



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo
acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998

EL NASCITURUS Y LA LIBERTAD REPRODUCTIVA: UN
ESTUDIO DE DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS EN TORNO A
LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA HUMANA

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta el

Lic. Roberto Garzón Jiménez

Director de la Tesis

Dr. Hugo Saúl Ramírez García

INDICE

Preámbulo.....	5
Introducción.....	7
EL DERECHO A LA VIDA Y LOS DERECHOS	
FUNDAMENTALES	21
1.1 Ascepciones y Características Distintivas	22
1.2 Clasificación del derecho a la vida dentro de los derechos fundamentales.....	35
1.3 Eficacia del derecho a la vida y de los Derechos Fundamentales.....	40
1.4 Interpretación de los Derechos Fundamentales	46
1.5 Fundamentación Constitucional en México.	51
1.6 Titularidad del Derecho a la Vida.....	57
1.7 Objeto y contenido del derecho a la vida.	66
PROCESO EVOLUTIVO INTRAUTERINO	69
2.1 Introducción.....	69
2.2 Periodo Embrionario	75
2.3 Periodo Fetal.....	95
INICIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LAS	
PERSONAS FÍSICAS.....	115
3.1 Teorías al respecto.....	116
3.2 Regulación en el Distrito Federal.	143
3.3 Regulación en España.....	145
ABORTO.....	151
4.1 Introducción y Concepto.	151
4.2 Tipos de Aborto	154
4.3 Principales argumentos a favor del aborto	193
4.4 Análisis de argumentos en resoluciones de Derecho Comparado	222
EL ABORTO EN EL DISTRITO FEDERAL	243
5.1 Regulación en el Distrito Federal	243

5.2 Acción de inconstitucionalidad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos	251
5.4 Resolución de la Suprema Corta de Justicia de la Nación.....	273
EUGENESIA.....	293
6.1 Concepto e Introducción.....	293
6.2 Tipos de Eugenesia.....	305
6.3 Eugenesia en la actualidad.....	332
FECUNDACION	339
7.1 Introducción.....	339
7.2 Fecundación natural.....	339
7.3 Fecundación asistida.....	342
LIBERTAD REPRODUCTIVA	417
8.1 Introducción.....	417
8.2 Evolución en la Regulación.....	426
8.3 Alcance y Contenido	438
8.4 Limitaciones	459
8.5 Libertad Reproductiva y Aborto.....	481
Conclusiones.....	487
F u e n t e s.....	499

Preámbulo

Gracias a Dios, a quien le debo todo.

Me llena de satisfacción el que Dios me ha permitido concluir mi formación académica con la posible obtención del grado de Doctor, en la Universidad Panamericana que es mi “Alma Mater”.

Fue en la Universidad Panamericana donde curse la Licenciatura en Derecho y en la cual conocí a personas que cambiaron mi vida como son en primer lugar la persona más importante, mi esposa Alexia, mis maestros y amigos entrañables.

Es en esta casa de estudios donde inicie y he podido seguir desarrollando mi vocación académica como catedrático desde el año de 1999.

Es precisamente en las aulas de mi querida Universidad donde he crecido como abogado, pero principalmente como ser humano, razón por la cual esta obra se la dedico principalmente a mi querida Universidad.

Aún recuerdo en una de mis clases del primer semestre de la carrera que el Profesor nos explicaba que la vida académica es como una pirámide en cuya cúspide esta el Doctorado; y desde entonces me propuse alcanzar esta meta. Pero para alcanzar un ideal no basta con proponérselo, sino que hay que esforzarnos y que las circunstancias lo permitan.

Estas circunstancias me han sido favorables gracias a todas las personas que he tenido a mi lado de las cuales agradezco expresamente a las siguientes:

Al Dr. José Antonio Lozano Díaz, su invaluable apoyo, su interés por esta obra y su amistad.

Al Dr. Hugo Saúl Ramírez García, por toda su dedicación en la dirección de esta obra, por sus brillantes ideas y su amabilidad en todo momento.

A mi socio el Lic. Marco Antonio Ruiz Aguirre, por su amistad, cariño y por apoyarme en todas las metas que me propongo.

A la Lic. Anabel Serrano y a mi querida asistente Carmen Alegría, por su dedicación e invaluable apoyo en la elaboración de esta obra.

A mi compadre el Dr. Felipe de la Mata Pizaña, por haberme convencido de hacer este esfuerzo, por motivarme siempre y por creerme más capaz de lo que en realidad soy.

También dedico este esfuerzo a mi papá que me impulso a lograrlo, a mi mamá por creer en todo lo que hago, a mi esposa y a mis hijos por toda la felicidad y amor que me dan. LOS AMO.

Octubre 2013.

Introducción

a) Lineamientos Metodológicos

El presente trabajo es crítico, lo cual implica que se plantearán hipótesis que se tratarán de comprobar durante el mismo, aplicando el método científico mediante el análisis de las leyes, la Jurisprudencia y la doctrina relacionada con el tema, es un trabajo estrictamente jurídico, por lo que no se relacionan principios morales, ni filosóficos, los cuales en su mayoría concluyen en lo relacionado con este tema de manera muy similar a las hipótesis de este trabajo.

Por lo tanto no se trata de un trabajo de compilación donde se analice la gran mayoría de la literatura existente sobre el tema materia de la misma (Tesina de Laurea). Ni tampoco se aporta al

mundo jurídico un elemento de gran novedad (Tesina de Super Laurea).

En cambio se trata de una obra teórica, en cuanto a que no realiza un estudio práctico de la realidad, sino fundamentalmente teórico a través del análisis de textos, también es dogmática ya que se parte fundamentalmente de los textos como fuentes de primera mano, doctrinales, legales y jurisprudenciales de México y España, sin que se tomen en consideración factores estadísticos, sociológicos o de investigación archivológica especializada.

En tratándose de la legislación, el análisis de las normas jurídicas es tanto de lo preceptuado en las leyes de derecho público, como en las de derecho privado, en virtud de que el tema que se estudia está íntimamente relacionado con muchas ramas del derecho, y la interpretación de las normas jurídicas de distintas leyes, auxilia a llegar a las hipótesis que se plantean, sin embargo esta delimitada en virtud de que no se analiza toda

la legislación que se le relaciona sobre todo en materia de bioética y aborto.

Las tesis jurisprudenciales y resoluciones judiciales que se estudian se consultaron a través de Internet, en las páginas Web www.tribunalconstitucional.es, “EUR.LEX” y www.scjn.gob.mx; y no solamente se citan las sentencias y tesis mas relevantes en España y en México, sino que se relacionan las resoluciones judiciales mas trascendentes en otros países del mundo que representan las posturas más significativas de los distintos tribunales, en el tema de la libertad reproductiva y el derecho a la vida del *nasciturus*.

Respecto a la bibliografía que se cito, esta fue consultada por mí en las bibliotecas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la Universidad Panamericana, de la Escuela Libre de Derecho, de la Universidad Iberoamericana y del Colegio de Notarios del Distrito Federal.

En España, consulte bibliografías en la biblioteca de la Universidad Castilla La Mancha, en Toledo.

b) Planteamiento de los cuestionamientos y formación de hipótesis.

Los objetivos de esta obra se clasifican en principales y secundarios, los principales son los objetivos fundamentales que se pretenden demostrar en este trabajo o a través de la respuesta a los siguientes cuestionamientos:

1.- ¿Es el concebido, una persona?

2.- Si lo es, ¿Es titular del derecho a la vida?

3.- ¿El alcance de La Libertad Reproductiva se extiende a decidir respecto del *nasciturus*?

Y al efecto aclarar los objetivos principales, me apego en el desarrollo de los objetivos secundarios que le dan sustento a los primeros a través de la respuesta a los siguientes cuestionamientos.

3.- ¿Cuál es el alcance del derecho a la vida, y de la libertad reproductiva, como derechos fundamentales?

4.- ¿En que momento inicia la personalidad jurídica?

5.- ¿Cómo es el desarrollo intrauterino del concebido?

6.- ¿Qué practicas atentan con el derecho a la vida del concebido, y cual es su justificación?

Al efecto de poder aclarar los anteriores cuestionamientos, decidí dividir esta obra en tres apartados que son:

I.- El *nasciturus*, el derecho a la vida, su proceso evolutivo y el inicio de la personalidad jurídica.

II.- Las prácticas que atentan en contra del *nasciturus*, aborto, reproducción asistida y eugenesia.

III.- La Libertad Reproductiva.

El primer apartado, estudia en tres capítulos el derecho a la vida como derecho fundamental, analizando quienes son sus titulares, al respecto se ha concluido que solo las personas gozan de este derecho, por lo que se analiza si el *nasciturus* es o no una persona, a la luz de las principales doctrinas jurídicas y del análisis de su proceso evolutivo.

En el primer capítulo de este apartado se pretende determinar las características y el alcance de los derechos fundamentales, así

como su oponibilidad frente al Estado y a los particulares, acotado todo lo anterior al derecho a la vida. Lo anterior es en virtud de que el derecho a la vida es un derecho fundamental y el estudio realizado en este capítulo busca desarrollar la fuente, eficacia, clasificación y titularidad de estos derechos, demostrando que cada derecho es distinto entre si y que existe una relación jerárquica en cuya cúspide se encuentra el derecho a la vida y la dignidad de las personas.

En el segundo capítulo de este apartado se explica el proceso de desarrollo intrauterino del *nasciturus* para poder entenderlo y poder adoptar una postura acerca de su naturaleza jurídica. En este capítulo me apoye en libros de medicina especializados en el área de embriología, ya que muchas teorías jurídicas acerca del inicio de la personalidad jurídica, toman en cuenta el proceso evolutivo intrauterino para otorgar o negar el carácter de persona del *nasciturus*.

En el tercer capítulo de este apartado relaciono las principales teorías acerca del inicio de la personalidad jurídica, para determinar si el concebido es o no persona, en dicho capítulo se hacen críticas a cada una de ellas, únicamente desde el punto de vista jurídico.

El segundo apartado, dividido en cuatro capítulos analiza las prácticas que atentan en contra del *nasciturus*, las cuales dividí en tres que son: El Aborto, los métodos de Reproducción Asistida y la Eugenesia.

En los dos primeros capítulos de este apartado se estudia al aborto, en el primero se estudia desde su concepto, los tipos de aborto, los postulados a favor del mismo y se analizan diversas resoluciones de derecho comparado en Materia de Aborto.

En el segundo capítulo de este apartado se estudia la Regulación del Aborto en el Distrito Federal, así como la resolución de la

Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, respecto a la reforma al Código Penal del Distrito Federal, que despenalizó el aborto dentro de los tres primeros meses de embarazo.

En el tercer capítulo de este apartado se estudia a la Eugenesia desde sus orígenes hasta los postulados modernos como una disciplina que ha pretendido justificar los atentados contra la vida del *nasciturus*.

Finalmente en el cuarto capítulo se analizan todas las técnicas de reproducción asistida para determinar de qué forma atentan contra el *nasciturus* y en su caso su justificación.

En el tercer apartado se estudia a la libertad reproductiva buscando determinar cuál es su alcance, contenido y

limitaciones. Lo importante de este capítulo es concluir si este derecho fundamental se extiende a decidir respecto del *nasciturus*.

Justificación Social:

El tema analizado en esta obra, cobra gran relevancia con la situación actual en los distintos países del mundo, derivada en algunos casos de los avances científicos y en otros casos, como consecuencia de la igualdad de la mujer con el hombre que ha sido reconocida gracias a la evolución social del último siglo.

Al respecto, los avances científicos plantean nuevas cuestiones derivadas de los métodos de reproducción asistida, en concreto en la situación jurídica de los preembriones y embriones, lo que será materia de análisis en otra obra, pero que es necesario en esos casos el determinar el alcance del Derecho a la Vida.

Considero que esta denominación de preembrión y embrión, además de incorrectas desde el punto de vista científico son discriminatorios, lamentablemente los ordenamientos jurídicos los han adoptado, incluso en México, La General de Salud

Asimismo la mujer, en la actualidad compete y se desarrolla en igualdad de circunstancias con el hombre, con la diferencia de que la mujer tiene la posibilidad de engendrar en su seno la vida humana. Por lo que el tema del aborto ha tomado gran relevancia en los últimos años y los debates en torno a la posibilidad de la mujer de decidir respecto al *nasciturus* continúan extendiéndose y motivando constantes reformas legislativas, resoluciones judiciales y opiniones de la sociedad en muchos casos de manera muy distinta y sobre todo en base al derecho a la vida.

La presente obra no pretende agotar el tema del aborto, ni los que se deriven de la utilización de métodos de reproducción

asistida, pero estos y muchos otros temas le dan al presente trabajo una justificación social y práctica.

PRIMERA PARTE

EL NASCITURUS

CAPITULO I

EL DERECHO A LA VIDA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- 1.1 Ascepciones y características distintivas.
- 1.2 Clasificación del derecho a la vida dentro de los derechos fundamentales.
- 1.3 Eficacia del derecho a la vida y de los derechos fundamentales.
- 1.4 Interpretación de los derechos fundamentales.
- 1.5 Fundamentación constitucional en México.
- 1.6 Titularidad del derecho a la vida.
- 1.7 Objeto y contenido del derecho a la vida.

El objetivo de este capítulo es hacer un breve análisis de los derechos fundamentales pero siempre en relación con el derecho a la vida para que de esta forma se puedan obtener características de este derecho fundamental. No se pretende realizar un estudio exhaustivo de los derechos fundamentales, en virtud de que eso excedería los fines de esta obra.

Sin embargo al ser la vida un derecho fundamental es esencial para los fines de esta obra dejar claro también la jerarquía de este tipo de derechos, su clasificación, su objeto, su eficacia e

interpretación, así como la fundamentación del derecho a la vida y su titularidad.

1.1 Ascepciones y Características Distintivas

Para poder entrar al análisis del derecho a la vida, tenemos que analizar de qué tipo de derecho se trata, comúnmente los derechos que corresponden a un titular se denominan subjetivos, entendiéndose por esta terminología a toda facultad o permiso que se deriva de una norma jurídica a favor de una persona. Dichos derechos se han clasificado en públicos y privados, en cuanto a los primeros son derechos subjetivos públicos, cuando la facultad proviene de una norma de derecho público y son derechos subjetivos privados, cuando esta facultad toma fundamento en normas de derecho privado, así pues estos últimos se clasifican en derechos reales y en derechos personales o de crédito.

Sin embargo en tratándose de los derechos fundamentales, existen en algunos de ellos características que nos hacen dudar que se traten de derechos subjetivos públicos en el sentido restringido de la palabra.

Algunos derechos fundamentales, no se traducen en facultades¹ que deriven de la norma jurídica sino que estos derechos no requieren un ejercicio para manifestarse, ya que se manifiestan siempre en las personas tan solo por tener ese carácter, como sería el caso del Derecho a la Vida y la Dignidad.

Estos derechos fundamentales no se ejercitan, no puedo asimilar y decir que al vivir estoy ejerciendo un derecho subjetivo, ya que esto puede darse sin la voluntad del titular o incluso en contra de su voluntad, aunque algunos consideran absurdamente que existe el derecho a decidir cuando morir, el cual no debe de

¹ “Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado...”. Vid. Bernal Pulido, C., *“El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 358.

atentarse por terceros. En contraposición pensemos en el derecho a votar, esta es una facultad que deriva de la norma y que se manifiesta ejerciéndola al emitir el sufragio y sin embargo si no hay voluntad del titular no se puede ejercitar el derecho.

En el caso del derecho a la vida se ha señalado que es un derecho de la personalidad inherente a la persona por el hecho de serlo, lo mismo sucede con la dignidad y otros derechos fundamentales, en donde se caracterizan que existe una obligación pasiva oponible *erga omnes* de todas las personas de no vulnerar estos derechos, y en el caso del Estado diversas obligaciones de hacer consistentes en tutelar de manera activa el respeto a estos derechos fundamentales.

Otra característica de los derechos fundamentales, con independencia de que este cuestionamiento pueda ser debatido por *ius positivistas*, es que no podemos señalar que derivan del

derecho objetivo, sino que las constituciones los reconocen porque son previos a las mismas, (como es el caso del derecho a la vida)² incluso la experiencia norteamericana se caracterizó porque consideraron en un principio que no era necesario incluir un catálogo de derechos fundamentales en su carta magna, ya que esto era ocioso por ser conocidos por todos, sin embargo después se decidió introducirlos mediante diez enmiendas. En España también se debatió si era o no necesario incluirlos en la constitución de 1978 y este debate se dio porque consideraban que no era técnico enunciarlos, si ya eran inherentes a las personas y conocidos de manera indubitable en todo núcleo social, sin embargo se considero adecuado incluirlos, lo cual es correcto y debe realizarse en todas las constituciones, puesto que de esta forma se determinan su alcance y sus garantías.

² No omito reconocer que esta aseveración no comprende a todos los derechos fundamentales, ya que veremos más adelante en este trabajo que los derechos llamados de segunda o tercera generación, surgieron al preverlos la constitución de que se trate.

Sin embargo en el caso del derecho a la vida, en algunas constituciones como la mexicana, se entendió tan obvio e inherente a las personas este derecho que no se regula expresamente, sino implícitamente al regular otros derechos fundamentales que se le derivan (como la integridad corporal, derecho a la salud, etcétera), y se han limitado a la abolición de la pena de muerte como es el caso de las constituciones de Bélgica, Italia, Luxemburgo y Suecia, que en los artículos 14 a) 27, 18 y 4 respectivamente así lo estipulan. Considero que debe reconocerse explícitamente para evitar interpretaciones que lo nieguen, esta regulación se ha realizado reconociendo el derecho a vivir como es el caso de las constituciones, Alemana, Bélgica, Chipriota, Eslovaca, Estoniana, Finlandesa, Letona, Lituania, Maltesa y Rumana. Otras constituciones reconocen la vida pero a través de sistema proteccionista de garantías, como es el caso de la constitución Eslovena, Griega, Finlandesa, Polaca y Portuguesa. Existen también constituciones que reconocen

expresamente este derecho a la vida desde la concepción como es el caso de Irlanda, Eslovaquia y República Checa.

Adicionalmente en todo Estado democrático este catálogo de derechos fundamentales son la base del Estado de derecho, y de la delimitación de las facultades de los poderes públicos con respecto de los particulares, son pues la piedra angular *fundamento* de la organización política.³

Por lo anterior podemos señalar que los derechos fundamentales tienen características muy específicas, que si bien en algunos casos se traducen en facultades derivadas de una norma jurídica, en otros casos no, así como que también forman la base de la estructura de un Estado con sus Ciudadanos,⁴ donde el respeto a la vida por el Estado será la condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos.

³ Vid. Pérez Royo, J., “*Curso de Derecho Constitucional*”, Marcial Pons, 11ª, Madrid, 2007, p. 220.

⁴ Ibid.

La ascepción “derechos naturales” para referirse a los derechos fundamentales, es la seguida por la escuela Ius naturalista⁵, la cual ha ido evolucionando desde considerar que el origen de estos derechos es divino, en el sentido de que Dios los ha dictado a los hombres y su catálogo se encuentra en los principios de las religiones plasmados en sus libros sagrados; también se llegó a considerar que los derechos naturales se derivan de las reglas que se descubren en la naturaleza, al absurdo de considerar que la regla natural es la ley del mas fuerte, donde trasladado a las relaciones humanas se cae en la injusticia y en la inequidad en su grado máximo, y en el caso del derecho a la vida justificaría la posibilidad del mas fuerte de vulnerar la vida del débil.

Actualmente el Postulado es considerar que estos derechos se derivan de la naturaleza del hombre y que son iguales en todas

⁵ Vid. Von Beuren, I., “*Derechos Humanos y Globalización Alternativa: Una Perspectiva Iberoamericana*”, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2004, p. 39

las personas, de tal suerte que en el interior de cada persona se pueden ir descubriendo.

La denominación de derechos humanos⁶ parte de la premisa que estos derechos son sólo de las personas y estas los tienen por el hecho de serlo debiendo ser reconocidos por el ordenamiento jurídico, pero es importante señalar que solo en tratándose de las personas físicas y no de las personas morales. Se entiende que se derivan de la condición de ser persona, y su titularidad sólo se actualiza en las personas, lo cual es correcto en tratándose del derecho a la vida en virtud de que solo las personas gozan del mismo, sin poder atribuírselo a los animales o plantas como un derecho oponible de manera casi absoluta al estado y a los particulares.

Esta terminología es parcialmente correcta pero no deja de ser incompleta, ya que no les da la jerarquía que a estos derechos les

⁶ Vid. Chazos, A., “*Altura Derechos Humanos*”, Azcanes, Toledo, 1995, p 97.

corresponde o debe de corresponderles dentro de la estructura de un Estado moderno.

Esta denominación se deriva de Declaración de Derechos de Virginia que se referiría a los derechos fundamentales como derechos del “Hombre” así como de la “Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre” de Bogotá (1948) y la “Declaración universal de los Derechos del Hombre” de París (1948),⁷ en las cuales se reitera que son derechos que corresponden a las personas y de ahí su carácter de humanos, sin embargo esta terminología no los conceptualiza correctamente y no los distingue de los demás derechos, ya que de todos los derechos únicamente son titulares las personas.

⁷ “... Derechos Fundamentales ... los positivizados a nivel interno ... Derechos Humanos ... los derechos positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales” Vid. Pérez Luño, A., *“Los Derechos Fundamentales”*, Tecnos, 8ª Madrid, 2004, p. 44.

La terminología de Derechos Fundamentales⁸ es de origen alemán, utilizándose por primera vez en la constitución alemana del 20 de diciembre de 1848 como “Los Derechos Fundamentales del Pueblo Alemán”, posteriormente esta denominación se utiliza en la segunda parte de la constitución de Weimar y en la de Bonn de 1949.

Se reconoce que estos derechos son naturales en cuanto que son iguales en todos los hombres y que son oponibles a un Estado que es artificial, y que para hacerlos valer frente al estado se requiere que estén reconocidos en la constitución, gozando de ese carácter constitucional, que sirve de base y fundamento del Estado, entendiéndose este como un cuerpo social creado por los ciudadanos.

⁸ “El termino derechos fundamentales *droit fondamentaux* aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789. Cfr. Pérez Luño, A., “*Derechos Humanos, Estado y Constitución*”, Tecnos, Madrid, 2004, p. 30.

En la constitución española de 1978 se les denomina también derechos fundamentales y es muy claro el artículo 10.1 que señala: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden jurídico y de la paz”.

Con esto queda muy claro que esta es la denominación más correcta, porque no obstante que estos derechos tienen un carácter preestatal y natural, es también cierto que la jerarquía de estos derechos los hace ser la piedra angular de todo el estado de derecho, ya que con base en su protección, descripción y desarrollo es donde tendrá su origen todo el orden jurídico de un Estado. Asimismo entre estos derechos fundamentales también hay una jerarquía en cuya cúspide esta el derecho a la vida, como condición de los demás derechos, ya que sin está, los demás derechos no se actualizan.

La denominación de garantías individuales⁹, utilizada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta antes de la reforma del 10 de junio de 2011, hacia cuestionable si es que el constituyente no consideró que estas tuvieran el carácter de derechos o más bien le dio el carácter a la constitución de garantista de los mismos.

El capítulo I de la Constitución Mexicana se denominaba de las garantías individuales y el artículo 1º de dicha Carta Magna señalaba lo siguiente “...En los Estados Unidos Mexicanos, 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, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

⁹ Vid. Herrera Ortiz, M., “*Manual de Derechos Humanos*”, Pac. México, p. 94.

Es claro que dichas garantías individuales son derechos y que si bien no todos se traducen en el ejercicio de facultades, lo cierto es que todos deben de ser tutelados y garantizados, siendo esta última obligación estatal el elemento que le dio en un origen la denominación en México a los Derechos Fundamentales como de Garantía Individual, entendiéndose pues como una garantía del individuo frente al estado y frente a los demás individuos.

El 10 de junio de 2011 se reforma la denominación de dicho Capítulo I del título primero para denominarse “De los derechos humanos y sus genéticas”, asimismo se reforma el artículo primero, donde se señala que todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos por la misma y en los tratados internacionales, modificando la terminología de individuo por personas y de garantías individuales por derechos humanos.

Algunos abogados de corporaciones han considerado que la denominación de personas comprende a las personas morales, y

lo que ha solicitado la protección constitucional mediante el juicio de garantías y sus derechos humanos. Para mi es claro que estos derechos comprenden a las personas físicas, y la denominación que a dichos derechos se les otorga el artículo antes transcrito como humanos, hace referencia en la “naturaleza humana”.

1.2 Clasificación del derecho a la vida dentro de los derechos fundamentales.

Los Derechos Fundamentales tienen distintas clasificaciones¹⁰, a continuación analizo una de ellas a efecto de poder ubicar dentro

¹⁰ Otra clasificación de los derechos fundamentales es en atención a la ubicación que de los mismos se realiza dentro de la Constitución Española y de tal suerte pueden ser clasificados por la garantía de los mismos, así pueden ser clasificados en: a) De Protección Excepcional; poseen un sistema reforzado de garantías según se desprende del artículo 53.2 de la Constitución Española dentro de las cuales se encuentran las comprendidas del artículo 15 al 29 de dicha Carta Magna. b) De Protección Ordinaria; El Sistema de Protección de estos derechos es ordinario y comprende a los derechos señalados en el Capítulo I y en la Sección Segunda del Capítulo II. c) Principios Rectores de Política Social y Económica; al no ser derechos no tienen una protección cierta sino hasta que se materializan como derechos subjetivos. Existe también la clasificación de Jellinek, donde existen los derechos que se caracterizan por otorgar un status libertatis, en donde se cuenta con un ámbito de libertad que el estado no puede vulnerar, como el derecho a la vida, a la libertad, etc., y los derechos que le dan la capacidad al

al derecho a la vida¹¹, y así poder determinar su alcance y jerarquía respecto de los demás derechos.

La clasificación que se analiza es en orden a su reconocimiento legal a lo largo de la historia, y de tal suerte se clasifican en derechos de primera generación o clásicos, de segunda generación¹² ó económicos, sociales y culturales y de tercera generación¹³ o de solidaridad.

titular de exigir su respeto al estado como es el caso de las garantías procesales (status civitatis).

¹¹ Vid. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *“Los Derechos Humanos de los Mexicanos, un Estudio Comparado”*, Colección Monvales, México, 1991, p. 87,

¹² Derechos de Segunda Generación. Estos derechos surgen de la necesidad del Estado de tutelar los derechos de determinados grupos sociales colocados en una situación de desigualdad frente a otros derivada esta desigualdad de diversas circunstancias que pueden ser económicas, sociales o culturales. Estos derechos han sido reconocidos en Constituciones llamadas de carácter social. En estos casos el Estado debe realizar actividades tendientes a tutelar el derecho de igualdad de las personas, realizando una actividad positiva que se traduce en actividades en distintas esferas tanto legislativas, administrativas o judiciales para tutelar los mismos. Encontramos como ejemplo de estas relaciones desiguales entre personas a la relación laboral y a las derivadas en algunos países de la explotación agraria, por lo que se ha elevado al carácter de derecho fundamental a los siguientes derechos: Derecho a la Seguridad Social. Derecho a un Salario Justo. Derecho al Descanso. Derecho al Empleo. Derecho a la Explotación de la Tierra. Derecho a la Huelga. Derecho a la Recreación. Derecho a la Educación. De esta forma también se han considerado como grupos de personas vulnerables a los niños y a la gente de la tercera edad a los cuales se les reconoce

El derecho a la vida forma parte de los derechos fundamentales clásicos que son reconocidos en las constituciones a lo largo del siglo XVIII y se caracterizan porque la actividad del estado, se limita a un “no hacer” esto es no vulnerar estos derechos y podemos señalar que dentro de esta clasificación se encuentran los siguientes derechos: Derecho a la Vida, Derecho a la Libertad, Derecho a la Igualdad,¹⁴ Derecho a la Seguridad, Derecho de Propiedad, Libertad de Tránsito y Circulación de Mercancía, Integridad Corporal,¹⁵ Derecho al Respeto a la Intimidad,¹⁶ y Derechos Políticos¹⁷.

determinados derechos distintos a los de otras personas, como en el caso de los niños el “Derecho a Jugar”.

¹³ Derechos de Tercera Generación. Estos tipos de Derechos tienen límites muy difusos y requieren del concurso internacional para su formulación ya que tienen un carácter abstracto y que definitivamente se derivan de la humanidad misma, entre estos encontramos los siguientes derechos: Derecho a la autodeterminación. Derecho al Desarrollo. Derecho a la Paz. Derecho a un Medio Ambiente Sano y Sustentable. Derecho a la Igualdad de Sexos. Derecho a la Información. Derecho a la Diferencia. Libertad de Procreación. Derecho a la Paternidad Responsable. Derecho al Acceso a Medios Electrónicos.

¹⁴ “La igualdad ante la ley es, como igualdad reguladora del ordenamiento, una dimensión del valor Seguridad Jurídica”. Vid. Peces-Barba, G., “*Curso de Derechos Fundamentales*”, Eudema Universidad, Madrid, 1991, p. 243.

¹⁵ Vid. Fix Zamudio, H.; et al., “*Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*”, Porrúa, 6ª, México, 2009, p. 433.

¹⁶ Vid. Pedroza de la Llave, S., “*Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*”, Tomo II, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2004, p. 116.

Sin embargo considero que la actividad del Estado no debe limitarse a un no hacer sobre todo en tratándose del derecho a la vida, sino que el Estado debe establecer las medidas necesarias a efecto de que estos no sean vulnerados tanto por particulares como por los propios órganos del Estado.

Asimismo se deben establecer medidas tendientes a la reparación o en su caso restitución, si esto es posible, de los derechos violados.

El estado pues debe de ser garante de estos derechos, tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito material y práctico, y debe serlo tanto de manera preventiva, tendiente a evitar la violación de estos derechos, como represiva o mejor dicho reparatoria, en cuanto a su actividad tendiente a alcanzar la reparación del daño.

Si se analiza esta clasificación se desprende que los avances entre otros, científicos, culturales, médicos y las circunstancias

¹⁷ Ibid. p. 434.

sociales, han hecho evidente el reconocimiento de determinadas situaciones que se han traducido en derechos del hombre.

Sin embargo hay derechos fundamentales que siempre han existido y siempre existirán y que son fundamento y en muchos casos fuente directa de otros, por ejemplo el derecho a la vida, es fuente directa del derecho a la salud, del derecho a la integridad corporal, del derecho a un medio ambiente sano, etc., y el derecho a la igualdad es fuente directa de derechos a la no discriminación, a la diferencia y casi todos los del constitucionalismo social.

Por lo anterior podemos ir avanzando en una aseveración que puede servir de base para algunas conclusiones como es que existen derechos fundamentales que son jerárquicamente superiores a otros, como es el caso “del Derecho a la Vida¹⁸” con respecto a otros, lo cual se desarrollará mas adelante.

¹⁸ “Hemos ido exponiendo los rasgos que caracterizan el derecho a la vida como verdadero derecho, o sea, un bien atribuido al hombre, que genera en

1.3 Eficacia del derecho a la vida y de los Derechos Fundamentales.

Al considerarse que los derechos fundamentales tienen un sujeto pasivo universal, que se traduce en que todas las personas deben respetar dichos derechos, no se está diferenciando a los derechos fundamentales con otros derechos.

El sujeto pasivo universal comprende a todas las personas ya sean de derecho público o de derecho privado y al señalar que se debe de respetar el derecho, esto quiere decir que estas personas

los demás deberes de estricta justicia: la vida humana es un bien debido en justicia a su titular, para terminar este capítulo, debemos señalar que el derecho a la vida, por ser un bien que constituye el ser del hombre, en un derecho natural originario. La vida humana le es debida al hombre en virtud de la naturaleza humana, no por concierto voluntario, <<Siendo la persona un ser que es dueño de su propio ser, resulta evidente que el hombre tiene por título natural como derechos los bienes que constituyen su propio ser: su vida, sus miembros, sus potencias y sus tendencias>>. Decimos que es un derecho natural originario porque procede de la naturaleza humana considerada en sí misma y, por tanto, es un derecho propio de los hombres de cualquier condición, en todas las fases de la historia humana. Una vez dicho que el derecho a la vida es un derecho natural originario, cabe preguntarse si es un derecho originario primario o derivado. La respuesta es bien fácil: el derecho a la vida es un derecho originario primario, ya que representa un bien fundamental de la naturaleza humana". *Vid. Herrera, F., "El Derecho a la Vida y el Aborto", Centro Editorial Universitario del Rosario, Santa Fe, Bogotá, 1999, p. 103.*

no deben realizar ninguna actividad positiva que impida el ejercicio del mismo.

Pero lo antes dicho, considero que se aplica en tratándose de cualquier derecho, no solamente del derecho a la vida o de cualquier otro derecho fundamental o de un derecho real,¹⁹ sino también en tratándose de un derecho personal.

Lo anterior lo puedo ejemplificar señalando que todas las personas deben de respetar mi derecho a la vida (Derecho Fundamental), también el derecho de propiedad, respecto de mi casa (Derecho Real) o incluso mi posibilidad de exigir a otro un dar, un hacer o un no hacer, (Derecho Personal), lo cual nos permite concluir que todos los derechos son susceptibles de ser lesionados por otros, por lo tanto estos están obligados a respetarlos, ya que de lo contrario se harán acreedores a una

¹⁹ Vid. Alessio Robles, M., *“Temas de Derechos Reales”*, Porrúa, 1era, México, 2004, p. 47.

sanción restitutoria o punitiva según el derecho de que se trate y a la posibilidad de resarcirlo.

Ahora bien, en tratándose de los derechos fundamentales, encontramos a un sujeto pasivo, que es el Estado, el cual independientemente de su obligación pasiva de no vulnerar el derecho, tiene a través de sus órganos y de acuerdo a la competencia de estos, que realizar una actitud activa para tutelar los mismos, sobre todo en tratándose del derecho a la vida.

Lo anterior se traduce a que la organización del Estado ha fundado su existencia en la tutela activa de los derechos fundamentales, a través de sus Poderes Ejecutivos, Legislativos y Judiciales.

El Poder Ejecutivo, tutelaré a los derechos fundamentales a través de una amplia estructura administrativa que puede incluir la prestación de servicios públicos encaminados a tutelar

determinados derechos fundamentales o a fomentar su desarrollo.

Como sería el caso del Servicio de Salud a través de distintas clínicas y hospitales que tutelan entre otros el derecho a la vida, y los que se le derivan como son la salud, la integridad corporal, etcétera.

También se tutela el derecho a la vida a través de la estructura del Procurador General de la República²⁰ que persigue delitos

²⁰ “El procurador general de la república es un servidor publico que designa el presidente de la republica y que ratifican el senado o la comisión permanente; puede ser remplazado libremente por el presidente de la republica (art. 102, ap. A); para serlo se requiere ser mexicano por nacimiento, ciudadano, tener cuando menos 35 años cumplidos, ser licenciado en derecho con una antigüedad mínima de 10 años, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso; esto se desprende de la defectuosa redacción del art. 102, ap. A. Goza de una doble inmunidad, la del juicio político y la de la declaración de procedencia (arts. 110 y 111), y si intenta presentarse como candidato a la presidencia de la republica debe separarse del cargo cuando menos seis meses antes del día de la elección (art. 82, frac. VI). La constitución le atribuye diversas facultades: preside el ministerio público, representa a la federación en todos los negocios en que es parte, interviene en los casos relativos al cuerpo diplomático y de los cónsules generales (art. 102, ap. A); en las controversias y acciones a que se hace referencia el art. 105; en los juicios de amparo (art. 107, frac. X) en el proceso de suspensión de garantías individuales (art. 29). Por reforma de diciembre de 1994, dejo de ser consejero jurídico del gobierno federal. En la ley orgánica que regula el funcionamiento de la procuraduría general, se le

relacionados con la violación de este derecho fundamental o de otros que se le puedan derivar o relacionar.

Así también a través del Poder Judicial en México o a través de los Tribunales Constitucionales de otros países se controla al Estado en su actividad, como también en el caso de las actividades de los particulares que pueden vulnerar estos derechos.

El Poder Legislativo al aprobar leyes debe buscar se encaminen a tutelar los derechos fundamentales y en su caso a través de la creación de las instituciones adecuadas fomentar el desarrollo de los mismos.

asignan funciones políticas que no van con la naturaleza de las responsabilidades que tiene asignadas.” Vid. Arteaga Nava, E., “*Derecho Constitucional*”, Oxford, 3era, México, 2008, p. 366.

Lo señalado anteriormente es con el fin de poner de manifiesto que el Estado esta obligado también activamente en relación con los derechos fundamentales.

En el caso de los particulares tienen un deber de abstención en relación con los derechos fundamentales y el que pueden por su actividad vulnerarlos²¹, y esta violación de los derechos fundamentales se da de manera muy frecuente por aquéllos colocados en una situación de supremacía. (Patrones, grandes empresas, etc.).

Sin embargo aunque de los particulares normalmente se ha considerado que no están obligados a ejercer una conducta activa para tutelar los derechos fundamentales, considero que la vinculación de los particulares ha realizar conductas activas debe de ser reconocida, siempre y cuando no vulnere a estos un derecho fundamental de mayor jerarquía del que sean titulares.

²¹ Como ejemplo, todos estamos obligados a respetar el derecho a la vida de otro (conducta pasiva) si alguien mata a otro (conducta activa) se hace acreedor a una pena.

Por ejemplo los particulares deben en el caso concreto realizar conductas activas para proteger el derecho a la vida de otro, siempre y cuando esto no ponga en riesgo su propia vida.

Por lo tanto la tendencia actual y adecuada es considerar que los particulares tienen que realizar las conductas activas que les correspondan de acuerdo a su situación jurídica concreta para tutelar el derecho fundamental de otro, teniendo como límite que este derecho fundamental no sea contrario a otro del que sea titular el primero.

1.4 Interpretación de los Derechos Fundamentales

En España y en muchos países europeos las normas de derecho internacional consignadas en los tratados son, por así decirlo las constituciones²², fuente de interpretación de alcance y contenido de los derechos fundamentales.

²² Art. 10 “... 2.Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaron de conformidad con

Lo anterior lo considero correcto debido al carácter universal de los derechos fundamentales²³, y que puede ser el medio tendiente a lograr su uniformidad, no es correcto que la titularidad de los derechos fundamentales o su alcance dependa del lugar donde se encuentre una persona, de tal suerte que en un país se le reconozca el derecho a la vida y en otro se le niegue. O por ejemplo en la actualidad se prohíbe la pena de muerte en casi la mayoría de los países, pero hay algunos en los que no, lo que genera una cuestión contradictoria, lo cual no puede quedar como un simple conflicto de leyes en el espacio, ya que el derecho a la vida como derecho fundamental es universal.

En México la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no hacía referencia a ningún tipo de normatividad externa para interpretar ningún precepto constitucional, lo

la declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificadas por España”, Constitución Española.

²³ Estoy consiente que para los Positivistas serán derechos fundamentales, los reconocidos por cada constitución para un país determinado, y que pueden ser distintos a los de otros países.

anterior independientemente que los tratados y convenciones internacionales y los ordenamientos extranjeros han sido fuente de la regulación en la Constitución de los derechos fundamentales. Por esa razón con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, se reconoce que las personas gozaron también de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en los que México sea parte. Se señala que los derechos humanos se interpretaron conforme a la constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo la protección más amplia de las personas. Se señala que los derechos humanos deben ser protegidos por todas las autoridades y que estas tienen la característica de universalidad interdependencia e indivisibilidad y progresividad.

Ahora bien, cualquier derecho fundamental debe de interpretarse de la forma más conveniente para su ejercicio y para que pueda alcanzar vigencia, teniendo como limite no vulnerar otro derecho fundamental de mayor jerarquía.

Por lo anterior considero que la interpretación de los derechos fundamentales toma gran relevancia en relación con su alcance respecto a otros derechos fundamentales.

Lo anterior debido a que la supremacía de los derechos fundamentales respecto a otro tipo de derechos²⁴ es tal, que todo ordenamiento constitucional debe de interpretarse a la luz de los mismos.

Por lo tanto cualquier derecho fundamental está por encima de cualquier derecho subjetivo, lo cual es evidente, el problema radica en determinar el alcance de un derecho fundamental respecto de otros.

En materia de derechos fundamentales considero que independientemente de las múltiples clasificaciones que de los

²⁴ Vid. Peces-Barba Martínez, G., *“Lecciones de Derechos Fundamentales”*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 323.

mismos existen, debemos de concluir que algunos son superiores a otros debido al bien jurídico que tutelan.

Y en los problemas para determinar qué derecho fundamental debe de prevalecer, debemos de atender a dicha jerarquía,²⁵ donde los más importantes a mi juicio son: el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad.²⁶

No solo son los más importantes, sino de ellos se derivan otros, por lo tanto tienen una vinculación de género a especie con otros derechos fundamentales como sucede por ejemplo con el derecho a la vida respecto del derecho a la integridad corporal.

²⁵ “Lo que quisiera señalar es que si se asume como se hace en todos los casos que la vida se inicia en el momento de la concepción habría que reestudiar la jerarquía derechos y cuestionar si es posible supeditar dicho derecho a la vida a otro tipo de circunstancias”. Vid. Duran La Laguna, P., *“Manual de Derechos Humanos”*, Comares, Granada, 1993, p. 182.

²⁶ “... Con que la invocación de cualquier otro derecho fundamental alberga un apartado complementario tendiente a demostrar que además del derecho fundamental invocado se ha lesionado también el derecho de igualdad”. Vid. López Piña, A., Conferencia: *“Problemática del Principio Constitucional de Igualdad en el Principio de Igualdad en la Constitución Española”*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 103.

Lo anterior lo analizaremos en este trabajo sobre todo en tratándose del derecho a la vida y los demás derechos fundamentales que se le pueden relacionar.

1.5 Fundamentación Constitucional en México.

En el apartado primero de este capítulo señalamos como se regula este derecho en algunas de las constituciones europeas, en este apartado me centraré con mas detalle a la regulación en México.

El derecho a la vida se encuentra tutelado en la Constitución Española en el artículo 15 que señala “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”, en la Constitución Mexicana su texto actual no señala de manera directa una protección al derecho a la vida, pero dicha protección esta implícita en diversos artículos que suponen la protección del derecho a la vida para poder gozar el derecho fundamental a que se refieren.

El artículo 1º señala “En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos²⁷ que otorga la constitución...”, el artículo cuarto en su cuarto párrafo señala “...Toda persona tiene derecho a la protección de la salud...”, en este caso la protección a la salud implica necesariamente la protección del derecho a la vida, dicho numeral señala adicionalmente en su octavo párrafo que “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud....”.

El artículo 10 establece “Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa...”, es claro que lo que se tutela primordialmente con esta facultad es el derecho a la vida.

El segundo párrafo del artículo 14 constitucional señala que “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades,

²⁷ Vid. Suprema Corte de Justicia de la Nación., “*La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 9.

posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...”, se ha interpretado que el derecho a la vida encuentra su protección en este artículo, ya que implica a los demás derechos, y también la referencia genérica a derechos implica también el derecho a la vida esta ahí protegido.

El artículo 16 señala que “Nadie puede ser molestado en su persona... sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”, este artículo está protegiendo también al derecho a la vida y a la integridad corporal al prohibir se moleste a alguien “en su persona”, ya que estas molestias serían en el sentido de vulnerar estos derechos fundamentales.

El artículo 22 preceptúa “...Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, los azotes, los palos y el tormento de cualquier especie...”, en este artículo a través de

estas prohibiciones se busca proteger en primer lugar al derecho a la vida²⁸.

