genético y que viva el abandono de aquel que aportó las células para su reproducción. Reconocemos que hay personas que pueden asumir el rol de padre o madre y que con ello se confirma el refrán que dice “padre no es quien engendra sino el que cría”. No cuestionamos esa realidad, pues desafortunadamente encontramos muchos casos en los que los padres se desentienden de sus hijos y otras personas asumen la responsabilidad. Pero no olvidemos que dicha realidad no puede cambiarse, y lo cierto es que quien aportó las células reproductivas se “desentiende” de la persona que nace de ellas. Y consideramos que lo que merece atención en este rubro es que con el uso de las técnicas se haga prevalecer, de manera planificada, la

³⁶⁰ <https://dle.rae.es/abandonar>

satisfacción de los deseos de ejercer una maternidad o paternidad individual, desconociendo los derechos del niño a nacer en familia y a tener a ambos padres.

Por otra parte, lo cierto es que la familia es un derecho humano y defendemos su autonomía, considerándola como parte de la vida íntima y privada de las personas, libre de toda injerencia arbitraria. Bien, pues nos resulta contradictorio que ahí donde pensamos que hay intimidad y vida privada, dejemos entrar extraños, desconocidos, personas que permanecerán en el secreto, fragmentando los derechos de los descendientes e impidiendo a la vez que la familia cumpla con la función identitaria de la que hemos hablado con anterioridad.

Protegiendo el anonimato, estamos desprotegiendo al ser humano que nace de esa fecundación y promoviendo abiertamente la paternidad irresponsable. Resulta por demás paradójico que en la actualidad, el discurso de los derechos humanos que hemos empleado, dice poner por encima de todo los derechos de los niños y el principio pro persona, *salvo* para los niños que nacen de estas impresionantes transformaciones que han logrado la procreación de manera artificial. Y ni qué pensar de la ectogénesis a la que hemos hecho referencia en este trabajo. Tan solo imaginar que en un futuro podrían crearse las condiciones artificiales para que un ser humano sea gestado en una máquina, aniquila por completo su derecho al medio ambiente y la dignidad de su gestación y de su nacimiento.

Esta injusticia nos lleva directamente a nuestra siguiente reflexión, porque el goce de un derecho conlleva el goce de los demás derechos. Es decir, la violación de un derecho, impide el goce de otro derecho. Por ello entendemos que la vulneración de este derecho al medio ambiente, transgrede el derecho a la igualdad, al trato no discriminatorio y a la identidad.

3. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN E IDENTIDAD

Es de apreciarse, según lo que explicamos en líneas anteriores, que cualquiera de las técnicas que hemos analizado puede ser heteróloga. En este sentido, la inseminación artificial puede realizarse para que una mujer sea madre soltera con donante anónimo, o para que una mujer y su pareja utilicen el semen de un tercero para lograr el embarazo, o para inseminar a una madre gestante que llevará a buen término el embarazo para entregar al bebé a los solicitantes después del parto. Por su parte, la fecundación *in vitro* puede emplearse con el óvulo de la madre o de una donante, así como el semen del padre o de un donante. Igualmente se utiliza para embarazar a la mujer gestante en la gestación por sustitución, quien a su vez puede haber sido la donante del óvulo.

Hemos explicado en qué consisten los derechos a la igualdad y a la no discriminación, evidenciando que en principio, todos los niños son iguales. Pero, hay un grupo de individuos, vulnerables por su edad y dependencia, que son discriminados y a quienes se les impide conocer su origen biológico y su identidad por motivo del uso de las tecnologías empleadas por quien tiene la intención o voluntad de procrearlos de manera artificial. Por ello, consideramos que siempre deberá conocerse la identidad del donante del material genético para garantizar los derechos de la persona que nazca de la reproducción asistida. Es información que deberá estar disponible para la persona que nace de estas técnicas.

Existe un riesgo, sí, una preocupación muy genuina de los padres en que la persona donante se arrepienta o sienta curiosidad por conocer a su descendencia, situación que inquieta al que procreó mediante las técnicas pues no quiere ningún tipo de injerencias en su vida privada. Nada más que al permitir la participación de extraños en la vida privada, entonces resulta incongruente que sí se permita el acceso para procrear y luego se reclame intimidad.

Claramente nos encontramos en presencia de una colisión de varios principios: el principio pro persona, el interés superior del menor, la voluntad procreacional, la igualdad y la no discriminación, la paternidad/ maternidad responsable, la autonomía de la voluntad, la equidad generacional, la privacidad, el acceso a la información, la intimidad, por solo mencionar algunos. Recordemos que según Robert Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a sus posibilidades fácticas y jurídicas.³⁶¹ Se trata de requerimientos de optimización que demandan que algo tenga lugar con el mayor alcance posible dadas las posibilidades legales y fácticas. Las posibilidades legales están determinadas por principios opuestos.³⁶² Somos testigos de una imposibilidad jurídica porque encontramos principios opuestos. En ese sentido, no pretendemos una prohibición ni al uso de las técnicas reproductivas, ni a la donación de gametos, pero sí una regulación que permita que la persona que nacerá de esa reproducción pueda acceder a su derecho también fundamental al acceso a la información acerca de su filiación biológica, su origen genético, su historia, su identidad.

Previamente expusimos los conceptos de interpretación conforme, el principio pro persona y el interés superior del menor. Ahora sostenemos que frente al uso de las técnicas de reproducción asistida y la colisión de derechos y libertades que su uso conlleva, se ha optado por las interpretaciones que más benefician a los padres por encima de los derechos del niño que nace de su utilización. Esta situación es a todas luces contradictoria.

Coincidimos con Habermas quien sostiene que tenemos derecho a una herencia genética no manipulada.³⁶³ Este autor indica que: “la manipulación de los genes

³⁶¹ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a ed., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 350.

³⁶² Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales...*, cit. p. 16.

³⁶³ Habermas Jürgen, *El futuro de la naturalezacit.*, p. 29.

afecta a cuestiones de identidad de la especie, y la autocomprensión del ser humano como perteneciente a una especie que conforma el lecho de nuestras representaciones legales y morales”.³⁶⁴

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 30.

CAPÍTULO SEXTO

LA DIGNIDAD HUMANA

Lo hasta ahora expuesto no puede discutirse al margen del concepto de dignidad.

Robert Alexy señala que la dignidad humana puede jugar el papel de una idea sustancial guía. Afirma que la dignidad es un concepto complejo que conecta elementos empíricos con elementos normativos. Refiere que la dignidad humana es lo que podría llamarse un concepto puente pues conecta un concepto empírico, que es el concepto de persona, con conceptos normativos que son el derecho a ser tomado seriamente como persona y la posesión de derechos humanos.³⁶⁵

Pilar Zambrano menciona que el concepto de dignidad no puede concebirse como fruto de una convención social, ni prescindir de una conexión necesaria con la naturaleza de su referencia, la persona humana.³⁶⁶ Sostiene que la persona humana es la referencia compartida tanto por el sentido jurídico como por el sentido moral del concepto de dignidad y que cada uno de estos discursos se aproximan a esta referencia desde una perspectiva análoga pero no igual.³⁶⁷ Por ello, afirma que encontramos un analogado principal subyacente entre ambos conceptos (moral y jurídico) y que cualquier uso que sea abiertamente contradictorio con ese analogado principal será inválido.³⁶⁸

Zambrano advierte que “el concepto de dignidad entrelaza dos ideas. Una primera idea, antropológica, designa el tipo de ser que es la persona en sí (un agente

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 48 a 51.

³⁶⁶ Zambrano, Pilar, (2022). “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial.”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp. 309-344 DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.309-344>. p. 313.

³⁶⁷ *Idem*.

³⁶⁸ *Idem*.

moral); y una segunda, estrictamente moral, designa el tipo de trato debido a toda persona, consistente en que sea objeto de respeto”.³⁶⁹ Por ello, la autora concluye que la dignidad de todo agente moral se constituye en el fundamento inmediato de un deber formal, absoluto y universal de respeto en el más estricto sentido de universalidad, por lo que obliga a todo agente moral y se proyecta sobre todas las personas involucradas en su acción, incluido al propio agente moral, que tiene el deber de tratarse a sí mismo como persona.³⁷⁰

En este mismo sentido, podemos también afirmar que la dignidad humana tiene dos acepciones principales, a decir, la ontológica y la social. En la concepción ontológica entendemos que “la dignidad es atributo de todos y cada uno de los hombres porque todos son parte de la raza humana, reconocer la dignidad de la persona humana es reconocer su humanidad”.³⁷¹ Por lo que hace a la concepción social, “la dignidad puede ser entendida como principio inherente al ser humano o como un principio relacionado a las características y capacidades de los individuos en relación con su sociabilidad”.³⁷² Igualmente, se advierte que “la dignidad, siendo un valor ontológico, no tiene ningún sentido si no es reconocida así por los demás”.³⁷³ La dignidad de la persona proviene del núcleo duro de su individualidad.³⁷⁴

Entendemos así que el concepto de dignidad es un valor absoluto que necesariamente debe vincularse a la persona humana y que genera un mandato

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 332.

³⁷⁰ *Idem*

³⁷¹ Anzures Gurría, José Juan, “El concepto de dignidad humana en la Constitución mexicana”, *100 Años de Vigencia de la Constitución Mexicana*, Coords: Arán García Sánchez y José Juan Anzures Gurría, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 41.

³⁷² *Ibidem*, p. 42.

³⁷³ Sepúlveda, I. Ricardo J., *Reconocimiento y protección constitucional de los derechos humanos en México*, México, Ubijus, 2021, p. 83

³⁷⁴ Zagal Arreguin, *op.cit.*, p. 16.

también absoluto de respeto. Frente a la pregunta, ¿cuál es la razón por la cual ciertos cursos de acción se muestran racionalmente como absolutamente obligatorios, y por ello excluyen y derrotan nuestro eventual deseo, interés o inclinación de obrar de otro modo?³⁷⁵ se responde que la exigencia moral de respeto es la raíz de la fuerza categórica de las obligaciones morales y de las obligaciones correspondientes a los derechos humanos.³⁷⁶

Consecuentemente resulta indiscutible que el reconocimiento al derecho humano a la familia, al derecho humano a su protección, al derecho humano a la identidad y a la igualdad imponen obligaciones con fuerza categórica que no permiten una actuación distinta ni un trato diverso al que el ser humano merece por su dignidad, cuyo significado no puede ser desvinculado de su fuente original que es la persona humana. Por ello, comprendemos que el deseo de los padres no puede suprimir la dignidad humana, entendida en su doble vertiente antropológica y como deber moral, que a su vez son fundamento o raíz de dicha obligación imperiosa de absoluto respeto.