Como se desprende del anterior análisis de estos artículos se confirma que independientemente de que el derecho a la vida se proteja de manera expresa como sucede en la Constitución

²⁸ “En este orden de ideas, de la interpretación sistemática, causal y teleológica que se realice de los artículos 4º y 123, en relación con los artículos 1º, 14 y 22 de la Constitución, se llega a la conclusión de que nuestra Carta Suprema protege la vida de los concebidos. En efecto, nuestra Constitución en el artículo 1º, primer párrafo prevé claramente que “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. En relación con lo anterior, la ciencia ha comprobado que la vida de un ser humano “...comienza tras la fecundación con la aparición de una realidad celular con fenotipo cigoto con identidad propia... El embrión es realidad humana, individuo de la especie... desde que es cigoto porque posee toda la información del sistema respecto al término: posee como propia capacidad de un desarrollo orgánico a cuerpo humano. Y pondrá en acto, en cada tiempo de su vida, toda la información que corresponda a ese momento vital. Si bien podemos distinguir diferentes fenotipos o diferentes fases en el desarrollo humano, ninguno de esos estados poseen un diferente nivel de realidad ontológica: es el mismo individuo en plenitud de vida embrionaria o fetal, o anciano. La vida como organismo individual en un proceso unitario e integrado. Cada célula es parte del todo en cuanto está dando función vital de crecimiento diferencial organizado, en el espacio corporal y en el tiempo, que tuvo su arranque en la activación mutua de los gametos en la fecundación que origina la célula con fenotipo cigoto...”. Esto es, desde la concepción hay un individuo en la primera ventada de su vida, que se desarrollará en el tiempo conforme su mapa de vida esté determinado. A dicho individuo, el artículo 1º constitucional le otorga los derechos y prerrogativas regulados en la Constitución, entre el que se encuentra el derecho de protección de su vida”. Vid. Montoya Rivero, V.; et al., “*Vida Humana y Aborto*”, Porrúa, México, 2009, p. 204 – 205.

Española o de manera indirecta como es el caso de la Constitución Mexicana, siempre estará y deberá entenderse protegido.

La anterior afirmación la realizo porque la vida es condición de cualquier derecho, si no hay vida no se pueden actualizar los demás derechos en un sujeto determinado²⁹, y por esta razón es que me atrevo a señalar que el derecho a la vida en la jerarquía de los derechos fundamentales es el más importante. Es así que para algunos autores es un derecho fundamental esencial y troncal³⁰ porque sin el ejercicio de los demás derechos y facultades quedaría vacío de contenido.

²⁹ “El derecho a la vida constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos humanos no tendrían existencia posible”. Vid. Valle Labiada, R., *“Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos”*, Civitas, Madrid, 1998, p. 131.

³⁰ “...Objeto y Contenido.- el derecho fundamental a la vida. A lo largo de su jurisprudencia y a partir de la identificación de su objeto con la vida humana como realidad puramente biológica, el Tribunal Constitucional ha interpretado el contenido del derecho fundamental a la vida en términos exclusivamente negativos y reaccionales. Una delimitación que se ha acompañado, además, de una caracterización del derecho y de su objeto expresiva de los excesos y contradicciones en que, ocasionalmente, incurren los fallos que han abordado el significado y alcance de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 15 de la Constitución. El Tribunal ha reiterado la especial significación que poseería el derecho fundamental a la

Por lo tanto solo legalmente se acepta su violación cuando se protege un derecho de la misma jerarquía como sería el caso de la legítima defensa; incluso se puede cuestionar si el bien común esta por encima del derecho a la vida como los casos en los que se permite la pena de muerte como una sanción a un sujeto que será ejemplar y promoverá a alcanzar un bienestar general por buscar inhibir ciertas conductas o delitos que el ordenamiento jurídico ha considerado de una elevada gravedad.

vida como expresión del valor superior del ordenamiento jurídico vida humana y ha destacado la peculiar posición que le correspondería ocupar en el catálogo constitucional de derechos fundamentales junto a la dignidad de la persona. Derecho fundamental a la vida y dignidad de la persona constituirían, así, el “*Prius* lógico y ontológico” para la existencia de los restantes derechos fundamentales; una afirmación especialmente evidente con relación al derecho a la vida, concebido como el “derecho fundamental esencial y troncal” en tanto que “supuesto ontológico sin que los restantes no tendrían existencia posible”. Afirmación a la que, pese a su naturaleza eminentemente fáctica, se le anudaría la importante consecuencia de dotar al derecho de “una singular fuerza expansiva” e incluso, de un carácter “absoluto e ilimitable”. Conclusiones similares habría alcanzado el TEDH quien, a la luz del principio de santidad de la vida humana supuestamente garantizado por el Convenio, también ha otorgado preeminencia a su artículo 2 en tanto que una de sus previsiones más fundamentales, pues, sin el derecho a la vida, el disfrute del resto de derechos y libertades quedaría vacío de contenido. Vid. Arruego Rodríguez, G., “*Vida, Integridad Personal y Nuevos Escenarios de la Biomedicina*” Camares, Granada, 2011. p. 29 y 30.

El derecho a la vida es un derecho que no se ejercita o se hace valer frente a nadie, sino que se actualiza con la existencia de su titular, por lo tanto no se regula su ejercicio sino su protección a través de prohibiciones o del establecimiento de sistemas o métodos que busquen garantizar la titularidad del mismo.

1.6 Titularidad del Derecho a la Vida.

Es indispensable el determinar quién es el titular de un derecho para poder esclarecer frente a quién lo ejercita, como puede hacerlo valer, cómo se le garantiza³¹; etc., pero es más importante determinar quiénes pueden ser titulares del derecho a la vida, ya que esta es condición de todo derecho.

La Constitución Española emplea la palabra “Todos” para determinar quienes son titulares del derecho a la vida, asimismo

³¹ Vid. López Piña, A., *“La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales”*, Civitas, Madrid, p. 111.

en la Constitución Mexicana se utiliza las palabras “Todas las personas” para referirse a los titulares de los derechos humanos.

Pero cuál es el alcance de esas terminologías, en primer lugar aunque parece obvio esas palabras se refieren únicamente a seres del género humano estando excluidas las personas morales y jurídicas y todos los demás seres animales y vegetales en virtud de que el derecho es un fenómeno exclusivamente humano.

Adicionalmente este derecho lo gozan todas las personas físicas con independencia de su estado político, es decir con la vinculación que tenga con un estado determinado, ya sea como nacionales o extranjeros.

Ahora bien el propio artículo primero de la constitución en su quinto párrafo prohíbe la discriminación de cualquier tipo, por lo tanto la expresión “Todas las personas” se refiere a cualquier

persona con independencia de su edad, genero, sexo y cualquier tipo de situación.

Menciono lo anterior porque sin lugar a dudas el punto mas debatido en cuanto a la titularidad del derecho a la vida es si el concebido es o no es titular del mismo.

El problema de esta terminología “Todo” “Persona” “Nadie” es que se ha utilizado como argumento para reconocer o no negar que el concebido³² está comprendido en la mencionada terminología.³³

³² “A pesar de que la definición del bien jurídico protegido en un tipo penal tan controvertido no es unívoca en casi todos los tratados doctrinales de derecho penal que se consulten, se señala que el bien jurídico protegido en este tipo penal es “La vida humana en formación”. Vid. Perez Duarte y Noreña, A., *“El Aborto una Lectura de Derecho Comparado”*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, p. 46.

³³ “...El derecho a la vida y a la integridad física presenta una problemática peculiar y específica en relación con los sujetos titulares del mismo. En efecto, el artículo 15 de la Constitución reconoce el citado derecho con la poca habitual expresión de que “Todos” tienen el derecho a la vida y a la integridad física. Tales términos fueron empleados con deliberada ambigüedad en aras del consenso durante la redacción de la Constitución, precisamente para no excluir ninguna interpretación en relación con la protección del *nasciturus*, Por su propia naturaleza, el derecho a la vida y a la integridad física afecta a todas las personas físicas, con independencia de su

Lo que es claro es que las personas son las titulares del Derecho a la Vida, pero dichos ordenamientos no las mencionan expresamente, lo cual ha llevado a que se señale que si el concebido no es considerado persona, lo que esta protegido es la vida humana esta protegido porque el cigoto (preembrión), es una célula del genero humano con vocación a ser persona.

status de ciudadanos o extranjeros. Ahora bien, persona humana, según prevé tradicionalmente el derecho civil español, es solo el nacido con forma humana y que sobrevive al menos veinticuatro horas (art. 30 del Código Civil). La expresión constitucional, al emplear un término indeterminado como el de “todos”, sin mencionar el de “persona”. Dejaba la puerta abierta a un entendimiento amplio de los sujetos titulares del derecho que incluyera al *nasciturus*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su STC 53/85 (caso Despenalización del aborto) declaro que, de acuerdo con un criterio interpretativo sistemático, el término “todos” era equivalente al de “todas las personas” empleado en otros preceptos constitucionales y que, en consecuencia, el *nasciturus* no resultaba ser sujeto titular del derecho a la vida. No puede ocultarse la enorme trascendencia social de dicho criterio, que abría la puerta a la legalización de la interrupción del embarazo, cuya ley de despenalización era precisamente la que daba pie a la citada resolución. Ahora bien, el Tribunal, a la vez que declaraba lo anterior, entendió que la vida era un valor constitucionalmente protegido por el propio art. 15 de la Constitución Española, por lo que el feto, como embrión de vida humana, quedaba incluido en dicha protección. Asimismo, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la protección constitucional de la vida del feto suponía la necesidad de la sanción penal de las conductas que atentasen contra ella. Por ello, examinaba la legitimidad de los supuestos de despenalización ponderando en cada caso los bienes y derechos que justificaban cada uno de dichos supuestos; e incluso se pronuncio sobre algunos extremos a los que debería ajustarse la regulación de dichos supuestos de aborto para respetar el mandato constitucional de protección de la vida humana...”. Vid. Espin, E., “Los Derechos de la Esfera Personal en Derecho Constitucional volumen I”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 218.

El tribunal europeo de derechos humanos ha establecido que ante la adversidad de regulaciones al respecto, la determinación de la titularidad del mismo dependerá de cada regulación³⁴ local, lo cual considero desafortunado ya que la personalidad jurídica es universal y es un error técnico decir que un ser humano es persona en lugar y en otro no y de la misma forma que goza del derecho a la vida en un lugar y en otro no.

Sin embargo al ser las personas los titulares indiscutibles del derecho a la vida, lo importante es determinar si un concebido es o no persona para determinar si se actualiza la titularidad del derecho a la vida.³⁵

Este reconocimiento del derecho a la vida en las personas debe ser universal, por lo tanto los nacionales y los extranjeros de

³⁴ Así se resolvió en el caso *Tyiers vs The United Kingdom*, judgment of 25 april 1978, serie A no 26 pp.15-16 131.

³⁵ “El punto central y primario es sobre si el nuevo ser que esta gestándose (cigoto, embrión, feto, según las fases de desarrollo) es o no y desde que momento persona humana”. *Vid. De Castro Cid, B., “Introducción de Estudio de los Derechos Humanos”, Universitas, Madrid, 2006, p. 261.*

cualquier estado gozan de este derecho y por lo tanto de su protección, por esta característica de universal, es de suma importancia que el derecho a la vida y en general todos los derechos humanos sean protegidos a nivel internacional, como sucede en la comunidad europea y actualmente se le reconoce en la Constitución Mexicana vigencia a los tratados de que México sea parte.

Ahora bien se ha señalado que el derecho a la vida es el único derecho fundamental en el que se cuestiona su titularidad,³⁶ ya que en los demás derechos lo que se regula y protege es su ejercicio, ya que todo derecho parte de que el titular es una persona.

Por lo que si una persona faltare y su heredero testamentario o en su caso intestamentario es su hijo concebido pero no nacido, éste hereda al padre y si las propiedades heredadas pudieran ser

³⁶ “Este es el único derecho en el que se va a encontrar un apartado dedicado a la titularidad como este ... Para ser titular de los derechos fundamentales, de todos sin excepción, es condición necesaria pero suficiente ser persona” Pérez Royo “*Curso de ...*” op. cit, p. 276.

perturbadas por alguien ¿Acaso el concebido no tendrá la protección de su derecho? Yo considero que si, ya que goza del derecho a la vida y de los demás derechos fundamentales que muchos pueden llegar a ejercitar por medio de sus legítimos representantes.

Sin embargo al concebido no se le ha considerado el carácter de ser persona en el derecho español, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Español³⁷, en la STC 531/1985 de 11 de abril, que señala que si bien la palabra “Todos” del artículo 15 no incluye a los *nasciturus*, la realidad es que la constitución protege a la vida y no puede desprotegerla en su etapa inicial como un bien jurídico protegido³⁸.

³⁷ “En primer lugar el Tribunal Constitucional, afirmo que el *nasciturus* es el concebido no nacido, no es titular del derecho a la vida, pero ello no significa que la vida humana en formación no forme parte del valor o bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución Española”. Vid. Díez Picazo, L., “*Sistema Derechos Fundamentales*”, Thomsom – Civitas, Madrid, 2005, p. 105.

³⁸ “1) El término “todos”, utilizado en el artículo 15, equivale a “todas las personas” y, por lo tanto, sólo los nacidos son titulares del derecho fundamental a la vida. 2) La vida humana es objeto de protección constitucional, y esta protección incluye la vida del *nasciturus*. 3) La protección constitucional de la vida del *nasciturus* implica dos obligaciones

Se señala en dicha sentencia que la vida es un concepto indeterminado, y que es un proceso que comienza con la gestación, en la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, donde el nacimiento tiene una gran relevancia para el *nasciturus*, que hasta entonces adquiere vida independiente de la madre.

Lo cual implica que en derecho español el concebido al no ser persona no es titular del derecho a la vida, por lo tanto su protección es limitada³⁹ al considerarse la vida un bien

para el estado: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma. 4) Esta protección efectiva debe incluir, en último término, normas penales, pero la protección penal no es absoluta en tanto que puede no existir o ceder en determinados supuestos. 5) La vida humana constitucionalmente protegida comienza con la gestación. 6) El Tribunal Constitucional no responde de manera expresa a la cuestión de cuándo comienza la gestación (bien en el momento de la fecundación, bien en el de la implantación), pero se deduce de su jurisprudencia que al preembrión no implantado también le alcanza, en general, la protección constitucional de la vida. 7) La protección constitucional de la vida humana no alcanza a los preembriones no viables dado que éstos no son *nasciturus*". Vid. Díaz Revorio, F., "*Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos*", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 73-74.

³⁹ "...Coincidían los Juristas, al igual que los hombres de ciencia en la necesidad de instituir en nuestro país los centros de planificación familiar, pues la adecuada educación sexual y el control de la natalidad por otros medios o procedimientos evitaría el aborto...". Vid. Hernández Rodríguez,

jurídicamente protegido, y esto genera para el estado dos obligaciones con respecto al *nasciturus*:

- 1.- La de abstenerse de interrumpir el embarazo; y
- 2.- La de establecer un sistema legal eficaz para la protección de la vida.

Dicha sentencia entiende que la voz “Todos” contenida en el artículo 15 de la Constitución Española no incluye el *nasciturus* por ser una palabra totalmente genérica e indeterminada.

Se señala que corresponderá al intérprete constitucional valorar cuál de los derechos o intereses en juego deben prevalecer en caso de colisión, tomando en cuenta las circunstancias y demás condiciones que imperen en el momento en que se suscite el conflicto de derechos.

G., “*El Aborto en España*”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1992, p. 85.

1.7 Objeto y contenido del derecho a la vida.

El derecho a la vida junto con la dignidad humana constituyen como hemos señalado anteriormente el soporte existencial de los demás derechos fundamentales, es así que el derecho a la vida a diferencia de otro tipo de derechos humanos no es susceptible de ser limitado por los órganos jurisdiccionales, y esto sucede casi en todos los países con excepción de aquellos donde no se ha excluido la pena de muerte y la tortura.

Ahora bien para algunos, como los Magistrados del tribunal constitucional español, Rubio Llorente y Tomas y Valiente, es erróneo considerar a la vida humana como un valor fundamental, ya que en la constitución española, el valor fundamental y superior es la persona, así como la libertad, la justicia y la igualdad.

También se señala que es incorrecto hacer una jerarquización de los derechos fundamentales, ya que la argumentación que la

justifica no es jurídica sino influida por valores morales o de otro tipo.

Ahora bien el objeto del derecho es la vida humana, que la entiendo como el proceso evolutivo que inicia con la concepción y que termina con la muerte, creo conveniente que se estableciera a nivel constitucional este concepto para poder dejar claro el alcance del derecho a la vida.

El Tribunal Constitucional Español en la sentencia STC 120/1990/7, considero que la vida es un bien que se encuentra formando parte del circulo de libertades de los sujetos, como una libertad de vivir, lo cual considero incorrecto ya que el derecho a la vida es una categoría impuesta e implícita en la persona y natural a las personas que escapa de su ámbito, ya que como no se puede decidir ser o no persona de la misma forma el vivir escapa del alcance del derecho de libertad.

CAPITULO II

PROCESO EVOLUTIVO INTRAUTERINO

2.1 Introducción. 2.2 Periodo Embrionario. 2.3 Periodo Fetal.

2.1 Introducción.

El objeto del presente apartado es entender en que momento surge la vida en el *nasciturus*, dejando claro que desde la fecundación es un ser distinto de los que aportaron las células germinales con las que se logro su fecundación, y poder así analizar en los subsiguientes apartados si el proceso evolutivo es útil o no lo es para atribuir la personalidad jurídica.

Considero, como quedara demostrado en este capítulo que dentro del proceso de desarrollo intrauterino no existe un momento que claramente sea definitorio para atribuir la personalidad jurídica al *nasciturus*, sino que es la fecundación misma la que le da ese carácter en virtud de ser el detonador del

proceso de desarrollo que implica la vida misma y que termina con la muerte.

A continuación se analizará desde el punto de vista científico el desarrollo del cigoto desde la fecundación⁴⁰ al nacimiento a efecto de determinar las características de esta célula y poder

⁴⁰ “...Durante el coito los espermatozoides son depositados en el fondo del saco vaginal posterior, en cantidad entre 80 y 110 millones por ml. Cada eyaculación normal consta de 3 a 5 ml de semen. El 80% son formas móviles. El promedio de vida del espermatozoide es de 4 a 6 días, aunque su poder fecundante lo conserva sólo durante 48 horas. En el fondo del saco vaginal pueden permanecer vivos uno o dos días y después penetran en el útero a través del moco cervical, el cual tiene acetilcolinesterasa, que capacita al espermatozoide para penetrar el óvulo. Después ascienden por la cavidad uterina mediante autopropulsión flagelar (su velocidad de progresión es de 1.5 mm por minuto), recorriendo la trompa hasta alcanzar el tercio externo de la misma, lugar en que se efectúa la fecundación. Para que ocurra la progresión espermática se requiere: a) pH vaginal adecuado. b) Moco cervical propicio (filante). c) Movimiento flagelar del espermatozoide. d) Quimiotactismo positivo. e) Hialuronidasa en la cabeza espermática. f) Contractilidad uterina producida por las prostaglandinas y el orgasmo. No obstante que durante el coito son depositados muchos millones de espermatozoides, sólo uno de ellos es el fecundante. En el Trayecto por recorrer se encuentran diversos obstáculos y tal parece que el espermatozoide fecundante es uno de los de mayor vitalidad. Es una selección importante de la naturaleza para preservar la especie. En general, la fecundación se efectúa en el tercio externo de la trompa, y para que ocurra es necesario que el óvulo sea captado por la ampolla tubaria. La captación se debe a varios factores, como son: a) Quimiotactismo positivo. b) Peristaltismo tubario. c) Corriente de líquido folicular. d) Adherencias del óvulo por secreción tubaria. e) Movimiento ciliar. f) Surcos del endosálpinx...” *Vid.* Mondragón Castro, H., “*Obstetricia Básica Ilustrada*”, Trillas, México, D.F. 1962. p 38 – 39.

determinar con estos datos que nos proporciona la embriología científica, si se trata ya de una persona o no.

El desarrollo humano es un proceso evolutivo que inicia en mi concepto desde la concepción hasta la muerte, (concepción, nacimiento, infancia, niñez, adolescencia, vida adulta, vejez y muerte) del cual se detallará en este capítulo el proceso de desarrollo del *nasciturus*, o sea del ser humano previo a su nacimiento, para lo cual es necesario tomar en cuenta que el desarrollo se deriva de los planes genéticos contenidos en los cromosomas, los cuales determinan las características del nuevo ser.

Es importante aclarar que el nacimiento no es el fin de un periodo de desarrollo, tan solo significa un cambio de medio

para el ser humano, pasando de la vida intrauterina⁴¹ a la extrauterina continuando con su desarrollo⁴².

Analizaremos el desarrollo del cigoto, “célula resultante de la fecundación del ovulo por el espermatozoide,” semana a semana para entender los cambios que se dan en este proceso evolutivo intrauterino (embarazo) hasta el nacimiento.

El espermatozoide y el ovulo son el resultado de un proceso llamado “Gameto-génesis”⁴³, a través del cual después de dos

⁴¹ Vid. Wynbrandt, J.; et al., “*The Encyclopedia of Genetic Disorders and Birth Defects*”, Oxford, New York, 1990, p. 32

⁴² “La vida existe antes del nacimiento, existe desde la concepción y describe una continuidad inicialmente intrauterina y posteriormente extrauterina hasta la muerte”. Vid. Instituto de Investigaciones Jurídicas, “*El Aborto un Enfoque Multidisciplinario*”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 24.

⁴³ “... Los conocimientos científicos actuales sobre el comienzo de la vida humana y sus primeras fases son fruto de las adquisiciones ofrecidas por la biología del desarrollo e integran los conocimientos de la embriología, la fisiología y la anatomía con los propios de la biología molecular, de la biología celular, de la genética y de la inmunología. En la especie humana, como en todos los mamíferos, los gametos masculinos y femeninos maduros, denominados espermatozoide y óvulo, provienen de células germinales primordiales (PGC). Estas no poseen exactamente la misma información genética que los organismos que las generan. Dicho de otro modo, las PGC son una novedad real en materia de información. Esto es relevante debido a que entonces la originalidad génica del eventual embrión aumenta dramáticamente. El embrión, aún desde el estadio unicelular (cigoto), posee

divisiones celulares, resultan estas células germinales con veintitrés cromosomas cada una; en el caso de los espermatozoides, este proceso se llama <<espermatogenesis>> el cual inicia en la pubertad del hombre (de los 13 a los 15 años) y tarda 64 días en formar al espermatozoide entendido como una

una genoma que evidencia por su estructura informacional la existencia de un factor de individuación diverso al de sus progenitores. La penetración del espermatozoide en el óvulo conlleva la fusión de las membranas de los gametos lo cual produce una reacción de bloqueo para la entrada de otros espermatozoides. Este es un importante indicador empírico de que existe un sistema causal autónomo en el óvulo recién fecundado. Este indicador estará acompañado de otros que de manera casi simultánea se suscitan: expulsión del segundo cuerpo polar; intercambio de protaminas a historias en donde el pronúcleo masculino sufre una suerte de aceleración o una alta reprogramación epigenética, mientras que en el pronúcleo femenino esta misma actividad o reprogramación se presenta de manera menos dramática; asociado a este último fenómeno se manifiesta claramente que existe una asimetría epigenética entre ambos pronúcleos. Asimetría que, por otra parte, no se presenta cuando se realiza clonación por transferencia de un núcleo celular somático. Esta última cuestión muestra que el proceso natural de fecundación incide de manera real en la configuración del cigoto y en el eventual desarrollo embrionario. ¡Esto muestra que el proceso natural de fecundación es relevante en el proceso de constitución de la peculiar finalidad no-determinista del desarrollo embrionario! Los procesos que se desencadenan con la fertilización incluyen la transición-materno-cigótica, esta transición lleva consigo la degradación de transcritos maternos y la activación del genoma del cigoto que implica al mismo tiempo, una reprogramación de la expresión de genes que es esencial para el desarrollo embrionario subsiguiente. Aunque la principal actividad transcripcional, es decir, de la expresión de genes, ocurre durante el estadio dos células, la transcripción es evidente en el embrión-1-célula. Este conjunto de eventos refuerzan todavía más la idea de que el cigoto es un verdadero sistema causal autónomo con información propia. Vid. Montoya Rivero, V., et al., “*Vida Humana y Aborto: Ciencia, Filosofía, Bioética y Derecho*”. Porrúa, México, 2009, p. 86 -87

célula móvil que posee una cabeza y una cola, dividida en tres partes.

En el caso del ovario este proceso se llama ovogénesis, donde la primera división se da cuando la mujer aún no ha nacido, a estas células se les llama oocitos primarios que permanecen en esta etapa hasta la pubertad. Después del nacimiento de una mujer, esta no vuelve a producir oocitos primarios⁴⁴ y estos en la pubertad pasarán a tener otra división celular de la cual van a surgir los oocitos secundarios, las cuales una vez madurados son óvulos.

El espermatozoide puede que sea 23 “x” o 23 “y” donde tiene 22 cromosomas⁴⁵ y un cromosoma sexual que puede ser “x” o “y”

⁴⁴ Una mujer al nacer tiene dos millones de oocitos primarios de los cuales llegan a ser oocitos secundarios solo cuatrocientos, cifra que disminuye si llega a usar pastillas anticonceptivas.

⁴⁵ “... Tanto el espermatozoide como el óvulo tienen 22 pares de cromosomas que transmiten los caracteres somáticos (autosomas), y 2 cromosomas sexuales, X y Y. En su componente cromosómico la mujer siempre tiene los cromosomas XX, en tanto que el hombre tiene un cromosoma X y un cromosoma Y. Si el espermatozoide fecundante transmite el cromosoma Y,

el cuál determinara el sexo y el ovulo siempre será 23 “x”.

Siendo 46 cromosomas los que posee cualquier célula somática de la especie humana

2.2 Periodo Embrionario

Primera semana.-

La fecundación inicia con el contacto del espermatozoide y un ovocito secundario⁴⁶ y termina con la fusión de los núcleos del

da lugar a un varón, y si trasmite el X origina una niña...” Vid. Mondragón Castro, H., “*Obstetricia Básica Ilustrada*”, op cit. p 41.

⁴⁶ “... La penetración del espermatozoide en el ovocito provoca su activación, que se pone de manifiesto con una serie de cambios bioquímicos y morfológicos. Los primeros cambios consisten en modificaciones del potencial de membrana y en un aumento espectacular del Ca⁺⁺ intracelular. Los gránulos corticales del ovocito maduro se extruyen en el momento de la fecundación en respuesta al aumento de los niveles de Ca⁺⁺. Estos contienen enzimas hidrolíticas que se liberan en el espacio perivitelino y modifican las características físicas y químicas de la zona pelúcida. Se produce entonces un bloqueo de la polispermia y la zona se vuelve impenetrable a los espermatozoides. Es lo que se denomina reacción de zona. A pesar de que el bloqueo de la polispermia es más importante en la zona pelúcida, la membrana plasmática también desempeña un papel importante en este proceso. No se conoce con exactitud la naturaleza de este fenómeno. Tras la penetración del espermatozoide, el ovocito reinicia la segunda división meiótica (se hallaba en MII) con la anafase y la telofase. Se libera entonces el segundo corpúsculo polar. La división es extremadamente asimétrica en cuanto al tamaño y, de este modo, el ditoplasma del ovocito contiene las estructuras necesarias para sostener el desarrollo embrionario precoz...” Vid. Carrera, J., “*Medicina del Embrión*”, Barcelona, España, 1997. p 10 - 11

espermatozoide y del ovulo y la mezcla de los cromosomas⁴⁷, esta fusión de dos células germinales va a producir un cigoto, el cual contiene 46 cromosomas, este entrecruzamiento de cromosomas va a producir la recombinación del material genético. Si el espermatozoide que fecunda es “x” el nuevo ser humano será mujer y si es “y” se tratara de un hombre.

⁴⁷ Valga por todos, las manifestaciones de La cadena, cuando afirma: “El ciclo vital de un ser humano, como el de cualquier otro organismo superior, se inicia a partir de una simple célula (cigoto) formada por la fecundación de dos gametos y que tras el proceso de desarrollo dará lugar a la formación del individuo adulto (...) Todas estas consideraciones nos sitúan ante los interrogantes genéticos fundamentales en torno al status del embrión humano y que podríamos concretar en esta doble pregunta: ¿Cuándo empieza la vida humana? ¿Cuándo esa vida humana que empieza es ya un ser humano individualizado” (...) En cuanto a la primera pregunta, cuándo empieza una nueva vida humana, ningún científico dudaría en responder que en el momento de la fecundación; es decir, cuando de dos realidades distintas, el óvulo y el espermatozoide surge una realidad nueva y distinta, el cigoto con una potencialidad propia y una autonomía genética, ya que, aunque depende de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético. Puesto que este programa genético es específicamente humano y no de ratón o de zanahoria, la nueva vida surgida es, evidentemente, humana. En cuanto a la segunda cuestión, cuando la vida humana que ha empezado es ya un ser humano, el abanico de opiniones es amplio y variopinto desde los que consideran que desde el mismo momento de la fecundación hasta los que se basan en criterios relacionales tales como “ser aceptados por sus padres”, “ser reconocidos por la sociedad”, “ser procreado intencionalmente”, “estar destinado a vivir” (...). Vid. Porras del Corral, M., *“Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos”*, Publicaciones Obra Social y Cultural, Cajasur, Córdoba, 1996, p. 67.

Inicia con la fusión de la membrana del ovulo y la membrana del espermatozoide seguido en cuestión de segundos por la “singamia” la cual es la denominación de la fase en que la cabeza del espermatozoide penetra el citoplasma del ovulo, e inicia una serie de actividades, donde los gametos no actúan separados, sino como una unidad. Solo el material genético humano produce las secuencias denominadas “alu” y estas se dan desde el momento mismo de surgimiento del cigoto.

En las primeras 6 horas en la base de la cabeza del espermatozoide se forman unos microtubulos que facilitan que se acerquen los núcleos, el femenino y masculino, después de fusionarse (16 horas) el centroplasma se divide formando un huso bipolar de microtubulos que facilitan la ordenación de los cromosomas paternos y maternos.

Desde el primer momento el cigoto es una célula humana nueva, con estructura informativa única que actúa desde el inicio.

Esta fecundación va a activar al cigoto⁴⁸ y se van a dar una serie de divisiones celulares⁴⁹ rápidas llamadas segmentación lo que produce un incremento rápido del número de células llamadas “blastómeros”⁵⁰ formando “la mórula” que es de forma circular compuesta por los blastómeros, esto ocurre tres días después de la fecundación y es el estrechísimo contacto entre los

⁴⁸ “...Después de la compactación, se produce una polarización de las células y éstas segregan un fluido que se acumula en los espacios intercelulares; este espacio se va ampliando, se forma una cavidad y se llega al estadio de blastocisto. En este momento, por primera vez, se diferencian dos tipos de células: las de la superficie del embrión, células epiteliales, forman el trofoectodermo (10), y en el interior de la cavidad o blastocelo se forma un grupo de células de las que se va a derivar el embrión: es la masa celular interna. Existen pruebas de que el embrión es capaz de transmitir señales al organismo materno desde muy pronto (encefalinas, EPF (early pregnancy factor). La implantación del embrión se produce en el estadio de blastocisto, tras el fenómeno de eclosión del embrión fuera de la zona pelúcida (hatching). El trofoectodermo está implicado en la interacción con el endometrio, por lo tanto, en la implantación. La masa celular interna con las tres capas celulares que la componen (ectodermo, endodermo y mesodermo) formará el embrión propiamente dicho...” Vid. Carrera, J., op. cit p 12.

⁴⁹ “...Durante la migración, el óvulo fecundado, que recibe el nombre de huevo, inicia una serie de divisiones celulares simples, originando 2, 4, 8, 16 o más células que llegan a formar un apilamiento celular, constituyendo la fase de mórula. Ya casi para llegar al interior de la cavidad uterina el huevo inicia una segunda etapa de desarrollo en la que un grupo de células se organiza marginándose, y formando una capa llamada trofoblasto, quedando el resto en forma excéntrica y constituyendo el disco embrionario o geminativo. A esta etapa de desarrollo se le designa como bástula o blastocisto. El trofoblasto se convierte en la placenta; y el disco embrionario, en el embrión (después feto). Vid. Mondragón Castro, H., “*Obstetricia Básica Ilustrada*”. Editorial Trillas, México, Mayo 1992. p 43.

⁵⁰ “Cualquiera de las células formadas por la segmentación del ovulo fecundado que constituyen la mórula”. Vid. Ruiz Torres, F., “*Diccionario de Términos Médicos*”, Alhambra, Tomo I, México, 1983, p. 77.

blastómeros mediante puentes citoplasmáticos y microvellosidades que permiten las necesarias comunicaciones intercelulares.

Las células se aplanan, lo que facilita su contacto, y después de un proceso de redistribución de las estructuras celulares surgen células polares con núcleo en área nasal y células apolares.

A los cuatro días de la fecundación aparecen espacios entre las células centrales de la mórula que la dividen en dos porciones o líneas celulares, la primera conocida como “embrioblasto”⁵¹ o

⁵¹ “... El embrioblasto está formado por las células profundas del blastocito agrupadas en el denominado “polo embrionario”. Es el origen del disco embrionario, de la alantoides y de las membranas amniótica y vitelina. El trofoblasto forma la capa celular superficial del blastocito, que es homogénea y rodea el embrioblasto y el blastocele. Participa en la formación de un componente placentario: el corion. Entre la fase inicial unicelular (cigoto) y la de blastocito (cuarto día), el conceptus se ha visto sometido a un proceso de división mitótica que se conoce como “segmentación del cigoto”. Durante la segmentación del cigoto el conceptus se encuentra rodeado por una capa de glucoproteínas denominada “zona pelúcida”, que representa un verdadero “corse” que determina que el volumen total se mantenga prácticamente invariable, por lo que las nuevas células hijas son de tamaño cada vez menor. Asimismo, la zona pelúcida evita en condiciones normales la implantación tubárica del trofoblasto. Hacia el tercer día ya se ha alcanzado la fase de mórula y se observa una esfera sólida de 13 o más células hijas que recuerda a una mora (fruto de la morera). En la mórula los blastómeros muestran

línea embrionblastica de células apolares de la cual se va a originar el embrión y la segunda denominada “trofoblasto” o línea trofoblastica de las células polares del cual se origina la placenta.

El quinto día en la blástula por la línea trofoblastica se forman en dos polos opuestos dos masas celulares llamadas trofoblasto mural y trofoblasto polar y en la línea embrioblastica se forma el embrionblastos.

signos de polaridad y mayor cohesión entre ellos (compactación), Hacia el comienzo del cuarto día la mórula, con unas 30 células, alcanza la cavidad del útero y se crea en su interior una cavidad (blastocelo), que determina la transformación en blastocito. Este proceso se debe al desplazamiento en masa de las células internas de la mórula por el incremento de la presión hidrostática en el interior de la mórula debido a la absorción del fluido uterino a través de la zona pelúcida y/o a la secreción trofoblástica. Durante dos días el blastocito flota libremente en las secreciones uterinas (blastocito libre), que le sirven de nutriente. Hacia el quinto día eclosiona a través de un orificio de la zona pelúcida producido por la lisis enzimática ejercida por s-tripsina procedente del trofoblasto. De este modo el blastocito queda preparado para la implantación. La segmentación tiene lugar al tiempo que el conceptus es trasladado a través de la trompa uterina hacia el útero: permanece tres días en la parte ampular de la trompa y atraviesa la parte ístmica en sólo 8 horas. La progesterona relaja la unión uterotubárica permitiendo su entrada en la cavidad uterina. Se podrá generar un embarazo ectópico tubárico si hubiese algún trastorno en la traslación del conceptus hasta el útero y la lisis de la zona pelúcida se produjera en la trompa uterina...” Vid. Gratacos, E., Gómez M., R., Romeo Galve, R., Nicolaidis, K., Cabero Roura, L., “*Medicina Fetal*”. Editorial Médica Panamericana, Madrid, España, 2007. p. 10.

El líquido forma una cavidad donde se aloja el <<embrioblasto>> recibiendo el nombre de blastocisto, el cual a los seis días se fija al epitelio endometrial quedando implantado de manera superficial.

Es interesante que una parte de las células son pluripotenciales lo que consiste en que si se separa cada una puede continuar en su totalidad el proceso de desarrollo (gametos) o según donde se ubiquen es la función que realizarán.

Segunda semana.-

Durante la segunda semana del embarazo se va a dar la implantación⁵² completa del blastocisto por arriba del

⁵² “... La implantación o nidación es la etapa de la reproducción en que el huevo fecundado llega a la cavidad uterina y es cubierto por una capa de tejido decidual; esto ocurre en el día 21 del ciclo menstrual (fase progesterónica), en que las condiciones de la mucosa son muy propicias (mayor vascularización, abundante glucógeno) para su implantación y nutrición. A este endometrio se le denomina decidua. La implantación se debe a la acción estimulante de algunas sustancias (¿estrógenos, prostaglandinas, histaminas o carbohidratos?). Debido a la acción de los estrógenos en la fase proliferativa y a los efectos de la progesterona en la fase secretoria, el endometrio adquiere características muy propicias para la reproducción; cuando ocurre la fecundación y se forma el cuerpo amarillo,

endometrio del cuerpo del útero, surgiendo: la cavidad⁵³ amniótica, el disco embrionario, y el saco vitelino⁵⁴ primario.

aumenta el nivel de progesterona, con lo cual el endometrio adquiere ciertos rasgos especiales que lo transforman en decidua. El trofoblasto ejerce acción citolítica, y al ponerse en contacto con la decidua la destruye produciendo lagos sanguíneos de los que se nutre mediante un mecanismo llamado pinocitosis, parecido a la ósmosis. Es tanta la penetración del blastocisto en la decidua que aquel queda sepultado en ella; la parte decidual en donde se implanta se denomina decidua basal, en la cual se desarrolla la placenta; la parte que cubre el blastocisto se llama decidua capsular o refleja, y en ésta se adosan las membranas ovulares. Cuando algún factor modifica el proceso de migración ovular descrito, da lugar a complicaciones como los embarazos ovárico, tubario y abdominal; cuando modifica la implantación en la cavidad uterina, puede originar un embarazo intrauterino bajo (placenta previa). Las células centrales del blastocisto empiezan a agruparse y desarrollarse por capas, constituyendo el disco germinal o nódulo embrionario, que habrá de originar el embrión. El huevo se implanta por su polo embrionario gracias a la acción citolítica del trofoblasto (sincicio), que destruye los vasos maternos, formando lagunas sanguíneas de las que se nutre al mismo tiempo; asimismo, emite unas prolongaciones llamadas vellosidades coriales. En la porción correspondiente a la decidua basal, dichas vellosidades son mayores y penetran a través de todo el espesor de la misma, constituyendo las vellosidades garfio o gancho que sirven de soporte al huevo. Cada vellosidad tiene un sistema arteriolar que guarda relación con el corazón embrionario. El trofoblasto tiene, en toda su superficie, una capa de células bien diferenciadas unas de otras, llamada citotrofoblasto o células de Langhans; en dichas células se producen las gonadotropinas coriónicas...” Vid. Mondragón Castro, H., “*Obstetricia Básica Ilustrada*”. op cit p. 43 - 45

⁵³ “... Implantación: es un proceso complejo que permite que el blastocito pase de la cavidad del útero al interior del endometrio. El blastocito se adhiere al epitelio endometrial tras desprenderse de la zona pelúcida; atraviesa el epitelio y alcanza el estroma del endometrio, donde anida. La implantación comienza al final de la primera semana y termina sobre el final de la segunda y se consigue gracias a un diálogo biológico (interacciones) entre el concepto y el endometrio. Coincidiendo con la implantación el trofoblasto se diferencia en: Citotrofoblasto: parte profunda del trofoblasto más cercana a los derivados del embrioblasto. Sinciotrofoblasto: parte periférica del trofoblasto generada a partir de células del citotrofoblasto que han perdido las membranas celulares. Produce proteasas, implicadas en la implantación, y gondotrofina coriónica, que actúa manteniendo activa temporalmente la

La cavidad amniótica esta cubierta por una membrana que se forma con la laminación de los amnioblastos.

El trofoblasto⁵⁵ toca el útero y hace que el embrión se implante y del trofoblasto se forman el corion y el amnis y de una nueva

producción de progesterona por parte del cuerpo lúteo ovárico. Para acoger el blastocito es necesario que el lecho uterino esté bien acondicionado: el endometrio debe encontrarse en fase secretoria y ha de sufrir una reacción decidual (hipervascularización, incremento de glándulas y edema), que está determinada por el efecto de hormonas ováricas y más tarde placentarias...” Vid. Gratacos, E., Gómez M., R., Romeo Galve, R., Nicolaidis, K., Cabero Roura, L., “*Medicina Fetal*”. Editorial Médica Panamericana, Madrid, España, 2007. p. 11.

⁵⁴ Vid. Ruiz Torres, F., “*Diccionario de Términos Médicos, Tomo II*”, México, 1983, p. 600.

⁵⁵ “... Una vez cumplida la etapa anterior, las células trofoblásticas invaden el estroma por intrusión (progresión entre las células de revestimiento epitelial sin destrucción de éstas ni formación de heterosincitia, como ocurre en otras especies de mamíferos). En esta etapa se inicia el contrato directo entre las células trofoblásticas del blastocisto y las células deciduales del estroma. No hay que olvidar que a las células predeciduales producto de la estimulación con progesterona de las células del estroma endometrial se suma ahora la recepción de señales generadas por el propio embrión implantado. Aún no está del todo claro el papel que representan los cambios hipersecretorios en el epitelio de revestimiento glandular durante las etapas iniciales de la gestación. Las células deciduales tienen la capacidad de sintetizar matrices proteicas diversas que se disponen formando una red o malla (lámina, fibronectina, colágeno IV y entactina, entre otras). La propiedad adhesiva de estas sustancias en plena matriz extracelular facilita la integración posterior de la membrana decidual. Los cambios metabólicos requieren un incremento del aporte sanguíneo que tiene su expresión en la hipertrofia de paredes arteriolas...” Vid. Carrera, J., “*Medicina del Embrión*”, Barcelona, España, 1997. p. 21

diferenciación celular se forma el disco embrionario o embrional.

El disco embrionario, contiene dos capas, el ectodermo y el endodermo, y al día 15 se formara el mesodermo⁵⁶.

Al cigoto antes del día 15 se le ha denominado pre-embrión, cuando en realidad ya es un embrión concepto equivoco inventado por la embrióloga McLaren⁵⁷ y aceptado por algunas

⁵⁶ “... De la línea primitiva se desarrolla una membrana celular que separa el ectodermo del endodermo y que recibe el nombre de mesodermo o mesoblasto. Al continuar el desarrollo embrionario se observa una segmentación del mesodermo en dos hojas: la externa, que se encuentra en contacto con el ectodermo, llamada somatopleura, y la interna que se halla en contacto con el endodermo, denominada esplacnopleura. Entre las capas del mesodermo, al disociarse éste, queda una cavidad virtual que recibe el nombre de celoma o cavidad celómica. El endodermo circunscribe una cavidad llena de líquido, saco vitelino, vesícula umbilical o lecitocoele, que tiene la función de nutrir al huevo en la segunda semana de desarrollo. Al crecer el nódulo embrionario forma una saliente convexa y aparece un repliegue del ectodermo y esplacnopleura, que prolifera por encima del embrión y crece hasta envolverlo, lo cual delimita otra cavidad, la amniótica, que aumenta de tamaño y se llena de líquido hasta cubrir al embrión. Del repliegue del ectodermo y de la somatopleura se forma el amnios...” Vid. Mondragón Castro, H., “*Obstetricia Básica Ilustrada*”. op cit p. 52-53

⁵⁷ Es importante hablar en este punto del término pre-embrión. A. McLaren, conocida embrióloga, introdujo el término pre-embrión para indicar el periodo de desarrollo que va desde el cigoto hasta el día 15 por influjo, como escribió ella misma, de cierta presión ajena a la comunidad científica. Sabiendo bien así afirmó honestamente D. Davies, miembro como McLaren del mismo Comité Warnock que estaba manipulando las palabras para polarizar una discusión ética. Y esta posición todavía hoy, explícita o

legislaciones, las cuales entienden por embrión al cigoto después de 15 días y hasta la novena semana de gestación.

El saco vitelino primario⁵⁸ es una membrana continua que rodea la cavidad exocelomica, la cual reduce de tamaño y se forma el saco vitelino secundario.

implícitamente, es aceptada por las legislaciones de muchas naciones y por organismos internacionales que consienten experimentos sobre embriones humanos. El término pre-embrión no es científicamente aceptable, pues si entendemos por pre-embrión aquello que existe antes del embrión, nos referimos a las células germinales que como ya se ha indicado se denominan ovulo y espermatozoide. Desde el momento en que estas células se funden se genera un embrión unicelular denominado también cigoto, que evoluciona paulatinamente según la ley de desarrollo embrionario establecida en su genoma. A. McLaren, para defender la introducción del término pre-embrión aceptado después ciegamente por ignorancia o superficialidad, bajo presiones externas o por comodidad e interés de otras categorías, especialmente comités legislativos, dice que el periodo hasta el día 15 cuando se observa la línea primitiva, es esencialmente un período de preparación durante el cual son elaborados todos los sistemas protectores y nutritivos solicitados para sostener el futuro embrión, que es aquella entidad espacialmente definida que puede desarrollarse directamente en un feto y luego en un neonato...” Vid. López Barahona, M., *“El Estatuto Biológico del Embrión Humano”* en Manual de Bioética, Ariel, Madrid, 2001 p. 210-211.

⁵⁸ “... El saco vitelino primario ocupa completamente el espacio del blastocelo, pero progresivamente la membrana de Heuser es reemplazada y desplazada por una nueva membrana, la vitelina, quedando como restos de aquella los quistes exocelómicos. La membrana vitelina y el hipoblasto limitan una nueva cavidad llamada “saco vitelino secundario o definitivo”. Mesodermo extraembrionario y saco coriónico: el 11-12º día aparece una nueva población celular mesenquimatosa denominada “mesodermo extraembrionario”. Esta nueva capa se dispone entre el citotrofoblasto y los derivados del embrioblasto y en su seno se forman vacuolas que confluyen entre si formando el saco oriónico. Esta cavidad crece rápidamente y engloba

Es importante en esta segunda semana que a través de los canales que se forman empieza a fluir la sangre materna que dota de nutrientes al *nasciturus*, la sangre oxigenada es la que llega hasta las <<sincitroflubásticas>> estableciéndose la circulación sanguínea, la sangre no oxigenada es eliminada por la vilis del útero.

En general en esta segunda semana se van a dar una serie de cambios en el endometrio debido a la implantación, con la formación del disco embrionario el proceso evolutivo se acelera a través de la organogénesis y la histogénesis formándose las estructuras primarias de órganos y sistemas.

La mayor parte de estos cambios evolutivos van dando como resultado divisiones y diferenciaciones celulares que formaran

el disco embrionario, las membranas anexas y el pedículo de fijación, quedando al final todas estas estructuras rodeadas de mesodermo extraembrionario. La pared del saco coriónico lo forma el corion, que es el conjunto formado por mesodermo extraembrionario y trofoblasto. Al saco coriónico se le puede denominar “celoma extraembrionario” cuando queda recubierto de mesotelio diferenciado a partir del mesodermo extraembrionario...” Vid. Gratacos, E., Gómez M., R., Romeo Galve, R., Nicolaides, K., Cabero Roura, L., “*Medicina Fetal*”. Op cit p. 11

distintas partes del cuerpo humano, como sucede con la “placa procordal”, que es un engrosamiento del hipoblasto que indica donde estará el cráneo y la boca del *nasciturus*.

Como veremos más adelante en este trabajo algunos autores consideran que en este periodo no se puede reconocer personalidad jurídica al *nasciturus*, ya que todavía no se sabe si van a ser dos o más, ya que en esta etapa se puede dar la gemelización.

Tercera semana.-

La tercera semana se caracteriza por el proceso denominado gastrulación en el cual el embrión se forma por tres capas germinativas que son el ectodermo embrionario, el endodermo embrionario y el mesodermo intraembrionario.

Se da la formación del tubo neural, el cual se forma por la unión de pliegues neurales que se fusionan dentro del surco denominado neural.

Se forma también la cresta neural que esta formada por dos masas que darán lugar a los ganglios sensitivos de los nervios craneales y espinales; se ubica entre el ectodermo y el tubo neural.

Se forman los somitas que son agregados compactos⁵⁹ de las células mesenquimatosas de las cuales migran las células que van a dar origen a las vértebras y a las costillas.

También aparece el celoma que es una cavidad en forma de herradura de las cuales van a aparecer las cavidades corporales.

⁵⁹ Vid. Atlas Ronald, M., "*Principles of Microbiology*", Mosby, Kentucky, 1994, p. 134.

Al final de la tercera semana se da la unión de dos tubos cardíacos endocardícos que se unen a vasos sanguíneos donde va a surgir posteriormente el corazón. El aparato cardiovascular primario, surge en esta semana de la unión de los vasos primitivos.

Cuarta a octava semana.-

Este periodo de cinco semanas⁶⁰ es la más significativa del periodo embrionario, en la cual se forman todos los órganos y

⁶⁰ "... El hecho más llamativo que tiene lugar durante la cuarta semana es el proceso de individualización del embrión. Hasta este momento en un disco embrionario reconocíamos tres hojas, ectodermo, mesodermo y endodermo, y en su polo anterior se presentaban dos densificaciones de mesénquima: el septo transversal y el esbozo cardíaco. Durante esta semana el ectodermo sufre un proceso de crecimiento y alargamiento rápidos que provoca la incurvación del embrión alrededor de dos puntos fijos, que son el septo transversal en el polo craneal y el pedículo de fijación en el polo caudal, de modo que, al finalizar la semana, ambas estructuras se encuentran en el centro de la cara ventral del embrión. También se incurva lateralmente. La cavidad amniótica crece siguiendo el mismo ritmo que el ectodermo, de modo que rodea por completo el embrión, excepto en la zona central de su cara ventral, la región umbilical. El techo de la vesícula vitelina adopta la forma de tubo y se convierte en conducto vitelino revestido por amnios. Este, junto con la vesícula umbilical (resto de la vesícula vitelina), el pedículo de fijación, la alantoides y los vasos umbilicales, constituye el cordón umbilical. En este momento se oblitera el celoma extraembrionario y se interrumpe su comunicación con el celoma intraembrionario. Debido a la rápida proliferación neuroectodérmica el polo craneal sufre una rotación de 180° alrededor del septo transversal y lo mismo sucede en el polo caudal. Se forman vasos intraembrionarios que se fusionan con los extraembriones y el

principales sistemas del cuerpo⁶¹, es pues esta etapa la más crítica⁶² del desarrollo, ya que es el comienzo de todas las estructuras internas y externas.

Las tres capas germinativas que se formaron en la tercera semana (ectodermo, mesodermo y endodermo), van a originar todos los tejidos y órganos del embrión.

Las células de estas tres capas se mueven, se unen y se fusionan, se dividen, migran y forman los distintos órganos.

corazón inicia su latido. Aparecen además los esbozos de las extremidades superiores en primer lugar y los de las extremidades inferiores 2 días más tarde También durante esta semana tiene lugar el cierre del tubo neural. Debido a la complejidad de los procesos de organogénesis, describiremos ésta por apartados...” Vid. Carrera, J., “*Medicina del Embrión*”, op cit. p. 104.

⁶¹ “... A medida que el embrión crece, sus partes corporales se diferencian cada vez más. A las cinco semanas tiene un extremo caudal que a las ocho semanas prácticamente ha desaparecido. Se empiezan a notar las extremidades y aparecen algunas estructuras en el polo cefálico: ojo y oído, entre otros. En la octava semana el embrión alcanza 29 mm de longitud y se inicia la vida fetal...” Vid. Mondragón Castro, H., “*Obstetricia Básica Ilustrada*”. op cit p. 56.

⁶² En estas etapas del desarrollo es muy importante consultar al médico acerca de que medicamentos puede tomar la mujer embarazada. Vid. Olendorf, D.; et al., “*The Gaie Encyclopedia of Medicine*”, Gate Research, 1999, p. 288

En el Ectodermo se origina: el sistema nervioso central, el sistema nervioso periférico, los epitelios sensitivos del ojo, oído y nariz, la epidermis apéndices o fareras (pelo, uñas), las glándulas mamarias, las glándulas subcutáneas y esmalte de los dientes, las células de los ganglios espinales, craneales y autónomos, las células pigmentarias, los músculos, tejido conectivo y huesos, la médula de las glándulas suprarrenales.

En el Mesodermo se originan: el cartílago⁶³, huesos y tejido conectivo, los músculos liso y estirado, el corazón, vasos, y células tanto de la sangre como linfa, los riñones, las gónadas (ovarios y testículos) y conductos genitales, el bazo y corteza de las glándulas suprarrenales.

En el Endodermo se originan: los recubrimientos epiteliales de los sistemas gastrointestinales y respiratorios, las amígdalas, la

⁶³ “En el organismo desempeña funciones de sostén, de construcción y de defensa”. Vid. Saponero, A., “*Nuestra Salud*”, De Vecchi, Barcelona, 1972, p. 295.

glándula tiroides, las glándulas paratiroides, el hígado⁶⁴ y páncreas, el epitelio que recubre la vejiga y cavidad timpánica, centro timpánico y trompa de Eustaquio.

De la cuarta semana se destaca la aparición de: las yemas de los miembros superiores e inferiores, las fosas auditivas de donde surge el oído interno; y los arcos branquiales.

En la quinta semana se destaca el crecimiento de la cabeza por el rápido crecimiento del encéfalo, se desarrollan también las placas de las manos, y en la quinta semana también es cuando el embrión apenas mide un centímetro y ya están presentes las primeras estructuras cerebrales, los bazo del corazón y del aparato respiratorio, urinario y digestivo.

Durante la sexta semana⁶⁵ las regiones del codo y de la articulación de la muñeca son identificables, junto con los rayos

⁶⁴ Vid. Savolainen, H., “Liver” *“En Encyclopedia of Occupational”*, Health and Safety, Volumen I, International Labour Organization, Geneva, 1998, p. 4 – 9.

digitales que serán los futuros dedos, se inicia la formación de la oreja, y esta muy avanzado la formación del sistema nervioso central.

⁶⁵ “... SEMANA 6 Principales hallazgos embrionarios característicos. El canal neural y los primeros somitos ya están presentes. El embrión es casi lineal y los somitos producen notables elevaciones de la superficie. Se distingue la prominencia cardíaca y están presentes las vesículas ópticas. Otra característica es la pequeña cola con sus somitos. Hallazgos ecográficos. En la semana 4 y primer día después de la última regla, el saco gestacional, que mide 4-5 mm de diámetro, puede detectarse por ecografía transvaginal como una pequeña estructura en forma de anillo. El saco gestacional se localiza generalmente entre el endometrio “refrigente” a untado u otro de la línea endometrial. Una imagen clara y precisa del anillo gestacional sugiere una gestación intrauterina normal. Es importante destacar aquí que no siempre es fácil diferenciar en este momento de la gestación, mediante métodos ecográficos, sacos gestacionales de otras estructuras anulares. Particularmente el “saco pseudogestacional” del embarazo ectópico. Hallazgos por Doppler color transvaginal. El flujo sanguíneo de las arterias espirales puede observarse mediante Doppler color transvaginal ya al final de la semana 4 después de la última menstruación. Se observa una señal en color de las arterias espirales en el área hiperecogénica cerca del saco gestacional. Las velocidades del flujo en sístole y diástole son muy bajas. Sin embargo, a veces se obtiene una señal en Doppler color del endometrio refrigente en el que se se desarrollará un saco gestacional. En esta etapa, la señal en color observada es el único signo de la incipiente gestación. Probablemente, esta señal en color proviene de las arterias espirales alteradas por la actividad del trofoblasto. En ese momento se desarrollan los espacios lagunares primitivos, precursores de los espacios intervellositarios. SEMANA 6. Principales hallazgos embrionarios característicos. El embrión adquiere una forma curvada en forma de C. El crecimiento de la cabeza (causado por el rápido desarrollo del cerebro) es superior al de otras regiones. Hallazgos ecográficos. El saco gestacional es siempre visible y se halla rodeado por un ancho anillo ecodenso y asimétrico. Esta doble línea es una importante característica del saco gestacional incipiente, que lo diferencia de otros elementos intrauterinos. El origen del doble contorno o doble anillo en esta etapa gestacional puede atribuirse al citotrofoblasto interno y al sincitiotrofoblasto externo en rápida proliferación. El saco gestacional es en ese momento fácilmente medible, pero todavía no puede avanzarse un pronóstico sobre el resultado de la gestación...” Vid. Carrera, J., “*Medicina del Embrión*”, *op cit.* p. 122.

En la séptima semana⁶⁶ el conducto vitelino sirve de comunicación entre los intestinos y el saco vitelino, las extremidades sufren cambios y se desarrollan, y la forma corporal es ya completa.

En la octava semana⁶⁷ los dedos de las manos son cortos unidos por membranas, alargándose al final. También se distinguen los

⁶⁶ “... SEMANA 7. Principales hallazgos embrionarios característicos. La cabeza es ahora mucho más grande en relación con el tronco y esta más flexionada sobre la prominencia cardíaca. El tronco y el cuello han comenzado a enderezarse, se forman los primordios de manos y pies y aparecen los radios digitales. Hallazgos ecográficos. El saco gestacional ocupa alrededor de una tercera parte del volumen uterino. La característica principal en este momento es un polo fetal ecognénico que corresponde al embrión de 5-9 mm adyacente a la vesícula vitelina quística. Entre las semanas 6 y 7 el embrión sobrepasa el límite de los 5 mm y puede medirse entonces de forma fiable la longitud craneocaudal. Los latidos cardíacos fetales se observan a partir de la semana 6 después de la última regla en todas las gestaciones bien datadas. El sistema nervioso es una estructura con muy pocas circunvoluciones localizada en la línea media sagital. A pesar de la posición extremadamente plegada del embrión, el plano coronal revela por primera vez la estructura del tubo neural...” *Vid.* Carrera, J., *idem* p. 124.

⁶⁷ “... SEMANA 8. Principales hallazgos embrionarios característicos. Entre la semana 7 y 8 de gestación, el embrión posee un esqueleto, principalmente cartilaginoso, que le da forma al cuerpo. La comunicación entre el intestino primitivo y la vesícula vitelina se ha reducido a un conducto relativamente pequeño (el pedículo vitelino). Hallazgos ecográficos. Hacia la semana 8 la longitud del embrión es de 10 a 16 mm y se mide fácilmente la longitud craneocaudal. Sobre todo pueden observarse los primordios de los miembros inferiores, que son cortos pero apreciables. Los primordios de los miembros superiores son más difíciles de visualizar. Comienzan a producirse los movimientos fetales. El movimiento del corazón es claramente detectable en el área central del embrión plegado. Puede evaluarse, además, el ritmo

dedos de los pies. El cuello se ha diferenciado de la cabeza y se notan ya los párpados, el cuerpo esta pues definido en sus estructuras fundamentales.

2.3 Periodo Fetal.

Periodo fetal⁶⁸ se denomina al que transcurre de la novena semana al nacimiento y se caracteriza su inicio por que el

cardíaco, que en ese momento es de 110 a 140 lat./min. Hallazgos por Doppler color transvaginal. La tasa de visualización de la aorta fetal y de la arteria umbilical es en este momento más elevada. El flujo sanguíneo en el corazón y la aorta fetales, así como en la arteria umbilical y los vasos cerebrales se visualiza claramente. No existen cambios hemodinámicas importantes en estos vasos sanguíneos en comparación con períodos más tempranos de la gestación, ni en la circulación uteroplacentaria ni en la fetal...” *Vid.* Carrera, J., *idem* p. 124-125.

⁶⁸ “... Es el período comprendido entre el comienzo del tercer mes hasta el final de la vida intrauterina, que se sitúa normalmente 266 días o 38 semanas después de la fecundación. Se caracteriza por el crecimiento rápido del cuerpo y por la maduración de los órganos. Algunos inicial su formación en este período y otros la completan. Durante el período fetal los cambios son menos espectaculares que en el embrionario. A continuación se resumen los cambios más llamativos del periodo fetal (para una revisión más exhaustiva, ver Moore y Persaud). El desarrollo neurológico fetal y la maduración pulmonar se tratan en otros capítulos de esta obra. Cuando comienza el período fetal la cabeza representa la mitad de la distancia lineal entre la coronilla y las nalgas, pero el crecimiento más rápido del tronco va reduciendo esta proporción hasta lograr que la longitud del tronco sea predominante. Hay un mayor ritmo de crecimiento en estatura entre el principio del periodo y el quinto mes. En los dos últimos meses de gestación el feto puede llegar a duplicar su peso previo, con una importante

embrión ya es un ser humano identificable⁶⁹, lo que quiere decir que al verlo se puede saber que se trata de un ser de la raza

acumulación de tejido adiposo que le da un aspecto rechoncho. La longitud de las extremidades superiores es inicialmente mayor que la de las inferiores, pero su mayor ritmo de crecimiento acaba invirtiendo esta situación. Las uñas de las manos aparecen en la 24ª semana, dos antes que las de los pies. A las nueve semanas el feto tiene la cara ancha y los ojos muy separados, se fusionan los párpados y sus orejas poseen una implantación baja. En las 13-16ª semanas los ojos se frontalizan, los pabellones auditivos ascienden y aparece el patito del cabello. Hacia la 20ª semana la piel se cubre de un material grasoso conocido como “vernix caseoso” (unto sebáceo) y aparecen unas finas vellosidades pilosas (lanugo), que sirven para mantener atrapado el vernix sobre el cuerpo fetal. Este material sebáceo es beneficioso como protección cutánea y como lubricante para el parto. En la 26ª semana el feto sbe de nuevo los ojos y se desarrolla el lanugo y el cabello. Entre la 9ª y la 22ª semana el feto empieza a orinar en el líquido amniótico y a deglutir. En la 10-11ª semanas se reduce la hernia umbilical fisiológica y en la 12ª ya es posible saber el sexo fetal por las características diferenciales de los genitales externos. La hemopoyesis en el feto se efectúa principalmente en el hígado y hacia el final de la 12ª semana aparecen núcleos germinativos de células sanguíneas en el bao y en la médula ósea...” Vid. Gratacos, E., Gómez M., R., Romeo Galve, R., Nicolaides, K., Cabero Roura, L., “*Medicina Fetal*”. Op cit p. 12-14.

⁶⁹ Para situarnos correctamente debemos advertir, para evitar equívocos, que debemos tener presentes los datos que aporta la biología, aunque las referencias que habrá que hacer en relación a esta ciencia no serán las más importantes, porque el ser persona es una condición antológicamente radical no siempre evidente, ante la que los datos biológicos aportan limitados elementos. La biología se encuentra en el embrión humano una serie de características de las que no es posible atribuir de modo inmediato al embrión el carácter de persona: no parece existir una relación inmediata entre el estatuto biológico del embrión inmediato entre el estatuto biológico del embrión y su eventual estatuto ontológico como persona. Algunas corrientes bioéticas contemporáneas, sumamente reduccionistas, rechazan el concepto mismo de persona, y reducen todo al utilitarismo ético centrado en el placer sensible, en el cual, la única diferencia relevante que se admite entre los seres es si son capaces de sentir o no: sólo tienen derechos los seres que tienen la capacidad de experimentar el placer o el dolor. En consecuencia serían titulares de derechos los animales adultos que son capaces de gozar y sufrir, pero no los embriones humanos porque carecen de sistema nervioso.

humana, por las características y por el desarrollo de las primeras ocho semanas.

En este periodo se da un gran crecimiento del cuerpo y se diferencian claramente órganos y tejidos, contrario de lo que sucede en el periodo embrionario, donde la cabeza creció de manera desproporcionada con el resto del cuerpo, en esta etapa el cuerpo crece y se da una mayor proporción entre éste y la cabeza.

En esta etapa el aumento de peso es considerable, a continuación detallo una tabla relacionada con el peso y la viabilidad del feto.

1- Si pesa menos de 500 gramos el feto no sobrevive.

Antológicamente, este sensismo extremo que anula los grados de ser y reduce todo a la alternativa animada capaz de experimentar sensaciones, se podría definir como animalismo trascendental. A tal corriente parecen pertenecer los escritos de P. Singer. Vid. Finnis, J.; et al., *"Derecho a la Vida"*, Universidad Navarra, Pamplona, 1998, p. 120-121.

2.- Si pesa de 500 gramos a 1 kilo el feto puede sobrevivir con los tratamientos adecuados y se le denomina producto inmaduro.

3.- Si pesa de 1 kilo a 2.5 kilos se le denomina producto prematuro y si es susceptible de sobrevivir.

Por la edad del feto éste no puede sobrevivir si tiene una edad inferior a 22 semanas que se cuentan a partir de la última menstruación de la madre, restándole dos semanas o de corrido 22 semanas a partir del día cierto de la fecundación, el cual es muy fácil de determinar en tratándose de la fecundación artificial.

Otras maneras de determinar la edad del feto es tomando en cuenta la longitud de la coronilla a la rabadilla, también puede ser útil la longitud de la coronilla al pie, solo que en este caso el problema práctico es que la posición del feto encorvado no permite realizar tan fácilmente esta última medición.

También se utiliza la medición de la longitud del pie para determinar la edad; otra forma es el peso del feto pero no es contundente esta prueba cuando la mujer ha tenido trastornos metabólicos, ya que estos por lo general varían el peso del feto.

Las mediciones con ultrasonido de coronilla a rabadilla tienen un margen de error de 4 días, pero si se acompaña con mediciones del tronco y de la cabeza se puede obtener mayor exactitud.

Los anteriores datos de la ciencia médica son importantes y pueden tomarse en cuenta para determinar la fecha de la concepción del ser humano y así poder determinar si se actualizaron respecto de él, ciertos derechos y obligaciones, como sería el caso de ser heredero o legatario.

A continuación analizaremos el desarrollo del feto en distintos periodos.

De la novena a la doceava semana.

- 1.- El crecimiento de la cabeza se intensifica.
- 2.- Las extremidades superiores (brazos) casi alcanzan su tamaño definitivo.
- 3.- El intestino se inserta en la cavidad abdominal.
- 4.- Primeramente el hígado y posteriormente el bazo realizan la eritropoyesis.
- 5.- Se forma la orina que se expulsa hacia el líquido amniótico y otra parte se reabsorbe.
- 6.- El feto comienza a responder a los estímulos.
- 7.- Los labios realizan una función de succión.
- 8.- La cara es ancha, con ojos separados y párpados cerrados.

De la treceava a la décima sexta semana.

- 1.- Se han alargado las extremidades inferiores.
- 2.- Inicia a la osificación del esqueleto.
- 3.- Los ovarios se han diferenciado.

4.- Los ojos ya no están tan separados, las orejas se acercan a su posición definitiva.

De la décima séptima a la vigésima semana.

- 1.- Se dan más movimientos percibidos por la madre.
- 2.- La piel esta cubierta de una capa grasosa que la protege de raspaduras.
- 3.- El cuerpo se encuentra totalmente cubierto por un vello fino.
- 4.- Las cejas y el cabello se encuentran visibles.
- 5.- Los testículos de un feto masculino han iniciado su descenso.
- 6.- En la mujer, el útero esta completamente formado, y se ha iniciado la canalización de la vagina.

De la vigésima primera a la vigésima quinta semana.

- 1.- Existe un aumento importante de peso.
- 2.- La piel se encuentra arrugada y es traslúcida.
- 3.- Los alvéolos pulmonares continúan su desarrollo.

4.- Las uñas de las manos están presentes en la semana veinticuatro.

5.- El aparato respiratorio aún se encuentra inmaduro.

De la vigésima sexta a la vigésima novena semana.

1.- Los pulmones son capaces de respirar⁷⁰, por lo que un bebe prematuro de veintiséis semanas puede sobrevivir.

2.- El sistema nervioso central ha madurado lo suficiente y puede controlar la temperatura corporal y los movimientos respiratorios.

3.- Se forma grasa subcutánea debajo de la piel que la estira y se pierden las arrugas.

4.- Las uñas de los pies ya son visibles.

5.- Los parpados se han abierto.

6.- El cabello de la cabeza esta bien desarrollado.

⁷⁰ Durante el último trimestre del embarazo, los sistemas enzimáticos pulmonares fetales maduran y catalizan la producción y sociedad de tensioactivo. Vid. Prieto Valtueña, J., *“La Clínica y el Laboratorio”*, Masson, Barcelona, 2006, p. 273.

De la trigésima a la trigésima cuarta semana.

- 1.- Existe ya el reflejo en la pupila expuesta a la luz.
- 2.- La piel es rosada y lisa.
- 3.- Piernas y brazos tiene una apariencia robusta.
- 4.- La grasa blanca corporal es el 8% del peso.

De la trigésima quinta a la trigésima octava semana.

- 1.- Aumenta el porcentaje de grasa blanca en el cuerpo.
- 2.- La piel es de color blanco o rosa azulado.
- 3.- El tórax es prominente y las mamas son muy pequeñas.
- 4.- Los testículos en el hombre se encuentran en el escroto.
- 5.- Hacia el final del periodo la circunferencia del abdomen es superior a la de la cabeza.

Fecha del nacimiento.

1.- Generalmente es a los 266 días o 38 semanas de la fecundación, si se toma el plazo de la última menstruación es de 280 días o 40 semanas.

2.- En el 8 al 12 por ciento de los casos el nacimiento puede prolongarse de dos a tres semanas más de la fecha esperada de nacimiento, en este caso los bebés son más delgados y con la piel seca.

3.- Existe otro método en mujeres con ciclos regulares de 28 días que en esos casos es muy exacto.⁷¹

Este consiste en restar tres meses a partir del primer día del último día del periodo menstrual y luego sumarle un año y una semana.

4.- En mujeres con ciclos irregulares existe un margen de error de dos a tres semanas.

⁷¹ El sangrado de la implantación puede generar confusión y considerarse como una menstruación y afectar el conteo.

De manera muy resumida se analizo el proceso de gestación de una persona, (del cual los estudiosos y científicos no han podido descifrar que fenómeno es el detonador de este proceso⁷²) sin

⁷² “... M. Barinaga, exponiendo los resultados de una encuesta realizada entre embriólogos de fama internacional, reformulaba la pregunta, que desde hace más de cien años, a raíz de los experimentos de W. Roux en 1894, se han planteado todos los estudiosos del desarrollo. Se preguntaba cuáles son los secretos de cómo una única célula-huevo fecundada pasa a través de una serie de cambios complejos y magníficamente orquestados que crean todo un organismo. Más en concreto, teniendo presente cuanto se ha expuesto hasta ahora, nos podemos preguntar: ¿cómo puede suceder todo esto con la regularidad y el orden que se observa en el tiempo y en el espacio? ¿Cuál es la causa y el modo de la diferenciación celular ; del constituirse de las diversas líneas celulares y del agregarse ordenado y finalizado de los distintos tipos de células en determinadas regiones, y así formar órganos diversísimos entre sí, conservando a la vez la armonía de las apites en el todo?, y ¿Cómo, finalmente, de una célula se genera la forma de un nuevo ser? Respuestas plenamente satisfactorias no son aún posibles. Sin embargo, las investigaciones de bioquímica y genética del desarrollo en los últimos veinte años sobre los más diversos modelos animales desde el minúsculo nematodo, el *Caenorhabditis elegans* de sólo 959 células de las cuales 302 son nerviosas, hasta los insectos, anfibios, peces y mamíferos, primates y hombre comprendidos han aportado valiosos resultados. Se recuerdan aquí dos importantes grupos de observaciones, apoyadas ya por un notable número de datos, que juntos permiten dar una respuesta global significativa a aquellas preguntas, y comprender mejor el estado biológico del embrión humano precoz. El primer grupo de observaciones conduce a la conclusión de que el nuevo genoma, que se establece en el momento de la fusión de los gametos, comienza muy pronto su actividad. El segundo grupo de observaciones nos lleva a la conclusión de que la morfogénesis está orientada, controlada y sostenida por la actividad, jerárquicamente coordinada, de un elevadísimo número de genes. Se ha evidenciado, poco a poco, que una notable variedad y cantidad de genes debe intervenir en la producción de cualquier órgano. L. Wolpert, basándose en los actuales conocimientos, computó aproximadamente en 5,000 los genes específicos implicados en el desarrollo de las 50 diferentes estructuras de la *Drosophila*, y en decenas de miles los del desarrollo de los mamíferos. Una primera clase es la de los genes posicionales (*coordinate genes*): éstos facilitan una información de posición,

embargo muchas teorías han considerado de gran relevancia el desarrollo del sistema neuronal para considerar que a partir de cierto momento determinado ya hay persona, se señala que a partir del día 40 ya hay actividad cerebral y por lo tanto persona, a continuación sintetizo el proceso de desarrollo del cerebro tal como lo desarrolla Keith L. Moore, en la cuarta Edición del libro denominado *Embriología Clínica*, de la Editorial McGraw-Hill.

En la cuarta semana se forman las vesículas cerebrales primarias: prosencéfalo (cerebro anterior), mesencéfalo (cerebro medio), romboencéfalo (cerebro posterior).

es decir, definen la posición de una determinada célula o de un determinado conjunto de células a lo largo de los ejes anterior-posterior, dorso-ventral y latero-lateral del embrión. Una segunda clase es la de los genes selectores (selector genes): éstos regulan la secuencia en el tiempo y la diferenciación en el espacio de cada uno de los campos y segmentos a lo largo de los ejes establecidos bajo el influjo de la acción de los genes de la clase precedente. Una tercera clase es la de los genes estructurales que entran en acción en un espacio y tiempo definidos para cada uno de ellos por los genes selectores, y proveen a la diferenciación y ensamblaje de células que forman los tejidos impuestos por el modelo. Op cit., López Barahona, M., *“El Estatuto Biológico del Embrión Humano”* en Manual de Bioética, Ariel, Madrid, 2001 p. 212-213

En la quinta semana el cerebro anterior (Prosencéfalo) se divide en el telencéfalo y el diencefalo y aparecen cinco vesículas cerebrales.

“Acodaduras encefálicas.

Durante la cuarta semana, el cerebro crece rápidamente y se encorva hacia la región ventral con el encorvamiento cefálico. Ello produce la *acodadura mesencéflica* en la región del mencefalo, y la *acodadura cervical* en la unión del cerebro posterior y la medula espinal.

Posteriormente, entre estas acodaduras, el crecimiento desigual del cerebro posterior produce la protuberancia pontica en dirección opuesta. Esta acodadura da lugar al adelgazamiento del techo del rombencéfalo.

Al principio, el encéfalo en desarrollo tiene la misma estructura básica que la medula espinal, también en proceso de desarrollo; sin embargo, las acodaduras encefálicas producen variación considerable en las estructuras observadas en los cortes transversales a diferentes niveles del encéfalo y en la posición de las materias gris y blanca. El *surco limitante* se extiende cranealmente hasta la unión entre mesencéfalo y prosencéfalo, y las placas alar y basal se reconocen sólo en la región de mesencéfalo y rombencéfalo”.

La acodadura cervical relacionada en la transcripción anterior separa al cerebro posterior (romboencéfalo) en el mielencéfalo

que se convertirá en el bulbo raquídeo y en el mielencéfalo que dará origen al cerebelo.

“La parte rostral del mielencéfalo (porción “abierta” del bulbo raquídeo) es amplia y aplanada, especialmente en el lado opuesto de la acodadura pónica.

La acodadura pónica hace que las paredes laterales del bulbo se desplacen lateralmente (hacia fuera) como las páginas de un libro abierto.

También hace que la placa del techo se extienda y se adelgace en forma importante. Además, la cavidad de esta parte del mielencéfalo (parte del futuro cuarto ventrículo) toma un aspecto romboide o en forma de diamante.

Las paredes del bulbo se desplazan hacia los lados y las placas alares se sitúan lateralmente a las placas basales”.

Los neuroblastos que se ubican en las placas basales a que se hizo referencia en la transcripción, evolucionan para convertirse en nervios motores los cuales se van a organizar en tres columnas celulares que son:

1.- El somático eferente general, se forma por las neuronas del nervio hipogloso.

2.- El visceral eferente especial que se forma por las neuronas que controlan los músculos de los arcos branquiales; y

3.- Visceral, eferente general

“El cerebelo se desarrolla a partir de las partes dorsales de las placas alares. Inicialmente las eminencias cerebelosas sobresalen como abultamientos pequeños en el cuarto ventrículo. A medida que aumentan de tamaño y se fusionan a nivel de la línea media, sobresalen en la mitad rostral del cuarto ventrículo y se superponen a la protuberancia y al bulbo. Algunos en la zona intermedia (zona del manto) de las placas alares migran a la zona marginal y se diferencian en las neuronas de la *corteza cerebelosa*. Otros neuroblastos de estas placas originan los núcleos centrales, el mayor de los cuales es el *núcleo dentado*. Las células de las placas alares también dan lugar a los *núcleos del puente*, *cocleares* y *vestibulares*, así como a los *núcleos sensitivos del nervio trigémino*”.

El cerebelo que resulta del mielencéfalo forma tres partes que son:

1.- El lóbulo floculonudular, que tiene conexiones con el aparato vestibular, y es la parte primera en formarse.

2.- El lóbulo anterior que es aquél que guarda relación con la parte sensitiva de las extremidades; y

3.- El lóbulo posterior, que es el último en formarse y esta vinculado con el movimiento de las extremidades.

Por su parte el cerebro medio, es el que sufre menos cambios evolutivos, el conducto neural se hace más estrecho y recibe el nombre de “Acueducto de Silvio” que conecta con el tercero y cuarto ventrículos.

Los neuroblastos van a evolucionar para formar grandes grupos de neuronas de las cuales los ubicados en las placas alares del mencefalo son las que estarán relacionadas con los reflejos visuales y auditivos.

Los grupos neurales ubicados en las placas basales del menciéfalo, forman los núcleos craneales y se forma la materia negra.

En el cerebro primeramente aparecen dos vesículas ópticas y también las vesículas cerebrales y telencefales a cada lado que posteriormente evolucionarán formándose los dos hemisferios cerebrales.

“...Al inicio, las vesículas cerebrales están en amplia comunicación con la cavidad del tercer ventrículo a través de los *agujeros interventriculares*. A lo largo de una línea conocida como *cisura coroidea* parte de la pared interna del hemisferio cerebral en desarrollo se torna muy delgada. En etapa inicial, esta delgada porción endimaria se sitúa en el techo del hemisferio y es continua con el techo endimario del tercer ventrículo. El plexo coroideo del ventrículo lateral se forma posteriormente en este sitio.

Como los **hemisferios cerebrales** se expanden, al igual que globos, cubren sucesivamente el dienciéfalo, mesenciéfalo y rombenciéfalo. Los hemisferios cerebrales por último se encuentran en la línea media y se aplanan las superficies mediales. El mesénquima atrapado en el surco interhemisférico origina la *hoz del cerebro*, un pliegue medial de la duramadre...”

El llamado cuerpo estriado aparece en la sexta semana y es una prominencia en el piso de cada hemisferio cerebral y se va expandiendo hasta que los hemisferios cerebrales adoptan una forma de una letra “C”.

Esta curvatura de los hemisferios también va a afectar a los ventrículos laterales que se convierten en cavidades también en forma de una letra “C”, las cuales se llenan de líquido cefalorraquídeo.

En el corte cerebral se forman varios grupos de fibras que reciben el nombre de comisuras que van a servir de un espacio de conexión entre ambos hemisferios.

“...Las primeras comisuras que se forman, la comisura anterior y la comisura del hipocampo, son pequeños haces de fibras que conectan porciones filogenéticamente más antiguas del cerebro. La comisura anterior une el bulbo olfatorio y las áreas cerebrales relacionadas del hemisferio con las del lado opuesto. La comisura del hipocampo une las formaciones del hipocampo.

La comisura cerebral más grande es el *cuerpo calloso*, que conecta áreas neocorticales. El cuerpo

calloso inicialmente se sitúa en la lámina terminal, pero se suman las fibras al crecer la corteza. Como resultado, gradualmente se extiende rebosando la lámina Terminal. El resto de ésta se sitúa entre el cuerpo calloso y el trígono y se estira para formar el delgado septum pellucidum.

En el nacimiento, el cuerpo calloso se extiende sobre el techo del diencéfalo. El *quiasma óptico*, que se desarrolla en la parte ventral de la lámina terminal, consta de fibras de las mitades internas de las retinas, que se cruzan para unirse a la cintilla óptica del lado opuesto...”

Las paredes de los hemisferios en desarrollo presentan inicialmente tres zonas características del tubo neural (ventricular, intermedia y marginal).

Posteriormente evoluciona y surge la cuarta zona, que es la subventricular.

Originalmente la superficie de los hemisferios es lisa, pero conforme evolucionan se forma una gran cantidad de surcos, debido al aumento de la corteza cerebral.

En virtud de la anterior síntesis nos damos cuenta que del llamado tubo neural, se va a originar el cerebro que se divide en

prosencéfalo, mesencéfalo y metencéfalo. En el prosencéfalo se van a originar los dos hemisferios cerebrales, en el metencéfalo, se origina el puente, el cerebelo y el bulbo raquídeo. El resto del tubo neural es la columna vertebral.

Ahora bien en todo este proceso de desarrollo no podemos identificar un momento decisivo que pudiera significar o tener tal trascendencia que implique la presencia de un ser humano a partir de él, considero en cambio que efectivamente el cerebro es el que nos ha distinguido de los demás seres y su desarrollo es igual de importante en todas las etapas de la gestación, por lo tanto desde que se fecunda el ovulo y surge el cigoto inicia el proceso de vida y desarrollo el cual culminará con la muerte.

CAPITULO III

INICIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LAS PERSONAS FÍSICAS.

3.1 Teorías al respecto. 3.2 Regulación en el Distrito Federal. 3.3 Regulación en España.

En base a lo analizado en los capítulos anteriores donde se analiza a la vida como un derecho fundamental con la mayor jerarquía y se analizó que la vida comienza con la concepción; en el presente capítulo se analiza la atribución de la personalidad jurídica en las personas físicas, ya que al concebido se le ha negado la personalidad jurídica para negarle el derecho a la vida.

Sabemos que la personalidad jurídica, permite a las personas a través de sus atributos alcanzar realidad, suficiencia y eficacia en el mundo del derecho. Asimismo es una exigencia de la naturaleza y de la dignidad del hombre que los ordenamientos jurídicos deben reconocer la personalidad jurídica es única,

indivisa y abstracta, lo que implica que solo tenemos una, que no se puede dividir y que nos acompaña en todo momento. Esto quiere decir que no se puede ser persona para algunos actos y para otros no; ejemplo no es correcto decir que al concebido se le considera ser persona para ser heredero y en consecuencia adquirir por herencia todo tipo de derechos y que no se le considere personalidad jurídica para ser titular del derecho a la vida.

El objeto de este capítulo es analizar las distintas teorías que existen acerca del momento en que inicia la personalidad jurídica para concluir cual es la correcta.

3.1 Teorías al respecto.

El tema que se analiza ha sido materia de estudio por diversos doctrinarios de Derecho Civil, por lo que existen un gran

número de teorías al respecto, las teorías más importantes las expongo a continuación⁷³:

A.- Del nacimiento: según esta teoría la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se extingue por la muerte.

Se entiende por nacimiento, el desprendimiento total del feto vivo del seno materno.⁷⁴

⁷³ Es de advertir que existen otras teorías que por su propio nombre se explican: a) Teoría de la anidación; b) Teoría de la aparición de la actividad cerebral; c) Teoría de la aparición de la cresta neural; d) Teoría de la identificación sexual; al respecto se puede consultar a Femenia López, P., *Status Jurídico del Embrión Humano con especial consideración al concebido*, Mc Graw Hill, México, 1999.

⁷⁴ “...Desde el Derecho Romano, ha regido el principio de que al concebido se le tiene por nacido, aunque durante el periodo de la gestación la existencia del *nasciturus* (el ser que va a nacer) depende de la vida de la madre, es parte integrante de las vísceras maternas (*pars visceram matris*). Forma parte de la persona de la madre; no es todavía una persona. Sin embargo, con vista a la protección del ser humano, y puesto que la gestación es un anuncio del alumbramiento, el Derecho objetivo no puede desatender que ciertas medidas cautelares o precautorias de carácter conservatorio de los derechos que puede adquirir el ser concebido, deben ser adoptadas para que si llega a nacer, si adquiere vida propia, si llega a vivir por si mismo, ya separado de la madre, pueda adquirir definitivamente ciertos derechos...” *Vid.*, Galindo Garfias, Ignacio., “*Derecho Civil*”, Porrúa, México, 2008, p. 311.

Conforme a esta teoría una vez que el feto nace vivo es persona⁷⁵ por lo que puede ser considerado como sujeto de derecho para cualquier tipo de relación jurídica con independencia de que sea viable o no.

Sin embargo, esta teoría tiene un grave problema de inequidad, ya que para que una persona sea considerada como tal, basta con que nazca con independencia del periodo de gestación; por lo que si un ser humano nace prematuro, a los seis meses de embarazo es considerado como persona y otro que sigue en el seno materno y que nacerá en el plazo natural de nueve meses, como no ha nacido no es considerado una persona.

Lo anterior implica que el que se atribuya la personalidad jurídica, depende de una circunstancia aleatoria, que es el

⁷⁵ “...El folio de nacimiento se abre con la inscripción principal del hecho del nacimiento en cuanto se determina el comienzo de la personalidad...” *Vid.* Lucas Gil, F., “*Derecho del Registro Civil*”, Bosch, Barcelona, 2002, p. 135.

momento del nacimiento⁷⁶, lo cual puede generar innumerables injusticias, como por ejemplo, una persona dispone en su testamento que serán herederos los nietos que tenga al momento de su fallecimiento, y resulta que sus dos hijas se embarazan al mismo tiempo, pero el hijo de una de ellas nace prematuramente, y el abuelo fallece, naciendo posteriormente el otro nieto que si completó el plazo normal de gestación. En este caso el nieto prematuro sí sería heredero y el otro no, lo cual a todas luces es discriminatorio.

Y el anterior ejemplo es meramente patrimonial, el problema puede ser más grave, en el mismo caso se diría que el que nació de manera prematura al ser persona sí goza del derecho a la vida y el que no ha nacido pero que ha tenido más desarrollo intrauterino, no lo es.

⁷⁶ “Cuando se habla de derechos fundamentales en la comunidad europea... son los que corresponden a todas las personas por el mero hecho de nacer” Vid. Díaz Ambiona, B., et al., *“Derecho Civil Comunitario”*, Colex, Madrid, 2001, p. 78.

Esta situación genera una inequidad muy grave porque nos podemos cuestionar qué diferencias tiene uno y otro para que en algunos casos uno sea considerado persona y el otro no. Y la respuesta es que ambos seres tienen físicamente los mismos órganos, con la diferencia de que el que ha nacido se desarrolla en el exterior utilizando ya su aparato respiratorio y el que no ha nacido se desarrolla de manera mas normal en el interior del seno materno sin la necesidad de respirar.

Por lo tanto el cuestionamiento es el siguiente ¿En verdad es tan determinante el medio en que un ser se desarrolla para ser considerado persona?, actualmente los avances científicos han podido descubrir a detalle el proceso de gestación determinando todas sus características y particularidades, tal vez en la antigüedad al ser estos desconocidos o inciertos algunos momentos como el de la gestación misma, fue muy practico para los legisladores el establecer el nacimiento como el inicio de la personalidad jurídica.

Tal vez se consideró que cuando una persona nace es conocida y diferenciada de la madre, pudiendo hasta entonces ser considerada como un ser independiente, cuando la realidad es que actualmente ese ser pudo ser conocido a detalle (ejemplo ultrasonido a tercera dimensión) y es claro que siempre ha sido una persona distinta a la madre.

De conformidad con lo que se analizó en el capítulo segundo de este trabajo, se desprende que transcurridos los seis meses del periodo de gestación o desarrollo intrauterino, puede el feto ser viable al nacer ya que todos sus aparatos y sistemas se han desarrollado, por lo que atribuir la personalidad solo por un hecho material y aleatorio que es el fin del proceso del desarrollo intrauterino es poco técnico y discriminatorio.