Jürgen Habermas afirma que la dignidad humana es la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento.³⁷⁷ Menciona que existen dos etapas decisivas en la genealogía del concepto.³⁷⁸ En primer lugar, a la universalización debe seguir la individualización, pues lo que está en juego en las relaciones horizontales es el valor del individuo; y en segundo lugar, la relativa superioridad de la humanidad y de sus miembros debe reemplazarse por el valor absoluto de todo ser humano, por la noción de valor único de cada persona.³⁷⁹

³⁷⁵ Zambrano, *op.cit.*, p. 331.

³⁷⁶ Zambrano, *op.cit.*, p. 333.

³⁷⁷ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad... *cit*, p. 6.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 16.

³⁷⁹ *Idem*.

El imperativo categórico exige de cada uno que abandone la perspectiva de la primera persona a favor de una perspectiva-nosotros compartida intesubjetivamente desde la que todos en común podamos orientarnos a valores generalizables.³⁸⁰ Se trata de una comunidad inclusiva que no excluye a ninguna persona.³⁸¹

Podemos concluir que se han logrado grandes conquistas en el reconocimiento del menor de edad como titular de derechos y que se han implementado múltiples mecanismos para lograr el goce efectivo de los mismos. Sin embargo, para lograr también su absoluta igualdad formal y sustantiva, se debe promover, respetar, proteger y garantizar que la persona menor de edad es igual a todas las demás personas en dignidad y derechos, que las niñas y los niños tienen un valor por sí mismos y nunca pueden ser utilizados como un medio para satisfacer las necesidades o los derechos de quienes desean procrearlos, pues todos los derechos humanos encuentran su fundamento y su límite en este imperativo categórico que es la dignidad de la persona humana.

1. LA DESHUMANIZACIÓN Y LOS DERECHOS FALSOS

La aplicación irresponsable e ilimitada de la tecnología embrionaria hace que privemos al ser humano de las características que lo distinguen de otros seres vivos o incluso de los objetos.

Encarnación Fernández nos presenta una interesante crítica al posthumanismo basada en el análisis de la obra de Gabriel Marcel.³⁸² Fernández señala que este pensador cobró conciencia de la profunda crisis de deshumanización de nuestra civilización por los graves atentados de los que fue objeto la dignidad humana en

³⁸⁰ Habermas Jürgen, *El futuro de la naturaleza ...cit.*, p. 67.

³⁸¹ *Idem.*

³⁸² Pensador existencial que en el año 1951 publicó “*Les hommes contre l’humain*”.

las guerras mundiales y si bien sus reflexiones se relacionaron con su experiencia en estos conflictos bélicos, resultan de una sorprendente actualidad y conservan vigencia para entender la situación en la que nos encontramos con la aplicación a los seres humanos de la biotecnología y que nos ayudan a comprender el significado del posthumanismo donde se busca superar la especie humana a través de la biotecnología o la inteligencia artificial.³⁸³

Para Marcel, un factor de deshumanización lo constituye la mentalidad tecnocrática.³⁸⁴ Definió la técnica como “un saber especializado y racionalmente elaborado que contribuye a la transformación del mundo”³⁸⁵ y que sus caracteres fundamentales son los siguientes: la especialización, la transmisibilidad, su perfectibilidad, su contribución a la transformación del mundo y que son medios al servicio de la consecución de determinados fines.³⁸⁶ Según Marcel, la técnica tiene un valor positivo³⁸⁷ pero cuando su progreso no encuentra su contrapeso en la reflexión y en la sabiduría, tiende a imponerse la mentalidad tecnocrática que consiste en que el ser humano entiende el mundo y a sí mismo bajo el signo de la técnica, lo cual conduce a la destrucción de la naturaleza y a la deshumanización.³⁸⁸ Precisamente en la deshumanización entendida como desvalorización del ser humano en cuanto ser vivo, su conversión en objeto de las técnicas y su reducción a un conjunto de funciones, Encarnación Fernández conecta el pensamiento de Marcel con la actualidad del estudio que ella misma expone.³⁸⁹

³⁸³ Fernández, Encarnación, “Crítica filosófica del posthumanismo: Gabriel Marcel”, *Biología y Posthumanismo*, Coord. Jesús Ballesteros y Encarnación García, The Global Law Collection, Aranzazadi, Navarra, 2007, p 81 a 84.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 89

³⁸⁵ *Idem*.

³⁸⁶ *Ibidem*, p, 89-91.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 92

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 96.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 99.