Esta teoría aisladamente tiene otras críticas, como sería el tema de la viabilidad, en el cual se cuestiona el de qué sirve atribuirle

personalidad jurídica a alguien que nace y que muere inmediatamente.

Esto implica que si una persona nace sin condiciones de subsistir por sí mismo y muere casi de inmediato, fue persona, por lo tanto, pudo ser sujeto de derecho en ese breve lapso de tiempo siendo titular de derechos y obligaciones. Ejemplo: ser heredero o legatario.

Por lo anterior, es que diversos ordenamientos jurídicos en el mundo sujetan el nacimiento al cumplimiento de condiciones de viabilidad.

B.- De la Viabilidad.- Según esta teoría se es persona hasta el momento en que se nace y se cumple con las condiciones de viabilidad.

Estas condiciones de viabilidad suponen la posibilidad del nacido de poder vivir, ya que tiene las características necesarias para hacerlo.

Las condiciones de viabilidad, están establecidas en la ley⁷⁷ y en el caso del Distrito Federal en el artículo 337 del Código Civil, donde se señala que se reputa vivo al nacido que:

1.- Vive 24 horas; ó⁷⁸

2.- Es presentado vivo al Juez del Registro Civil.

Estas condiciones de viabilidad son establecidas por el legislador a su propio arbitrio, por lo que es muy criticable que

⁷⁷ El Fuero juzgo requería... que viviera diez días y recibiera el bautismo... las partidas... que el nacido fuera una criatura cumplida y vividera que tuviera figura humana... La ley 13 del ... que viviera todo, que viviera 24 horas y fuera bautizado... y por eso dispone el artículo 29 que el nacimiento determina la personalidad” Vid. Puigl Ferrol, L.; et al., “*Manual de Derecho Civil*”, 3ª, Marcial Pons, 2001, p.117.

⁷⁸ Ibid. p. 111.

un criterio subjetivo, sea suficiente para atribuir la personalidad jurídica a un ser humano.

También es criticable que estas condiciones de viabilidad atentan contra el espíritu mismo de la viabilidad, que es precisamente que una persona puede vivir porque tiene las condiciones físicas para hacerlo.

Y en el caso de la Regulación Legal del Distrito Federal, la limitan a dos casos que en nada tienen que ver con la razón de ser de esta teoría.

Esta teoría tiene su razón de ser en el atribuirle personalidad jurídica no sólo al nacido sino al que nace y puede vivir, por lo tanto es un sujeto de derecho.

El problema es el que al plasmar estas condiciones en un texto legal, no se encontró una formula correcta y se establecieron en

el caso del Distrito Federal dos condiciones que en realidad nada tiene que ver en si mismas con la viabilidad.

En el caso de que un recién nacido viva 24 horas, el cumplimiento de esta condición⁷⁹ no implica que sea viable, tal vez lo fue en el año de 1928, que los avances médicos no permitían prolongar la vida en un recién nacido que en realidad no iba a poder vivir por sí mismo. Actualmente la ciencia médica puede prolongar la vida de un recién nacido con la ayuda de infinidad de aparatos médicos que permiten suplir la falta o insuficiencia de órganos o sistemas completos del cuerpo humano. Por ejemplo; se puede artificialmente suplir la falta incluso del corazón⁸⁰.

⁷⁹ “Lo que significaría, no que sea persona a partir de las veinticuatro horas, o porque hayan transcurrido dichas horas desde el nacimiento, sino que solo después de vivir 24 horas, admitirá el derecho que sea persona desde que se nace: se trataría simplemente de una *conditio iuris*” Albaladejo, M., “*Derecho Civil I Introducción y Parte General*”, Bosch, Barcelona, 2002, p. 216.

⁸⁰ “Corazón, Pulmón Mecánico, Maquina que temporalmente realiza la función del corazón y facilita algunas pulmonares”. Vid. Smith, T., “*Enciclopedia de la Salud*”, Nueva Editorial Interamericana, S.A. de C.V., México, 1990. p. 314.

Lo anterior va a implicar el que por intereses de los que estén beneficiados con la existencia de una persona quieran prolongar su vida, como sería el caso de los que son sus herederos legítimos que se interesen en que el recién nacido sea persona, viviendo el tiempo necesario para que éste a su vez herede a alguien más.

Optativamente también se le considera nacido si se hace constar su nacimiento en el registro civil, presentándolo a esa oficina vivo, este caso en nada tiene que ver con la viabilidad, sino más bien con la agilidad de los encargados de las oficinas de los Registros Civiles en registrar los nacimientos, que auxilian en dar certeza de la existencia de una persona.

En muchos hospitales se les da la posibilidad a los padres de que el Juez del Registro Civil acuda personalmente al hospital a registrar a los hijos.

La viabilidad se ha clasificado en propia e impropia, siendo la primera la que se da cuando el nacido con los cuidados normales a su alimentación y salud, puede vivir por sí mismo y la impropia, aquélla que consiste en que el nacido requiera de la ayuda de elementos externos y artificiales para subsistir (aparatos respiratorios, incubadoras, etc.).

En el caso de la impropia, no es propiamente una viabilidad sino hasta que gracias a ese auxilio externo el recién nacido puede vivir por sí mismo.

Las anteriores críticas van mas bien encaminadas a considerar que deben de cumplirse ciertos requisitos para que el nacido pueda considerarse sujeto de derecho, no porque es susceptible de vivir por sí mismo sino porque se puede probar fehacientemente su existencia y que cumplió con el requisito de nacer vivo, en este caso, sí son justificados los requisitos antes

analizados y previstos en el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal.

C.- De la concepción.- Esta teoría señala que el momento de inicio de la personalidad jurídica debe coincidir con el momento de inicio de la vida, que es con la concepción, en Derecho Argentino esta es la teoría aceptada.

Considero que ésta es la teoría correcta⁸¹ y es la que, si analizamos detalladamente, siguen la mayor parte de los Códigos Civiles de los países del mundo y no porque lo señalen directamente, sino porque implícitamente así lo hacen.

A excepción del Código Argentino y el del Perú⁸², los demás Códigos Civiles por lo general señalan que la personalidad

⁸¹ “La persona humana supera lo biológico, e implica el concepto metafísico de la incorporación del alma a la materia”. *Vid.* Zubizarrela, E., *El Derecho a Nacer*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 38.

⁸² “El Código Civil de Argentina de 1869 y el Código Civil del Perú de 1984 son las únicas excepciones conocidas a la regla antes mencionada. El primero de ellos, en su artículo 63, designa al concebido como “persona por nacer”, y, en el artículo 70, enuncia que desde la concepción en el seno materno

jurídica inicia con el nacimiento, pero que al concebido se le considerará como nacido para ciertos efectos, que generalmente son para que pueda ser heredero⁸³ o legatario.

Esto implica que si el concebido puede adquirir por ser heredero⁸⁴ una universalidad jurídica de bienes de distinta índole

comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Por su parte, el Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1º, reconoce al concebido la categoría de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y, al igual que el Código argentino, expresa que la vida humana comienza con la concepción. Este precepto está amparado en el inciso 1º del artículo 2º de la Constitución del Estado, de 1979, el que dispone que, al que está por nacer, se le considera nacido para todo lo que le favorece, sin condición alguna. Es decir, sin supeditarse la situación jurídica del concebido al hecho del nacimiento con vida. El Código Civil de Vélez Sársfield define al concebido como “persona por nacer”, enunciando que desde la concepción comienza la existencia de las personas. Esta tesis, que se sustenta en el pensamiento cristiano medioeval, reconoce un antecedente remoto en Casajús, un civilista español relativamente moderno, y como antecedente inmediato los artículos 221 y 22 del Proyecto de Teixeira de Freitas. El Código Civil del Perú considera al concebido como sujeto de derecho, calidad que no está condicionada, por cierto, al hecho del nacimiento. La teoría de la ficción, uno de cuyos principales sostenedores fue Savigny, es compartida por la casi generalidad de la doctrina, con excepción de la argentina que casi unánimemente apoya la posición del Código, y por algunos otros no muy numerosos tratadistas que expresan su discrepancia con la regla acogida por la legislación contemporánea. Vid. Fernandez, C., *“Tratamiento Jurídico del Concebido en la Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 206 – 207.

⁸³ “Los efectos de una y otra se retrotraen al momento de la muerte del causante” Vid. Lledo Yagüe, F., *“Derecho de Sucesiones”*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, p. 501.

transmitidos por herencia⁸⁵, es que es titular de un patrimonio y el patrimonio; es un atributo de la personalidad del que sólo pueden ser titulares las personas.

Por lo tanto, no se puede señalar que una persona puede serlo solo en parte, y gozar solo de alguno de los atributos, es decir, se es persona o simplemente no se es.

Asimismo, es incorrecto señalar que la transmisión hereditaria⁸⁶ se da hasta el nacimiento, ya que es claro e indiscutible que al momento en que alguien fallece una parte de su patrimonio (la que es susceptible de transmitirse) se transmite a alguien, que en este caso es el *nasciturus*, ya que lo contrario sería aseverar que puede existir un patrimonio o una masa de bienes sin un titular,

⁸⁴ “... existe un régimen especial de administración de la herencia, cuando la mujer estuviera encinta, para que el concebido pueda acceder a la herencia en el futuro...” Vid. Pascual García, J. P., “*Herencia y Testamento*”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, p. 13.

⁸⁵ “Y tras pasar revista a las distintas teorías existentes se aprecia que la mejor solución que ha dado la doctrina es la de entender que se trata de una institución sujeta a la condición suspensiva del nacimiento” Fernandez Herro, J., “*Los Testamentos*”, Gomorra, Granada, 2000, p. 45.

⁸⁶ Vid. Lopez y Lopez, A., “*Derecho de Sucesiones*”, Tient Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 61.

en tanto un concebido que no es persona nace y será hasta ese entonces que es heredero y adquiere los bienes.

De tal suerte que el concebido, al poder ser titular de un patrimonio, se confirma que es persona y por lo tanto susceptible de ser individualizado de manera indubitable, por lo que no es necesario atribuirle un nombre, pero con una personalidad jurídica amplia, sólo sin capacidad de ejercicio, pero susceptible de ser representado por sus padres en ejercicio de la patria potestad o por sus tutores, situación que en la práctica pocas veces se actualiza, no solo en el caso del *nasciturus* sino en el caso de niños que nunca se tuvo la necesidad de representarlos.

La crítica a esta teoría, consistía en la dificultad de determinar el momento de la concepción, lo cual actualmente con los medios científicos⁸⁷ al alcance, se encuentra ya superado, como lo

⁸⁷ “...Aparentemente el Código establece que la personalidad jurídica se inicia con el nacimiento, pero no es correcto, ya que inmediatamente se

vimos en el capítulo segundo de este trabajo, donde con las medidas del cráneo y espina dorsal se puede determinar con exactitud el momento de la concepción.

La anterior crítica motivó que en varios Códigos Civiles (Alemania, Suiza, España e Italia), se señalará que el momento de inicio de la personalidad jurídica, es el nacimiento, por ser ésta una fecha cierta y determinada, sin embargo, actualmente

señala que el concebido “entra bajo la protección de la Ley”. La protección que se otorga al concebido sólo puede existir dándole derechos, y por tanto, personalidad jurídica. La razón por la que el Código Civil establece el nacimiento como momento de inicio de la personalidad, se debe a que en el año de 1928, época en que fue redactado el artículo 22, antes transcrito, no existían los medios tecnológicos y científicos que permitieran determinar con toda certeza el momento de la concepción. Actualmente dicha dificultad se encuentra científicamente superada, por lo que hay obstáculo para considerar que la personalidad jurídica inicia desde la concepción. El mismo numeral termina señalando que “... se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”, lo que es criticable, ya que la personalidad jurídica es universal, y por tanto, no se limita a alguna rama del Derecho. Nosotros consideramos que solamente en los tres casos en los que el Código Civil establece la viabilidad como un requisito para que se surtan ciertos efectos jurídicos, debemos tener ésta en cuenta. La viabilidad es una condición resolutoria negativa, ya que del hecho de que no nazca vivo y viable, depende que los derechos adquiridos por el concebido, se extingan retroactivamente como si no se hubieran adquirido nunca. El régimen jurídico del concebido se encuentra incompleto, ya que no están regulados sus atributos, la prueba de su existencia, la manera de representarlo, etcétera. Lo anterior debería estar previsto en el texto legal, porque de otra manera, no puede lograrse la pretendida “protección” que establece el artículo 22 del Código Civil...” *Vid*, Rico Alvarez, F.; et al., *“De la Persona y de la Familia en el Código Civil”*, Porrúa, México 2007, p. 13.

no existe obstáculo para determinar el momento de la concepción.

Ahora bien, como lo señalé anteriormente, es incorrecto que el concebido pueda ser considerado sujeto de derecho únicamente para ser heredero o legatario y no para gozar del derecho a la vida.

Sin embargo a continuación relacionare los principales argumentos que le niegan el derecho a la vida al concebido.

Dichos argumentos los sintetizaré en los siguientes:

1.- La noción de persona solo es predicable de los individuos nacidos que tengan figura humana y que vivan enteramente desprendidos del claustro materno.

Este postulado señala lo que se establece en los artículos 29 y 30 del Código Civil Español y que es similar a lo detallado en el artículo 337 del Código Civil Para el Distrito Federal.

Para muchos otros como lo señale anteriormente se atribuye el carácter de persona dependiendo de la etapa del desarrollo, en algunos casos ya extrauterino como la viabilidad y en otros intrauterino como la individualidad biológica.

Sin embargo es un análisis parcial de dichos preceptos legales ya que ambos códigos reconocen que el *nasciturus* que es vivo y viable fue titular de cualquier tipo de derecho que hubiere adquirido durante el proceso de desarrollo intrauterino.

2.- Con base en el estudio del genoma humano, se descubrió que la diferencia entre el genoma del chimpancé y del hombre es entre 1% y 2%, lo cual implica que son idénticos en un 98%.

Y que este 2% de diferencia es el sistema nervioso central, el cual no se desarrolla hasta antes de la doceava semana de embarazo⁸⁸.

⁸⁸ "...Argumentos de Carácter Bioético y Científico. 1.- Debe tenerse presente que vida y vida humana son conceptos y realidades diversos. Poseen vida los animales, las plantas, las bacterias, los óvulos y los espermatozoides y, desde luego, los seres humanos, pero vida humana la tienen sólo estos últimos. 2.- La ciencia, especialmente la neurobiología, ha realizado avances prodigiosos en los últimos años. Para los siguientes cuatro argumentos me baso en un trabajo del eminente científico mexicano Ricardo Tapia. La diferencia entre el genoma humano y el genoma del chimpancé es sólo de aproximadamente 1%. Otros científicos precisan que tal diferencia puede alcanzar el 2, pero, en todo caso, no más del 4%. La información genética que se encuentra en ese 1 o 2% es lo que diferencia el cerebro humano del de otros primates; es decir, el sistema nervioso central, en especial la corteza cerebral. 3.- En consecuencia, lo que distingue al ser humano es su corteza cerebral, la cual en el embrión de 12 semanas no está formada, razón por la que dentro de ese lapso el embrión no es un individuo biológico caracterizado, ni una persona, tampoco un ser humano. El embrión no tiene las condiciones que particularizan al ser humano, en virtud de que carece de las estructuras, las conexiones y las funciones nerviosas necesarias para ello y, desde luego, es incapaz de sufrir o de gozar. Biológicamente no puede considerársele un ser humano. 4.- La neurobiología ha determinado con cierta precisión en que etapa del embarazo, el feto desarrolla la corteza cerebral. Para el objeto de este ensayo tal conocimiento no es trascendente, si lo es que a las doce semanas del embarazo no la ha desarrollado, sino será hasta varias semanas después. 5.- Ricardo Tapia precisa que mientras estén vivas, todas las células del organismo humano pueden vivir fuera de aquel del que son parte. Lo anterior es lo que hace posible la reproducción sexual a través del coito, el trasplante de órganos, la fertilización *in vitro*, que es la intervención tecnológica fundamental para la reproducción asistida que se inicia precisamente con la inseminación artificial. En estos casos, los espermatozoides y el óvulo actúan como células vivas fuera de las gónadas que les dieron origen; todas las células tienen el genoma humano completo. Sin embargo, no por estar vivas y poseer el genoma humano, esas células son seres humanos. Es decir, no es posible afirmar que el espermatozoide o el óvulo sean personas humanas. Al avanzar el desarrollo ontogénico, las células humanas se van diferenciando y organizando para formar los tejidos y

Por lo tanto antes de la doceava semana de embarazo el *nasciturus* no es todavía de la especie humana, por lo que no se comete un delito al matarlo.

La anterior teoría con fundamentos biológicos es incorrecta, en virtud de que el aspecto intelectual de la persona no le da ese carácter, esto quiere decir que la parte racional de una persona es una manifestación de la misma pero no es su esencia. Por

los órganos, pero no por eso los tejidos y los órganos los músculos, los huesos, la piel, el riñón, el hígado, el páncreas, los pulmones, el corazón, las glándulas, los ojos, etcétera, son personas. Si fuera así, la extirpación de un órgano, y aun de un tumor benigno o canceroso, equivaldría a matar miles de millones de personas dentro del cuerpo de otros millones de personas. 6.- Quienes proponen que el inicio de la vida humana corresponde al momento de la fecundación, desconocen u olvidan los conocimientos que en la actualidad ofrecen la biología de la reproducción, la información genética y la inviabilidad del embrión antes de su implantación. 7.- No es posible ignorar los avances científicos de la neurobiología. Sería tanto como sostener que nuestro planeta es plano o que el Sol gira alrededor de él, como se creyó durante miles de años y, por sostener lo contrario, Galileo fue denigrado y perseguido. No pasarán muchos años para que sea de conocimiento generalizado, y los niños lo aprendan en la escuela, que es de la semana 24 a la 26 en que el feto se hace viable; es decir, que sus pulmones empiezan a funcionar por primera vez y el cerebro comienza a “cablearse”, situación en la que con mayor certidumbre puede aceptarse la presencia de actividad nerviosa humana. 8.- Las más diversas legislaciones, e incluso la mayoría de las religiones, admiten que cuando existe muerte cerebral, es factible desconectarle a la persona los aparatos que la sostienen en estado vegetativo, en virtud de que ha fallecido. Lo anterior resulta especialmente importante para los trasplantes de órganos. Dicha situación, en sentido contrario, coincide con la de la interrupción del embarazo antes de las doce semanas. En ambos casos no puede afirmarse que exista vida humana. *Vid.* Carpizo J., et al., “*Derechos Humanos...*” op. cit. p. 4 – 6.

ejemplo una persona que ha perdido por cualquier causa casi el 100% de sus facultades intelectuales, no por eso ha dejado de ser persona.

Adicionalmente el cigoto desde la concepción inicia un proceso de desarrollo y evolución que termina con la muerte, todo ser se concibe, nace, se reproduce y muere. Ahora bien si el ser que concibió es un chimpancé siempre lo será con independencia de su desarrollo. Por lo que el cigoto⁸⁹ humano en el cual aun no se

⁸⁹ “... Es verdad que el embrión humano es altamente dependiente del nicho en el que se encuentra, por ejemplo, desde un punto de vista nutricional el útero es importantísimo. Sin embargo, esto parece mantenerse y en cierto sentido ampliarse en la vida humana extrauterina. Los seres humanos adultos somos animales racionales dependientes. La independencia respecto de otros no sólo no es logvable sino que en muchos aspectos no es deseable. Las profundas dependencias que desarrolla el ser humano respecto de su ambiente, su prójimo y otros factores como el cultural, no disminuyen en ningún sentido su autonomía dinámica, su capacidad autopoietica auténtica, su peculiar causalidad inmanente que posibilita los procesos auto-organizativos. En una palabra, no hay que confundir autonomía con independencia. El embrión humano desde su estadio unicelular es un sistema auténticamente autónomo, en tanto que autopoietico y simultáneamente dependiente. Posee su propio genoma, su propio metabolismo, su propio sistema inmunológico y su propio proceso de desarrollo ontogenético. A la cuarta hay que decir: Individuación no significa indivisión. Los entes individuales pueden ser perfectamente divisibles sin por ello perder su individuación originaria. Todos los organismos que se reproducen asexualmente son casos en los que un individuo da lugar a otro sin perder su individualidad o si presuponer que antes no la tenía. La gemelación monocigótica, sin bien entraña varios procesos aún no perfectamente estudiados en el ámbito biológico, es un caso que no violenta la individuación real de un organismo. Cuando dos hipotéticos gemelos

ha desarrollado su sistema nervioso central es persona en virtud de que tiene la información genética necesaria para completar de manera total su desarrollo. Adicionalmente es lógico que en un proceso de desarrollo los órganos surjan de manera paulatina y no todo de un momento de manera espontánea y milagrosa.

Por último y desde un punto de vista teológico el chimpancé se parece, según otra teoría en 98 % al hombre, pero esto es en el aspecto físico, porque en el aspecto espiritual solo el hombre tiene un alma.

monocigóticos adultos no logran reconocerse con claridad en el embrión no-fisionado que les dio origen, el problema corresponde al observador y no a la cosa observada. El problema es de identificación, no de identidad. A l quinta hay que decir: En efecto, el genoma humano es una condición necesaria pero no suficiente para lograr identificar a un ser humano como persona. Tiene razón quienes dicen que el genoma completo caracteriza a todas las células somáticas del ser humano. Para que una célula pueda ser calificada propiamente como embrión unicelular humano requiere cumplir las condiciones de un sistema causal autónomo de base biomolecular, con genotipo humano, destino celular finamente regulado y orientación teleológica individual no-determinista orientada a término. Cuando Jorge Carpizo sostiene que los gametos masculino y femenino son un ejemplo de células con genoma completo, comete un error que exhibe una grave falta de asesoramiento y/o de comprensión científica aún en asuntos por demás elementales. Su argumentación jurídica, en la medida en que descansa en supuesta evidencia científica en este y en otros puntos, no solo no es concluyente sino que deviene en falsa...” Vid. Montoya Rivero, V., et al., *“Vida Humana...”* p. 95 y 96.

3.- El concebido no es persona⁹⁰, sin embargo se protege penalmente a “la vida humana”, en cualquier etapa de su desarrollo en virtud de que es un bien jurídico.

⁹⁰ “...En cuanto a los eventuales titulares del derecho, representados tanto por el *concepturus* como por el concebido no nacido, la respuesta a la luz de los datos jurídicos internos de los que se disponen y de los textos universales declarativos de derechos, no puede ser otra que la ofrecida por el razonamiento jurídico séptimo de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril. Ni la Declaración Universal de derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (artículo 3º. “Todo individuo tiene derecho a la vida,...”), ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (artículo 6º.1. “El derecho a la vida es inherente a la persona humana...”), ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (artículo 10.3. “Se deben adoptar todas las medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes,...”), ni la Convención de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (artículo 2º.1. “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley...”), ni la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 (artículo primero. “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”), atribuyen la titularidad del derecho a la vida al feto, y menos aún al *concepturus*. Unicamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia de San José de Costa Rica, firmada por doce Estados y ratificada sólo por uno (Costa Rica), con fecha 7 de abril de 1970, podemos encontrar una nota algo divergente de las anteriores; en su artículo primero párrafo segundo se dice “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Y luego, en el artículo 4º.1.: “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”. Vid. Marín Gámez J., “Aborto y Constitución”, Jaen, Universidad de Jaen, España, 1996, p. 144.

Esta protección no puede ser absoluta y nunca puede tener supremacía respecto de otros derechos fundamentales que se le opongan con mayor jerarquía.

Este postulado es lo que ha señalado el Tribunal Constitucional y como bien señala Díez Revorio, al analizar sus tesis y jurisprudencias se considera “la vida del *nasciturus* como manifestación de un valor superior, un bien jurídico protegido”; y que “el *nasciturus* no tiene un derecho fundamental a la vida”, al respecto pienso en primer lugar que el *nasciturus* desde la concepción si es persona, en primer lugar al inicio de su desarrollo se da en este momento y termina con la muerte y jurídicamente es esencial considerarlo como tal por el universo de implicaciones jurídicas que encuentra sustento en esta realidad jurídica, como la transmisión de un patrimonio por causa de muerte y en consecuencia la continuidad de relaciones jurídicas; la protección de un elemento que le da sustento al Estado que es “La Población”, etcétera.

Adicionalmente si se protege “la vida humana”, como bien jurídico protegido, la cuestión es ¿Quién es el titular de ese bien? ¿El concebido o el Estado?, ya que todo bien jurídico tiene un titular y si no es el concebido, lo sería entonces el Estado.

Algunos han considerado que el Estado es el titular primario del derecho a la vida, sin embargo no comparto esa teoría, ya que el Estado fue creado para tutelar los derechos fundamentales de sus miembros.

Y si la razón de proteger la vida del concebido como bien jurídico es porque esa vida es “humana”, y solo los humanos tienen vida humana por lo que el concebido es persona.

4.- Teoría Ecléctica.- Esta teoría toma como presupuesto lo señalado en las teorías anteriormente señaladas tomando elementos de las tres, donde se señala:

a) Que el concebido es titular de derechos, de manera condicionada a su nacimiento y viabilidad.

b).- Que el inicio de la personalidad y la adquisición de la posibilidad de ser titular de derechos se actualiza con el nacimiento.

c).- Que las condiciones de viabilidad son condiciones para que el concebido y nacido sea persona.

Esta teoría pretende aportar una solución salomónica a la situación, siendo muy contradictoria, ya que señala que el concebido es considerado persona desde la concepción si nace y es viable, pero por otro lado señala que el inicio de la personalidad jurídica es el nacimiento.

Ahora bien, esta teoría es un antecedente para los que siguen la teoría de la concepción en el sentido de considerar a los

requisitos de viabilidad como condición legal para la actualización de derechos.

5.- Teoría Psicológica.- Para esta teoría, la personalidad jurídica inicia al momento en que el nacido adquiere conciencia de su personalidad, lo cual es ampliamente criticable en virtud de que la conciencia que podemos tener de nosotros mismos como persona es sucesiva y gradual, también dependiendo del desarrollo intelectual de cada persona.

3.2 Regulación en el Distrito Federal.

El Código Civil para el Distrito Federal, regula el tema en los artículos 22 y 337, los que se transcriben para poder analizarlos con claridad.

“Art. 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

Art. 337.- Para los efectos legales solo se tendrá por nacido al que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad”.

De lo anterior queda claro que el Código Civil para el Distrito Federal, aún cuando señala que la capacidad se adquiere por el nacimiento, en realidad se está refiriendo a la personalidad jurídica.

Adicionalmente, señala que al concebido se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código Civil, por lo que le otorga derechos y en su caso obligaciones, lo cual no sería posible si el concebido no fuera una persona.

Con base en lo anterior se puede concluir y considerar que en el Distrito Federal la personalidad jurídica de una persona física comienza con la concepción sujeta a la *conditio iuris* resolutoria de que no nazca (Art. 22) y no sea viable (Art. 337).

Por lo que si no nace o no es viable, retroactivamente se considera que no fue persona, pero si nace vivo y viable, se confirma que fue persona desde la concepción.

3.3 Regulación en España.

En España el Código Civil señala que “el nacimiento determinara la personalidad”⁹¹ y establece que al concebido se le tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca y que cumpla con los requisitos a que se refiere el artículo 30 de dicho ordenamiento, que son:

- 1.- El que tenga figura humana.
- 2.- Que viva 24 horas enteramente desprendido del seno materno.

⁹¹ “Art. 29. El nacimiento determinará la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente. Art. 30. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

En España también está claro que se le reconoce al concebido el carácter de persona porque puede ser titular de cualquier derecho que le favorezca desde el momento de la concepción.

En España pues, la personalidad jurídica, podemos concluir con lo anterior, se adquiere desde la concepción sujeta a la *conditio iuris* resolutoria de que el concebido no tenga figura humana y no viva 24 horas.

La redacción del artículo 29⁹² se me hace muy afortunada, al reconocer que el concebido gozará de todos los derechos que le favorezcan, sin limitarlo sólo a algunos casos, por lo que, como señalé anteriormente, no se cae en el debate de que sólo puede adquirir los derechos y obligaciones señalados en el Código Civil, sino que puede adquirir cualquier tipo de derecho, por lo

⁹² “El hecho de la implantación... es determinante para que se le aplique la norma protectora del artículo 29 del Código Civil”, Batallar Grau, J.; et al., “*Curso de Derecho Privado*” Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 117.

que puede ser heredero, legatario, donatario⁹³, comprador, etcétera, pero en cuanto al derecho a la vida, este es un derecho que también le favorece desde ese momento, por lo que se le debe tener por nacido en términos de los artículos 29 y 30 de dicho ordenamiento.

Con lo anterior dejo demostrado cómo en los Códigos Civiles se le reconoce al concebido la posibilidad de ser titular de derechos, entre los cuales debe estar el que es condición y presupuesto de los demás derechos, que es el derecho a la vida, también es claro que cuando se le ha negado el derecho a la vida al concebido, no considerándolo persona, se ha caído en contradicción con lo que señala el ordenamiento civil.

⁹³ “El artículo 627, consecuente con el artículo 29 permite que la clonación se haga al concebido que podrá ser aceptada por las personas que legítimamente la representaran, pero el representante que la acepta no podrá exigir la entrega del bien al no tener el concebido patrimonio”. *Vid.* Díez Picazo, L.; et al., “*Sistemas de Derecho Civil*”, Tecnos, Madrid, p. 70

SEGUNDA PARTE

PRACTICAS CONTRARIAS A LA VIDA E INTEGRIDAD DEL *NASCITURUS*

CAPITULO IV

ABORTO

4.1 Introducción y Concepto 4.2 Tipos de Aborto 4.3 Principales argumentos a favor 4.4 Análisis de Argumentos en Resoluciones de Derecho Comparado

4.1 Introducción y Concepto.

En el presente capítulo y en los subsiguientes se analizarán las prácticas médicas, que atentan contra la vida e integridad del nasciturus, también se estudiarán los fines por los que se intentan justificar estas prácticas y las razones médicas, jurídicas, en su caso antropológicas o sociales, en que se fundamentan; dicho análisis nos servirá en el presente trabajo para determinar la validez o la invalidez de dichos argumentos.

A continuación se hará una exposición del aborto como la práctica médica⁹⁴ más conocida que atenta contra la vida del nasciturus, existen otro tipo de prácticas que afectan al nasciturus pero no todas consisten en privarlos de la vida, algunas son manipulaciones genéticas destinadas a impedir que en su desarrollo surjan malformaciones o enfermedades que sin dichas manipulaciones hubieran existido.

Otras prácticas tratan al concebido como un objeto, como una fuente de células madres para la creación de tejidos y órganos que necesitan otros seres humanos compatibles genéticamente con el citado nasciturus.

⁹⁴ “¿Puede la medicina, unir de algún modo sus elementos humanísticos y científicos, y llegar a ser la expresión genial de un nuevo humanismo, en el que la tecnología se ponga al servicio del hombre? ¿O llegará a ser la medicina el paradigma de un antihumanismo tecnocrático en el que el hombre llegue a ser una abstracción?”. Vid. Ruiz Rodríguez, V., *“El Aborto Aspectos: Jurídicos Antropológico y Ético”*, Universidad Iberoamericana, A.C., México, 2002, p. 353.

Algunas otras buscan el que los progenitores puedan tener descendencia, la cual sin la intervención de la ciencia no sería posible que pudieren por medios físicos y naturales engendrar.

En fin, estas prácticas o métodos se analizaran posteriormente, en este capítulo analizaremos El Aborto, tal vez la mas antigua de estas figuras, el análisis será desde el punto de vista jurídico con los argumentos vertidos por autores en el último siglo que es donde se han definido una serie de derechos fundamentales de la madre que se oponen al derecho a la vida del concebido.

Nos daremos cuenta que con la finalidad de justificar el aborto se le ha negado el carácter de persona al nasciturus⁹⁵, o se le ha considerado como persona a partir de determinada etapa de desarrollo intrauterino.

⁹⁵ “La discusión sobre la personalidad del feto es el punto previo y más invadente de cuantos se vienen argumentando a favor y en contra de la licitud del aborto. En la mayor parte de las discusiones al propósito el peso de la argumentación descansa, fundamentalmente, sobre si el no nacido es o no persona y, más derivadamente, sobre si, aun siéndolo, su derecho a la vida es tan absoluto que no pueda ceder ante otros derechos en conflicto”. Vid. Alfonso Ruiz, M., *“Cuadernos y Debates: El Aborto Problemas Constitucionales”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 34.

Incluso se ha considerado que se trata de un bien jurídicamente protegido o solo una mera expectativa de vida.

El aborto se puede conceptualizar de muchas y muy variadas formas dependiendo de la postura que en torno a dicha práctica se tome, así pues para los que consideramos al nasciturus como una persona, el aborto, sería la privación ilícita de vida la de una persona recién concebida, y en cambio para los que consideran que el concebido no es una persona, el aborto es simplemente la interrupción del embarazo.

4.2 Tipos de Aborto

El aborto se puede subclasificar primeramente en dos clases, que son el Aborto Espontáneo⁹⁶ y el Aborto Provocado.

⁹⁶ “Decimos que es voluntario cuando se produce con la participación consciente de alguna persona. Decimos que es involuntario, cuando la destrucción del feto se produce sin la participación consciente de persona alguna, siendo atribuible a motivos biológicos, psíquicos o bien desconocidos”. Vid. Daniel Ortemberg, O., *“Aborto y Divorcio: Una lectura Psicoanalítica”*, Grupo Caso, Buenos Aires, Argentina, 1990, p. 11.

El aborto es espontáneo, cuando no ha intervenido la voluntad del hombre con la intención de provocarlo. Esta clase de aborto puede tener su origen por causas naturales o accidentales.

Por causas naturales podemos encontrar el caso del embarazo ectópico que es cuando el embrión no se implanta en la matriz sino en un lugar distinto como puede ser: un ovario, las trompas de Falopio o en la cavidad abdominal.

Otro caso sería la mola hidatiforme que es una especie de vesícula que da la apariencia y síntomas de un embarazo que en realidad no existe, por lo tanto técnicamente no estaremos en presencia de un aborto.

También puede considerarse espontáneo aquel que se da como consecuencia de algún acto o actividad humana que no esta encaminada a tener como fin el provocarlo. Imaginémonos una caída de la madre, un accidente de automóvil, el haber estado en

contacto con algún elemento externo alérgico para el concebido, etcétera.

Tal vez en este tipo de situaciones pudiera aplicarse la teoría de la culpa, para poder determinar o no la responsabilidad del agente o causante del aborto.

En este caso se pudiera hablar de una culpa grave, leve o levísima; siendo la grave la que resulta de actos que cualquier persona sabe que pueden afectar directamente al nasciturus como el ingerir algún veneno o sustancias tóxicas. Sería leve, aquella que se puede exigir a personas con ciertos conocimientos especiales; por ejemplo el no montar a caballo después de que por prescripción médica se ha prohibido. Y la levísima, lo cual solo pudiera exigirse a una persona especialísima en la materia como el caso de que la madre fuera doctora y supiera que determinada sustancia presente en determinado alimento puede provocar un aborto.

Este tema nos lleva a plantear que debiera como en todos los delitos, regularse en casos de culpa grave el aborto imprudencial.

El aborto provocado; es aquel en virtud del cual debido a la intervención intencional⁹⁷ del hombre se busca poner fin a la vida del nasciturus, interrumpiendo el embarazo.

Este tipo de aborto, puede ser legal si esta permitido por la ley, o puede ser ilegal en caso de que el ordenamiento legal no lo permita.

Ahora bien dentro del aborto provocado o intencional encontramos las siguientes clasificaciones, las cuales se han hecho con el fin de distinguir los casos en que es conveniente o

⁹⁷ “Según la información disponible por cada tres nacimientos un embarazo es interrumpido deliberadamente en el mundo. Se estima que a lo largo del orbe se practican anualmente más de 35 millones de abortos, llegando algunos cálculos a cifras cercanas a los 50 millones. La mitad de ellos se han efectuado bajo condiciones de ilegalidad. Aunque estas cifras pueden ser poco confiables, su magnitud indica una importante incidencia y la necesidad de brindar atención al problema”. Vid. Leal, L.M., *“El Problema del Aborto en México”*, Porrúa, México, 1980, p. 103.

justificado el practicarlo cuando concurren algunas circunstancias que a juicio del legislador así lo ameritan.

Aborto necesario

Este tipo de aborto se presenta cuando por indicación terapéutica o médica⁹⁸ es necesario practicarlo con el objeto de salvar la vida de la madre o en su caso evitar riesgos en su salud.

En este caso se encuentran dos derechos fundamentales en juego, el primero de ellos es el derecho a la vida de la madre y el otro es el derecho a la vida del Nasciturus, esta es la razón por la cual la mayor parte de los ordenamientos derecho comparado lo

⁹⁸ “El Aborto por indicación médica o terapéutica, también denominado en ocasiones aborto necesario, consiste en la destrucción del feto con la específica finalidad de salvar la vida de la madre o evitar graves riesgos para su salud. Con toda evidencia, constituye ésta la mas obvia de las indicaciones que examinamos, al mismo tiempo que la más elaborada dogmáticamente y una de las más ampliamente reconocidas en el ámbito del Derecho comparado. Incluso en la legislación de países que, como la nuestra, no contemplan expresamente tal indicación legitimadora, acudiendo a las precisiones de las respectivas partes generales pudiera llegarse a una solución idéntica, normalmente a través del cauce de la eximente de estado de necesidad”. Vid. Landrove Díaz, G., *“Política Criminal del Aborto”*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 56.

reconocen. Se puede hacer una similitud con la legítima defensa, la cual se encuentra también permitida en virtud de que nadie puede privar de la vida a otro, salvo que esto sea preciso, en virtud de que de no hacerlo corra riesgo su vida, en virtud de que el segundo va a privar de la vida al primero.

En este tipo de aborto, al encontrar dos derechos en juego de la misma jerarquía, no se le puede exigir a la madre que respete la vida del concebido, sí esto implica directamente atentar contra su propia vida⁹⁹.

Así también tampoco se le puede exigir a la madre que atente contra la vida de su hijo por salvar su propia vida, si ella por cualquier convicción no lo desea.

Es cierto que con los avances de la ciencia y de la medicina las enfermedades o circunstancias que motivaban un aborto

⁹⁹ Ibid.

necesario o terapéutico¹⁰⁰ han disminuido, anteriormente padecimientos cardiacos o tuberculosis podían motivarlo, sin embargo pueden darse infinidad de circunstancias médicas, en la actualidad que ponga a la madre, al padre y al médico en la difícil situación de decidir. Considero que se debe de luchar por conservar la vida de ambos hasta donde sea posible.

Actualmente se ha logrado con éxito salvar la vida de niños nacidos entre la vigésima cuarta y vigésima quinta semana de gestación, avances que permiten evitar el llegar al punto de decidir por la vida de uno u otro sin ninguna otra alternativa.

El problema actual es el costo de estas medidas médicas lo que lo convierte en un tema de salud pública, que el Estado debe de proporcionar, tal vez por el alto costo económico, de estas medidas tendientes en salvar la vida del nasciturus (incubadoras

¹⁰⁰ Vid. Gutiérrez Adriano, M., “*Moral y Derecho. Despenalización del Aborto*”, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 1992, p. 118.

especiales, etcétera) y su madre, es que muchos Países prefieren ser permisivos en cuanto al tema del aborto.

Ahora bien, si el embarazo solo pone en riesgo la salud de la madre, mas no su vida al estar intereses en juego de distinta jerarquía no se justifica esta medida, adicionalmente que el tema se vuelve subjetivo por la calificación del riesgo de la salud que realice cada médico tratante.

Lo que justifica esta figura de aborto son instituciones como legítima defensa como se expuso anteriormente y el estado de necesidad, incluso de este último es de donde se deriva la denominación de “aborto necesario”.

También se le denomina terapéutico¹⁰¹, haciendo alusión a la intervención de los médicos, sin embargo esta denominación es confusa, ya que casi todos los abortos los practican doctores.

¹⁰¹ “Indicaciones médicas: ligadas a la existencia de un peligro real para la salud o la vida de la madre, En estos casos, la definición de salud que se

En doctrina las posturas relacionadas con este tipo de aborto se encuentran divididas, para algunos no es necesario que el ordenamiento legal establezca la posibilidad de regularlo para que se pueda practicar, ya que esta posibilidad se deriva de un “Estado de Necesidad”, o para otros tampoco es necesario regularlo porque se trata de preservar el derecho de vida de una persona frente a una “esperanza de vida”.

Sin embargo otra postura doctrinal con la que coincido, establece que el ordenamiento legal debe de establecerlo como una posibilidad para que sea lícito practicarlo, donde considero que si se establece, debe de señalarse como posibilidad solo cuando ponga en peligro la vida de la madre.

utiliza es la amplia, proporcionada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), es decir, el estado general de bienestar de las personas”. *Vid.* Pérez Duarte y Noroña, A., *“El Aborto una Lectura de Derecho Comparado”*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 42.

El tema complicado en la regulación es que algunos ordenamientos legales imponen como obligación que la madre lo autorice, otros que su representante legal y otros que el padre.

Sin embargo esta regulación se da en un caso programado, pero en situaciones de emergencia la responsabilidad es del médico, quién deberá tratar de salvar a ambos sujetos y si esto no es posible, salvar al que pueda.

Tema debatido es pues el Aborto Necesario, donde los principales argumentos a su favor, son el Estado de Necesidad y el que no se le puede exigir a la madre el que atente contra su propia vida por salvar al hijo, ya que esto no encuentra una justificación jurídica por tratarse de derechos de igual jerarquía, y pareciera más un acto de heroísmo.

Aborto Eugénico

Este aborto consiste en privar de vida¹⁰² al Nasciturus por existir razones médicas que indiquen que tiene una deficiencia física o mental que le van a impedir llevar una vida “normal”.

Es natural que la expectativa que tengan los padres es que sus hijos tengan las mejores condiciones en todos los ámbitos para que puedan desarrollarse en su vida. Incluso desde civilizaciones de la antigüedad se tenía la expectativa de que las futuras generaciones fueran mejores que las anteriores, por ejemplo en la antigua Grecia, se sacrificaban a los recién nacidos que tenían algún defecto físico visible o reconocido por los médicos que los atendían.

¹⁰² “Es más exacto hablar del derecho de vida o del derecho sobre la vida, estas denominaciones señalan, en una forma más clara que la expresión “derecho a la vida”, que la vida humana es un derecho. Por otra parte, la expresión derecho a la vida obedece al formalismo propio de la teoría del derecho subjetivo. Según ella el derecho es, ante todo, una facultad de exigir; no es la cosa debida, sino la potestad de exigirla”. Vid. Herrera, J., *“El Derecho a la Vida y el Aborto”*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 1999, p. 97.

Pareciera natural que la Evolución de las Especies, es un principio que rige a la naturaleza, pero lo anterior no es del todo cierto, se dan saltos hacia adelante pero también hacia atrás.

Es lógico que ante sociedades cada vez más competitivas, los padres quieran que sus hijos tengan mejores herramientas para desarrollarse en la vida en busca del fin último que es la “Felicidad”.

Por lo que cuando si al inicio de la vida de ese nuevo ser, se percatan que tiene deficiencias prefieren terminar con su vida que exponerlo a una vida que consideran será miserable para él y para sus padres.

Este es pues el planteamiento general de este tipo de aborto, donde los que lo justifican pretender señalar que existen derechos fundamentales de los padres que se ven afectados y que son iguales o superiores a los del nasciturus al cual en la

mayoría de los casos no le reconocen el carácter de persona¹⁰³, por lo tanto cualquier derecho fundamental de una persona, estará por encima de lo que al Nasciturus le corresponda.

Los derechos fundamentales que se enuncian a favor de la madre en estos casos son:

1.- El derecho a la libre determinación, en el cual no se le puede obligar a atender a un hijo que se sabe desde la concepción que esta enfermo y que esto puede impedir que la madre dedique y destine su vida a lo que tiene planeado por la atención especial que requiere su hijo.