En este sentido, Fernández refiere que el ser humano se desvaloriza en cuanto ser vivo, al mismo tiempo que experimenta un orgullo creciente por sus hallazgos, y con ello pierde la capacidad de admiración, concentrando su admiración en los productos de su propia técnica, y que parecen más precisos y perfectos que él. Se prevé que las consecuencias de esto son incalculables porque al despreciarse a sí mismo niega su dignidad espiritual de ser humano.³⁹⁰ Por otra parte, el propio ser humano tiende a convertirse en objeto de la técnica, lo cual implica una transposición al ámbito humano de procedimientos aplicables a las cosas o al mundo exterior.³⁹¹ Finalmente asegura que ni la idea de la función o el rendimiento en sí mismos son malos, sino que la reducción del ser humano a un conjunto de funciones o una unidad de rendimiento, reduciendo así su valor.³⁹²

Por su parte, Jürgen Habermas nos habla de una especie de controles de calidad deliberados en los que la instrumentalización de una vida humana es engendrada con reservas por preferencias y orientaciones de valor de terceros.³⁹³

Pero además, no solo es el uso de las biotecnologías, sino su conversión a derechos. Se trata de derechos creados, de “nuevos derechos”.

Roberto Romboli afirma que con la expresión “nuevos derechos” se hace referencia:

[...] a una lista de las más relevantes manifestaciones del principio pluralista, que se materializa en el reconocimiento y en la protección de situaciones jurídicas subjetivas de reciente afirmación, frecuentemente y no expresamente codificadas por el derecho positivo, en estrecha colaboración con la exigencia

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 100.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 101.

³⁹² *Ibidem*, p. 103.

³⁹³ Habermas Jürgen, *El futuro de la naturaleza ...cit.*, p. 30

de dar una respuesta a nuevos desafíos universales, o bien a nuevos grupos de interés que asumen relevancia, signo de la evolución de la conciencia social, del progreso científico y de tecnológico y de las mismas transformaciones culturales.³⁹⁴

En este sentido, sabemos que la consideración de que los derechos reproductivos contienen también la facultad de utilizar las técnicas de reproducción asistida como parte de un derecho a la salud, se encuentra estrechamente vinculada con esa exigencia de dar respuesta a nuevos desafíos, nuevos grupos y progreso científico y tecnológico. Sin embargo, consideramos que los derechos encuentran su fundamento en la razonabilidad, y no en los hechos.

Isabel Trujillo busca dar una respuesta adecuada al problema de los derechos verdaderos o falsos para lo que sugiere que cuando nos ocupamos de los derechos nos encontramos en el ámbito de la razón práctica.³⁹⁵ Para ello señala lo siguiente:

[...] no se trata ya de ¿qué hechos en el mundo testimonian que existe un derecho? sino, más bien, de ¿qué tipo de razón (valor deóntico) constituye tal derecho? o lo que es lo mismo: ¿qué consecuencias tiene sobre el plano de los hechos la existencia de un derecho? No se trata ya de adaptar las ideas o los

³⁹⁴ Romboli, Roberto, “Actos del final de la vida: suspensión de tratamientos vitales y ayuda al suicidio. Los principios constitucionales y su aplicación por parte de los tribunales supranacionales, constitucionales y de los jueces ordinarios”, *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, *op.cit.* p. 93.

³⁹⁵ Trujillo Isabel, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, *Persona y Derecho*, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, 52, 2005, p. 223.

juicios a los hechos, sino más bien de ajustar los hechos a las ideas y a los juicios.³⁹⁶

El derecho implica una razón por lo que algo debe ser de un determinado modo. Trujillo afirma que la actividad de justificación reviste una cierta ambivalencia, ya que se puede justificar algo que ya existe, pero también antes de que exista o para que exista.³⁹⁷ Sostiene que los derechos fundamentales son razonables y que la razonabilidad es garantía de los derechos de todos, pues no es casual que el principio de razonabilidad haya nacido como aplicación del principio de la igualdad. Así, los derechos no razonables son incompatibles con los demás derechos y, por lo tanto, por ser derechos "falsos", no son derechos. Por el contrario, los derechos razonables son "verdaderos" derechos.³⁹⁸

El derecho a la familia, a su protección y a la identidad son derechos fundamentales y encuentran su justificación, no solamente en la naturaleza y dignidad humanas, sino también en la razonabilidad. Esta razonabilidad es garantía de la armonía con otros derechos en respuesta también a esa aplicación al principio de igualdad. Por ello, el uso de las técnicas de reproducción asistida, pero sobre todo aquellas que permiten la intromisión de un extraño, no son razonables y por ello no deben considerarse derechos. En todo caso, como bien lo dice la autora, son derechos falsos, o como lo hemos mencionado en este trabajo, son meros anhelos.

Entonces nos preguntamos ¿los deseos son derechos? la respuesta es no. ¿Puede el ser humano servir de instrumento para satisfacer los deseos de otro ser humano? nuevamente la respuesta es no. ¿Cuántos derechos se violan con el

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 225.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 228.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 231.

ejercicio de otros supuestos derechos al utilizar las técnicas de reproducción asistida? la respuesta es “muchos” y en este trabajo ya hemos explicado algunos de ellos. ¿Estamos produciendo generaciones de personas con menos derechos que la generación presente? la respuesta es sí.