¹⁰³ “Por último, tampoco puede utilizarse el factor equiparación para negar el aborto eugenésico, en el supuesto de embrión o feto con malformaciones o taras físicas o psíquicas. Hoy día, la indicación eugenésica, normada en el artículo 417 bis-3 del Código Penal, parte, desde luego, de la absoluta falta de igualdad de valor existente entre nasciturus y el ser humano nacido, sigue por considerar que negar el aborto eugenésico significaría el permanente respeto a los fetos malformes y tarados y concluye, de acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional (fundamento 11-C, de la sentencia de 11 de abril de 1985), por fundarla en la no imposición de una conducta que exceda de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia. Es, pues, la inexigibilidad que, dentro de la técnica penal, afecta a la no culpabilidad”. Cfr. Ibáñez García Velasco J.L., “La despenalización del Aborto Voluntario en el Ocaso del Siglo XX”, Siglo XXI de España Editores, S.A., España, 1992 p. 171-172.

2.- El derecho al sustento económico: Este consiste en el derecho de la madre a vivir y destinar el producto de su trabajo a una vida digna donde no se le puede obligar a realizar gastos especiales para la atención especial que su hijo requiere como son: hospitales, médicos, tratamientos, terapias, etcétera.

3.- De la libertad: Algunos incluso consideran que impedir este tipo de aborto es ir en contra de un derecho fundamental de primera generación y el más importante: La libertad de los padres¹⁰⁴, y en especial de la madre.

¹⁰⁴ “Consecuentemente, nos movemos en el campo de la eugenesia restrictiva, es decir, aquella que trata de impedir el nacimiento de seres defectuosos. Tendente, además, a evitar la perturbación de los padres que podrían sentirse culpables del nacimiento de un hijo con malformaciones. Un niño congénitamente defectuoso es evidente que perturba todo el núcleo familiar, ya desde el momento en que la mujer embarazada siente en sí la terrible amenaza de dar a luz a un niño anormal. Como destaca ALCIDES DE ALMEIDA, el aborto eugénico no funcionará en la actualidad para conseguir la mejora de una raza, para lograr una raza de “superhombres”, sino para evitar el nacimiento de seres infelices”. *Vid.* Landrove Diaz, G., “*Política Criminal*”, op cit. p. 75.

Se limita la libertad de la madre al sujetarla a todos los sacrificios y exigencias que implica la atención de un niño especial.

Como vemos el principal argumento es no considerar al hijo (que no ha nacido) como persona, en virtud de que de esta forma se justifica que derechos fundamentales de menor jerarquía puedan prevalecer sobre la vida del concebido, que no gozara de ningún derecho por que solo las personas los tienen.

Por eso los que apoyan este tipo de aborto, distinguen entre el no nacido con discapacidades que afecten su desarrollo, con el nacido sano que por una circunstancia posterior tiene alguna discapacidad, ya que este último si es persona y por lo tanto no se le puede privar de ella, aún cuando también se afecten derechos fundamentales de la madre.

Es claro que existe una razón estatal para justificar este tipo de aborto, en virtud de que el Estado debe proporcionar servicios de salud para poder atender a niños que nacen con discapacidad, para que se les pueda atender y esto no sea una carga económica excesiva para familias de escasos recursos, sin embargo es mas fácil permitir el aborto e incluso practicarlo, que crear la infraestructura necesaria para atender niños con discapacidad.

Se ha señalado que para la regulación de este tipo de aborto se requiere de la influencia de otras ciencias como son la Biología, la Genética, la Eugenesia y la Medicina, gracias a las cuales se puede determinar con mucha exactitud las condiciones en que va a nacer el nuevo ser.

Sin embargo, esto abre un nuevo escenario, donde la BIOETICA juega un papel fundamental, en virtud de que se pueden pronosticar otros tipos de enfermedades. ¿Qué pasaría ahora si se pudiera pronosticar que el nasciturus tiene un 80 % de

posibilidades de padecer cáncer u otra enfermedad grave? ¿En ese caso se va a justificar el matarlo antes?

Los defensores de este tipo de medidas dicen que el aborto eugenésico atiende un interés superior consistente en la protección de la comunidad y de la raza, impidiendo que nazcan seres con anomalías que les sean obstáculos para su desarrollo y en consecuencia esta afecte el desarrollo de la propia comunidad en la cual ellos no aportaran nada y sin embargo van a requerir el que la comunidad les aporte los medios y condiciones para que puedan desarrollarse, por lo tanto como señale anteriormente es más cómodo, barato y simple para la comunidad terminar con esa vida que establecer las condiciones para su desarrollo.

De la misma forma se entiende que se protege a la familia y a la pareja¹⁰⁵ del desgaste emotivo y psicológico, adicionalmente del

¹⁰⁵ Vid. Lorenzo Capello, P., *“El Aborto no Punible”*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1990, p. 67.

económico que implica atender a un hijo en condiciones de desventaja.

Por último señalan que también es el derecho del niño de nacer sano y normal, sin embargo este último argumento no es válido desde el punto de vista técnico, ya que el titular del supuesto derecho no tiene forma de manifestar su voluntad de ejercerlo y no puede suplirse, ya que se contrapone con el derecho de ese nuevo ser de nacer y vivir.

Los argumentos antes enunciados carecen de fuerza al enfrentarlos al derecho a la vida del nasciturus¹⁰⁶, ya que no existen en realidad derechos fundamentales de los progenitores de la misma jerarquía vulnerados.

También se ha querido justificar señalando que el fin no es mejorar la raza, sino que se trata de una “eugenesia regresiva”

¹⁰⁶ Cfr. Farrell Martin, D., *“La Etica del Aborto y la Eutanasia”*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992, p. 35.

en el sentido de impedir el nacimiento de seres defectuosos, se señala que en virtud de que el concebido no es persona los únicos argumentos en contra de este tipo de aborto son “morales”, ya que cuando se demuestra que existen malformaciones o defectos físicos o mentales graves se justifica y no hay argumento que lo contradiga.

Para los defensores de este tipo de aborto, el punto de difícil solución es determinar si se justifican cuando existen riesgos mínimos o que impliquen una disminución intermitente en la vida normal del nuevo ser.

Se ha señalado que las causas que pueden provocar las deficiencias físicas o mentales en el nasciturus, son de diversa índole u origen, en algunos casos, cuestiones genéticas y en otros comportamientos indebidos de los padres o accidentes durante el embarazo.

A continuación de manera enunciativa, enunciare algunas de las causas más comunes de este tipo de malformaciones o defectos físicos o mentales¹⁰⁷:

- 1.- Anomalías hereditarias, originadas por genes defectuosos de los progenitores.
- 2.- Consumo de drogas, alcohol, antes y durante el embarazo.
- 3.- Accidentes durante el embarazo, como:
 - a) Exposición a radiación;
 - b) Intoxicación;
 - c) Alergias;
 - d) Contraer enfermedades contagiosas y hereditarias;
 - e) Anemia y falta de alimentación adecuada de la madre;
 - f) Lesiones físicas causados al Nasciturus.

¹⁰⁷ Para algunos, es válida cualquier manipulación genética, incluso la clonación y el aborto, al respecto se puede consultar a González Valenzuela, J., *"Dilemas de Bioética"*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007. p. 86.

Ahora bien, un cuestionamiento a estos defensores de este tipo de aborto, sería si en realidad se justificara el derecho a los padres a abortar si las causas que provocaron las malformaciones o deficiencias son imputables a ellos directamente.

En verdad la madre que se droga, puede gozar ahora del derecho de abortar al HIJO que tiene malformaciones o lesiones graves provocadas por su drogadicción.

Para que proceda este tipo de aborto, se señala que debe de haber dictámenes de Médicos Especialistas en los que se detallen claramente el padecimiento y sus consecuencias en la vida del nasciturus, lo cual ha fundamentado la regulación de este aborto en ese sentido en el derecho comparado. Sin embargo no se ha regulado con severidad la responsabilidad de los médicos, en caso de error o de sugerir esta medida a los padres cuando estos no los han contemplado.

Este tipo de aborto, ha sido utilizado con fines distintos a los que originalmente estaba concebido, ya que en algunas épocas y en algunos países, no era una cuestión de salud, sino una cuestión racial, como sucedió en Alemania con el nacional socialismo, donde esta intención de mejorar o conservar una raza pura permitió este tipo de aborto, e incluso permitió en todos los casos el aborto en mujeres que no fueran de raza aria.

Como veremos esta situación ya sucedió y el hombre sigue atentando contra el Nasciturus como si se tratara de un conejillo de indias, con el objeto de mejorar la raza humana, aún cuando esto traiga consigo la necesidad de privar de la vida a muchas personas aún no nacidas¹⁰⁸.

¹⁰⁸ “Que existe vida humana desde el momento de la fecundación es un hecho científicamente probado, y que el aborto supone la destrucción de dicha vida resulta a todas luces evidente. Admitiendo que éste es el punto de partida de la polémica en torno del aborto voluntario, la decisión sobre la despenalización total o parcial es una decisión de política-criminal, y por eso es el legislador el que debe tomarla”. *Vid.* Molina Blazquez, M., y Sierra Mucientes, S., “*El Delito del Aborto*”, Bosch, Barcelona, España, p. 121.

Existe pues una línea muy tenue entre el aborto eugenésico y el que llamare “aborto racial”, en el cual se considera que existe un “determinismo genético”, por el cual una persona ya esta determinada por sus genes para ser un obstáculo para la sociedad o por el contrario un ser productivo.

Esto puede llevarnos a que en un momento se permitiera el aborto no para impedir que se padezca una enfermedad grave, sino porque ese ser esta menos favorecido que otros.

Esta cuestión de “Determinismo Genético”, le quita sentido a la libertad de cada sujeto de modificar el pronostico de VIDA que sus genes hacen de el.

Esta libertad es lo que permite que el ser humano por su fuerza de voluntad, tenga la capacidad de modificar el entorno y desarrollarse aún cuando su carga genética sea un obstáculo.

Sabemos que los genes no son todos los ingredientes de una persona, existe pues esa “autodeterminación” del ser que le permite elegir el camino seguir.

El problema de todas las legislaciones que han regulado este tipo de aborto es lo genérico de su regulación, lo que permite que dentro de la generalidad se interprete que muchas enfermedades o padecimientos pueden quedar incluidos.

Términos como “anomalías físicas o mentales” ó “defectos físicos o mentales”, debido a su generalidad permiten un juicio subjetivo que en base a lo regulado en los diversos ordenamientos corresponderá al médico, y el Juez solo conocerá del asunto una vez que el aborto se practico cuando alguien demande que no se reunían las condiciones legales para hacerlo; y en este caso la resolución del juez siempre será

indemnizatoria y sancionadora, ya que nunca se podrá restituir la vida al nasciturus¹⁰⁹.

Sin estar de acuerdo con este tipo de aborto, considero que en caso de regularse debiera primeramente constatarse judicialmente la causa (deficiencia física o mental) que la amerite donde en el procedimiento para obtenerlo se le haya acreditado al Juez mediante los informes o dictámenes médicos necesarios que existen las condiciones para practicarlo.

La iglesia católica ha considerado que “nada tiene el derecho de arrogarse el derecho de suprimir la vida humana, por deforme que esta sea”, y vamos más allá ¿que no es contrario de

¹⁰⁹ “Para algunos puede existir el derecho del concebido a no nacer, “Dado que la propuesta de Parfit resulta insuficiente, quizás otra forma posible de resolución consista en apelar a la perspectiva del infante: la calidad de vida o los intereses del posible niño. Bonnie Steinbock y Ron McClamrock analizan la posición de Joel Feinberg al respecto. Este señala que alguien tendría interés en no nacer si su existencia tiene inexorablemente e irreparablemente tales características que no vale la pena vivirla. Para Feinberg, “hablar de un derecho a no nacer”, es una manera sumaria de referirse a la plausible exigencia moral de que no se traiga ningún niño al mundo a menos que estén aseguradas ciertas condiciones muy mínimas de bienestar”. Vid. Luna, F., *“Ensayos de Bioética Reflexiones desde el Sur”*, Editorial Fontamaya, México, 2001, p. 78-79.

conformidad con las constituciones modernas el discriminar a alguien por sus limitaciones o discapacidades?

Actualmente a nivel constitucional en los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo primero constitucional se establece desde el 4 de diciembre de 2006 y posteriormente se complementa desde el día 10 de junio de 2011, que “queda prohibida toda discriminación motivada por... las discapacidades”.

Ahora bien el tema es determinar si el nasciturus goza o no de su protección constitucional, lo cual dependerá si se le reconoce el carácter de persona.

Por lo tanto de reconocérsele ese carácter, estaría protegido constitucionalmente incluso en contra de estos actos discriminatorios que implica el aborto terapéutico y el tratamiento del nasciturus previo a este aborto.

Aborto Ético

Antes de conceptualizarlo podemos exponer que la terminología del mismo es equivocada, ya que no puede haber un aborto ético ó moral, si bien es cierto que se contempla esta posibilidad de abortar por razones infamantes o degradantes a la madre¹¹⁰, esto no lo hace válido.

Para efectos de su estudio y de distinguirlo de otros tipos de aborto, utilizaremos esta denominación en el presente trabajo, sin estar conformes con la misma.

El aborto ético es la privación de la vida del Nasciturus, cuando su concepción fue consecuencia de un acto delictivo en contra de la madre.

¹¹⁰ “Así, si la mujer resulta embarazada involuntariamente por un acto de violación, no tendría la obligación moral de preservar la vida del feto”, Vid. Vázquez, R., *“Del Aborto a la Clonación – Principios de una Bioética Liberal”*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 60.

Este acto delictivo consiste generalmente en la violación¹¹¹, entendía como el delito por el cual se realiza el acto sexual con una mujer en contra de su voluntad, mediante el empleo de fuerza física o con la utilización de sedantes destinados a que no pueda oponer resistencia.

También se ha extendido permitirlo en caso de incesto o en caso de seducción de una menor de edad.

En el incesto el acto delictivo no solo lo comete el padre o madre, sino también el hijo ó hija, sino se trata de un menor de edad. En este caso puede ser que no se actué en contra de la voluntad de la madre, como sucede en la violación.

También es cierto que en la seducción de una menor de edad, se aprovecha el actor de la inocencia de la mujer y la engaña, pero la menor al realizar el acto, esta dando su consentimiento.

¹¹¹ Vid. Daniel Ortemberg, O., “*Aborto y Divorcio...*”, op cit. P. 14-15.

Y en este tema existe una gran división de opiniones en el foro, en relación con los derechos reproductivos y sexuales de los menores de edad.

Para algunos, estos carecen de capacidad de ejercicio para ejercitarlos por si mismos, para otros al ser estos derechos una respuesta a la naturaleza fértil de los menores, les deben ser reconocidos y deben de estar protegidos.

Considero que el tema admite una discusión en el caso de que la concepción se deriva de una violación, como lo expondré más adelante en este trabajo. Sin embargo, en los casos en que la madre manifieste su consentimiento con el acto sexual sea este considerado ilícito (estupro, seducción menor de edad, etcétera) no hay ningún argumento sólido para permitirle actuar nuevamente de manera incorrecta privando de la vida a su hijo.

En el caso de que una mujer sufra una violación¹¹² y quede embarazada, nos damos cuenta que la mujer queda en una situación muy difícil en cuanto a la decisión que tome, ya que el hijo será un recuerdo constante de ese hecho delictivo que vulnera su integridad física, moral y psíquica. Adicionalmente

¹¹² “Precisemos algunos conceptos acerca de la violación, sin los cuales no sería posible analizar el punto del aborto en tal supuesto. En tanto que nos interesa aquí solamente la violación de mujeres, no hablaremos de las que se perpetran en hombres, en mujeres que no estén en aptitud de procrear o en mujeres, pero por vía no idónea. 1. Para que haya violación debe haber acceso carnal, lo que quiere decir: penetración sexual, introducción del miembro viril por vía normal, vaginal o anormal, anal. No importa que haya o no desfloración, ni tampoco que haya o no eyaculación o inseminación. – La violación es una transgresión a la libertad sexual. Curiosamente, los proabortistas y, concretamente, las feministas, en postura relativista, niegan la existencia de valores absolutos y afirman que la vida es un valor relativo o simplemente le niegan el carácter de valor. En cambio, cuando hablan de violación, afirman rotundamente a la libertad sexual como valor absoluto. Consideramos, como ya lo hemos dicho y fundamentado, pero si hay valores absolutos y que la vida lo es. En cuando a la libertad sexual, también se trata de un valor absoluto que debe ser respetado en todo supuesto y condición. Ahora bien, en virtud de que es la libertad sexual lo que el violador transgrede, para que haya violación basta con la penetración del pene en la vagina, aunque no se produzca la fecundación. 2. El sujeto pasivo, la víctima, es una mujer viva, no muerta. En este último caso habrá necrofilia exclusivamente. Como ya señalamos, la víctima también lo puede ser un hombre. – La mujer, victima, puede ser mayor o menor de edad, capaz o incapaz, consciente o inconsciente. Consideramos como violación espuria, el caso cuando la mujer sea sometida a una técnica de fecundación médicamente asistida, sin su consentimiento, bajo el engaño de que es sometida a una operación diversa. 3. El medio comisito es la coacción, el uso de la fuerza violenta para vencer la resistencia de la mujer y poder introducirle el miembro viril en contra de su voluntad. Se clasifica a la coacción en física y psicológica, esta última mal denominada moral”. *Vid.* Leon Rabago. D., “*La Bioética para el Derecho*”, Universidad de Guanajuato, México, 1990, p. 244-245.

que la violación vulnera derechos fundamentales de la madre teniendo como consecuencia directa la concepción del recién nacido. Los derechos fundamentales que se vulneran son los siguientes:

- 1.- Derecho a la intimidad.
- 2.- Derechos sexuales y reproductivos.
- 3.- Derechos con plan de vida.

Estos derechos fundamentales de la madre en este caso se enfrentan directamente con el derecho del nasciturus a la VIDA.

Es una cuestión muy difícil de resolver, hasta desde el punto de vista ético, sin embargo el derecho a la vida¹¹³ es condición de todos los demás derechos, por lo que considero debe prevalecer sobre los de la madre antes enunciados.

¹¹³ “Vid. Herrera, J., *“El Derecho a...”*, op cit. P. 100.

Sin embargo a la madre no se le puede obligar a asumir las obligaciones que de su maternidad derivan, ya que ella no consintió en el acto sexual que origino la concepción, es un hecho ilícito en el cual ella es la victima, pero también se le generan obligaciones derivadas de su maternidad, por lo que considero válido que el hijo pueda darse en adopción.

Los que están de acuerdo con este tipo de aborto señalan que el obligar a la madre a tener al hijo es victimizarla dos veces, ya que fue victima de un delito, y el obligarla a tener el hijo es volverla victima por una segunda ocasión.

La sociedad fue muy sensible a esta situación, a raíz de las violaciones que se dieron durante la primera guerra mundial, encontramos que en Francia los tribunales franceses sin fundamento legal que los ampara, reconocieron como jurídicamente valida el aborto en esos casos.

En Italia existió una amnistía para los casos de este tipo de aborto lo que fue provocando que en la mayor parte de las legislaciones se regulara este tipo de aborto como valido.

Lamentablemente en la segunda guerra mundial se multiplicaron estos casos de violación, pareciera que el tomar una ciudad, les da derecho a los invasores de hacer suyas a las mujeres, situación que se ha dado en todas las guerras desde la antigüedad y que ha generado un odio ancestral entre los pueblos.

En la mayor parte de las legislaciones del mundo se contempla la posibilidad de realizar el aborto en casos de que la concepción sea consecuencia de una violación, sin embargo existen legislaciones que contemplan otros casos como “el estupro” “el incesto” “la seducción de una menor de edad o de una mujer incapaz”.

Considero que el punto medular en estos casos es que lo importante es determinar si hay o no consentimiento con el acto sexual, si lo hubo por la circunstancia que fuere no es jurídicamente válido atentar contra la vida del concebido. En el caso de que no hubiera consentimiento de la madre (violación) se contraponen una serie de derechos de esta, frente a los derechos de la vida del Nasciturus.

El Nasciturus no fue ni sujeto activo o pasivo del delito de violación, sin duda la fecundación que se da por ese acto, lo hace existir, pero el no cometió ningún delito por lo tanto es cuestionable que se le pueda sancionar por dicho delito con la privación de su existencia¹¹⁴.

¹¹⁴ “Dentro de esta problemática de los derechos y para la tesis del aborto-delito, podríamos formular así el segundo principio o fundamento básico, de la tesis del aborto-delito: “Desde el mismo momento de la fecundación, el embrión, feto o nasciturus mantiene una total autonomía de destino respecto de la mujer que lo ha concebido, quien, a su vez, carece de derecho alguno sobre aquél”. Vid. Ibáñez y García Velasco, JL., “*La despenalización del ...*”, op cit. P. 175.

Es también cierto que las consecuencias de un acto tan vil en la vida de una mujer duraran para siempre, no existe una forma de restituirla, del daño causado y es también cierto que si hubo una concepción es cuestionable que se le pueda imputar el cumplimiento de todos los deberes y obligaciones que se derivan de la maternidad.

Considero que la realización voluntaria del acto sexual implica aceptar las consecuencias del mismo, como serían todos los derechos y obligaciones que de la paternidad o maternidad se deriven.

Otro tema importante y que ha sido una cuestión debatida en este tipo de aborto, es el determinar a quien corresponde autorizar la practica del mismo y en que momento.

Se ha reconocido como facultad de la madre, pero es esencial que se demuestre la existencia del delito que le sirve de

presupuesto para la práctica del mismo, lo cual se acredita con la constancia expedida por la autoridad administrativa que corresponda, (en México el Ministerio Público).

Dicha autoridad deberá de cerciorarse de que se cometió el delito mediante los exámenes médicos y psicológicos que correspondan.

Por último se ha justificado también este tipo de aborto, por considerarlo un caso de Estado de Necesidad de la Madre¹¹⁵.

Aborto económico o aborto miserable

Este tipo de aborto es aquel que se practica en casos de mujeres cuya situación económica no les permite tener al hijo que llevan en sus entrañas. Este tipo de aborto no solo se da en el caso de madres solteras, sino también de mujeres casadas con hijos para

¹¹⁵ Vid. Molina Blazquez, M., y Sierra Mucientes, S., “*El Delito ...*”, op cit. P. 21.

las cuales el nacimiento de un nuevo hijo es una situación muy gravosa.

Sin embargo la permisión de este tipo de aborto no solamente es por la penuria de la madre, sino en muchos casos¹¹⁶, si no es que en la mayoría, lo es por razones de política social, en las cuales es más barato para el estado permitirlo, que proporcionar todos los servicios (salud, seguridad, educación, etcétera) a los nuevos seres que nazcan.

Se ha señalado que permitir este tipo de aborto es una cuestión de interés público que busca evitar la miseria colectiva y una correcta ordenación demográfica.

Es por eso que esta regulación nace en Países Socialistas (Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia) después de la segunda guerra mundial, ya que en dichos países el panorama era desolador, donde existía una escasez de lo más elemental.

¹¹⁶ Vid. Pérez Duarte y Noroña, A., “*El Aborto una ...*”, op cit. P. 31.

La influencia de esta regulación se fue generalizando también en países de América Latina (Cuba, Uruguay) y actualmente no solo dentro de ciertas etapas del embarazo.

Es pues ese tipo de aborto la fuente de donde se busca ya justificar el aborto voluntario sin necesidad de expresión de causa, como se detalla anteriormente, en los demás tipos de aborto existen circunstancias o derechos fundamentales que se entienden violados o afectados por el derecho a la vida del nasciturus. Así en el aborto necesario se contrapone el derecho a la vida de la madre con el hijo, en el Aborto Eugénésico, se busca evitar al hijo una vida en desventaja por la discapacidad que padece. En el Aborto Etico, existe un hecho delictivo que lo provoca. En este tipo de aborto, donde la razón de permitirlo es la menos sólida de todas.

Me surgen los siguientes cuestionamientos ¿Cual es el ingreso mínimo que debe tener una familia para que no se le permita

abortar? ¿Este ingreso como se divide entre miembros de una familia? ¿Quién lo determina? ¿Cómo se califica?

Es pues tan subjetivo que es preferible por Política Estatal, despenalizar¹¹⁷ al aborto y permitirlo; ya que para el Estado es más barata esa medida, que invertir en Educación que alcance a todas las comunidades, donde se les explique lo relacionado con la reproducción sexual y sus consecuencias.

Se utiliza como argumento, que esta necesidad económica de la madre ha provocado que se practiquen abortos de manera clandestina, onerosa e insegura para la madre, por lo que es mejor que se permita en los centros de salud estatales.

Considero que es obligación estatal el velar por la alimentación y educación de sus niños, y no permitir una salida fácil para todos.

¹¹⁷ Vid. Leal, L.M., “*El Problema del...*”, op cit. P. 112.

Incluso la situación económica de la madre o de una familia se puede manipular para pretender encontrarse en la situación económica reconocida en los ordenamientos legales para la práctica de estos tipos de aborto.

Se ha pretendido justificar este tipo de aborto en el estado de necesidad, pero en la mayor parte de los tribunales constitucionales se ha negado esta analogía.

De los anteriores tipos de aborto, el aborto por causas económicas¹¹⁸ (o incluso sin causa) son los que más se practican, lo que ha motivado su despenalización.

4.3 Principales argumentos a favor del aborto

En el presente apartado se analizaron los principales argumentos doctrinales que han influenciado a las legislaciones en la despenalización del aborto, con el objeto de entender cual es la

¹¹⁸ Vid. Landrove Diaz, G., “*Política Criminal...*”, op cit. P. 87.

matriz de su argumentación para tratar de establecer la validez de la misma.

I.- De carácter bioético o de la actividad cerebral

La exposición de carácter Bioético, se basa en negarle al embrión el carácter de persona, hasta que no se forma la corteza cerebral, ya que se ha estudiado el genoma humano y el genoma del chimpancé, los cuales son idénticos, hasta en un 96% y para algunos en 98%, y ese 4% ó 2% que lo distingue del chimpancé es precisamente el sistema nervioso central y sus estructuras y conexiones que no se forman sino varias semanas después de la concepción.

Por lo tanto el embrión no es un ser humano, aunque pueda en esa etapa ser un ser vivo, ya que no hay que confundir el concepto de vida, con el de vida humana; la vida esta presente en las plantas, animales, células, pero la vida humana solo en los

seres vivos que han desarrollado dentro del proceso evolutivo su corteza cerebral.

Se señala que el embrión en un origen, son un conjunto de células como las que tenemos en el cuerpo que forman órganos y tejidos y que estas células poseen el genoma humano completo y que si separan del cuerpo y están vivas no pueden considerarse como personas, por lo tanto el riñón extraído a una persona, aunque este vivo no es persona.

Es hasta la semana 24 o 26 de embarazo que el cerebro del embrión empieza a tener una actividad nerviosa humana, y por lo tanto antes era un conjunto de células vivas.

Adicionalmente se fundamenta lo anterior, también con el concepto de muerte cerebral, ya que las legislaciones, incluso la Ley General de Salud en México, establece que hay muerte con el paro cardiaco irreversible, o cuando hay muerte cerebral,

entendida como la falta de respuesta a estímulos exteriores y de frecuencia electromagnética en el cerebro.

Con esto se vincula la vida humana directamente con la actividad cerebral, por lo que se es ser humano a partir de que esta actividad cerebral¹¹⁹ inicia (24 a 26 semanas de gestación) y

¹¹⁹ “La diferencia entre el genoma humano y el genoma del chimpancé es sólo de aproximadamente 1%. Otros científicos precisan que tal diferencia puede alcanzar el 2, pero, en todo caso, no más del 4%. La diferencia genética que se encuentra en ese 1 o 2% es lo que diferencia el cerebro humano de otros primates; es decir, el sistema nervioso central, en especial la corteza cerebral. 3. En consecuencia, lo que distingue al ser humano es su corteza cerebral, la cual en el embrión de 12 semanas no está formada, razón por la que dentro de ese lapso el embrión no es un individuo biológico caracterizado, ni una persona, tampoco un ser humano. El embrión no tiene las condiciones que particularizan al ser humano, en virtud de que carece de las estructuras, las conexiones y las funciones nerviosas necesarias para ello y, desde luego, es incapaz de sufrir o de gozar. Biológicamente no puede considerársele un ser humano. 4. La neurobiología ha determinado con cierta precisión en que etapa del embarazo, el feto desarrolla la corteza cerebral. Para el objeto de este ensayo tal conocimiento no es trascendente; si lo es que a las doce semanas del embarazo no la ha desarrollado, sino será hasta varias semanas después. 5. Ricardo Tapia precisa que mientras estén vivas, todas las células del organismo humano pueden vivir fuera de aquel del que son parte. Lo anterior es lo que hace posible la reproducción sexual a través del coito, el trasplante de órganos, la fertilización *in Vitro*, que es la intervención tecnológica fundamental para la reproducción asistida que se inicia precisamente con la inseminación artificial. En estos casos, los espermatozoides y el óvulo actúan como células vivas fuera de las gónadas que les dieron origen; todas las células tienen el genoma humano completo. Sin embargo, no por estar vivas y poseer el genoma humano, esas células son seres humanos. Es decir, no es posible afirmar que el espermatozoide o el óvulo sean personas humanas”. Vid. Carpizo J., y Valadez, D., “*Derechos*

hasta que este termina, aún cuando no haya paro cardíaco irreversible, y el cuerpo este vivo, solo que esa vida no es humana, por lo tanto es válido que se prive de la vida misma.

Estas ideas de que la actividad cerebral, le dan el carácter de humano a la vida ha influenciado a nivel federal las reformas al artículo 317 de la Ley General de Salud, en materia de pérdida de vida, el cual, modificado en 2000, ha tenido diversas modificaciones hasta el 2009, en que en el artículo 343 de la citada ley se establece el concepto de muerte encefálica, en el cuál el cuerpo humano vivo, solo es considerado útil para efectos de trasplantes y esta vida puede terminar en cualquier momento que así lo soliciten los parientes cercanos (artículo 345).

Humanos Aborto y Eutanasia”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 5.

Ahora bien, esta actividad cerebral, no es una actividad inteligente, sino que hasta que exista la actividad eléctrica y el flujo encefálico arterial.

Por lo tanto para los exponentes de esta teoría y en total congruencia con sus postulados, deberá considerarse al nasciturus como persona desde el momento en que exista una actividad cerebral.

Este ha sido uno de los principales argumentos en el aborto dentro de las doce semanas de gestación.

II.- De carácter constitucional

La constitución no se refiere explícitamente al derecho a la vida¹²⁰, el cual se entiende implícito en la regulación de los demás derechos fundamentales que le corresponde a las

¹²⁰ “Así, si la mujer resulta embarazada involuntariamente por un acto de violación, no tendría la obligación moral de preservar la vida del feto”. Vid. Vázquez, R., “*Del Aborto a la ...*”, op cit. p. 63.

personas, el embrión no es persona, y la constitución no establece cuando inicia la personalidad jurídica.

Señalan de manera incorrecta, como se analizara más adelante en este trabajo, que el Código Civil Federal, es el que establece cuando inicia la vida humana y que en este ordenamiento se establece en su artículo 22 que es a partir del nacimiento.

Argumentan que el principio de igualdad consagrado en la constitución es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo tanto no se le puede dar el mismo tratamiento al preembrión, al embrión, al feto, y al ser humano.

El embrión al no ser persona solo es un bien jurídico protegido, por lo tanto no se le puede tratar de manera igualitaria a las personas y sus derechos fundamentales protegidos.

También dentro de este principio igualitario, la mujer no puede ser tratada igual que al varón, ya que en esta materia, ella tiene

en su vientre al producto de la concepción, el cual se nutre y alimenta de su cuerpo, por lo tanto solo a ella le corresponde decidir sobre tener o no tener al hijo, o sea elegir entre abortarlo o no.

El obligar a la mujer a tener un hijo no deseado, es una acción discriminatoria del estado, respecto de la mujer¹²¹, ya que se invade su esfera interna y una serie de derechos fundamentales de los cuales es titular.

Dichos derechos fundamentales son los siguientes:

¹²¹ “Me refiero a la argumentación de la filósofa estadounidense Judith Jarvis Thomson. Reducida a lo esencial, la tesis de Thomson es que, aun en la hipótesis que termina por declarar que no acepta, pero eso es independiente del alcance de su argumentación de que se considere que el feto es persona desde el momento de la concepción, la madre tiene derecho a disponer de la vida de aquél en la medida en que su derecho a la autonomía – entendido como el derecho a disponer de su cuerpo (1971: 222) – hace inexigible la conducta de mantener al feto ligado forzosamente a su cuerpo durante el tiempo del embarazo. Thomson compara la situación de la embarazada con la de un tercero que, sin su consentimiento, es obligado a permanecer en un hospital durante nueve meses para mantener sus riñones conectados a un famoso violinista súbitamente enfermo como único modo de garantizar la supervivencia de éste. La idea de inexigibilidad, según Thomson, comporta que, así como el tercero no está obligado a permanecer ligado al violinista, tampoco lo está la madre a su embarazo, pues no es injusto actuar en defensa del propio derecho a costa del derecho ajeno. Esta tesis, por supuesto, no es incompatible para Thomson con la idea de que sería moralmente digno de admiración y encomiable, pero no debido, actuar como un buen samaritano y ceder ante tal derecho (1917: 9-13, 16-17 y 24-39)”. Vid. Alfonso Ruiz, M., “Cuadernos y Debates: ...”, op cit. p. 58-59.

- 1.- Derecho a la intimidad.
- 2.- Derechos sexuales y reproductivos.
- 3.- Derecho a un plan de vida.
- 4.- Derecho a la vida o a la integridad corporal.

1).- El derecho a la intimidad, consiste en la posibilidad de autodeterminarse que tiene una persona en su esfera interna de tal suerte que puede decidir lo que a ella convenga, teniendo como límite los derechos de otros.

Este derecho a la intimidad se refiere a ese ámbito interno e íntimo de una persona, donde los poderes del Estado no pueden inmiscuirse, siempre y cuando no trascienda al exterior.

Se ha señalado que no es un derecho absoluto y que puede ser limitado sin entrar en conflicto con intereses o derechos más relevantes que deben de ser tutelados por el Estado.

2).- Derechos sexuales y reproductivos¹²², estos consisten en el derecho de las personas, decidir de que forma llevan su vida sexual sin que el Estado y ningún particular puedan intervenir, teniendo como limite el orden jurídico, así como de decidir de manera libre e informada el número y espaciamiento de los hijos que se desean tener. Por lo que nadie puede interferir o presionar para que una persona tenga o deje de tener hijos.

¹²² “Respecto del derecho a la libertad reproductiva podemos distinguir dos cuestiones: su justificación moral y las condiciones de posibilidad de su existencia. La libertad reproductiva se puede justificar moralmente de diversas maneras, y si bien pueden haber diferencias en su aceptación social y regulación legal, en general hay cierto consenso respecto de su justificación moral. Sin embargo, dado que en la Argentina y otros países de Latinoamérica no hay una aceptación clara ni una política federal destinada a protegerla, creo que vale la pena reconstruir algunos de los argumentos en los cuales está basada. Una de las justificaciones más fuertes invoca a la autonomía de las personas (se considera que es una decisión de orden muy personal, íntimamente conectada con los planes de vida de una persona con el impacto psicológico, físico y social que tener un hijo implica). Especifica la obligación moral de tratar a los otros como personas responsables y dignas y respetar los planes de vida que cada uno elija. Seres humanos con la capacidad de tomar decisiones autónomas en función de la información que se brinda y de los propios valores. Dan Brock, por ejemplo, desarrolla extensamente este interés en la autodeterminación del cual deriva el derecho a la libertad reproductiva. También se le puede justificar, en una vena utilitarista, haciendo referencia a la contribución al bienestar general que representa la posibilidad de poder elegir libremente tener hijos. Aunque desde esta perspectiva utilitarista, el problema de la superpoblación o de la pobreza, podría imponerle ciertos límites”. Vid. Alfonso Ruiz, M., “Cuadernos y Debates: El Aborto Problemas Constitucionales”, op cit. p. 58-59.

En la Carta Magna Mexicana, se reconoce en el artículo cuarto, segundo párrafo que “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.

3).- Derecho a un plan de vida¹²³, este derecho se traduce en la posibilidad de cualquier persona de planear su futuro, y de tomar todas las decisiones que considere más adecuadas para lograr las metas que se haya fijado alcanzar en su vida.

Lo anterior es considerado en algunos sistemas legales como razón suficiente para justificar la práctica de un aborto como un medio para poder lograr el plan de vida planteado, eliminando el obstáculo que sería el concebido.

Un ejemplo sería el de una pareja que tiene conocimiento que su hijo concebido tiene características especiales que le impedirán

¹²³ Vid. Daniel Ortemberg, O., “*Aborto y Divorcio...*”, op cit. p. 23.

un normal desarrollo, lo cual no va con el plan de vida de ese matrimonio, y es mejor optar por un aborto eugenésico.

Este derecho es muy subjetivo e incluso indeterminado.

4.- Derecho a la vida o de la integridad corporal de la mujer.

Estos derechos de la mujer consisten en proteger su vida y su salud y tomar las decisiones que sean convenientes para protegerlas, reconocidos por los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estos derechos son utilizados como fundamento del aborto terapéutico.

5.- Derecho al propio cuerpo. Es el derecho que tiene cualquier persona de decidir respecto de su cuerpo lo que considere conveniente, teniendo como límite su propia vida y su salud, de

tal suerte que con fundamento en este derecho una mujer puede considerar al producto de la concepción parte de su cuerpo y disponer libremente de él.

Adicionalmente a la luz de nuestra Constitución Política, se ha señalado que a la mujer se le violan los siguientes derechos fundamentales por mantener un embarazo no deseado:

- a) La igualdad entre el varón y la mujer, establecido en el artículo primero constitucional.
- b) El derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos.
- c) La protección a la organización y desarrollo de la familia.

d) El derecho a la salud¹²⁴.

En base a los anteriores derechos fundamentales, se llega a las siguientes conclusiones:

1.- Al ser el hombre y la mujer iguales ante la ley, no puede el varón impedir a la mujer abortar o interferir en decisiones sobre su propio cuerpo; como la mujer tampoco puede intervenir en las decisiones del varón.

Por lo tanto el varón no puede alegar su paternidad para impedir a la mujer que aborte, ya que no se le puede obligar a la mujer por causa del embarazo a padecer dificultades sociales, económicas y profesionales y también a asumir obligaciones que no le corresponden.

2.- El derecho a decidir respecto a la procreación es un derecho personal, no es una cuestión de la pareja, por lo tanto la mujer

¹²⁴ Vid. Lorenzo Capello, P., *“El Aborto...”*, op cit. p. 61.

puede decidir si utiliza o no métodos anticonceptivos, pastillas del día siguiente, o practicarse un aborto¹²⁵.

En esta parte del texto no me corresponde criticar las opiniones pero solo planteo la siguiente interrogante ¿Qué no se pierde este derecho en el hombre, con la aseveración anterior?

Se ha señalado que es un derecho individual que no puede ser sometido a un acuerdo o negociación, por lo tanto la opinión del varón no sería relevante.

Sin embargo vuelvo a plantear otra interrogante ¿que para el ejercicio del derecho a la procreación, no se requiere la mujer del hombre y viceversa?.

Se ha dicho también que no debe verse a la mujer como solo un instrumento para la procreación, porque el hijo por nacer afectara directamente su existencia.

¹²⁵ Vid. Leon Rabago. D., *“La Bioética para...”*, op cit. p. 211.

3.- Dentro de la protección a la organización y desarrollo de la familia, consideran que el aborto también encuentra un sustento, ya que al abortar la mujer protege a los hijos que ya tiene tanto económicamente como sentimentalmente.

“Si su sueldo apenas le alcanza para mantener a los hijos que tiene, el que tenga otro afectará el sustento general de la familia”, es un argumento recurrente. También la consideración de que un nuevo miembro de la familia puede llegar a afectar la dinámica familiar; en cuanto horarios, actividades, obligaciones y en general su organización y desarrollo.

4.- En cuanto a la protección a la salud¹²⁶ de la mujer, se justifica la práctica de los abortos y su regulación no punitiva, en virtud que de lo contrario se realizaron (en México y en muchos Países) una gran cantidad de abortos clandestinos que afectan la salud de la mujer al practicarse en lugares insalubres y por personas no preparadas para tal efecto.

¹²⁶ Vid. González Valenzuela, J., “*Dilemas de...*”, op cit. p. 86.

Los abortos clandestinos tienen un alto índice de mortandad, por lo tanto es obligación del Estado permitir que en clínicas del Estado se practiquen para poder tutelar este derecho fundamental de la mujer a la protección de su salud; también al no sancionarlo se pueden practicar en clínicas privadas en caso de mujeres con mejores recursos económicos.

Ahora bien de estas razones surgen diversos cuestionamientos, ya que si la causa y el fin son injustos, la solución también lo será, es como decir existe el narcotráfico, la gente se droga, pues es mejor permitir la venta de drogas y un adecuado asesoramiento en instituciones públicas.

Es una solución muy fácil y mas barata para el Estado practicar y permitir abortos, que establecer los mecanismos para que cualquier persona goce de los servicios que debe proporcionar el Estado, recordemos lo que sucede en algunos países de Oriente como es el caso en concreto de China, donde las parejas solo

pueden tener un hijo y de preferencia varón, lo anterior por Política Estatal de Ahorro.

Es más cómodo y barato para los Estados que exista menos población si no alcanzan los recursos, y en cambio en otros países el problema es a la inversa, donde se necesita de más población para que trabaje, produzca, pague impuestos, etcétera como ha sucedido en muchos países de Europa.

Ahora bien, también se argumenta, no se viola la libertad de los médicos al estar reconocida la objeción de conciencia en la ley de salud para el Distrito Federal, en los casos en que la práctica de un aborto sea contraria a sus convicciones personales o creencias religiosas.

Adicionalmente se señala que aunque en México se pueda considerar que los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que la constitución en materia de derechos humanos,

no se va en contra de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos que protege la vida desde la concepción, porque México hizo reserva expresa, en virtud de que consideran los defensores del aborto que en la Constitución no se protege la vida del Nasciturus.

La argumentación que se ha realizado para señalar que México en la permisión del aborto, hasta cierto número de semanas de embarazo esta de acuerdo con los tratados internacionales, es el de negarle personalidad jurídica¹²⁷ al Nasciturus. Solo que es contradictorio incluso este argumento con el del inicio de la actividad cerebral la cual se da incluso antes de que el concebido nazca.

III.- De carácter democrático

¹²⁷ Vid. Ruiz Rodríguez, V., “*El Aborto Aspectos...*”, op cit. p. 75.

Se señala que también es democrática¹²⁸ la despenalización del aborto, por varias razones, la primera es que esto se ha aprobado por los órganos legislativos electos en un sistema de rotación que constituye a cada legislador en representante del pueblo.

Se ha señalado que se respeta la Democracia y la Pluralidad, al no vincularse con creencias religiosas o preceptos morales, que como tales son subjetivos y ajenos a los presupuestos de un Estado Laico.

También es democrático porque a nadie se le obliga a abortar, si una mujer no quiere, puede no hacerlo y si otra mujer quiere lo puede hacer, lo cual es una formula perfectamente justa y

¹²⁸ “Las razones por las cuales las reformas examinadas son propias del sistema democrático son las siguientes: 1. Se respeta la autonomía de la persona; es decir, su voluntad de decisión, basada en el supuesto de que es un ser racional. En consecuencia, se admiten las diversas orientaciones políticas e ideológicas de la persona, y presupone el respecto del Estado y de las otras personas a las mismas. 2. Las reformas se basan en la tolerancia. A ninguna mujer se le obliga a interrumpir su embarazo, sino ella, con base en sus derechos, decide con libertad dentro del marco legal. 3. No se persigue imponer una concepción moral o religiosa del mundo, sino la máxima consideración a todas ellas. Las reformas son acordes con el Estado Laico”. Vid. Carpizo J., y Valadez, D., “*Derechos Humanos ...*”, op cit. p. 41.

democrática, ya que la democracia implica tolerancia, pluralidad, diferencia y respeto.