Hemos perdido la capacidad de sorprendernos. Hemos perdido la sensibilidad. Buscamos nuevos retos, nuevos logros, superar todos los obstáculos. Retar a la naturaleza y ser superiores a ella. Queremos perfección a costa de lo que sea. Tenemos una tendencia a pensar que como seres autónomos y con base en ciertas libertades, podemos hacer uso de todo y de todos. Sin embargo, hemos demostrado que no existe un balance en estos supuestos derechos a la reproducción asistida y que el ejercicio de dichos derechos, aniquila los derechos de otros. Hemos identificado también que el escenario en el que se da esta asimetría, es precisamente aquel que debería asegurar esa armonía: la familia. Y que muchos de los protagonistas de nuestro grupo familiar se encuentran en situación de vulnerabilidad. Finalmente en cuanto a la vulnerabilidad como expresión de la dignidad humana, Marcel sostiene lo siguiente:

La justicia consiste en el reconocimiento y respeto del carácter sagrado de todo ser humano. Exige el respeto a una cierta inmunidad, invulnerabilidad o inviolabilidad, al carácter sacrosanto del ser humano, sobre todo, cuando se encuentra desarmado, en su desnudez y en su debilidad. Desde el punto de vista objetivo, el ser humano desarmado se encuentra en nuestro poder, podemos hacer de él lo que queramos.³⁹⁹

³⁹⁹ Fernández, Encarnación, *op.cit.* p. 107.

Es momento de reflexionar y tomar las acciones necesarias para proteger a la familia y a todos sus integrantes. Debemos controlar el vértigo moral que ha provocado la revolución genómica.⁴⁰⁰ Nos corresponde actuar con reciprocidad hacia las generaciones del futuro, fomentando valores absolutos como la dignidad, la humildad, la responsabilidad y la solidaridad.

⁴⁰⁰ Sandel, Michael, *op.cit.* p. 50.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La familia es objeto y bien inherente de un derecho humano universal, interdependiente, indivisible y progresivo. Es difícil definir a la familia, pero por naturaleza los seres humanos somos familiares. Por una parte se refiere a ese medio ambiente idóneo y natural donde nace todo ser humano, y por otra parte al conjunto de individuos valiosos por sí mismos que están relacionados sincrónica o diacrónicamente, donde cada uno desempeña un rol fundamental que no puede ser sustituido o delegado.

SEGUNDA: Las funciones de la familia son tan amplias como ilimitadas, pero hemos identificado algunas fundamentales: la familia como soporte para todos sus miembros; la familia como una red estructurada de apoyos; la familia como responsable de la crianza y formación de sus integrantes; la familia cuya finalidad es asegurar que cada miembro tenga su propia identidad; y una función social según la cual la familia prepara al ser humano para relacionarse con el resto de la sociedad.

TERCERA: Dentro de la familia existen relaciones sincrónicas, que son aquellas que como su nombre lo indica, se desarrollan al mismo tiempo. Tal es el caso de las relaciones de pareja que por su naturaleza pueden ser dinámicas. Pero la familia también contiene relaciones diacrónicas, es decir aquellas que se dan de generación en generación. Estas relaciones son de suyo permanente.

CUARTA: La familia está conformada por personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, desarmadas. Es precisamente la familia quien por

naturaleza debe atender esa indefensión y no así crear las debilidades de sus miembros.

QUINTA: Todo ser humano tiene derecho a fundar una familia, estableciendo lazos horizontales o verticales. Estos derechos, como casi todos los demás derechos humanos, encuentran sus límites en la dignidad, la naturaleza, la razonabilidad y los derechos de terceros.

SEXTA: Todo ser humano tiene derecho a utilizar de manera responsable la tecnología, siempre que se haga en beneficio de la humanidad y en estricto respeto a la dignidad del ser humano. No debe utilizarse separadamente de los fines que persiguen y se deben prever las consecuencias de su aplicación.

SÉPTIMA: Los avances de la ciencia y la tecnología embrionaria han revolucionado la procreación, demostrando que hoy en día, la paternidad o la maternidad pueden lograrse de manera distinta a la natural. Sin embargo, toda vez que el resultado de la aplicación de las tecnologías es el nacimiento de un ser humano distinto al que las utilizó, se justifica que su uso sea regulado en aras de proteger tanto a las personas que las usan, pero sobre todo a las personas que nacen de ellas.

OCTAVA: Como humanidad y conforme al principio de equidad intergeneracional, tenemos la obligación de garantizar que las generaciones futuras puedan gozar de los mismos derechos que goza la generación presente. La generación actual es beneficiaria de lo que le ha transmitido la generación del pasado y es a su vez responsable frente a la generación venidera para transmitirle aquello que ha recibido. Las tecnologías embrionarias ponen en riesgo la condición moral de la naturaleza,

la calidad del ecosistema familiar, la libertad, la autonomía y el acceso a los derechos de las personas, entre otros tantos riesgos previsibles.

NOVENA: Las técnicas de reproducción asistida heterólogas privan al ser humano del medio ambiente idóneo para nacer: la familia, aquella en la que quienes le han dado la vida tienen la obligación de satisfacer sus necesidades holísticas; recibe un trato desigual y discriminatorio porque no goza de los mismos derechos que los demás y se le excluye de su derecho a la filiación, a la identidad, al acceso a la información de su origen biológico, a conocer a sus padres, a ser cuidado por sus padres, a que sus padres satisfagan todas sus necesidades, a la salud, al autoconocimiento y ponen en riesgo los derechos de las futuras generaciones.