IV.- De carácter social

Adicionalmente se han esgrimido algunos argumentos de carácter social en defensa del aborto, los cuales enumero a continuación para tener todos los puntos de vista a favor de esta práctica que atenta con la vida del Nasciturus.

1.- El aborto cuando no está permitido se practica de manera clandestina y tiene un alto índice de mortandad, sobre todo en personas de escasos recursos económicos, que son atendidos en lugares sin las condiciones adecuadas, el permitirlo les da la posibilidad de ser atendidas en instituciones de salud con los recursos humanos y materiales adecuados.

2.- Generalmente las mujeres procesadas por aborto son de escasos recursos, lo que indica que las “ricas” tienen los medios de practicarlos y ser impunes, lo cual es inequitativo.

3.- No produce ningún efecto psicológico negativo en la mujer.

4.- El aborto ha aumentado en los adolescentes que están concientes de los derechos fundamentales que los asisten.

5.- La percepción de la sociedad es que el aborto no es un delito, por lo que no lo equiparan con el homicidio¹²⁹.

6.- El hijo que no es deseado, es maltratado y nace para sufrir.

¹²⁹ “La razón de la relación moral entre actos anticonceptivos y abortivos puede encontrarse en un principio ético general cuyo alcance, sin embargo está bien lejos de autorizar la indistinción a que conduce la lectura tendencialmente absolutista del valor de la vida humana potencial por parte de la tradición católica”. Vid. Alfonso Ruiz, M., “*Cuadernos y Debates...*”, op cit. p. 54.

7.- En los países donde el aborto esta legalizado, la criminalidad ha disminuido.

Este último argumento es muy tendencioso y absurdo, como si los niños que no son abortados cuando se les quiere abortar, se fueran a convertir en criminales.

V.- Argumentos que niegan personalidad al *nasciturus*

1.- Se ha señalado que para que se le pueda considerar a un ser como persona debe reunir los primeros de estos rasgos centrales¹³⁰ comunes en todas las personas y que los distinguen de los animales:

1.- Conciencia y capacidad para sentir dolor.

2.- Razonamiento.

3.- Actividad auto motivada.

¹³⁰ Vid. Ibáñez García Velasco JL., “La despenalización del Aborto...”, op cit. p. 103.

4.- Capacidad de comunicar.

Por lo tanto en el caso del Nasciturus, estos elementos no se cumplen y no debe de ser considerado como una persona humana y por lo tanto titular del derecho a la vida.

2.- El genoma humano y la información genética en el Nasciturus despectivamente denominado “Feto” no se consideran suficientes para darle el carácter de persona, ya que este conjunto de células, en realidad son una pieza de tejido u órgano humano como un pulmón, etcétera.

3.- El “Feto” es como un animal, no es persona por lo tanto no es merecedor de una protección legal; ya que el código genético único y distinto del Nasciturus, no es característico de las personas en virtud de que los animales también tienen desde su concepción códigos genéticos únicos e individuales, la única diferencia es que este código pertenece al género humano, pero

no tiene la jerarquía de persona. El que el embrión tenga vida es porque solo se producen procesos biológicos en él. Incluso las funciones del embrión, (nutrición, reproducción de células, respiración) son similares a las de una planta.

Y plantean el caso de que si este embrión esta fuera del seno materno, en una “botella” sin posibilidad de desarrollo, no sería lógico el que se le considerara un ser humano y que se le tuviera que preservar su vida, aunque nunca se pueda desarrollar.

Por lo que proponen hacer una distinción entre ser humano, como aquel que es perteneciente a la especie humana y a la persona como sujeto de derechos y obligaciones, titular entre otros derechos del derecho a la vida.

4.- El “Feto” se encuentra en una categoría moral distinta a la de la persona, y esta categoría se la ha otorgado la sociedad, ya que nadie considera tan grave al aborto como al homicidio. Incluso

estadísticamente se ha señalado que la gente que conoce un homicidio en mas de un 90 % de los casos siente que tiene la obligación de denunciarlo, sin embargo en el caso del aborto, la consideración es exactamente la inversa.

5.- El punto que delimita la personalidad del Nasciturus no es el nacimiento, existe un proceso gradual¹³¹ dentro del cual hay momento en que se le debe reconocer personalidad jurídica, ya que un aborto temprano, en realidad tiene el estatus de una acción anticonceptiva moralmente hablando y uno tardío de un infanticidio. El periodo intermedio de la gestación entre el tercer mes y sexto es en donde se da este cambio. Sin embargo los juristas no se atreven a fijar una fecha exacta del inicio de esta personalidad jurídica.

Uno de los argumentos es la viabilidad en el sentido de que si el “feto” puede vivir fuera del seno materno, en el caso de los

¹³¹ Vid. Farrell Martin, D., “*La Etica del Aborto...*”, op cit. p. 36.

prematurados (seis meses) deben a partir de esa etapa ser considerados personas.

Otro argumento es el ya citado, el del inicio de la actividad cerebral; de lo cual destaco que el órgano que mas se desarrolla desde la concepción es el cerebro, ya que cuando el niño nace su cerebro ha alcanzado el desarrollo completo, lo cual no sucede con otros órganos.

6.- La protección del Nasciturus al no ser persona, es una protección a un valor o a un bien jurídicamente protegido, es un ideal pero no es una persona; es una expectativa de vida humana y eso es lo que se protege. No se protege al nasciturus que al no ser persona no puede ser sujeto pasivo de delito de aborto.

La esperanza de vida¹³², es un valor socio cultural, es una idea, lo cual es como negar que el Nasciturus es un ser independiente que vive y siente. Generalmente dividen dos momentos; el

¹³² Vid. Lorenzo Capello, P., “*El Aborto ...*”, op cit. p. 67-68.

primero es el intrauterino en el cual no hay persona sino una posibilidad de que exista una persona donde hay vida dependiente que es una probabilidad de vida futura, independiente y autónoma.

Esa “posibilidad”, esa “probabilidad” es lo que en las legislaciones que regulan el aborto se protege. El segundo momento es el extrauterino, en el cual ya hay persona que puede ser titular entre otros del derecho a la vida.

Se señala que la vida humana y la persona no deben confundirse no son sinónimos, son conceptos vinculados. Por lo que afirman que la vida humana debe ser protegida como un “valor” socialmente aceptado e importante en el mundo jurídico, ya que es un bien jurídico protegido en su sentido más amplio. En cambio cuando existe una persona, ella es la titular de este derecho a la vida, pero en el caso del Nasciturus, al afirmar que no existe persona lo que hay es “Bien Jurídico”, del cuál su

titular es erga omnes o sea toda la sociedad y por lo tanto al enfrentarse con los derechos fundamentales actuales y reales de la madre deben estos de prevalecer.

Para otros, la vida intrauterina es una esperanza previa de la vida cierta ya nacida, la vida empieza como tal con el nacimiento y antes no lo hay.

De lo anterior sintetizo que existen dos posturas distintas que señalan lo siguiente:

a) La vida intrauterina, es un bien jurídico protegido; el Nasciturus no es persona¹³³.

b) En el seno materno no hay vida, solo hay una esperanza de vida que es susceptible de protegerse, es un derecho eventual y futuro, con el nacimiento habrá persona y vida humana.

¹³³ Cfr. Gutiérrez Adriano, M., “*Moral y Derecho...*”, op cit. p. 103.

Creo que el problema de estas teorías es que confunden el proceso de desarrollo de la persona al dividirlo en dos etapas, negando la personalidad jurídica en una de ellas; cuando en realidad la persona humana surge con la concepción en un proceso de desarrollo evolutivo y a la vez degenerativo que termina con la muerte.

El principal argumento que le da solidez al aborto, es el deber de negar arbitrariamente personalidad jurídica al nasciturus.

Todas las cuestiones antes expuestas si bien tienen cierta lógica dogmática no son sólidas, ya que nada justifica privar a alguien de su vida, por lo que para evitar esa cuestión es más fácil negar la existencia (del Nasciturus) de ese titular, y eso se logra arbitrariamente negando la personalidad jurídica del Nasciturus.

4.4 Análisis de argumentos en resoluciones de Derecho Comparado

Enseguida se relacionaron algunos casos de abortos en los cuáles se ha cuestionado la validez de la práctica del aborto y en los cuales tribunales de distintos países, han dictado resoluciones en base a algunos fundamentos o presupuestos que consideran que les dan validez. Las resoluciones que se analizan son de: Alemania, España, Estados Unidos, Francia y Sudáfrica.

A) Alemania:

1.- Sentencia BVerf GE 39,1

Reconoce que la protección constitucional de la vida comprende al concebido, ya que la Constitución Alemana al señalar en su artículo 2: “Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de ley”, por las palabras “Cada uno”, no es posible hacer distinciones por las etapas de gestación o entre la vida prenatal o postnatal.

Señala que el estado debe proteger toda forma o etapa de la vida humana, ya que la vida humana es la base de la dignidad humana y prerequisite de todos los demás derechos fundamentales.

Reconoce como derechos fundamentales de la madre el derecho a la intimidad que se da durante la vida prenatal, donde el embarazo se sitúa en la esfera íntima de la mujer y da derecho a un plan de vida o de desarrollo de la personalidad que le permite decidir su maternidad.

Al ponderar los derechos en juego del concebido y de la madre reconoció a la dignidad humana como el “centro constitucional”, reconociendo la prioridad del derecho a la vida del feto.

Es cierto que dicha sentencia reconoció, tal vez con un espíritu salomónico, la limitación del Estado de obligar a la madre a llevar su embarazo a término.

2).- Sentencia BVerf GE 88,203

Reconoce que la protección constitucional del no nacido exige que el aborto se prohíba en todas sus etapas de gestación y que es deber de la madre llevar a término su embarazo, reconociendo el conflicto de derechos entre la vida del concebido y los derechos de la madre a la salud, al desarrollo de su personalidad y al respeto a su dignidad.

Sin embargo considera válido el aborto cuando se ponga en grave riesgo la salud o la vida de la madre o cuando el embarazo es un sacrificio excesivo para la mujer, sin aclarar que es lo que debe entenderse por sacrificio excesivo.

B) España.

Sentencia de recurso previo 53 / 1985.

Esta sentencia de fecha 11 de abril de 1985, resolvió el recurso interpuesto en contra de la constitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal, el cual indicaba lo siguiente:

“Artículo único: El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento de la mujer cuando concurren algunas de las circunstancias:

1.- Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.- Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

3.- Que sea probable que el feto había de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada”.

Este Decreto de Reforma proponía como se desprende de la lectura del artículo anterior la despenalización del aborto en los supuestos de que fuera terapéutico, eugenésico y ético, y el tribunal constitucional español, tuvo que ponderar entre dos intereses en juego; el derecho a la vida del *nasciturus* y la dignidad de la madre.

Así pues el Tribunal Constitucional Español, consideró que debe reconocerse el derecho a la vida del *nasciturus* independiente de su viabilidad, reconociendo que el estado tiene dos obligaciones:

- 1.- Abstenerse de interrumpir el embarazo.
- 2.- Establecer una regulación legal que proteja el derecho a la vida.

Sin embargo el Tribunal Constitucional, consideró que debe de realizarse una ponderación de derechos, ya que el derecho a la vida del concebido no es absoluto y no puede afirmarse su primacía de manera tajante, con respecto a derechos y valores de gran relevancia de la madre como son el derecho a la vida y a la dignidad y con base a lo anterior considero constitucionales los casos de aborto despenalizados en el proyecto de reforma.

En el caso del aborto terapéutico, se consideró que debe de prevalecer el derecho a la vida de la madre, por lo que no puede sancionarse penalmente a una mujer que decide abortar por salvar su vida; ahora también considero que no puede exigírsele a la mujer el que sacrificando su salud, tenga un hijo.

Por lo que atañe a la violación se expuso que no puede obligarse a la mujer a tener un hijo que ha sido producto de un acto que ha vulnerado su dignidad en un grado máximo y que ha vencido totalmente su voluntad; considerando en este caso que debe

prevalecer la dignidad de la mujer con respecto al derecho a la vida del concebido.

En la cuestión eugenésica de abortar a un hijo con taras físicas o psíquicas, considera el tribunal que esas circunstancias exceden lo que validamente puede exigirle a la madre y en su caso a una familia, por lo que en la evaluación de la ponderación de derechos se considera la primacía del derecho a la calidad de la vida con respecto al derecho a la vida del *nasciturus*.

Finalmente dicha sentencia sugiere las siguientes modificaciones al proyecto de reforma:

- 1.- Exigir en el caso del aborto terapéutico, que se cuente con dictamen de un médico especialista que señale el peligro a la vida de la madre, con el embarazo.

2.- Exigir que el aborto terapéutico y el eugenésico se practiquen en centros sanitarios públicos o privados, quedando excluida de esta obligación la mujer pues este requisito es para garantizar la vida y la salud de la mujer.

C) Estados Unidos

1.- Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso de ROE VS WADE.

El 20 de enero de 1973, la Suprema Corte de los Estados Unidos, resolvió acerca de la inconstitucionalidad de los artículos 1191 a 1194 y 1196 del Código Penal del Estado de Texas, en un asunto planteado por una mujer de nombre June Roe, quien se encontraba embarazada y quería abortar y la legislación de Texas solo permitía el aborto terapéutico.

La Suprema Corte de los Estados Unidos, al resolver el asunto planteado, tomo las siguientes conclusiones:

1.- Que la protección constitucional se otorgaba a personas y que conforme a la regulación vigente, dicha acepción no podía extenderse a los no nacidos, con fundamento en la enmienda catorce que señala:

“...Sección 1.- Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos.... Tampoco podrá el Estado privar a cualquier persona de la vida...”

2.- Para otorgar protección al concebido, lo primordial a tomar en cuenta es la viabilidad considerando adecuado permitir el aborto antes de las doce semanas de embarazo, lo cual también es conveniente para la salud de la mujer; sin embargo concluye que los derechos de la mujer, con respecto a los del concebido prevalecerán hasta antes de la semana veinticuatro de embarazo.

D) Francia

I.- Decisión No. 74 – 54 del Consejo Constitucional Francés.

El Consejo Constitucional Francés, resolvió acerca de la constitucionalidad de Ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo, la cual legalizó el aborto dentro de las primeras 10 semanas de embarazo¹³⁴.

Dicho consejo reconoció que el concebido goza del derecho fundamental a la vida, pero estableció que este derecho no es absoluto y admite excepciones mismas que al analizarlos, consideró válidas, en cuanto se refieren a motivos terapéuticos o de angustia, casos que se consideran de extrema necesidad.

II.- Demanda 96 – 80223, resulta por la Corte de Casación (Sala Penal).

La demanda invocaba tres tratados internacionales ratificados por Francia, que contienen disposiciones contradictorias a la Ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Estos tratados internacionales son los siguientes:

¹³⁴ Dicho plazo se amplió a 12 semanas por Reforma del 2001.

a) Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

“Art. 2.-...Derecho a la vida: 1.- El derecho de toda persona a la vida esta protegido por la ley, nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito...”

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“...Art. 6:

1.- El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

2.- En los países en que no haya abolido la pena capital solo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos...”

c) Convención de Nueva York del 26 de enero de 1990, sobre los derechos del niño.

“Artículo 6:

1.- Los estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

2.- Los estados partes garantizaran en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño...”

Con fundamento en los artículos antes citados los demandantes señalaron que dichos tratados protegían el derecho a la vida, sólo teniendo como excepción la pena capital proveniente de delito, la corte de casación, resolvió en el sentido de que “la ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo”, no violaba dichos tratados al no permitir que se atentara con el derecho a la vida del concebido fuera de aquellos casos de necesidad y en las condiciones previstas por la propia ley.

III.-Vo v. France 8 de Julio Corte Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea de los Derechos Humanos ratificó una sentencia de la Corte de Casación Francesa que resolvió un caso de negligencia médica en la cual un doctor francés al confundirse de paciente, provocó el aborto de una niña de 21 semanas. Dicho doctor fue demandado penalmente, y la corte de

Casación Francesa resolvió que el doctor no era sujeto de responsabilidad penal sino solamente administrativa ya que al feto no podía considerársele como persona.

Por lo cual la Corte Europea de los Derechos Humanos, conoció del asunto y respetó la facultad de cada legislación local de establecer la fecha de inicio de la vida.

E) Sudáfrica:

1.- Christian Lawyers Association, asunto 16291

Se analizó la ley de "Elección para terminar el embarazo" (The Choice on Termination of Pregnancy act), la cual regula el aborto de la siguiente manera:

a) Es libre por cualquier causa hasta la doceava semana de embarazo.

b) De la treceava a la vigésima semana con informe médico que lo avale en los siguientes casos:

- Violación.
- Peligro para la vida de la madre.
- Riesgo de malformación del feto.
- Razones económicas y sociales.

b) De la vigésima semana en adelante solo por razones terapéuticas, en caso de riesgos a la vida o salud de la madre.

Los demandantes se fundamentaron en la constitución de Sudáfrica, que establece que “Toda persona tiene derecho a la vida”, sin embargo la Corte desestimó la demanda tomando en cuenta los siguientes criterios.

1.- El no nacido no es persona, y la constitución al establecer los derechos de las personas no lo contempla a él.

2.- Es muy drástico proteger al concebido a tal grado, que se equipare al aborto con el homicidio.

3.- Los derechos del concebido se contraponen con otros derechos fundamentales de la madre, como son:

- Derecho a la libertad y seguridad de la persona.
- Derecho a tomar decisiones respecto a la reproducción.
- Derecho al control y a la integridad de sus cuerpos.
- Derecho a la dignidad humana, a la vida, y a la intimidad.
- Libertad de religión, creencia y opinión.
- Derecho a la salud.

II.- Christian Lawgers, Association Sentencia de 2004.

Esta sentencia resolvía una demanda que atacaba la ley de “Elección para terminar el embarazo” a que se refiere el

apartado anterior, pero en este caso respecto a la posibilidad de las mujeres menores de edad de tomar libremente la decisión de abortar antes de la doceava semana de embarazo.

Como en la sentencia anterior los demandantes fueron la Asociación de Abogados Cristinos de Sudáfrica, al considerar que una menor de edad no tiene la capacidad emocional e intelectual de otorgar un consentimiento plenamente informado, además de que esta situación de minoría de edad las hacia sujetos de una serie de protecciones legales, como son el derecho a no ser maltratada, desatendida o abusada, así como el derecho a ser cuidada por su familia y en especial por sus padres.

En este caso la Corte consideró que la aptitud para poder tomar una decisión de abortar es plenamente subjetiva y no depende de la edad, que lo trascendental era acreditar que la mujer tenía un consentimiento informado compuesto de tres elementos:

1) Conocimiento del procedimiento terapéutico, su alcance y sus riesgos.

2) Comprensión o pleno entendimiento.

3) Aceptación.

F) Comisión Europea de Derechos Humanos.

A continuación se analizarán la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso de *Pato vs. United Kingdom*, el cuál es de interés por la situación que presenta, en la cual el padre del concebido invoca su derecho a impedir que la madre de manera unilateral lleve a cabo un aborto.

Una mujer casada y embarazada, al consultar a dos médicos obtiene dictámenes médicos en el sentido de que el embarazo pone en riesgo su salud física o mental, por lo que decide practicarse el aborto.

El esposo al no ser consultado interpone un requerimiento judicial restrictivo ante el Tribunal de Queen's Bench División de Liverpool, el cual le niega dicho requerimiento, por lo que acude a la Comisión Europea de Derechos Humanos.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, reconoció la enorme divergencia que existe entre todos los países europeos miembros de la Comisión acerca del inicio de la vida, en la que algunos consideran que inicia a partir de la concepción y otros que consideran que a partir de la viabilidad se puede otorgar protección al nacido.

La Comisión también reconoció que el estado debe de proteger la vida del no nacido y también que se deben de proteger los derechos de la mujer que limitan el derecho a la vida del concebido y esto implica que cuando se pone en riesgo la vida de la mujer, este derecho debe de prevalecer respecto del concebido.

Por otro lado respecto a los derechos del padre la Comisión consideró que se deben de considerar siempre en primer término los derechos de la mujer por ser la principal afectada con el estado y desarrollo del embarazo, por lo que los derechos del padre nunca pueden limitar o restringir los derechos de la madre.

Actualmente la Comisión Europea de Derechos Humanos, ha desaparecido pero se cita este caso en virtud de que trata la situación del padre, respecto al producto de la concepción.

CAPITULO V

EL ABORTO EN EL DISTRITO FEDERAL

5.1 Regulación en el Distrito Federal. 5.2 Acción de Inconstitucionalidad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 5.3 Acción de Inconstitucionalidad de la Procuraduría General de la República. 5.4 Resolución de la Suprema Corte de la Nación.

5.1 Regulación en el Distrito Federal

En el Distrito Federal, antes del 26 de abril de 2001, El Código Penal comprendía casos en los cuales se permitía el aborto, que eran los que se han analizado en el capítulo anterior de esta obra.

Después de esta fecha se despenaliza e incluso se le deja de llamar aborto, al hecho de ponerle fin a la vida del Nasciturus, antes de la décima segunda semana de gestación, ahora simplemente se le denomina “interrupción del embarazo”.

Esta reforma fue cuestionada y se interpusieron dos acciones de inconstitucionalidad que por su relevancia se analizaran en el presente capítulo

Como señale anteriormente el Código Penal para el Distrito Federal, fue reformado en sus artículos 144, 145, 146 y 147 según decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 26 de abril del 2007.

“Artículo 144.- Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”.

Este artículo establece el tipo penal del aborto, señalando que solo hay aborto cuando se interrumpe el embarazo después de la décima segunda semana de embarazo, lo cual implica que antes de esta doceava semana la interrupción del embarazo no se encuentra tipificada penalmente y esta perfectamente permitida

sin necesidad de acreditar ningún tipo de razón para practicarlo, anteriormente a la reforma solo se permitía el aborto terapéutico, eugenésico y el ético.

Adicionalmente el citado artículo define lo que se entiende por embarazo, señalando que este inicia con la implantación del embrión en el endometrio, por lo que no se entiende que hay embarazo desde la fecundación hasta antes de la implantación¹³⁵, a diferencia de lo que se señala en la Ley General de Salud, que considere que hay embrión desde la concepción hasta la doceava semana de embarazo, a partir de la cual se denomina feto. (Artículo 314 fracción VIII y IX), adicionalmente a lo señalado en el artículo 40 del Reglamento de la citada ley que señala que el embarazo inicia con la fecundación de óvulo.

¹³⁵ Cfr. “Con la anidación, como ya se ha dicho, la vida surgida de la fecundación queda definitivamente individualizada. Esa primera e importantísima transformación biológica marca el punto de arranque de su tutela jurídica, porque a partir de ese momento estamos en presencia de un nuevo ser humano único y plenamente identificable”. Vid. Lorenzo Capello, P., *“El Aborto...”*, op cit. p. 88.

En el Código Penal se da importancia a lo que se entiende por embarazo para poder determinar si se permite o no el aborto, cuando debería de ponderarse que lo importante es el embrión y a partir de este regular su situación jurídica.

Lo anterior implica que en tratándose de embriones producto de procesos de reproducción asistida que se encuentran almacenados y en el caso de los embriones producto de un proceso natural de reproducción aún no implantados al no haber regulación y no considerarse que exista un “embarazo” el privarlos de la vida estaría legalmente permitido.

“Art. 145: Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso el delito de aborto solo se sancionará cuando se haya consumado.

Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de esta, se le impondrá de uno a tres años de prisión”.

En este artículo se establece la sanción a la mujer que voluntariamente practique o consienta en que se le practique un aborto, estableciendo una sanción a mi juicio muy baja para el tipo penal de que se trata, ya que establece una pena optativa entre prisión o trabajo comunitario.

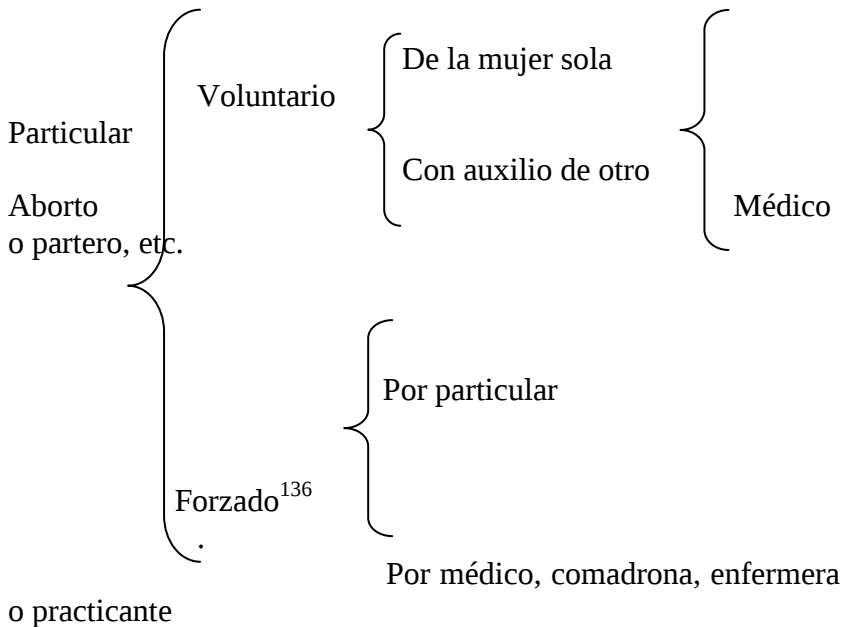
Adicionalmente es inequitativo con la pena que se le impone al que hiciere abortar a una mujer con su consentimiento ya que la pena es de prisión superior en más del doble de lo que le corresponde a la mujer.

“Art. 146: Aborto forzado, es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si presentare violencia física o moral, se impondrá de tres a diez años de prisión”

“Art. 147.- Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrona o partera, enfermera o practicante, además de las sanciones que le corresponda conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión y oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta”.

De lo anterior se desprende que el aborto en el Distrito Federal puede clasificarse en dos: voluntario y forzado; el primero de ellos por la mujer sola o auxiliada y dependiendo del tipo de aborto de que se trate será la sanción aplicable al caso:



¹³⁶ “Este es el resultado de acciones practicadas con toda deliberación y con el ánimo de interrumpir el embarazo. Este tipo de aborto se puede clasificar en legal e ilegal, según se realice en un país donde sea aceptado por la ley y en condiciones médicas adecuadas, o bien en forma clandestina, sin condiciones médicas y al margen de la ley”. Vid. Gutiérrez Adriano, M., “Moral y ...”, op cit. p. 107.

“Art. 148.- Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I.- Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código.

II.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

III.- Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o

IV.- Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva veraz suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable”.

Encontramos cuatro casos de excluyentes de responsabilidad para la práctica de un aborto que son:

- 1) Etico.- Cuando es resultado de una violación o inseminación artificial sin consentimiento de la mujer.
- 2) Terapéutico.- Cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer, previo dictámenes médicos.
- 3) Eugénésico.- Cuando el producto de la concepción presente alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales.
- 4) Cuando sea resultado de alguna conducta culposa de la madre, como algún acto imprudente.

Estas eximentes de responsabilidad, en los casos de las primeras tres, son aceptadas en la gran parte de legislaciones a nivel

mundial, sin embargo la cuarta deberá de tener una sanción como la tienen los delitos culposos.

Es de advertir que estas cuatro excepciones estaban previstas desde antes de la reforma del 26 de abril de 2007, época en la cual el aborto era delito desde el momento mismo de la fecundación.

5.2 Acción de inconstitucionalidad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

El 24 de mayo de 2007, el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en representación de dicha Comisión interpuso ante al Suprema Corte de Justicia de la Nación una demanda de acción de inconstitucionalidad contra la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y de los artículos 16-bis-6 y 16-bis-8 de la Ley de Salud del Distrito Federal, en la cual se hicieron valer entre otros los siguientes conceptos de invalidez:

1.- Argumentan que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, protege el derecho a la vida, señalando que si bien es cierto que por reforma del artículo 14 constitucional se suprimió la palabra vida, este es un valor metajurídico que se entiende previsto y protegido al salvaguardar los demás derechos fundamentales que no tendrían razón de ser si no se protege la vida del ser humano.

Además se indica que al establecer en el artículo 22 de la carta magna la prohibición a la pena de muerte se evidencia que la constitución es proclive de la protección de la vida.

Esto sucedido por reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 9 de diciembre de 2005, en el cual se reformaron los artículos 14 y 22 constitucionales, suprimiendo en el primero de ellos la palabra vida para quedar redactado en lo conducente de la siguiente manera: “Artículo 14.- Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades...”. En el artículo 22 se agregó como prohibida la

pena de “muerte”, quedando en lo conducente redactado de la siguiente manera “Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación...”

Señala la Comisión Nacional de Derechos Humanos, al respecto que para la reforma de dichos artículos constitucionales fueron presentadas quince iniciativas, las cuales coincidían en los siguientes puntos:

- 1.- La constitución debe de prohibir la pena de muerte.
- 2.- Las sanciones que impone el Estado no deben de vulnerar derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida.
- 3.- Que en la constitución se prohibían penas de azotes, palos, mutilación, las marcas, los tormentos y sin embargo el derecho fundamental “más valioso” no estaba protegido.

4.- Que desde 1961 no se aplica la Pena de Muerte en todo el territorio mexicano, e incluso no se encuentra previsto en ningún código penal, estatal o federal.

5.- A nivel internacional existen varios instrumentos que protegen el derecho a la vida; estos son:

a.- La declaración Universal de los derechos humanos, en su artículo 3º se señala “Todo individuo tiene derecho a la vida...”.

b.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 adoptado por México en 1976 que señala “El derecho a la vida es inherente a la persona humana, este derecho estará protegido por la ley...”.

c.- La convención americana sobre derechos humanos, conocida como “Pacto de San José” de 1969 que establece en su artículo

4º que no se reestablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

6.- La aplicación de la pena de muerte en los países que la aplican no han disminuido los índices de criminalidad.

7.- No existe justificación para la regulación de la pena de muerte.

Este detalle de coincidencias es útil para dejar claro que distintos grupos parlamentarios coincidan en un punto en común que la constitución debe proteger a la vida como el derecho fundamental más valioso, lo cuál debe de aplicarse al Nasciturus por equidad con los criminales, ya que en el Nasciturus tenemos la esperanza de un buen ciudadano y en el criminal queremos rehabilitar a un mal ciudadano.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, señala que el derecho a la vida debe de quedar protegido desde la concepción y que la constitución así lo reconoce, para lo cual es fundamentan en los artículos 4, 30, 32, 37 y 123 constitucionales.

Señalan que el artículo 4º constitucional es el marco de protección de la familia y de la sociedad al proteger:

- a.- El bienestar físico y mental del ser humano.
- b.- La asistencia para su adecuado desarrollo.
- c.- El mejoramiento de su calidad de vida, a través del reconocimiento de los derechos de igualdad, salud, vivienda y alimentación.

Señalan que la finalidad de este artículo es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos y que lo anterior se desprende también de la exposición de motivos de la reforma de

dicho artículo cuarto constitucional, del 3 de febrero de 1983, que establece los siguientes argumentos justificativos de la reforma:

1.- El gobierno esta destinando mayores recursos a la salud pública y la legislación (Ley General de Salud) se ocupa cada vez más de cuestiones que anteriormente no se contemplaban.

2.- El derecho a la protección de la salud debe de elevarse a rango constitucional, como una nueva garantía social.

3.- Que la reforma considera de suma importancia la procuración de la salud de los seres humanos buscando el pleno desarrollo y bienestar de la sociedad en general.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, considera que el “concebido” goza de la protección de su salud y que esta contemplado y protegido por este artículo cuarto constitucional

y en particular coincido porque dicho artículo señala que “Toda persona tiene derecho a la protección a la salud”.

Respecto al artículo 123 constitucional señala que en este se consagra la protección a la maternidad de las mujeres y en consecuencia al producto de la concepción.

Al establecer que “las mujeres durante el embarazo no realizaron trabajos que exigen un esfuerzo considerable” y en la fracción XV, se señala que el patrón estará obligado para garantizar la salud y la vida de los trabajadores y “del producto de la concepción”.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, señala que al proteger a la madre es por su vinculación con el producto de la concepción, por eso cuando el artículo 123 establece que las mujeres embarazadas no deben de realizar un esfuerzo considerable, es por así establecer dicho precepto, cuando esas

actividades “signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación”.

En relación con los artículos 30, 32 y 37 constitucionales tienen la Comisión Nacional de los Derechos Humanos un argumento muy sólido desde la perspectiva de la técnica jurídica al señalar que el artículo tercero transitorio de la reforma a dichos artículos, le reconoce a los concebidos la nacionalidad mexicana desde la concepción y en virtud de que la nacionalidad es un atributo solamente de las personas, se le reconoce personalidad jurídica al concebido.

Dicho artículo tercero transitorio señala “...Que las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que el presente decreto entre en vigor, seguirán aplicándose, respecto de la nacionalidad mexicana a los nacidos o concebidos durante su vigencia”.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, también señala que la reforma del 26 de abril de 2007 es contraria a tres tratados internacionales, los cuales de conformidad con el artículo 133 constitucional son ley suprema:

Dichos tratados internacionales son los siguientes:

a.- Convención de derechos del niño.

México se adhiere a dicha convención desde el 19 de junio de 1990, en la cual se establece que reconoce como niño, a todo ser humano menor de dieciocho años. Con lo cual queda demostrado que el Nasciturus es un ser humano, con independencia de que se le considere o no persona.

Se señala que los niños gozarán del “derecho intrínseco a la vida”, sin discriminación de ningún tipo incluido “el nacimiento”, lo cual entiendo se refiere al nacido o al no nacido.

Incluso el preámbulo de la convención señala que el niño necesita la protección legal “tanto antes como después” del nacimiento. De conformidad con la Convención de Viena de la que México también es parte, el preámbulo de un tratado internacional forma parte del mismo.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos destaca que el tratado internacional “protege la vida del niño tanto antes como después del nacimiento”.

b.- Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos;

México, a través de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó dicho tratado desde el día 18 de diciembre de 1980, en el cual en su artículo sexto se señala que la vida es inherente a la persona humana, y que ese derecho deberá estar protegido por la ley. Señala además que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Obviamente al usar el término “persona” y el de “nadie” es punto medular el reconocer la personalidad jurídica del Nasciturus.

c.- Convención Americana de Derechos Humanos:

Desde el 18 de diciembre de 1980, la Cámara de Senadores, aprobó dicha convención, esta convención en su artículo cuarto señala lo que es del tenor literal siguiente:

“Artículo 4º derecho a la vida:

1.- 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”.

Al usar la terminología “en general”, desde el momento de la concepción pareciere permitir excepciones para los estados miembros y es como lo ha interpretado el Estado Mexicano. Sin embargo la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, señala que la terminología “en general” se utilizó para permitir

la excluyentes en el caso del aborto, que se encontraba ya previstas, por lo que los estados miembros no estaban obligados a modificar sus Códigos Penales, pero no pueden por ningún motivo regular con posterioridad a la suscripción del tratado, casos adicionales a los antes establecidos.

Por lo tanto para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos el penalizar el aborto a partir de la 12 semana de embarazo, es contrario a la convención americana de derechos humanos.

Adicionalmente la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, destaca que dicho tratado establece que nadie puede ser privado de la vida “arbitrariamente” y que permitir el aborto antes de la duodécima semana de embarazo es permitir que la madre arbitrariamente prive de la vida a su hijo.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, adicionalmente señala que la reforma es contraria a la igualdad entre el varón y la mujer, en virtud de que los dos son progenitores y se le priva al varón toda posibilidad de injerencia en la decisión de la mujer de abortar.

Este derecho de igualdad esta previsto en el artículo 4º constitucional, junto con el derecho a la procreación, el cual debe de ser ejercido por la pareja.

Señalan que la expresión “toda persona tiene derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos”, es la base del derecho a la procreación.

Y en ese caso la palabra “persona” no es exclusiva de un género o de solo uno de los progenitores, sino que se refiere a las personas involucradas en la procreación.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, señala que en la exposición de motivos de la reforma constitucional del 23 de septiembre de 1974, se señala que en la procreación lo importante es la participación de la pareja, ya que señala que “este derecho fundamental implica libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres”.

También en la discusión en la Cámara de Origen de dicha reforma, señala que es un “derecho de pareja” el decidir el número y esparcimiento de los hijos.

Por lo tanto la fuente del texto constitucional reconoce que la procreación es un derecho de la pareja, o sea de ambos progenitores y no de uno solo como sesgadamente se ha señalado, estableciendo que solo le corresponde a la mujer y no al hombre.

El derecho de procreación entendió, la cámara revisora de la reforma al artículo 4º constitucional, es una garantía individual pero de naturaleza solidaria ya que implica libertad, responsabilidad e información compartidas entre el hombre y la mujer, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, entiende pues que el derecho de procreación es un derecho individual de ejercicio conjunto, y su ejercicio esta limitado por el derecho del otro progenitor y del hijo producto de su unión.

Previo a la concepción, este derecho de procreación se encuentra en la esfera individual, pero posteriormente surgen las obligaciones y derechos del otro progenitor, o sea el padre¹³⁷.

Para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, es incorrecto que si para la procreación se requiere un ejercicio conjunto, para abortar solo sea relevante la voluntad unilateral de la madre. Por lo que para interrumpir un embarazo se

¹³⁷ “No encuentro razones morales ni jurídicas para limitar la autonomía de la madre que optara por tal alternativa de procreación” Vid. González Valenzuela, J., “*Dilemas de ...*”, op cit. p. 90.

requiere este ejercicio conjunto, ya que por la concepción sería incorrecto señalar que surgen solamente obligaciones para el padre, más no derechos.

También se señala que la reforma atenta contra la igualdad al ser discriminatoria en cuanto a la edad, al permitir el aborto antes de las doce semanas de embarazo, ya que un nasciturus de menos de doce semanas no goza de la protección de su derecho a la vida¹³⁸ y el de más de doce semanas si se encuentra protegido.

Adicionalmente de que este criterio de distinción es totalmente arbitrario, ya que el criterio tomado para fijar ese plazo, fue que “la mayoría de médicos” considera que se pone en menos peligro la vida de la mujer si el aborto se practica antes de la décima segunda semana de embarazo.

¹³⁸ “Peter Singer, por su parte, es drástico al rechazar el status de persona por parte del feto hasta cierta época de su desarrollo. A la vida del feto, expresa, no se le debe otorgar mayor valor que a la vida de un animal no humano de similar nivel de racionalidad, autoconciencia, capacidad para sentir, etc. Puesto que el feto no es una persona, afirma, ningún feto tiene la misma pretensión respecto de la vida que una persona. Su argumento parece recoger algo del de Warnock”. Vid. Farrell Martin, D., “*La Ética...*”, op cit. p. 40.

Otro criterio fue el que un aborto en esas condiciones no requiere de atención médica de alta complejidad.

A estos se pueden agregar además los cuatro razonamientos siguientes con los cuales trataron de justificar el plazo de las doce semanas.

1.- Desarrollo del sistema nervioso central, incipiente sin percepción sensorial pero sin con reflejos.

2.- Imposibilidad de viabilidad fuera del útero.

3.- El 90 % de los abortos espontáneos se da durante esas semanas.

4.- La Ley General de Salud, lo reconoce al denominar embrión al nasciturus menor de 12 semanas y denominar feto al mayo de 12 semanas.

Para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ninguno de estos argumentos generan una motivación apropiada en cuanto que no expresan el porque la vida previa a ese plazo (12 semanas) no tiene valor alguno, y fue precisamente que lo único que se tomo en consideración como aspecto fundamental fue la vida de la madre, siendo que lo que se debía analizar era la situación del nasciturus.

También señala que la reforma es errónea al establecer un plazo y no señalar la manera de comprobar el mismo.

Se hace valer que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, invadió la esfera de competencias de la Federación al regular el embarazo, ya que la materia de salud es federal y solo puede el Poder Legislativo Local, de conformidad con el Estatuto del Gobierno, regular la materia de salud sujetándose a las Leyes Federales, por lo que al señalar que el embarazo inicia con la implantación del embrión se vulnera lo que señala el

Reglamento de la Ley General de Salud, en virtud de que dicho ordenamiento señala que el embarazo inicia con la fecundación del óvulo.

5.3 Acción de inconstitucionalidad de la Procuraduría General de la República

El Procurador General de la República interpuso también acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma de los artículos 144, 145, 146 del Código Penal, 16 bis 6 párrafo tercero, 16 bis 8 último párrafo de la Ley de la Salud del Distrito Federal.

De manera un poco más sintetizada, relacionare a continuación los principales conceptos de invalidez, hechos valer por el Procurador General de la Republica:

1.- Se viola el derecho a la vida, que es el presupuesto indispensable, base y condición de todos los demás derechos, ya que es el que hace posible el goce y disfrute de los mismos.

Señala el Procurador que de conformidad con el Código Civil Federal, el derecho a la vida esta protegido desde la concepción, argumento que el derecho a la vida está protegido por la Constitución, lo que se desprende de una interpretación sistemática de la misma al proteger la salud, los derechos de la niñez y establecer que nadie puede ser privado de sus derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos.

2.- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se extralimito en sus facultades en materias de salud, que solo son concurrentes y complementarias al establecer que el embarazo inicia con la implantación del embrión en el endometrio; ya que el Reglamento de la Ley General de Salud, establece que el embarazo inicia con la fecundación.

3.- La reforma es contraria al principio de libertad de procreación consagrado en el artículo cuarto constitucional,

dado que la libertad de procreación supone medidas anticonceptivas, pero nunca medidas abortivas por lo que la reforma desfigura el sentido real de la libertad constitucional.

4.- La reforma no satisface el principio de certeza jurídica en materia penal, al señalar que el aborto esta despenalizado antes de la doceava semana de gestación, sin establecer claramente cuales son los procedimientos o técnicas jurídicas aplicables para poder determinar si el concebido cumplió o no doce semanas de embarazo.

5.- La reforma viola las garantías de no discriminación, ya que protege al producto de la concepción cuya edad es inferior a doce semanas con respecto al mayor de este número de doce semanas, tomando en cuenta condiciones temporales para preferir a una persona con respecto a otra.

6.- Se desprotege la vida del concebido desde la unión de los gametos (femenino y masculino), hasta la implantación, la cual se encuentra protegida por la Constitución.

5.4 Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el día 25 de mayo de 1007, admitió la acción de inconstitucionalidad promovida por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el día 28 de mayo de 2007, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Procurador General de la República, decretando la acumulación de la última con la primera.

El Presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, rindió informes en relación con las anteriores acciones de inconstitucionalidad donde manifestó lo siguiente:

1.- La vida no esta reconocida expresamente como derecho fundamental en la constitución y existen otros derechos fundamentales que tienen la misma jerarquía como son:

- a) La libertad.
- b) La dignidad.
- c) La igualdad.
- d) La integridad.
- e) La salud; y
- e) La educación.

2.- Deben prevalecer sobre el derecho a la vida del concebido¹³⁹ los derechos de decisiones, procreación, intimidad, salud y vida de la mujer, ya que el derecho a la vida no es absoluto.

¹³⁹ “Sin duda, el feto tiene en los primeros meses un valor intrínseco, incluso un valor “más alto que el de cualquier otro organismo de la naturaleza, pero de ello no se sigue que sea un valor de índole moral”. Vid. Vázquez, R., “*Del Aborto a la*”. op cit. p. 63.

3.- El derecho a la procreación implica la posibilidad de abortar, ya que sino se negocia la libertad reproductiva de la mujer y la posibilidad de la autodeterminación sobre su cuerpo.

4.- Las normas impugnadas no violan el derecho de igualdad y no discriminación por razón de la edad del producto de la concepción, ya que este es un bien constitucionalmente protegido, pero no es persona y por lo tanto no es titular de derechos.

5.- La Asamblea Legislativa por prescripción de la propia Constitución, esta facultada para legislar en materia de salubridad local y además no es contraria con la Ley General de Salud, que señala que para poder probar el embarazo se requiere la suspensión de la menstruación, lo que solo se logra con la implantación.