DÉCIMA: La dignidad es un valor absoluto que siempre está vinculado a la persona humana y que genera un mandato de respeto total. Por ello, debemos repensar el uso de las tecnologías que permiten la reproducción humana artificial para asegurarnos de que la dignidad de todos los seres humanos que nacen de ellas sea respetada y de que dichas personas puedan acceder y gozar de los mismos derechos que por su humanidad les corresponden.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

- ALEXY, Robert, *Derechos Fundamentales. Proporcionalidad Racionalidad Argumentación Legal y Derechos Constitucionales*, coord. Carlos Arturo Hernandez, *et-al.*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, Colección Filosofía & Derecho (14)
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a ed., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- ALVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto, “El futuro de la reproducción humana, ectagénesis y transhumanismo”, *Techno Review Revista Internacional de Tecnología Ciencia y Sociedad*, Vol. 13, No. 3, 2023.
- ALBERT, Marta, “¿Hacia un bioderecho universal? Bioderecho en acción y funcionalización del valor de la vida humana”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 26, (2013).
- ANDORNO, Roberto, “El derecho frente a la nueva eugenesia. La selección de embriones in vitro”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, núm. 2, (1994).
- ANZURES GURRÍA, José Juan, “El concepto de dignidad humana en la Constitución mexicana”, *100 Años de Vigencia de la Constitución Mexicana*, Coords: Arán García Sánchez y José Juan Anzures Gurría, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho de Familia*, 2a ed., México, Oxford, 2009.
- BERNAL SUÁREZ, José Benjamin, *Derecho humano a la familia. Retos y Alcances en el siglo XXI*, México, Gedisa, 2017.

- BELLVER Capella, Vicente, “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 28 (2017).
- BROWN WEISS, Edith, “Intergenerational Equity and Rights of Future Generations, *The Modern World of Human Rights / El Mundo Moderno de los Derechos Humanos, Essays in Honor of / Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*, Costa Rica, Instituto Interamericano De Derechos Humanos, 1996.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio Pro Persona”, en Carbonell; Miguel y Salazar, Pedro (Coord), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 4a ed., México, Porrúa, UNAM, 2016, pp. 103-133.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstos en los tratados internacionales”, en Carbonell; Miguel y Salazar, Pedro (Coord), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 4a ed., México, Porrúa, UNAM, 2016, pp. 39-62.
- CANTORAL DOMÍNGUEZ Karla, “Técnicas de Reproducción Asistida, *Curso de Derecho y Familia*, editado por Sofía del Carmen Treviño Fernández y Ana María Ibarra Olguin, México, Tirant lo Blanch, 2022. pp. 205-230.
- CAPELLA, Vicente Bellver, “Las respuestas del Derecho a las nuevas manipulaciones embrionarias”, *Cuadernos de Bioética* 2002/1^a, 2^a, 3^a, Asociación Española de bioética y ética médica. <http://aebioetica.org/revistas/2002/47-48-49/55.pdf>
- CIANCIARDO, Juan, “The Specification of the Right to Life of the Unborn in the Inter - American Human Right System A Study of the Artavia Murillo Case”; *Unborn Human Life and Fundamental Rights Leading Constitutional Cases*

- under Scrutiny*, Pilar Zambrano/ William L. Sanders (eds), Berlin, Peter Lang, 2019. 164- 184.
- CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la Familia, Temas Selectos*, Porrúa, México, 2014.
- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, 5a ed., México, Porrúa, 2011.
- DE ICAZA Dufour, Francisco, *Plus Ultra La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*, México, Porrúa, 2016
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo; *Derecho Civil Familia*, 4a ed., México, Porrúa, 2021.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo, *Derecho Civil parte general, Personas, Negocio jurídico e Invalidez*, 14a ed., México, Porrúa, 2016.
- DWORKIN, Ronald, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*; traductor, Matías Parmigiani, Lima, Palestra Editores, 2019.
- DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho Familiar*, 8a ed., México, Porrúa, 2017.
- DELGADO AVILA, Daniel, “La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México”, *La Responsabilidad Parental en el Derecho una Mirada Comparada*, editor, Nicolás Espejo Yaksic, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021. pp. 393- 436.
- DOMINGO CENTENO, Miguela, “Metodología de la Bioética”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, coord. Dora García Fernández y Martha Tarasco Michel, México, Porrúa, 2011
- EEKELAAR, John, “La responsabilidad parental como privilegio”, *La Responsabilidad Parental en el Derecho una Mirada Comparada*, editor,

- Nicolás Espejo Yaksic, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021. pp. XXIX-.XLIX.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás y Daniel Delgado Avila, “La responsabilidad parental en el sistema jurídico mexicano”, *Curso de Derecho y Familia*, editado por Sofía del Carmen Treviño Fernández y Ana María Ibarra Olguin, México, Tirant lo Blanch, 2022. pp. 295- 320
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, “Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental”, *La Responsabilidad Parental en el Derecho una Mirada Comparada*, editor, Nicolás Espejo Yaksic, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021. pp. 5-65.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, “Crítica filosófica del posthumanismo: Gabriel Marcel”, *Biología y Posthumanismo*, Coord. Jesús Ballesteros y Encarnación García, The Global Law Collection, Aranzazadi, Navarra, 2007.
- FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad”, en Carbonell; Miguel y Salazar, Pedro (Coord), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 4a ed., México, Porrúa, UNAM, 2016, pp. 339-429.
- FERRER Mac-Gregor, Eduardo, en coautoría con Hector Fix-Zamudio, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons/UNAM-III, 2017, p. 197.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3384/13.pdf>
- FINNIS, John, “un defensor de la ley natural en Oxford”, Pontificia Universidad Católica de Chile, <http://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13313-john-finnis-un-defensor-de-la-ley-natural-en-oxford>

- GARCIA FERNÁNDEZ, Dora, “El vacío legal en las técnicas de reproducción asistida: el caso de México”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, coord. Dora García Fernández y Martha Tarasco Michel, México, Porrúa, 2011. pp. 305-324.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta Morales Sánchez, *Constitución y Derechos Humanos*, 5ª ed., México, Porrúa, 2019.
- GARIBO PEYRÓ, Ana-Paz, “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII(2), 2017.
- GARIBO PEYRÓ, Ana-Paz, "El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de "wrongful birth" y "wrongful life" sobre las personas con discapacidad". *Revista Persona y Derecho*. 81, 2020.
- GEORGE ROBERT P., y Christopher Tollefsen, *EMBRIÓN Una Defensa de la Vida Humana*, Ediciones Rialp, S.A., España, 2012.
- GRECO Tommaso, “El cuerpo como máquina. Consideraciones sobre la maternidad subrogada”, *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, coord. Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá, México, Escuela Libre de Derecho y Universita di Pisa, México, 2021. pp. 427- 470.
- GÓMEZ Robledo, Alonso, “Protección de la privacidad frente al Estado”, *Diagnóstico Genético y Derechos Humanos*, México, UNAM, 1998, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos.
- HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, Scielo, *Diánoia* vol.55 no.64 Ciudad de México mayo 2010.
- HABERMAS Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, ediciones Paidós, 2002

- IGLESIAS Juan, *Derecho Romano Historia e Instituciones*, 10a ed., Ariel, S.A., España. 1990.
- KANT, Manuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, 6a edición, Espasa- Calpe, S.A., Madrid, 1980, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres--0/html/dcb0941a-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_3.html#I_2_
- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona; Universitat de Barcelona, 2013.
- LIEFAARD, Ton, “El derecho procesal familiar y los derechos de la Infancia en Europa y los Países Bajos”, *La Constitucionalización del Derecho de Familia perspectivas comparadas*, editores, Nicolás Espejo Yaksic y Ana María Ibarra Olguin, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019. pp. 323- 349.
- LLOPIS, Ramón, “La Bioética como tercera cultura. Un análisis desde la sociología de la ciencia”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 51, (2003).
- MARTÍNEZ PRIEGO, Consuelo, “Dinamismo Familiar Interno ”, *La Familia y sus ámbitos cinco ensayos en torno a la familia desde la persona*, Coords, Consuelo Martínez Priego y Miguel Rumayor Fernández, México, Porrúa, 2016. pp. 25-58
- MARCÓ Bach, Javier y Martha Tarasco Michel, “Hechos científicos sobre el cigoto y el embrión humano”, *Bioética un acercamiento médico y jurídico*, coord. Dora García Fernández y Martha Tarasco Michel, México, Porrúa, 2011.pp. 113- 132.
- MÉNDEZ Corcuera Luis Alfonso, *Temas actuales del Derecho Familiar*, 2a ed., México, editorial Flores, 2023.

- MORALES MONTES DE OCA, Carlos Antonio, “Derechos de disposición sobre el cuerpo humano. Algunas consideraciones desde el Derecho Civil”, *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, coord. Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá, México, Escuela Libre de Derecho y Universita di Pisa, México, 2021. pp. 267- 327.
- PÉREZ ADÁN, José, *Repensar la familia*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2005.
- RAMIREZ GARCIA, Hugo, “Derechos humanos: principios sustantivos para una teoría de la justicia”, en Ramírez García, Hugo S. y Soberanes Diez José María (Coord), *El Artículo 1o constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, 2021. pp. 211- 239.
- RAMÍREZ GARCÍA Hugo S. y José María Soberanes, “The Right of Life in the Context of Mexican Legal Experience”; *Unborn Human Life and Fundamental Rights Leading Constitutional Cases under Scrutiny*, Pilar Zambrano/ William L. Sanders (eds), Berlin, Peter Lang, 2019. pp. 223- 232.
- RICO ALVAREZ, Fausto, *et. al.*, *Introducción al estudio del Derecho Civil y Personas*, 4a ed., México, Porrúa, 2021.
- ROMBOLI, Roberto, “Actos del final de la vida: suspensión de tratamientos vitales y ayuda al suicido. Los principios constitucionales y su aplicación por parte de los tribunales supranacionales, constitucionales y de los jueces ordinarios”, *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, coord. Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá, México, Escuela Libre de Derecho y Universita di Pisa, México, 2021. pp. 87- 130.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, México, Porrúa, 2017.