La Suprema Corte Justicia de la Nación analizó las acciones de inconstitucionalidad antes relacionadas, recabo los elementos probatorios necesarios, organizó exposiciones de distintos grupos a efecto de que opinaran sobre el tema y consideró lo que más adelante exponga para tomar la resolución siguiente:

“Primero: Es parcialmente procedente e infundada la presente acción de inconstitucionalidad.

Segundo: Se sobreseer en la presente acción de inconstitucionalidad, respecto de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 bis 7, de la Ley de Salud del Distrito Federal y tercero transitorio del impugnado Decreto de reformas a dichos preceptos.

Tercero: Se reconoce la validez de los artículos 144, 145, 148 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de los artículos 16 bis 6 tercer párrafo y 16 bis último párrafo de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Cuarto: Publíquese esta resolución el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta”.

Respecto del tercer transitorio que declara la validez de la reforma se tomaron los votos por mayoría de ocho ministros a favor, votando tres en contra.

Las consideraciones (considerandos) más importantes que los ministros tomaron en cuenta para adoptar la resolución que se analiza fueron los siguientes:

1.- La razón de sobreseer la demanda de acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, respecto a los artículos 148 del Código Penal y 16 bis 7 de Ley de Salud del Distrito Federal, se consideró que resulta extemporánea porque el texto de los artículos no fueron objeto de reforma o de adición en el Decreto publicado el 26 de abril de 2007, sino que fueron modificados el 16 de julio del 2002, por lo que el plazo para interponer la acción se excedió de los treinta días naturales que establece la ley.

2.- Se consideró que la definición de embarazo que hace el Reglamento de la Ley General de Salud por el ámbito de validez de dicho reglamento únicamente es aplicable en lo relativo a la investigación para la salud y no es una definición general para

efectos de la materia de la salubridad general por disposición del propio Reglamento, que señala en su artículo primero que su objeto es: “...Proveer en la esfera administrativa el cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo referente a la investigación para la salud en los sectores públicos, social y privado”.

Por lo anterior en este tema se tomaron las siguientes conclusiones:

“... La Ley General de Salud, no establece ninguna definición aplicable de manera general.

La única definición establecida en el ámbito federal se encuentra limitada a la materia de “Investigación para la Salud”, las diversas materias contenidas en la Ley General de Salud tiene su desarrollo en una variedad amplia de reglamentos, por lo que estas definiciones sólo aplican en su ámbito normativo específico.

En materias específicas, la Ley General de Salud establece la atención materno-infantil y la planificación familiar como materias locales, las mismas se refieren al embarazo, pero no hacen ninguna definición del mismo.

El precedente del Estado de Nayarit, la acción de inconstitucionalidad 10/2005, sobre armonización en puntos de intersección no es aplicable ya que no existe tal intersección y, de existir, habría que cuestionarse si son aplicables las mismas razones elaboradas en materia civil a la materia penal.

La definición se encuentra solamente a nivel reglamentario lo que lo hace aplicable solamente en el ámbito administrativo federal, para proveer en la esfera administrativa federal a la exacta observancia de la Ley, excluyendo su obligatoriedad transversal a los demás ordenamientos jurídicos como estados y municipios.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene, por tanto libertad de calificación y configuración en lo que se refiere a materias de su competencia, como lo es la materia penal.

No existe invasión de esferas por parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al definir el embarazo para efectos de la tipificación del delito de aborto en el Distrito Federal.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que los argumentos contenidos en los conceptos de invalidez identificados al comienzo de este apartado resultan infundados.

3.- Se reconoce que el derecho a la vida se encuentra tutelado por la constitución, aún cuando no se le mencione expresamente, en virtud de que este derecho es un presupuesto lógico que sin un ser vivo no hay derechos.

Sin embargo no puede considerarse a la vida como el derecho más importante.

“... De este modo, del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de estos otros derechos. En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo.

Asimismo, este argumento no distingue entre la naturaleza de los derechos y sus condiciones de ejercicio. Es evidente que si no existe un individuo vivo, no hay posibilidad de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente, pero de ahí no se sigue

que la vida sea condición de existencia de los demás derechos, menos la necesidad de otorgarle una posición lógicamente preeminente frente a los demás. Aceptar un argumento semejante destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático. Los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente. Este alto tribunal ya lo ha refrendado en precedentes y tesis aplicables los derechos fundamentales no son, en ningún caso, absolutos.

En el sentido anteriormente apuntado, esta Suprema Corte ha sustentado jurisprudencialmente, en la Octava Epoca: “CONSTITUCION. TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUIA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL”, en donde claramente se establece, refiriéndose a la constitución que “(t)odos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás”. Asimismo, la Primera Sala ha precisado que las restricciones a los derechos fundamentales deben tomar en cuenta determinados criterios, para poderse considerar válidas.

Pero ya desde la Quinta Epoca, el Tribunal Pleno había establecido lo siguiente:

“Los derechos que bajo el nombre de garantías consagra la constitución constituyen limitaciones jurídicas que en aras de la libertad individual y respecto de ellas, se oponen al

poder de la soberanía del Estado, quien por su misma naturaleza y política social puede limitar la libertad de cada individuo y en la medida necesaria para asegurar la libertad...”

Asimismo se señala que si la constitución hubiere querido proteger la vida desde el momento mismo de la concepción, así lo hubiera señalado expresamente.

4.- En relación con los Tratados Internacionales de los que México es parte, vinculados con el tema de la vida relacionados en la acción de inconstitucionalidad presentado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia, considero que en ninguno de ellos se protege la vida desde la concepción, y que el único que recoge ese momento de protección de la vida es la Convención Americana Sobre Derechos Humanos,

En la cuál se señalo que en lo GENERAL se protege la vida desde la concepción, lo cuál al hablar en GENERAL permite

excepciones y en ese aspecto México se reservó la aplicación de dicha disposición de la siguiente manera:

“... 2.- Reserva... 1.- Declaración interpretativa: Con respecto al párrafo 1 del artículo 4º, considera que la expresión en general usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados... 2.- Reserva: ... Como se observa desde que México presentó su ratificación a la Convención estableció la forma en que debía ser entendida o la forma y alcances bajo los cuales se obligaba frente a la expresión “en general” del artículo 4.1 del Pacto de San José, y en esa medida, no se obligó internacionalmente a adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”. Es decir, no aceptó el establecimiento de un momento específico a partir del cual debía proteger el derecho a la vida y en esa medida, se encuentra obligado el Estado mexicano a proteger y garantizar el derecho a la vida como en el resto de tratados internacionales lo disponen, esto es, sin un momento específico para el inicio de la protección y aceptando que no es un derecho absoluto...”

Dentro de los parámetros internacionalmente establecidos como mínimos de protección y garantía y con un sentido de progresividad, el derecho a la vida deber ser regulado por el

legislador nacional de conformidad con sus competencias y facultades.

Ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano, reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para el inicio de la protección de ese derecho, y tan solo, exigen que se cumplan y respeten las garantías relacionadas con la no privación arbitraria de la vida y las vinculadas con la aplicación de la pena de muerte, y

El artículo 4.1 de la Convención Americana, sobre Derechos Humanos, no establece un derecho a la vida de tipo absoluto.

La expresión “en general” que utiliza la Convención Americana, fue introducida para que tanto los Estados que querían y protegían la vida “desde la concepción”, como aquellos que no

deseaban obligarse a que dicha protección se diera desde un momento específico, pudieran ser parte de dicho tratado.

México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o a partir de algún momento específico, en razón del sentido y alcance que tiene la declaración interpretativa que formuló al ratificar la Convención americana y que se mantiene vigente.

5.- Se consideró que la reforma no viola el derecho de igualdad entre el hombre y la mujer, ya que se considero que la mujer, es la que lleva todas las cargas (económicas, físicas, psicológicas, sociales) del embarazo y el hombre no.

“... Los anteriores argumentos resultan infundados en atención a lo siguiente:

A) En cuanto al problema planteado en primer lugar, relacionado con la igualdad entre hombre y mujer, resulta necesario realizar una serie de distinciones. La primera distinción importante es entre la libertad sexual y la libertad reproductiva, el argumento que señala que el derecho del

artículo 4º se ejerce antes de la procreación, parece subsumir la primera en la segunda y por tanto ignora que la protección de los derechos básicos de las personas incluye dimensiones de la sexualidad que nada tienen que ver son las que están destinadas a proteger un ámbito de decisión respecto a la cuestión de tener o no tener descendencia.

Del mismo modo, el argumento pasa por alto que el derecho a ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo. Una de las vías de establecimiento de la paternidad o de la maternidad es la adopción, y el Código Civil del Distrito Federal, por señalar sólo las reglas vigentes en el ámbito normativo que las impugnaciones toman como referencia, permite la adopción tanto por parte de una pareja como por parte de una persona en lo individual.

Finalmente, el argumento acerca del derecho de las personas del sexo masculino a ser padres parece desconocer la diferencia entre lo que las personas pueden hacer y lo que tienen derecho a imponer a los demás, o al Estado, así como el hecho de que las normas analizadas están destinadas a establecer el criterio que debe primar en casos de desacuerdo. Como es natural, los casos en los que resultará relevante o necesario remitirse al contenido de normas jurídicas ahora bajo análisis son aquellos en los que hay desacuerdo entre la persona que puede verse involucrada en la continuación de un embarazo no deseado y otras personas: casos en los que lo determinado por la norma es quién puede vetar la decisión de quién.

La decisión del legislador local de establecer la regla según la cual la decisión final en estos casos

recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona (i.e. la persona del sexo masculino que estima haber tenido participación en la creación de ese embrión, o cualquier tercera persona). La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión.

La afectación de la mujer y del hombre es distinta no solamente porque, como hemos señalado, hay consecuencias del embarazo no deseado que solo recaen en la mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta...”

6.- Se consideró que los artículos impugnados no violan el principio de certidumbre y exacta aplicación de la Ley Penal, ya que si se realiza la descripción del hecho que se adecuara con el tipo penal.

“... En primer término, la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, además requiere que el tipo esté redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida, para lo que es necesario que el legislador utilice un lenguaje claro y asequible al nivel cultural medio empleando, sobre todo, elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo.

En ese sentido, una técnica acorde con las garantías penales debe lograr que los conceptos establecidos resulten tan claros como sea posible. Esta exigencia constitucional se traduce en la obligación del legislador de cualquier significado, esto es, crear aquella definición que habrá de ser jurídicamente vinculante. Lo anterior implica que el concepto así creado, será aquel que goce de relevancia jurídica para que la seguridad jurídica del gobernado se vea garantizada al serle posible comprender los conceptos legales sin acudir a diversos ordenamientos para conocer lo que le está vedado hacer...”

7.- Por último se considera que si existe proporcionalidad entre las penas al distinguir los distintos tipos de abortos.

“... En primer lugar, debe hacerse notar que en las reformas efectuadas al Código Penal para el Distrito Federal, en abril de dos mil siete, y específicamente en relación con las penas

previstas para el delito de aborto, se mantiene la distinción entre el aborto realizado con el consentimiento de la mujer y sin el consentimiento de ésta, igualmente se mantiene en los mismos términos la pena para quien hace abortar a una mujer con su consentimiento (de uno a tres años de prisión), así como la pena para quien lo haga sin su consentimiento (cinco a ocho años de prisión y ocho a diez años si media violencia física o moral) y el único cambio en la regulación del tipo de aborto se presenta en la atenuación de la pena para la mujer que se practique, después de las doce semanas de gestación, un aborto o que consienta que se le practique, caso en el cual anteriormente se sancionaba con uno a tres años de prisión, mientras que el artículo 145 reformado establece ahora una pena alternativa entre tres a seis meses de prisión o cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad.

Así las cosas, si bien es cierto que la proporcionalidad de las penas en relación con las conductas cometidas y al grado de participación de los autores del delito son temas que tienen que ver directamente con el establecimiento de políticas criminales y, en su caso de prevención general, especial y rehabilitación social, cuya atención corresponde, en principio al Poder Legislativo, también lo es que este se encuentra obligado, en todos los casos, a justificar de manera expresa las razones por las cuales se establecen determinadas penas para ciertas conductas que se estiman delictuosas, atendiendo a la proporcionalidad que debe guardarse entre delito y pena así como a los postulados constitucionales que prohíben las penas crueles, inhumanas, infamantes o trascendentes. Dicho criterio se desprende de la tesis emitida por la Primera Sala de este Tribunal.

Respecto a esta acción de inconstitucionalidad hubo en voto de minoría de los Ministros Ortiz Mayagoitia, Aguirre Anguiano, y Azuela Güitron, que concluye con lo que transcribo para claridad.

“... De todo lo razonado se concluye lo siguiente:

- 1).- El derecho a la vida está consagrado implícitamente en nuestra Constitución.
- 2).- El producto de la concepción se encuentra expresamente protegido por la Constitución, así como por los tratados internacionales y la Ley General de Salud, que integran junto con ella la Ley Suprema de la Unión.
- 3).- Subsisten las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 del Tribunal en Pleno, pues sus criterios no fueron interrumpidos sino confirmados por la mayoría de los Ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 4).- El artículo 1º constitucional contiene dos principios de salvaguarda de los derechos fundamentales, a saber. 1.- La autoridad debe garantizar su goce para todos los habitantes; y 2.- Las garantías individuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los casos

y con las condiciones que la propia Constitución establece.

5).- Nuestra Constitución no establece límite o restricción alguna al derecho a la vida humana; por lo tanto, su protección se da desde que esta inicia, a saber desde la concepción.

6).- El legislador ordinario no puede imponer límites al derecho a la vida.

7).- El legislador ordinario está obligado a proteger desde el ámbito penal los bienes jurídicos que son esenciales para la sociedad, entre ellos, la vida humana como derecho natural del ser humano.

8).- La tipificación del delito de aborto a partir del vencimiento de la décimo segunda semana de embarazo, computadas éstas a partir de la implantación del embrión en el endometrio, así como el embarazo definido a partir de tal implantación, en los términos establecidos por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el artículo 144 del Código Penal para la entidad, así como el 145 al establecer la penalidad solo para el aborto practicado después de las doce semanas de embarazo, incurren en la desprotección total del producto de al concepción en la primera etapa gestacional referida.

9).- Tal desprotección implica violación al derecho a la vida, dado que significa la imposición de un límite o restricción a este

derecho fundamental, no previsto por el Constituyente.

10).- La referida desprotección también implica violación a los principios de igualdad y no discriminación, al establecerse distinciones en razón de edad gestacional.

11).- En el supuesto no admitido de que el legislador ordinario estuviera facultado para ponderar el derecho a la vida del producto de la concepción frente a los derechos de la mujer a la salud, libertad sexual, maternidad, autodeterminación de su cuerpo y al de forjarse un plan de vida propio, tendría que prevalecer el primero. Lo contrario implicaría anular el derecho a la vida del *nasciturus* dando prelación a derechos que se afectan solo temporalmente y que tienen alternativas de solución, máxime que se está ante supuestos de embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas, libertad que el artículo 4º constitucional condiciona a su ejercicio responsable e informado.

CAPITULO VI

EUGENESIA

6.1 Concepto e Introducción 6.2 Tipos de Eugenesis 6.3 Eugenesis en la actualidad

6.1 Concepto e Introducción

La Eugenesis desde del punto de vista etimológico significa “Buen Nacimiento”, Francis Galton, fundador de esta ciencia la considera “como el estudio de los medios que están bajo el control social y que pueden beneficiar o perjudicar las cualidades sociales de las generaciones futuras, tanto física como mentalmente”.

Esta ciencia encuentra sus antecedentes desde la antigüedad, donde destaca la civilización espartana donde se practicaba el infanticidio de los niños que tenían alguna deficiencia física o mental.

Es muy interesante el darnos cuenta que estas prácticas, lo que provocaron fue tal vez una civilización de grandes soldados que sirvieron al estado espartano¹⁴⁰, pero no aportaron ningún matemático, filósofo, historiador, escritor, astrónomo o en general científico o artista a la humanidad, como si lo hicieron otras civilizaciones griegas que no practicaban esos infanticidios.

Es en Esparta, donde se le da una preferencia al Estado sobre los individuos y esta idea como veremos más adelante ha seducido a civilizaciones posteriores, donde no importa sacrificar a los débiles y en algunos casos es una obligación del estado para

¹⁴⁰ “...Resultan de obligada cita al efecto, las prácticas espartanas de abandono de criaturas débiles, enfermizas, o empleando una terminología auténticamente eugenésica (defectuosas), en el desfiladero de Taigetos. Las leyes espartanas admitían tanto el infanticidio como el abandono de niños, siendo el culto al vigor físico y la primacía y prevalencia del Estado respecto del individuo las que conformaban y orientaban dichas actuaciones. Idéntica práctica era realizada por los brahmanes en la India, abandonando o asesinando en la selva a aquellos niños que transcurridos dos meses desde su nacimiento parecían de mala índole. En el Código de Manú se establecían preceptos de idéntica ideología, en la medida en que se determinaban prohibiciones a la hora de contraer matrimonio...” Vid: Reviriego Picon, F., *“Otro estudio más del aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación”*. Dykinson, 1998, Madrid, 1998. p 26.

poder garantizar generaciones futuras mejores y el predominio de la nación a la que pertenecen sobre otras.

En la India se encuentran prácticas similares a las espartanas, realizadas por los brahmanes, quienes abandonaban a niños débiles recién nacidos o de meses de vida en la selva.

En el Código de Manu, se prohíbe el matrimonio entre personas (parientes) que pudieran tener una descendencia defectuosa.

Es muy interesante que esta medida eugenésica plasmada como un impedimento para contraer matrimonio, se contemple actualmente en casi todas las legislaciones civiles, en el Distrito Federal se encuentra regulada en el artículo 156, fracción tercera. Este impedimento es precisamente para evitar que nazcan niños con defectos físicos o mentales y es en realidad un control del estado tendiente a impedir que las generaciones futuras nazcan con deficiencias.

En las prescripciones talmúdicas se les prohibía a los leprosos y a los epilépticos contraer matrimonio para impedir que procrearan hijos con deficiencias.

También el mismo Aristóteles¹⁴¹, establecía que existen edades adecuadas para procrear señalando que estas serían a partir de los 18 años en las mujeres y de 37 años en el hombre, estableciendo un periodo en el cual debe darse la procreación, estableciendo que transcurrido dicho plazo los hijos concebidos no debían de nacer, por la posibilidad de nacer defectuosos.

Platón en concordancia con Aristóteles, considera que la edad adecuada de la mujer para concebir es de los 20 a los 40 años de edad, y señalaba que los hijos que fueran concebidos por padres

¹⁴¹ “...Igualmente, cabría citar figuras de la talla de Sócrates, Plantón, Aristóteles, Séneca, Campanella, etc... habiéndose encontrado incluso tendencias eugenésicas en las prescripciones Talmúdicas, con la idea, en este último caso, de impedir el matrimonio de aquellos que hubiesen tenido antepasados leprosos o epilépticos; hecho que ha sido calificado por Feldman como (el primer edicto eugenico en cualquier sistema social o religioso). En Séneca, por ejemplo, en su obra *De la Cólera*, y tratando el tema de la curación, encontraríamos la siguiente referencia: (..los fetos monstruosos los eliminamos, a los hijos, incluso, si han sido paridos inválidos y deformes, los ahogamos; y no es ira sino discreción apartar lo sano de lo inútil...)...” Vid: Reviriego Picon, F., “*Otro estudio más del aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación*”. Dykinson, 1998, Madrid, 1998. p 27.

fuera de la edad adecuada no debían de nacer y si nacían no deberían de recibir crianza, siendo los padres responsables frente al estado de injusticia y sacrilegio.

Esta vertiente de la eugenesia de tener una descendencia sana y bella se denomina “Euténica” y lo podemos considerar como un antecedente de la disciplina que estudiaremos en este apartado.

Es pues una corriente consistente en la mejora de la raza humana, como si el éxito estuviera garantizado con físico estético y un cuerpo sano, cuando sabemos en realidad que es la parte emocional lo que hace la diferencia entre los seres humanos. Esta capacidad de adaptarse al medio ambiente y de superar las adversidades es lo que hace que una persona destaque sobre los demás, no es el continente o sea el cuerpo sano y bello sino el contenido o sea la inteligencia emocional, la fortaleza, la bondad, la generosidad lo que hace que una persona trascienda respecto de otras.

Ahora bien entiendo como válido y justificado el que la ciencia pueda ayudar a una persona a corregir las deficiencias físicas y mentales que tenga lo que le permite desarrollarse mejor.

El problema de estas corrientes es que a la luz de las mismas, se ha permitido la practica del aborto, como es el caso de Suecia en la cual se permitía el aborto en el caso de que se presumiera que el hijo producto de la concepción pudiera nacer con alguna discapacidad en virtud de que alguno de los progenitores la padeciera.

En este caso ni siquiera se ha examinado al nasciturus si no que al reconocerse que existe una posibilidad, calificada subjetivamente por una cuestión genética de que nazca mal se autoriza el aborto, lo cual en otros países nórdicos también esta reconocido desde hace varios años¹⁴².

¹⁴² Suecia en la Ley No. 318 de 1938, Dinamarca en la ley No. 163 de 18 de mayo de 1937 y Estonia en la ley del 27 de noviembre de 1939.

Como analizaremos más adelante estos países sin lugar a dudas fueron influenciados por los teóricos de la Eugenesia y consideraron a la raza aria como superior o ideal, lo cual fue llevado a sus últimas consecuencias por el nazismo.

Como analizamos la idea de mejorar a las generaciones futuras, existió desde la antigüedad, sin embargo fueron nuevamente tomadas en cuenta y relanzadas por Francis Galton¹⁴³, quien a

¹⁴³ “...Aunque la bibliografía de la eugenesia se extiende hasta Platón, su ímpetu moderno fue obra de un hombre. A Francis Galton, primo de Charles Darwin, le impresionó la frecuencia con que el genio parecía manifestarse más en unos linajes que en otros. Se dedicó a investigar la posibilidad de que los talentos y las virtudes del carácter se heredasen junto con otros rasgos, ofreciendo a sus portadores ventajas en la selección natural. Su investigación, apoyada en métodos estadísticos que iba desarrollando a medida que los necesitaba, lo convenció de que las reservas de talento de la sociedad se podrían ampliar enormemente si los miembros de familias favorecidas aumentasen su tasa de procreación. Creía que la proporción mejoraría todavía más si se desanimaba la reproducción de aquellos que tenían menos que ofrecer. Galton acuñó el término “eugenesia” en 1883 (15 años después de publicar sus primeras propuestas), y lo definió como la “ciencia de mejorar el linaje, no solo mediante un apareamiento juicioso, sino mediante todo aquello que tienda a dar a las razas o líneas sanguíneas más adecuadas mayores oportunidades de prevalecer sobre las menos aptas que las que de otra manera habrían tenido). La influencia de Galton fue casi inmediata. Darwin se declaró persuadido por los argumentos eugenésicos de su primo, y Galton atrajo a una serie de discípulos distinguidos. En Alemania se creó en 1905 la Sociedad de Higiene Racial (Weindling, 1989); la Sociedad Inglesa para la Educación Eugenésica se fundó en 1907, y Galton fue elegido presidente honorario de la misma al año siguiente. En el Reino Unido y en Estados Unidos, el movimiento atrajo a las clases media y media-alta, incluyendo

partir de estudios estadísticos llegó a la conclusión de que es más fácil que los talentos y virtudes se transmitan por herencia o linaje, de esta forma los descendientes de músicos eran más proclives a heredar a su descendencia dicha facilidad o talento para la música, sucediendo lo mismo con los descendientes de pintores, de científicos o incluso genios.

Es precisamente Galton en 1883, quien le otorga a esta disciplina el nombre de “Eugenesia” y la entiende como una ciencia tendiente a mejorar el linaje mediante cualquier medio al alcance que tienda a dar a los descendientes mayores oportunidades de prevalecer sobre razas menos favorecidas.

Charles Darwin, reconoció estar de acuerdo con las teorías de Francis Galton, y es que la evolución de las especies se ha

muchos profesionales liberales y académicos (Rafter, 1988; Mackenzie, 1981; Kevles, 1985; Mazumdar, 1992). En 1923, cuando se creó la Sociedad Eugenésica Estadounidense, se enorgullecía de tener delegaciones en 28 estados (Kevles, 1985). Durante las décadas de 1890-1920, las ideas eugenésicas se extendieron a países de habla no inglesa tan variados como Noruega, Brasil y la Unión Soviética...” Vid Buchanan Allen, D., y Norman Daniels, D., “Genética y Justicia” Cambridge University Press, España, p 29.

caracterizado por una adaptación al medio ambiente de los seres que ha provocado que las subsiguientes generaciones estén mejor adaptadas.

Estas ideas fueron bien recibidas en Alemania, en Inglaterra y en Estados Unidos, donde se fundaron sociedades encargadas del estudio de esta ciencia. En Alemania se creó en el año de 1905 la sociedad de Higiene Racial y en Inglaterra en el año de 1907 la sociedad inglesa para la educación Eugénica, en Estados Unidos la sociedad Eugénica Estadounidense en 1923.

Sin embargo estas ideas eugenéticas no se quedaron en estos países¹⁴⁴, sino que se extendieron a muchos otros países del mundo, y atrajeron a científicos de distintos países, siendo sus ideas conocidas y adaptadas por las clases medias y altas de las

¹⁴⁴ “...El contenido del programa eugenético variaba considerablemente de un país a otro y dentro de cada movimiento nacional. Se diferenciaban, por ejemplo, en las creencias respecto a cuáles eran los mecanismos de transmisión de los rasgos heredados. Los movimientos eugenéticos de Brasil y Francia, por ejemplo, se preocupaban tanto por el cuidado neonatal como por la herencia, y su doctrina hereditaria era lamarckiana, es decir, pensaban que los padres transmitían a sus hijos las características adquiridas a lo largo de la vida...” Ibidem p 29.

sociedades de la época, las clases bajas seguramente no tenían acceso a esta información, adicionalmente de que se entendían conformadas por personas de un estatus inferior que a través de la aplicación de las ideas eugenésicas, tenderían a desaparecer.

Esta disciplina era una materia en las escuelas de medicina y se enseñaba en las universidades y era parte de los libros de texto.

Estas ideas impactaron y fueron aceptadas socialmente, ya que se hacían ferias y exhibiciones en museos con estos temas; llegando al extremo de ser consideradas como parte de los discursos políticos.

Se consideraba inapropiado que inadaptados sociales, delincuentes, drogadictos o viciosos procrearan, ya que tenían la idea socialmente arraigada de que su descendencia sería igual.

Estas ideas se propagaban en libros y en revistas de la época, lo que provocó que los nazis llevaran estas ideas a su máxima expresión cometiendo crímenes eugenésicos que mancharían a la humanidad.

Pero lo que me interesa destacar es que estas ideas no surgieron en Alemania¹⁴⁵, ni fue solo en Alemania donde la sociedad las

¹⁴⁵ “...El desastre nazi.- En Alemania, aunque se distinguía por tener un liderazgo médico, la eugenesia había estado marcada en buena parte por las mismas divergencias de opinión que los movimientos de otros países. Si bien numerosos eugenistas importantes eran racistas y antisemitas, otros eran declaradamente antirracistas (y algunos judíos), y otros militaban en la izquierda política (Weindling, 1989). Los nazis impusieron un punto de vista uniforme, garantizando así la lealtad de muchos eugenistas que se asociaron a su causa por un programa eugenésico fuertemente racista y nacionalista que no reconocía límites en el intento de alcanzar la “higiene racial”. La eugenesia fue básica para toda la empresa nazi, unida a los mitos natalistas y racistas románticos de pureza nórdica. El hincapié hecho en la “sangre” exigía una purificación de la reserva genética de la nación para que los alemanes recuperasen la nobleza y la grandeza de sus antepasados genéticamente puros (Burleigh y Wipperman, 1991). Como Robert Proctor (1988) y otros historiadores han mostrado, los consiguientes programas de esterilización, eutanasia de los ineptos (un programa que costó la vida a decenas de miles de “arios”, la mayoría niños), y finalmente el propio Holocausto, formaron parte del despliegue de esta idea fundamental. Los programas de esterilización y “eutanasia”, que inicialmente no iban dirigidos contra los judíos y otras minorías, eran un ejercicio de eugenesia negativa diseñada para mejorar la situación degenerada del material nativo alemán. Las leyes que prohibían las relaciones sexuales entre judíos y “arios”, y en último término el Holocausto, se pensaron para evitar una mayor adulteración de la “pura” nación alemana con genes inferiores. Los judíos y otros que aportaban genes “malignos” era la enfermedad que afligía a la nación alemana, y que Hitler, el médico, iba a curar. Estas medidas fueron

aceptó, sino que era la sociedad en general de los países mas desarrollados que consideraba que existían razas superiores a otros.

Al día de hoy la ciencia nos ha enseñado que no existen razas mejores que otras, sino que es el medio ambiente en el que se desarrollan el que les da sus características.

complementadas por otras intervenciones eugenésicas, que variaron desde un elaborado sistema de tribunales genéticos que juzgaban la adecuación genética de aquellos de los que se creía que albergaban genes defectuosos, a clínicas de asesoramiento matrimonial, el programa Lebensborn de fecundación con esperma de hombres de las SS y otras iniciativas de eugenesia positiva con motivación racial (Weindling, 1989). Los campos académicos de la antropología, la biología y la medicina se reformularon en términos raciales y eugenésicos, y la profesión médica en Alemania se vio comprometida por su participación en los programas públicos de identificación, esterilización y asesinato de los considerados ineptos (Aly y Prosch, 1994; Weindling, 1989; Burleigh, 1994; Gallagher, 1990; Wikler y Barondess, 1994). La eugenesia nazi se distinguió por su envergadura y elaboración, su ferocidad, su orientación racista y sus exigencias de absoluta sumisión del individuo a los intereses del grupo. Ningún otro programa eugenésico se le aproximó en cualquiera de estas dimensiones. Pero los eugenistas nazis afirmaron erróneamente, según Weindling (1989) que había continuidad entre su eugenesia y los programas de regímenes que habían precedido al suyo. ¿Cómo deberíamos entender la relación de los crímenes nazis con la doctrina de la eugenesia? ¿Simplemente llevaron a cabo las medidas que siempre habían sido inherentes al programa eugenésico pero que otros no habían tenido voluntad o capacidad de realizar? ¿O fue la eugenesia nazi una distorsión, es decir, una perversión, de la eugenesia, debida no a un barbarismo inherente a la doctrina eugenésica sino a su adopción por los nazis, que ensangrentaron y mancillaron todo lo que tocaron? Estas cuestiones enmarcan buena parte del debate sobre la sombra de la eugenesia..." Ibidem p 34 y 35

6.2 Tipos de Eugenesia

6.2.1 Eugenesia Clásica y Eugenesia Moderna

La eugenesia clásica, como fue instrumentada se caracterizaba por limitar los derechos reproductivos de las personas, buscando que no procrearan los considerados “ineptos” personas que eran delincuentes, drogadictos, alcohólicos, etc., y que se consideraba podrían transmitir este tipo de padecimientos a generaciones futuras.

Otra vertiente consistía en que personas con enfermedades contagiosas, crónicas y en su caso incurables, procrearon para buscar evitar que esto se transmitiera a generaciones futuras.

También el que las mujeres que procrearan no consumieran drogas o alcohol durante el embarazo, y que se procrearía en una edad adecuada.

Muchos de los postulados de la Eugenesia clásica han sido parte de las campañas gubernamentales en atención a políticas demográficas.

Obviamente estas políticas gubernamentales han variado de país en país, en algunos justificables como medios de prevención y en otros violatorios de derechos humanos, como son: la esterilización involuntaria, el aborto, incluso el homicidio de personas.

Ahora bien la Eugenesia Moderna¹⁴⁶ va más allá y es con fines terapéuticos, pero consiste en el estudio y manipulación de los

¹⁴⁶ “... Pero la eugenesia moderna no se circunscribe únicamente a un programa de intervenciones terapéuticas. Existen defensores de otras formas de eugenesia, de objetivos más sociales, encaminadas al perfeccionamiento de distintas características humanas. Normalmente, debido al descrédito de la palabra eugenesia no suelen ser etiquetadas como tales pero, como veremos a continuación, son propuestas eugenésicas en el sentido más genuino. Por ejemplo, en 1991, el filósofo Tristram Engelhardt escribió acerca de la ingeniería genética de mejoramiento: Puede que la organización biológica contemporánea de los seres humanos no provea el mejor medio de alcanzar las metas que podamos desear realizar mediante nuestros cuerpos a nivel individual y colectivo. La ingeniería genética en la línea germinal llegará a ser deseable y moralmente aceptable. La naturaleza humana, tal y como hoy la conocemos, será inevitablemente por buenas razones morales de carácter laico remodelada tecnológicamente...” Vid Herrera Fragoso, A., *La nueva*

genes ya sea para mejorarlos o en su caso suprimirlos cuando esto se justifique por las deficiencias.

Esta eugenesia tiene distintas vertientes desde los estudios previos a la concepción de las células germinales, como el estudio y análisis de los nasciturus, (denominados de manera discriminatoria como embriones), hasta el estudio de personas ya nacidas a las que se les busca ofrecer mejores condiciones de vida.

El fin último de la eugenesia puede parecer positivo, sin embargo los que son reprobables son los métodos empleados y las consecuencias de los mismos, que en muchos casos son la destrucción de embriones que en realidad son personas.

Esta eugenesia lo que busca es terminar con las patologías, el problema es que se entiende por patológicas circunstancias que

Eugenesia, Bioética y Derechos Humanos, Publicaciones Administrativas y Contables Jurídicas, S.A. de C.V. p 42.

no lo son, por ejemplo la estatura, el color de la piel, la forma de la cara, la estructura física, el tamaño de los huesos.

Otro problema que plantea la eugenesia moderna es que al hacer el estudio genético de una persona y saber cuales son sus debilidades las hacen víctimas de actos discriminatorios, como actualmente ya sucede con las compañías de seguros que utilizan estos estudios para fijar el monto de las pólizas o incluso para decidir si aseguran o no a una persona.

Esta discriminación también se aplica incluso en tratándose de contratar a una persona para el desempeño de algún empleo, cargo o comisión.

El tema ético es muy interesante en los casos planteados en los dos párrafos anteriores, ya que encuentro intereses en juego, desde el derecho del patrón y de la aseguradora derivado de la libertad en su vertiente contractual o sea lo que conocemos

como la libertad de contratar frente al derecho de igualdad del asegurado y del trabajador de ser tratados en igualdad de condiciones que otros sin ser discriminados.

Ahora bien esta eugenesia actualmente tiene una línea de investigación encaminada al perfeccionamiento de las características humanas con una tendencia mas social que de otro tipo. Esta se realiza mediante el estudio de la influencia del medio ambiente en las decisiones y en el comportamiento de las personas. Aunque una tendencia que no ha desaparecido y sigue siendo materia de estudios e incluso de tratamientos e intervenciones quirúrgicas, es la encaminada a remodelar tecnológicamente a las personas, ya sea para suprimir deficiencias o bien para mejorarlas.

6.2.2 Eugenesia Negativa y Positiva.

La eugenesia negativa¹⁴⁷ consiste en evitar “la reproducción de personas con caracteres desfavorables para la especie”

Esta eugenesia aunque actualmente lo quieran negar por razones políticas, se desarrollo en Inglaterra y en Estados Unidos llegando a tener como su máximo exponente a la Alemania Nazi.

Para los defensores de la eugenesia negativa, existen razas inferiores a otras, lo que se demuestra con el desarrollo que puede tener una nación frente a otra, con las características físicas que tienen los que pertenecen a una raza frente a otra, como pueden ser la estatura, color de piel, deficiencias de vista y

¹⁴⁷ “...Los eugenistas diferían también en su propuestas prácticas y en sus objetivos legislativos. Algunos eran partidarios de la “eugenesia positiva” (animar a los más aptos a tener familias más amplias), otros acentuaban la “eugenesia negativa” (refrenar la fertilidad de aquellos considerados menos aptos), y muchos querían ambas. Aunque la acción en nombre de la eugenesia positiva se limitaba a medidas tan suaves como subsidios familiares, algunos eugenistas (especialmente en Estados y posteriormente en Alemania) no dudaron a pedir medidas coercitivas, como la segregación sexual o, posteriormente, la esterilización involuntaria, para evitar que los supuestos genes indeseables se propagasen...” Vid Buchanan Allen, D., y Norman Daniels, D., “*Genética y Justicia*” Op cit, p 30.

oído y también con los logros individuales de los miembros de una raza frente a los de otra.

Esta eugenesia negativa se manifiesta de distintas formas¹⁴⁸, de manera formal encontramos leyes que regulan los impedimentos para contraer matrimonio, (los cuales también están reconocidos en nuestro derecho), a través de los cuales se busca impedir el matrimonio entre ascendientes y descendientes, hermanos, tíos y sobrinos. Pudiendo en ese último caso obtenerse una dispensa. La razón es que se ha probado que los hijos que nacen de personas con un parentesco cercano tienen deficiencias genéticas de diversa índole.

Estas prohibiciones de contraer matrimonio pueden aun ser más amplias y diversas como sucedió en el nazismo en el cual se

¹⁴⁸ “...Procedimientos de eugenesia negativa: 1. Prohibición de matrimonio; 2. Métodos anticonceptivos para reducir la natalidad; 3. Esterilización voluntaria o forzada; 4. Eliminación física del producto defectuoso (infanticidio); 5. Consejo genético (determina quién si o no sobrevive); 6. Diagnóstico prenatal seguido de aborto terapéutico. 7. Diagnóstico preimplantatorio (DPI)...” Vid: Herrera Frago, A., *“La Nueva Eugenesia, Bioética y Derechos Humanos”*, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, S.A. de C.V., México, 2007. Op cit p 43.

impedía una mezcla con razas inferiores prohibiéndose el matrimonio con judíos o gitanos.

Otro mecanismo de eugenesia negativa en atención a razones demográficas considerando que las clases bajas son inferiores y fecundas, es el de realizar campañas de educación sexual fomentando y promocionando el uso de métodos anticonceptivos, lo cual en una vertiente eugenésica es buscar que la educación sexual vaya encaminada a convencer a estos sectores de la población de la conveniencia de no procrear o de tener una descendencia menor a la que las antiguas generaciones tenían. Y es así como nos damos cuenta que el número de los miembros de las familias se van reduciendo con los años.

Otros procedimientos un poco mas agresivos en virtud de que afectan directamente la integridad física de las personas son los procedimientos de esterilización, los cuales generalmente se fomentan en familias que ya tienen el número de hijos que

desean tener. Sin embargo desde una perspectiva eugenésica se traducen en impedir que una persona o un determinado grupo de personas puedan procrear y para lograr esto se pueden valer de un convencimiento de dichas personas para que de manera voluntaria y conciente decidan esterilizarse, como sería el caso de personas que padecen una enfermedad grave, incurable y hereditaria, o incluso esta esterilización puede ser forzada lo cual es un atentado contra varios derechos fundamentales de la persona, como son su libertad reproductiva, su integridad corporal, el derecho a un plan de vida, la libre autodeterminación, el derecho a procrear, etc.

Estas actividades de esterilización forzada se presume fueron utilizadas en la Alemania Nazi, junto con los demás tipos de atrocidades que durante dicho régimen político se practicaron.

La decisión de procrear como analizamos anteriormente es parte de un derecho fundamental de ejercicio individual y conjunto,

no puede nadie impedírselo a otra persona bajo ninguna circunstancia.

La eugenesia negativa también se ha utilizado para justificar el aborto llamado terapéutico al cual me he referido ya en el capítulo correspondiente, sino que también se ha justificado el homicidio de la persona nacida con algún defecto.

Vimos anteriormente que en Esparta y en otras civilizaciones de la antigüedad se revisaba el aspecto físico de los recién nacidos y si no se les consideraba aptos se les privaba de la vida.

Al amparo de la eugenesia se ha pretendido justificar el mal llamado infanticidio, y señalo “mal llamado”, ya que es discriminatorio darle distintas denominaciones al delito que priva de la vida a otro, ya que según la edad de la persona se le denomina aborto, infanticidio y homicidio como si en realidad

existiera una jerarquía entre personas por su edad, lo cual es absurdo.

Es mas común que se practiquen abortos que infanticidios, ya que en muchos países el aborto no esta penado y el infanticidio si lo esta.

Adicionalmente ha que mediante los aparatos tecnológicos existentes como son los ultrasonidos y otro tipo de pruebas médicas los médicos se dan cuenta del estado en que se encuentra un “nasciturus” y en base a esto atreverse a sugerir a los padres el que se tomen medidas como sería un aborto.

En la antigüedad tenían que esperarse al nacimiento para saber las características físicas y el sexo del recién nacido.

Algunos defensores de la eugenesia negativa han considerado que debiera de crearse un Consejo Genético que analice las

características de los *nasciturus* y definir con bases objetivas quien debiera de nacer y quien no, esta postura es el llevar estas políticas eugenésicas a su máxima expresión.

Actualmente existen pruebas diagnosticas para saber el estado en que se encuentra un embrión, implantado o previo a la implementación y en base al resultado de las mismas se puede proponer la práctica de un aborto o la destrucción de los embriones.

Estas pruebas diagnosticas¹⁴⁹ son básicamente dos, las cuales analizare a continuación:

¹⁴⁹ “...Preconceptivos.- el diagnostico preconceptito se refiere a la información que presta el médico a una pareja casada o no o a una persona sola antes del embarazo, sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones de origen genético o hereditario. El sujeto de ese diagnóstico es el o los potenciales progenitores. El recurso a esta clase de pruebas ha estado tradicionalmente motivado por el nacimiento en la familia del primer hijo con malformaciones de origen genético, pero va aumentando la práctica de acudir a él como diagnosis predictiva, basada en factores de riesgo radicados sobre todo en otros antecedentes familiares ya conocidos. 38. Preimplantatorios.- El diagnóstico preanidatorio, preimplantatorio o preimplantacional, se realiza en embriones obtenidos in vitro antes de proceder a su transferencia a la mujer, con el fin de comprobar previamente si son portadores de alguna anomalía genética o cromosómica causante de alguna enfermedad o malformación que podría padecer el futuro hijo. Han de

extremarse las precauciones sobre su uso, debido a su complejidad, sus limitadas aplicaciones en la actualidad y el desconocimiento de algunos de sus efectos. También el diagnóstico preimplantatorio suele ir acompañado de un consejo o asesoramiento genético no directivo a los futuros padres. Por otra parte, dado que permite seleccionar el embrión por su sexo (p.ej., con el fin de evitar la transmisión de patologías vinculadas a los cromosomas sexuales) o por sus características de los abortos por estos motivos. El diagnóstico preimplantatorio no ha dejado de suscitar diversos problemas jurídicos y algún rechazo por motivos éticos. Por su propia naturaleza este diagnóstico comporta que los embriones que sean portadores de alguna enfermedad grave sean descartados para la procreación, siendo entonces su destino la destrucción o la investigación con ellos. Esto mismo plantea otro problema adicional, consistente en cómo establecer cuáles son las enfermedades para las que tal diagnóstico estaría indicado en atención a su gravedad y a la dificultad y eficacia de su tratamiento con las consecuencias de su licitud e ilicitud. Esta cuestión nos lleva a otra, que es la que en realidad ha suscitado más reservas en relación con esta técnica, por su directa vinculación con la eugenesia: por medio de ella podrían descartarse para la reproducción embriones con pequeñas anomalías o deficiencias, convirtiendo incluso algunos fenotipos en “patológicos” socialmente o simplemente no deseables (p.ej., por razón de la estatura o de la complexión corporal). Incluso se ha denunciado que podrían seleccionarse aquellos embriones mejor dotados genéticamente o que fueran portadores de ciertas características deseables por motivos sociales; en estos casos, los embriones podrían tener su origen en la propia pareja o bien podrían provenir de donantes de gametos o de embriones seleccionados para estos fines. No cabe duda de que al menos los últimos supuestos entran ya en la eugenesia neoeugenesia, podríamos precisar, pues no comparte, a nuestro entender, los rasgos propios de la eugenesia de tiempos pasados... 39. Prenatales.- Los descubrimientos en genética humana están permitiendo la determinación y análisis del componente genético fetal, y en parte gracias a ellos se están abriendo las puertas a medidas terapéuticas de diversa incidencia también en el feto. A ello está contribuyendo la técnica del diagnóstico prenatal como práctica de la medicina predictiva. Por diagnóstico prenatal podemos entender el conjunto de procedimientos de que dispone la medicina para recoger elementos de información sobre defectos congénitos del feto. O, en términos más precisos: “Todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer (aunque puede manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple”. Por medio de esta técnica diagnóstica se puede detectar la presencia de una enfermedad o una malformación en el feto, e incluso predecir su sexo, lo que, por otro lado,

a) Diagnóstico preimplantatorio (DPI): Consiste en analizar embriones obtenidos por el procedimiento de fecundación in vitro y se analizan antes de ser introducidos al útero materno.