- SANDEL, MICHAEL, *Contra la perfección, la ética en la era de la ingeniería genética*, 2a ed., traducción de Ramón Vilá Vernis, España, Marbot Ediciones, 2015
- SANTAMARÍA SOLÍS, Luis, “Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos bioéticos”, *Cuadernos de Bioética*, 2000/1, Asociación Española de bioética y ética médica, <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- SARUWATARI-ZAVALA, Garbiñe. “Origen del Concepto de Generaciones Futuras en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Derechos Humanos México: Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. (2009)
- SEPÚLVEDA, I. Ricardo J., *Reconocimiento y protección constitucional de los derechos humanos en México*, México, Ubijus, 2021.
- SMEKE ROSELLÓN, Moisés Abdul, “Derechos y actos de disposición del cuerpo humano a la luz del derecho constitucional y administrativo en México”, *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, coord. Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá, México, Escuela Libre de Derecho y Università di Pisa, México, 2021. pp. 131- 203.
- TREVIÑO FERNÁNDEZ, Sofía del Carmen y Fernando Sosa Pastrana, “Filiación y parentalidad”, *Curso de Derecho y Familia*, editado por Sofía del Carmen Treviño Fernández y Ana María Ibarra Olguin, México, Tirant lo Blanch, 2022. pp. 169-204.
- TRUJILLO Isabel, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, *Persona y Derecho*, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, 52, 2005,
- VALADÉS, Diego, *Problemas del bioderecho y del derecho genómico. Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*. Coordinadores Alya Saada y Diego Valadés, México, UNAM, 2006.

- VÁZQUEZ, Luis Daniel y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell; Miguel y Salazar, Pedro (Coord), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 4a ed., México, Porrúa, UNAM, 2016. pp. 135- 165.
- VAZQUEZ Gómez Bisogno, Francisco, “La Transformación del Estado y su Derecho a partir del Reconocimiento de los Derechos Humanos. Apuntes para (re)pensar el Estado Mexicano a diez años de la reforma de junio de 2011”, *El Artículo 1o constitucional. Una teoría de los derechos humanos*, México, UNAM, 2021. pp. 39- 77.
- VELÁZQUEZ, José Luis, *Del homo al embrión ética y biología para el siglo XXI*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003
- ZAGAL ARREGUIN, Hector, “Persona Humana, Razón y Relación”, *La Familia y sus ámbitos cinco ensayos en torno a la familia desde la persona*, Coords, Consuelo Martínez Priego y Miguel Rumayor Fernández, México, Porrúa, 2016. pp. 1- 24.
- ZAMBRANO, Pilar, (2022). “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial.”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp. 309-344 DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022>.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Carta de Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945.

Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre de 1969

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Sano adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Protocolo de San Salvador”, Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.

Conferencia de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 12 de noviembre de 1997.

La Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, aprobada por la Conferencia General de las Naciones Unidas el 11 de noviembre de 1997.

Observación General N° 7 (2005)

Observación General N° 14 (2013)

Observación General N° 19 (1990)

Nuestra Agenda Común - Informe del Secretario General, publicado por las Naciones Unidas, Nueva York, 2021, <https://www.un.org/es/content/common-agenda-report/assets/pdf/informe-nuestra-agenda-comun.pdf>

El pacto para el futuro, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 22 de septiembre de 2024 y Anexo II de la Cumbre del Futuro celebrada en la Sede de la ONU los días 22 y 23 de septiembre de 2024.

LEYES Y SENTENCIAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Forneron e Hija vs. Argentina, sentencia del 27 de abril de 2012, (Fondo, reparaciones y costas), 27 de abril de 2012, párrafo 123.

Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 sesionada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 16 de agosto de 2010.

Acción de inconstitucionalidad 16/2016, sesionada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de junio de 2021.

Amparo directo en revisión 348/2012 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 5 de diciembre de 2012.

Amparo en revisión 518/2013 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de abril de 2014.

Amparo directo en revisión 2293/2013 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 22 de octubre de 2014.

Amparo directo en revisión 4698/2014 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 6 de abril de 2016.

Amparo en Revisión 1049/2017 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 15 de agosto de 2018

Amparo en Revisión 852/2017 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 8 de mayo de 2019.

Amparo Directo 2/2022 sesionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 11 de mayo de 2022.

Tesis: VII.2o.C.92 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, Mayo de 2005, p. 1499.

Tesis I.5o.C. J/27, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 964.

Tesis I.5o.C. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 2188.

Tesis 1a./J. 13/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, p. 382.

Tesis: 1a./J. 42/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 563

Tesis P./J. 7/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 10.

Tesis: 1a./J. 12/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, p. 288.

Tesis 1a./J. 126/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I

Tesis 1a. CCXI/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I, página 407.

Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro 33, agosto de 2016, Tomo II, página 633

Tesis 2a. XI/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 50, Enero de 2018, Tomo I, p.539

Tesis 1a. LXXVI/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, 2018, Tomo II, página 957

Tesis: 1a. II/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 716.

Tesis: 1a. IX/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 720.

Tesis 2a./J. 35/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, febrero, 2019, p. 980.

Tesis: 1a./J. 77/2022 (11a.), *Seminario Judicial de la Federación*, Undécima Época, libro 14, junio 2022, tomo V, p. 4164.

Tesis: 1a. XXXVII/2022 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, Libro 20, Diciembre de 2022, Tomo II, p. 1238

Tesis: 1a. XXXVI/2022 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, Libro 20, Diciembre de 2022, Tomo II, p. 1266

Corte Europea Paradiso y Campanelli vs. Italia

Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida española. Art. 5 párrafo 7. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