Este procedimiento consiste en extraer una célula que se analiza mediante técnicas moleculares o cromosómicas.

Actualmente este procedimiento no puede analizar todo el genoma por lo cual no es una garantía de que se detecten todos los problemas congénitos.

Se señala que esta práctica permite la selección del sexo; y es utilizada en eugenesia negativa para justificar la destrucción de los embriones que no se consideran viables.

tiene también interés para descubrir enfermedades hereditarias vinculadas al sexo. Cuando se trata de parejas con alto riesgo de descendencia con anomalías (incluida aquí la embarazada de edad avanzada), que es lo más usual, permite confirmar o descartar la presencia de alguna de ellas en el feto... ” Vid. Romeo Casabona C., *“Genética y Derechos, Responsabilidad Jurídica y Mecanismos de Control”*, Ed. Astrea de Alfredo y de Palma Ricardo, Buenos Aires, 2003 p 99, 100 y 102.

Esta prueba pretende justificar la destrucción de los embriones al considerarlos jerárquicamente inferiores de otros que serán implantados, en virtud de que si ya está implantado se consideraría, como sucede en el Distrito Federal, que ya hay embarazo y por lo tanto se actualizarían las disposiciones relativas al aborto. En cambio sino están implantados consideran que no hay embarazo y por lo tanto no hay aborto.

Por eso se ha distinguido incluso entre el embrión y el preembrión, señalándose que el preembrión es el que tiene menos de 14 días de existencia. Lo anterior se señala en virtud de que hasta pasados los 14 días no se sabe si se trata de un solo ser o de gemelos o triates, así como que su viabilidad es muy limitada.

Esta distinción además de ser absurda y discriminatorio, no es justificada, ya que en primer lugar, no se está negando que existe una persona, sino que no sabe si es una o más. Por lo

tanto por mayoría de razón si no se puede atentar contra uno, menos debe de atentarse contra más de uno.

Es pues que este tipo de pruebas han servido para promover una selección previa a la implantación de los embriones que se consideran más aptos para sobrevivir y mejores genéticamente, con todos los problemas morales que estas prácticas generan¹⁵⁰.

Reitero que sin lugar a dudas los embriones son personas y su manipulación o destrucción es atentar contra su integridad corporal o contra su vida.

Este método busca determinar como señalamos anteriormente la existencia de anomalías cromosómicas las cuales pueden ser heredadas o producto de la falta de maduración del ovulo o del espermatozoide y se traducen en defectos físicos o en retraso mental.

¹⁵⁰ Vid: Heron Fragoso, A., *“La nueva Eugenesia, Bioética y Derechos Humanos”*, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, S.A. C.V., México, Mayo 2007, p. 59.

Las anomalías pueden ser numéricas¹⁵¹ y estas son de dos tipos, cuando afectan el número total de cromosomas ya sea en exceso o en su disminución (alteraciones de la Ploidia) o cuando solo se afecta a un par único de cromosomas, con una trisomías con un cromosoma de más y las monosomías con un cromosoma de menos.

¹⁵¹ “...Esta orientación prevé la aplicación práctica del DPI para la prevención de hijos con enfermedades genéticas lo que despierta aspectos discutibles una vez que pone en práctica la eugenesia negativa en nombre de la paternidad responsable. Aunque restricta a la Fecundación in vitro, la posibilidad de eugenesia a través del diagnóstico preimplantatorio genera importantes desafíos éticos por las posibilidades que se abren en permitir a los seres humanos decidir sobre un futuro mejor para los hijos a través del sacrificio de los más débiles y jurídicamente desprotegidos. Javier Urcelay así comenta los riesgos para el futuro. Cabe plantearse la pregunta de hasta dónde la sociedad llegará con estas prácticas de eliminación de embriones o fetos. Es concebible que en un plazo no lejano, un feto sea abortado sólo porque presenta el gen de la enfermedad de Huntington; o una forma congénita de anemia; o porque tiene un gen que se asocie con el riesgo de padecer esquizofrenia; o porque presenta riesgo genético de tener calvicie precoz. Además de los problemas morales, hay que considerar que los derechos del embrión humanos están jurídicamente desprotegidos. Según Terán Velazco, que analizó la Ley Española de técnicas de Reproducción Asistida, la desprotección jurídica al débil sólo conduce a una deshumanización del Derecho, o, lo que es lo mismo, a la pérdida de su razón de ser. El diagnóstico preimplantatorio es un avance para la humanidad y como muchos avances de la medicina supone aspectos éticos de difícil solución y que pueden poner en riesgo la propia dignidad humana según el modo de aplicación elegido...” Vid, Herrera Fragoso A., “*La Nueva Eugenesia, Bioética y Derechos Humanos*”, op cit p 59.

Este tipo de anomalías cromosómicas numéricas son las causantes de algunos de los síndromes que conocemos, como el síndrome de Down, de Taylor u otros.

Existen también las anomalías estructuradas que afectan precisamente la integridad o estructura de los cromosomas, ya sea que afecte a parte de los cromosomas (recíprocos) o – robertsonianas cuando afectan a los cromosomas de manera completa, también puede afectar el centrometro del cromosoma o el segmento cromosómico o incluso duplicar este.

A esta prueba también se le denomina diagnostico genético preimplantatorio (DGP) y es recomendable según los eugenistas negativos cuando la pareja es proclive a que sus hijos nazcan con problemas genéticos¹⁵², ya que sea porque portadoras de una

¹⁵² “...Las anomalías numéricas se clasifican en: Alteraciones de la ploidia cuando todos los cromosomas se encuentran en exceso o en defecto como, por ejemplo, las triploidías, que presentan 69 cromosomas en lugar de los 23 pares habituales, o las tetraploidías, que presentan 92 cromosomas. Aneuploidías: cuando la alteración afecta a un único par de cromosomas como, por ejemplo, las trisomías que suponen un cromosoma de más en alguno de los 23 pares homólogos (47 cromosomas) o las monosomías que

anomalía, o que juntos provocaría mutación del mismo gen, o cuando la mujer es portadora de un desorden ligado al cromosoma X o cuando alguno de los miembros de la pareja es portador de una anomalía en un gen autonómico.

Las técnicas utilizadas normalmente en este procedimiento es la reacción en cadena de la polimerasa, el cual consiste en ampliar las secuencias del ADN y se utiliza para localizar mutaciones

presentan un cromosoma de menos (45 cromosomas). Algunas de las aneuploidías más frecuentes son la trisomía 21 o Síndrome de Down, la trisomía 18 o Síndrome de Edwards (conlleva retraso mental intenso y deformidades múltiples), la trisomía 13 o Síndrome de Patau (produce anomalías diversas y defectos en el sistema nervioso central) y las de los cromosomas sexuales, como el Síndrome de Turner (afecta a las niñas y da lugar a anomalías cardiovasculares, enanismo, subdesarrollo de mamas, útero y vagina, etc.) o el Síndrome de Klinefelter (aparece en varones con un cromosoma X adicional y produce testículos duros y pequeños, piernas largas, enfermedad pulmonar crónica, etc. Por su parte, las anomalías estructurales pueden ser: Translocaciones: que pueden ser recíprocas si afectan a una parte de los cromosomas o robertsonianas cuando afectan a dos cromosomas completos. Inversiones: se clasifican en pericéntricas o paracéntricas según que el fragmento invertido incluya el centrómero o no. Delecciones: se trata de la pérdida de un segmento cromosómico, que genera un desequilibrio génico. Duplicaciones: duplicación de un segmento cromosómico. Las repercusiones clínicas de las anomalías estructurales son variables según los cromosomas y la región o regiones afectas. En 2-6 % de los casos, la presencia en un individuo de una translocación cromosómica equilibrada puede comportar problemas de esterilidad y/o infertilidad, siendo el riesgo genético para su descendencia variable entre 2-100%, según sean los cromosomas implicados en la reorganización cromosómica...” Vid. Abellán, F., *“Selección Genética de Embriones Entre la Libertad Reproductiva y la Eugenesia”* Comares, Granada, 2007 p 26 y 27.

específicas y el otro es la hibridación in situ que consiste en la utilización de sondas de ADN específicamente marcadas.

b) Diagnostico prenatal

Este es el procedimiento mediante el cual se realizan las pruebas al nasciturus cuando ya esta implantado en el seno materno, o sea que a diferencia del diagnostico preimplantatoria aquí el examen se realiza durante el embarazo de la madre y busca determinar si existen anomalías genéticas o congénitas en el feto.

Se justifica esta práctica cuando el conocer estas anomalías a tiempo permita mediante intervenciones médicas o quirúrgicas corregirlas. Sin embargo si las anomalías son irremediables, la decisión de abortar no debe ser admisible.

Esta prueba puede realizarse solo cuando se cuente con el consentimiento de los progenitores y no se ponga en riesgo al nasciturus.

Para los defensores de la eugenesia negativa, el aborto¹⁵³ puede ser una consecuencia de dichas pruebas por lo tanto solo deben

¹⁵³ “... El DPN plantea una serie de cuestiones difíciles de resolver en relación con los puntos de vista éticos, morales y filosóficos, los cuales están sujetos a la variación individual. El DPN debe ofrecerse a las parejas con un alto riesgo de enfermedad genética, para brindarles la oportunidad de tomar la decisión que consideren sea la mejor para ellos y sus planes futuros. Diagnóstico prenatal (DPN); la mayoría de las sociedades de genética y de diagnóstico prenatal proporcionan una serie de criterios que se deben cumplir para que se realice: 1. De la enfermedad a estudio será lo suficientemente grave como para justificar la interrupción del embarazo; 2. Que no haya tratamiento satisfactorio; 3. Que haya un test preciso; 4. Que el riesgo genético sea lo suficientemente alto; 5. Que la pareja acepte la interrupción del embarazo en caso de anomalía fetal; 6. Que exista consentimiento expreso y firmado por parte de la pareja. El fin fundamental del diagnóstico prenatal es la de proporcionar a las parejas de riesgo, la tranquilidad de que puedan tener hijos normales, sanos y libres de enfermedades graves...” Vid Herrera Frago A., *“La Nueva Eugenesia, Bioética y Derechos Humanos. Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, S.A. de C.V., Mayo 2007, p 61.*

“... No obstante lo anterior, el DGP se viene utilizando en diversas situaciones clínicas: 1. Enfermedades monogénicas, ya sean autosómicas dominantes, autosómicas recesivas o enfermedades ligadas al cromosoma X, en las que una mutación específica de un gen está asociada directamente con la aparición de una enfermedad. 2. Enfermedades ligadas al cromosoma X, cuya mutación genética es aún desconocida. 3. Enfermedades relacionadas con anomalías cromosómicas estructurales (translocaciones, inversiones, etc.), que son el resultado de reordenamientos cromosómicos defectuosos que dan lugar a alteraciones genéticas. 4. Optimización de las técnicas de FIV en pacientes infértiles, mediante el cribado de aneuploidías (abortadoras de

de practicarse en instituciones con el personal que tenga la capacidad y la preparación médica y legal para enfrentarse a dicha situación.

Esta prueba se realiza a través de las siguientes técnicas.

1.- Ecografía.- Sirve para detectar malformaciones mediante la inserción de una sonda en el vientre materno la cual emite ondas analizables.

2.- Resonancia Magnética Nuclear, mediante la misma se obtiene imágenes con un alta calidad de fidelidad.

repetición, alteraciones de la meiosis, pacientes FIV con edad avanzada). 5. Otras indicaciones más recientes pueden ser las de parejas con predisposición al cáncer y las susceptibles de presentar una enfermedad genética de aparición tardía (como, por ejemplo, la corea de Huntington). 6. También se han realizado para evitar el nacimiento de un niño afectado por alguna enfermedad y, al mismo tiempo, para tener un hijo con HLA (antígeno leucocitario humano) compatible con otro hermano enfermo (DGP extensivo), que le permita al primero ser donante de sangre de cordón y salvar así al segundo. Se han realizado este tipo de DGP en casos de Anemia de Fanconi, Talasemia y Síndrome de Wiscott-Aldrich, entre otros...” Ibidem p 30.

3.- Amniocentesis.- Sirve para detectar malformaciones genéticas mediante el análisis del líquido amniótico el cual se extrae con la ayuda del ecoscopio.

4.- Cordón antesis.- Se extrae sangre del cordón umbilical y sirve para determinar la existencia de enfermedades en la sangre.

5.- Fetoscopia.- Es una técnica invasiva mediante la cual se introduce un aparato el cual se le denomina fetoscopio, el cual tiene fibras ópticas y sirve para extraer sangre y tejidos fetales.

6.- Placentocentesis.- Es la extracción de sangre fetal a través de una punción en la placenta.

7.- La extracción de vellos coriales.- Se extrae un tejido del cordón que es una de las envolturas del embrión y que contiene la misma información genética.

Nos damos cuenta que muchas de estas técnicas son invasivas y muy riesgosas tanto para el nasciturus como para su madre.

Eugenesia Positiva

Se llama así a la vertiente de la eugenesia que busca fomentar el nacimiento de personas mejor dotadas genéticamente que sus antepasados y pueden tener diversas formas de manifestarse.

Una de ellas es fomentar la reproducción entre personas que se consideran que tienen genomas que transmiten cualidades positivas, lo cual se logra a través del estudio de su árbol genealógico y mediante el examen de sus células.

También se considera una practica de eugenesia positiva el que una mujer acuda a un banco de semen y seleccione el semen que desea que se le introduzca en base a las características que tenia el donante y que quiere le sean transmitidas a su hijo.

También se considera eugenesia positiva la selección de embriones más aptos para implantarlos y buscar el nacimiento de mejores y más aptos seres humanos.

Sin embargo la destrucción de los embriones no seleccionados es una práctica de eugenesia negativa que debe quedar prohibida¹⁵⁴.

¹⁵⁴ “...La cuestión de la protección de la dignidad humana aparece de forma redundante en las declaraciones de principios relativos a las técnicas de reproducción asistida. Seguramente porque en todas las legislaciones europeas podemos hallar algún precepto, constitucional o de menor rango, parecido a nuestro art. 10 CE. Por ello se debe hacer aquí referencia a los principios que derivan de la protección de la dignidad humana y que coinciden en toda la legislación europea comparada: 1.º Derecho a heredar un patrimonio genético no manipulado. Esta derivación de la protección de la dignidad humana aparece reconocido en el apartado 7 de la Recommendation 934 (1982) on genetic engineering, que “Recommends That the Committee of Ministers: b. provide for explicit recognition in the European Convention on Human Rights of the right to a genetic inheritance which has not been artificially interfered with, except in accordance with certain principles which are recognised as being fully compatible with respect for human rights (as, for example, in the field of therapeutic applications). Esta conclusión tenía como base la dignidad humana garantizada en los arts 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, que debía ser interpretado en el sentido de incluir “the right to inherit a genetic pattern which has not been artificially changed”. 2.º Como conclusión de lo anterior, otro principio existente en todas las legislaciones europeas es el de que las técnicas de reproducción asistida deben ser utilizadas con finalidades terapéuticas.

La eugenesia positiva corre el riesgo de crear estereotipos, esto es que se considere que determinadas razas o características genéticas son mejores que otras razas.

Sabemos que las características físicas como son la estatura, color de piel y ojos, compleción física, forma de ojos, tipo de pelo, entre otras, son una respuesta de adaptación del ser humano en el medio ambiente en que se desarrolla.

Por lo tanto no es válido considerar características físicas mejores que otras, ya que esto no depende de una calificación subjetiva, sino es la propia calificación objetiva y producto de la evolución que ha hecho que razas o características físicas sean mejores que otras dependiendo del medio ambiente en que se desarrollan.

De tal suerte que es incorrecto señalar que la raza aria es una raza superior, ya que no lo es si se desarrollará en países con

mucho calor como los africanos, en virtud de que la piel, el color de ojos y otras características no son las mejores o más aptas para desarrollarse en ese medio ambiente.

Se ha señalado que la décima generación de una persona es la que adquiere las características físicas del medio ambiente que la rodea, sin necesidad de mezclarse con una raza diversa.

Con la anterior exposición lo que busco es demostrar que crear estereotipos genera un riesgo de discriminar o estigmatizar a las personas, lo cual no solamente es inaceptable desde la perspectiva moral sino también incorrecto en el terreno científico.

Herman J. Miller, considera que la población mundial esta en un proceso de degeneración genética, y que es menester utilizar las herramientas que aporta la eugenesia positiva para contrarrestar

estos efectos que llevarán, si no se hace nada a la degeneración del ser humano.

El considera que solo mujeres aptas deben procrear hijos que sean producto de una concepción en base a espermatozoides perfectamente seleccionados en un banco de semen.

Esta propuesta parece recordarnos las prácticas que se realizan con los animales buscando conformar una raza pura, sin embargo se les olvida que los animales son eso, y que el ser humano tiene una dignidad superior que debe ser respetada y que solo a él le corresponde decidir si va a procrear o no, y con quien lo hará.

6.3 Eugenesia en la actualidad.

En la actualidad la eugenesia se encamina en cambios radicales, los cuales hacen que no deba de ser aceptada con base a esos planteamientos que parecieran ser sus ejes rectores.

Estas características que están determinando a la eugenesia y que hacen que se aleje del ideal ético, en virtud de tomar solo en cuenta la realidad biológica son los siguientes:

1.- El determinismo Biológico.- Es la consideración radical de que las personas están determinadas por sus genes y características hereditarias a ser de determinada forma, lo cual no puede modificarse ni por la influencia del medio ambiente, ni tampoco por su libre albedrío.

Con todo lo anterior, no estoy de acuerdo ya que ha quedado demostrado como el libre albedrío y el medio ambiente pueden modificar el pronóstico genético de una persona.

Un ejemplo sería el caso de Beethoven, uno de los mayores genios musicales de todos los tiempos que fue hijo de una prostituta y de un borracho, adicionalmente de que padecía de sordera.

2.- El progreso de una sociedad depende del avance tecnológico, y a través de la tecnología se puede incluso mejorar a las razas humanas.

Sin lugar a dudas el avance tecnológico permite al hombre simplificar y facilitar su relación con el medio ambiente, pero esto es teniendo a la tecnología como un medio que esta al servicio del hombre y no un fin de la humanidad.

El entender que la tecnología puede o debe de emplearse para mejorar o modificar a los seres humanos es darle una jerarquía que a la misma no le corresponde.

3.- Es mejor la intervención quirúrgica sobre los genes, que la intervención que el medio ambiente puede tener sobre los mismos.

Al respecto considero que si la intervención genética resuelve el problema como medio de curación, es muy válido y aceptable, como lo son todas las medidas médicas ambientales que pueden tomarse para permitir que una persona supere o conlleve de mejor manera un mal congénito, como serían terapias físicas, intervenciones quirúrgicas o el empleo de medicamentos.

Sin embargo lo que no es válido es privar de la vida a “embriones” que son verdaderas personas por no considerarlas aptas.

Actualmente el Dr. Mercola, cita el caso de que en el 2001 se modificó genéticamente a 30 niños en el “Institute for Reproductive Medicine and Science of St. Bernabas ”, New

Jersey, hijos de mujeres con problemas para concebir y que a los embriones concebidos antes de implantárselos se les insertaron genes de otra mujer para facilitar su concepción, señala que estos niños nacieron y que cuando se les hicieron pruebas, se comprobó que tenían información genética de un hombre y de dos mujeres.

Se señala que estos niños con genes de tres personas se han desarrollado de manera adecuada, pero actualmente no sabemos que implicaciones tendría en su vida esta modificación genética.

Este procedimiento para remediar los problemas de esterilidad al parecer no era desconocido, sin embargo no se ha escrito mucho de el, algunos señalan que se genera problemas de autotismo en los niños. Además del debate ético que estas prácticas conllevan las cuales podrán ser aceptadas en plantas (para mejorar las calidades de los alimentos) pero en tratándose de las personas son reprobables.

Estas prácticas han llevado incluso al debate de si es posible patentar estos procedimientos de manipulación genética, o incluso los genes y sus mutaciones, lo cual es una aberración jurídica, sin embargo varios laboratorios las han solicitado.

CAPITULO VII

FECUNDACION

7.1 Introducción 7.2 Fecundación Natural 7.3 Fecundación Asistida

7.1 Introducción

La fecundación, se logra mediante la reproducción que es el acto por medio del cual un ser vivo produce a otro de su misma especie.¹⁵⁵

En el apartado anterior, se analizó con la profundidad que permite este tipo de obra el derecho a la reproducción en base al cual concluimos que puede realizarse de dos maneras, las cuales ahora en este capítulo se analizaran y son la natural y la asistida.

7.2 Fecundación natural

¹⁵⁵ Vid, Méndez Borges, V. y Silveira Goiski, H., “*Bioetica y Derecho*”. Ed. Vac, Barcelona, España, 2007, p. 121.

La fecundación natural se da como consecuencia de una relación sexual, acto sexual o coito entre un hombre y una mujer, por virtud de la cual el espermatozoide del hombre se une con el ovulo de la mujer, y en ese momento se inicia al proceso evolutivo de gestación en la mujer.

Existen órganos en el cuerpo humano ya sea del hombre o de la mujer, cuya función es la de ser medios¹⁵⁶ para lograr la procreación, esto sin menoscabo de la parte espiritual de las personas que hace del acto sexual no solo un acto físico necesario para la procreación, sino el medio para lograr una comunidad de vida.

No es materia de este trabajo e incluso intrascendente determinar si existe una relación jurídica derivada de un matrimonio o sociedad de convivencia entre las personas que sostienen las relaciones sexuales, ya que las distinciones que

¹⁵⁶ Vid. León Rabago, D., *“La Bioética para el Derecho”* Universidad de Guanajuato, Guanajuato, México, 1996.

históricamente se han hecho por el tipo de filiación matrimonial o extramatrimonial son discriminatorias y por eso actualmente la mayor parte de los Códigos Civiles solo las toman en cuenta para imputar paternidad y no como antes para atribuir derechos de distinta índole a los hijos.

La fecundación natural es aleatoria y puede darse tanto entre parejas que regularmente sostienen relaciones sexuales o entre parejas que las realizan de manera esporádica o incluso solo una vez en la vida.

También es independiente de que sea deseada o no dicha fecundación ya que podemos concluir que esta fecundación natural es resultado de un hecho jurídico ya que independientemente de la voluntad de los padres, el hijo será titular de derechos y obligaciones entre ellos del derecho a la vida.

7.3 Fecundación asistida

La fecundación asistida es aquella fecundación de un ovulo por un espermatozoide sin que esta se haya dado como consecuencia de una relación sexual, sino a través de métodos de reproducción asistida.

Por reproducción asistida entiendo al conjunto de métodos médico-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a las condiciones naturalmente establecidas. Actualmente existen muchos y muy variados métodos de reproducción asistida, que a continuación enuncio; cabe aclarar que esta clasificación, en cierto modo, es limitativa¹⁵⁷, pues deberá modificarse conforme la ciencia descubra otros planteamientos técnicos.

¹⁵⁷ También existen: a) La transferencia intrauterina de gametos, la cual consiste en transferir el ovulo y los espermatozoides a las trompas de falopio de la mujer para buscar lograr ahí la fecundación, al respecto se puede consultar a Méndez Borges, D., *"Bioética y Derecho"*. Op cit p. 122.

b) Estimulación ovárica.- La cuál es una técnica por medio de la cual se estimula hormonalmente a una mujer para que produzca un mayor número de óvulos." 1.1 Estimulación ovárica... Este procedimiento de inseminación puede a su vez presentarse en tres métodos: Se denomina "intra vaginal" a la

- 1) Inseminación artificial. Esta técnica se subdivide, a su vez, en homóloga (que puede ser intervivos o *post mortem*) y en heteróloga (que puede ser remedio o de la mujer sola).
- 2) Fecundación *in vitro*.
- 3) Maternidad subrogada.
- 4) Reproducción asexual (donde se ubica la clonación).

Las técnicas de reproducción asistida comenzaron en vegetales, los árabes y babilonios lograron polinizar artificialmente palmeras para producir dátiles, y posteriormente comenzó a aplicarse en animales. Diego León Rabago afirma que la primera se realizó en el siglo 1 de nuestra era en caballos y la realizó una persona llamada “Eustachius”. Se señala que los

técnica de colocación del semen en la parte superior de la vagina mediante una jeringuilla o se introduce en un capuchón de plástico que se coloca sobre el cervix manteniéndose seis horas antes de ser retirado; “intra cervical” si el material biológico masculino se introduce en el cuello del útero, e “intrauterina” si se lo inyecta directamente dentro del útero. Obviamente, se utiliza cuando en forma natural los espermatozoides no pueden llegar al útero. Es común combinar este tratamiento con la estimulación ovárica. Las estadísticas expresan que la posibilidad de embarazo es de un 11 a un 15 por ciento por cada tentativa”. Vid. Estrella Gutiérrez, G., “*Bioderecho*”, Buenos Aires, Argentina 1998. p. 66

árabes la practicaban de manera constante en animales, también en Arabia en el siglo XII se tienen datos de que un médico árabe introdujo a sus pacientes mujeres en una tina con agua que contenía espermatozoides; en 1322 es un jeque árabe, quien utilizando una esponja logro introducir semen en una yegua y fecundarla. En el año de 1776 se comienza el estudio de las consecuencias de la congelación de espermatozoides, se señala que en 1780 se inseminó a una perra y en 1794 se reportó el primer embarazo por inseminación artificial. En 1765 el alemán Ludwiy Jascobi las utilizó en salmones y, a finales del siglo XIX, se practicaron con un mamífero, una perra de la que nacieron tres crías.

En el año de 1890 se logra la primera fecundación in Vitro de un ovocito de una coneja y en 1930 la activación artificial del ovulo de una coneja con el nacimiento del primer conejo sin padre, ya que la fecundación no requirió semen del macho. En 1951 se transfiere el embrión de una vaca a otra y en 1952 nace el primer becerro producto de semen congelado. En 1972 sobreviven crías

de ratones de embriones congelados. En 1973 nace el primer becerro producto de embrión congelado. En el año de 1980 es clonado el embrión de una res.

En cuanto a seres humanos hay quienes afirman que, en el siglo XV, alrededor de los años 1454 y 1474 un médico de nombre Arnaud de Villanueva, intentó —sin éxito— inseminar artificialmente a Juana de Portugal con semen de Enrique IV de Castilla, también conocido como “el impotente”. Otros consideran que un inglés de apellido Hunter, (en el año de 1870, otras fuentes dicen que fue en el año 1799)¹⁵⁸, fue el primero en realizar una inseminación artificial sobre una pareja estéril, lo cual no está probado pero se cita como dato antecedente, ya que se dice que fue una inseminación homologa, ya se realizó en una mujer casada con semen de su marido. La Revista *The New England Journal Medicine* No. 217 en 1937 en el artículo titulado “Conception in a Watch Glass” sugirió la posibilidad de

¹⁵⁸ Al respecto Estrella Gutiérrez... op cit p. 66 señala que fue en 1794 y Leon Rabago... op cit p. 97 señala que fue en 1820.

realizar una fecundación extracorporal con material genético humano. En 1940 se fecundo sin éxito a un bebé de probeta y en 1949 se descubre que la glicerina puede ser utilizada para congelar espermatozoides.

Sin embargo no fue hasta el año de 1953 cuando un estadounidense, de apellido Sherman, obtuvo exitosamente embarazos con semen congelado, logrando que sobrevivieran hasta el estado de Morula. En 1961 se mantuvo vivo por sesenta días un embrión humano en un tubo de ensayo. En 1977 se constituyó “Genetech” la primera empresa de ingeniería genética.

En 1979 nació la inglesa Luisa Brown, el primer humano fruto de una fecundación artificial *in vitro*; con lo que inició la era de los llamados “bebés de probeta”.¹⁵⁹ En el año de 1980 nace la

¹⁵⁹ Vid. Chávez Ascencio, Manuel, *La Familia en el Derecho Familiar y Relaciones Jurídicas Familiares*, Porrúa, 2ª. México 1990, p. 413, p. 36 y Eduardo A. Zannoni y Gustavo A. Bossert, *Manual de Derecho Familiar*, Astrea, 5ª Buenos Aires 2001, p 463.

segunda “Amadine” en Australia. En 1984 nace la primer bebé producto de embrión congelado de nombre Zoc en Australia, se dice que en 1993 se clonaron embriones humanos, pero ese tema lo analizare mas adelante.

Cabe señalar que si bien las técnicas de procreación y reproducción asistida cambian día con día es importante en todo caso valorar su viabilidad ética y humana, esto es que enaltezcan al ser humano y no lo conviertan en mero objeto debiendo contemplarse en todo caso dos elementos importantes:

1.- La vida humana comienza con la concepción (genéticamente hablando madre e hijo son diferentes desde la unión de los gametos); y

2.- La dignidad de la sexualidad humana como medio natural de reproducción.

b) Inseminación artificial

La inseminación artificial consiste en la fecundación del óvulo a través de ayuda instrumental que permite introducir el semen hasta la mucosa cervical.¹⁶⁰

En realidad es un procedimiento mediante el cual se inyecta el espermatozoide en la cavidad uterina. Existen diversas técnicas que varían, según el lugar donde se deposita el semen¹⁶¹ y son: intracervical, intrauterina, vaginal y con capuchón cervical. La técnica más utilizada es la intracervical en la cual se prepara el coito mediante limpieza sin extraer el moco cervical depositando el semen en el canal cervical. El semen se obtiene mediante la masturbación o a través del coito interrumpido, el cual se deposita en recipiente de cristal en el cual en ocasiones se le agregan sustancias para acelerar su movilidad como pueden ser la cafeína, catecolamina, estreptoquinasa o estreptodanasa y

¹⁶⁰ Vid. Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni: *"Manual de Derecho de Familia"*, Astrea, 5ª Buenos Aires, 2001 p. 409.

¹⁶¹ León Rabago, D., op cit., p. 97

después seleccionan fracciones de semen que contengan mayor cantidad de espermatozoides.

El procedimiento puede realizarse con semen fresco o congelado; actualmente no se han descubierto alteraciones por su congelación, por ello, en la actualidad son comunes los bancos de semen.

Generalmente, una pareja recurre a la inseminación artificial porque no han logrado el embarazo. Las causas son muy diversas, por ejemplo: la imposibilidad de tener relaciones sexuales normales, exceso de acidez vaginal que impide la ascensión de espermatozoides o cuando éstos existen en número insuficiente o su vitalidad está disminuida.

Las estadísticas indican que la inseminación artificial tiene la misma tasa de éxito que la fecundación natural, y las probabilidades de que existan malformaciones son inferiores a la

natural, ya que generalmente implican un proceso de selección de las células germinales.

Existen ciertos riesgos al utilizar este tipo de procedimiento como que se han producido infecciones locales y sistemáticas al estar el semen en contacto con el exterior, también se pueden transmitir enfermedades venéreas, lo cual sucede cuando no se practican los exámenes previos o en el caso de virus que no se detectan fácilmente. Incluso el SIDA se detecta con análisis de sangre y no aparece al analizar el semen.

También existe el riesgo de que se confundan las muestras de semen y por lo tanto se utiliza el de una persona distinta, incluso existió el caso de un doctor que unilateralmente decidía utilizar su semen por considerarlo adecuado.

En el caso del embarazo aumenta el riesgo de un aborto cuando se ha inducido la ovulación. Se han señalado otro tipo de riesgos

mayores que derivados de una fecundación natural, sin embargo no hay pruebas científicas contundentes por lo que no se citan en el presente trabajo, en todos los casos estos riesgos se atribuyen a la selección de semen de mala calidad. Incluso se han señalado que existen complicaciones psicológicas, sociales y jurídicas¹⁶²

¹⁶² “Complicaciones psicológicas:

Se sostiene que sólo surgen cuando se trata de parejas inestables o que no han sido debidamente advertidas de los riesgos y complicaciones que pueden darse. Sin embargo:

1. En todos los casos, el fracaso de la inseminación artificial in Vitro provoca en los integrantes de la pareja desilusión, a pesar de haber sido advertidas de esta posibilidad. La propaganda crea grandes ilusiones y generalmente ellos acaban por tener la convicción de la infalibilidad del procedimiento. A esta pesadumbre se agrega la molestia sobre el infructuoso alto costo erogado.

2. Aunque la pareja sea estable, madura y bien preparada psicológicamente y el procedimiento sea exitoso, el quebrantamiento del orden natural deja secuelas considerables. Al prescindir la inseminación de la relación sexual y del amor con que generalmente ésta se realiza, la forma técnica deshumanizada queda impresa en la mente de los integrantes de la pareja, lo cual puede ser a la larga causa eficiente para el alejamiento o hasta el repudio de uno para con el otro.

3. Según se ha observado, en muchos casos la mujer sobreprotege al hijo “fabricado”, mientras que el padre se aleja de él. El hijo sufre así desórdenes psicológicos que pueden ser serio problema en etapas posteriores.

4. La ocultación es sumamente difícil. Alguna indiscreción hará que el hijo descubra la forma como fue procreado, lo que le ocasionará traumas psicológicos graves que pueden dar lugar a comportamientos anormales.

Complicaciones sociales:

El proceso de tecnificación de las sociedades ha traído consigo la deshumanización. El hombre va siendo sustituido por los inventos tecnológicos; el hombre va perdiendo su calidad de persona para convertirse en cosa, en objeto de manipulación tecnológica y económica.

Despojar a la procreación del acto sexual, sustituyéndolo por la manipulación de los elementos genéticos, cosifica y degrada al ser humano, en tanto que es convertido en experimento de laboratorio. No importa ya el respeto a la

dignidad de quienes se someten a las prácticas inseminatorias; importa sólo el éxito científico y, principalmente, el lucro que de ellos pueda obtenerse.

Complicaciones jurídicas:

A reserva de abundar sobre los aspectos jurídicos, expondremos aquí algunas consideraciones.

En diversas publicaciones, artículos de revistas y periódicos, con cierta alarma justificada, pero con ignorancia, se exige una adecuada reglamentación jurídica positiva que regule el ejercicio de las acciones inseminatorias. Advierten que en éstas hay aspectos delicados que deben ser controlados jurídicamente.

Como ya hemos visto, la inseminación artificial in vivo produce complicaciones sumamente graves que no pueden pasarse por alto y que una reglamentación jurídico-positiva no puede evitar. Ninguna exigencia legal para controlar las prácticas inseminatorias podrá por ejemplo, significar el evitar abortos o la transmisión de virus y retrovirus. Si científica y técnicamente esto es muchas veces inevitable, sería un absurdo intentar resolver el problema mediante mandatos legales. Sólo a los articulistas y a nuestros legisladores se les puede ocurrir que el Derecho es la vara mágica por la que se han de resolver los problemas del hombre.

En tanto que la inseminación artificial in vivo da lugar a muy graves complicaciones inevitables, debe ser prohibida. Podrá argumentarse en contrario que toda operación quirúrgica presenta riesgos y posibilidad de complicaciones, pero que no por ello ha de proscribirse legalmente. Empero, la inseminación no es equiparable a la intervención verdaderamente quirúrgica, a la que es terapéutica. Por ésta se persigue salva la vida del paciente o restituirle la salud; por la inseminación se persigue sólo satisfacer anhelos procreativos de una perja estéril, sin que este procedimiento tenga nada de terapéutico.

El Derecho ha de ser un obstáculo a toda acción u omisión que atente contra la naturaleza humana. Regular el ejercicio de prácticas que reportan menoscabo o destrucción de la integridad corporal y espiritual del hombre es simplemente permitir las con limitaciones generalmente ineficaces, lo que es contrario a la esencia del Derecho, como ya hemos precisado en el primer capítulo de este trabajo.

La historia de la inseminación artificial in vivo nos muestra la frecuencia de divorcios, como resultado de los problemas psicológicos, de la transmisión de enfermedades y de otras complicaciones. También aparecen en ella multitud de casos de demandas contra el personal inseminador por complicaciones, errores y fracasos. Los problemas de paternidad y filiación, derivados de la utilización de semen proveniente de persona ajena, abundan igualmente en los tribunales. En algunos países hay insuficiencia legislativa, lo que impide una correcta solución de estos planteamientos. En el nuestro existen bases

Esta inseminación puede ser de tres tipos: homóloga, heteróloga y post mortem.

1.- Inseminación artificial homóloga

En este tipo de fecundación el semen proviene del cónyuge, concubino o pareja habitual.¹⁶³

legales para resolverlos. La cuestión versa, sin embargo, en el fondo, sobre si debe o no autorizarse la práctica del procedimiento inseminatorio.

¹⁶³ Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, manifiestan: “a) Inseminación homóloga. Esta inseminación artificial con semen del marido (IAC) se practica en los casos en que, a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a la impotencia del hombre o al vaginismo de la mujer, pero también a otras anomalías, como trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que, por neutralizar los espermatozoides, aconsejan la inseminación intracervical, alteraciones del cuello del útero que exigen la inseminación intrauterina, etcétera.”, *op. cit.*, pp. 470; asimismo Zannoni expresa que: “a) Inseminación homóloga. Es efectuada con semen del marido, y no provoca reparos, a nuestro juicio, ni genera conflictos jurídicos en tanto la concepción del hijo se realiza naturalmente. En su momento respondimos las objeciones de orden ético que tradicionalmente se han formulado, las que, entendemos, carecen de fuerza de convicción. Queda, no obstante, el margen de discusión relativo a la posibilidad de autorizar la inseminación homóloga con semen del marido, luego de su fallecimiento. Esto presupone, como se ha señalado, la disponibilidad por la viuda del semen congelado de su marido antes de morir para concebir un hijo sin padre. Nos parece que este tipo de acuerdo previo entre los cónyuges, en previsión de la muerte del marido y la imposibilidad actual de la esposa de concebir al tiempo en que aquél deposita el semen, quiebra de algún modo la incondicionalidad de la procreación del hijo, pues, amén de ser la exteriorización de lo que llamaríamos una «fantasía de inmoralidad genética», pretende, a priori, atribuir la concepción del hijo a un padre ya fallecido. Consideramos que no deberían autorizarse inseminaciones

Normalmente, la terminología es incorrecta ya que homólogo quiere decir de la misma especie y, en este sentido, todas las inseminaciones serían homólogas ya que se realizan con células humanas.

En realidad, este método debería denominarse “inseminación artificial del compañero”, hecho que, precisamente, la diferencia de la heteróloga, a la que habría que llamar “del donante”.

Este tipo de inseminación es recomendable¹⁶⁴ cuando la pareja no puede concebir por problemas físicos como son: 1)

en esos supuestos, ni admitirse demandas tendientes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda. Antes bien, debería disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia que, eventualmente, plantease una inseminación heteróloga a favor de otro matrimonio con ese semen conservado. De todos modos si la inseminación se practicase y naciese el hijo, éste no podría alegar derechos hereditarios respecto de su padre, muerto antes de la concepción, aunque el derecho positivo debería prever las demás consecuencias que, en orden al parentesco consanguíneo por la rama paterna, puedan resultar.”, *op. cit.*, p. 483 y 484.

¹⁶⁴ A) INSEMINACION ARTIFICIAL CON SEMEN DEL CONYUGE. Se considera que esta técnica está indicada cuando surge alguna de las siguientes anomalías: a) impotencia del varón, que le imposibilita para introducir el pene en la vagina de la mujer; b) vaginismo de la mujer, impidiéndola acoger el pene; c) anomalías anatómicas del hombre o de la mujer que imposibilitan el coito fecundante; d) alteraciones del cuello uterino que hacen que no

segregue moco adecuado para favorecer la movilidad de los espermatozoides; e) alteraciones en el semen que ve reducido su volumen, el número o la motilidad de los espermatozoides; f) existencia de incompatibilidades entre el moco uterino y el semen. En cualquiera de estos supuestos, si los estudios previos respaldan al viabilidad de su aplicación y la pareja implicada manifiesta su deseo de someterse a ella, se inicia el proceso de la inseminación artificial. Para ello, se toma una muestra del semen del varón y se procede a su preparación o capacitación, en el laboratorio. Esta capacitación se lleva a cabo habitualmente mediante la eliminación de todo el plasma seminal, la concentración de todos los espermatozoides móviles recuperados en 0,2 cm³ de medio de cultivo y la posterior incubación a 37,5° C en una atmósfera que contenga un 5 por 100 de anhídrido carbónico, durante una hora. A continuación, el líquido espermático ya preparado o capacitado se deposita mediante un catéter, bien en el canal endocervical, bien en el canal endocervical, bien en una cazoleta que se adapta a la zona vaginal del cuello uterino (donde permanece por seis horas para ser retirada, transcurrido el plazo, por la misma mujer) o bien directamente en el útero. Actualmente se practica este último sistema intrauterino pues se considera más efectivo. Ello ha facilitado la eliminación del plasma seminal, ya que de introducirse éste en el útero, provocaría contracciones dolorosas en dicha cavidad. Como se puede deducir de todo este proceso, no es preciso en ningún momento ingresar a la mujer ni anestésicarla. Al día siguiente de la realización de todas estas operaciones, se lleva a cabo una ecografía de los ovarios para conocer si se ha producido la ovulación. Si es así, se realizan estudios posteriores para asegurarse que se ha dado la fecundación y para hacer un seguimiento de la misma.

Esta técnica comporta muy pocos riesgos. El más importante que se podría ocasionar es la infección del útero; pero este riesgo se contrarresta analizando previamente el semen y el moco del cuello uterino para asegurarse que no están infectados. Las tasas de abortos se consideran similares a las producidas durante gestaciones normales y en cuanto a la tasa de mortalidad y morbilidad perinatales son iguales e incluso inferiores a las normales. Mas adelante profundizaremos en los posibles peligros.

También existen algunas circunstancias en que se considera que la IA no debe aplicarse. Así, por ejemplo, a) cuando la mujer tiene una obstrucción completa de ambas trompas; b) si tiene tal anomalía en el útero que impide el encuentro óvulo-espermatozoide, o la implantación del embrión; c) cuando exista infección en el semen o en el cuello del útero (cervicitis); d) cuando haya riesgo de que el embarazo termine en aborto o pueda dar lugar al nacimiento de un niño con malformaciones por la existencia de anomalías cromosómicas en el hombre. B) INSEMINACION ARTIFICIAL CON SEMEN DONANTE

impotencia del esposo que le impide introducir adecuadamente el pene en la vagina de la mujer; b) Vaginismo de la mujer que le impide acoger el pene de su pareja; c) Anomalías en la anatomía de alguno de los miembros de la pareja o de ambos que les impide tener un coito que fecunde “coito fecundante”; d) alteraciones del cuello cervical que impide que segregue el moco adecuado que permita la movilidad del semen; e) Problemas en el semen que afecten su movilidad o su volumen; f) Incompatibilidades entre el semen y el moco cervical que provocan que el semen muera antes de lograr la fecundación.

La nota diferenciadora de esta técnica es la utilización del semen de un extraño a la pareja (dador o donante). Por tanto, en todo lo demás, esta técnica coincide con la analizada anteriormente, de modo que parece aconsejable sólo en aquellos casos en que no es posible utilizar el semen del propio marido o compañero. Así, resulta indicada cuando se está ante alguna de estas circunstancias; a) la infertilidad irrecuperable del marido; b) mujer con RH negativo sensibilizada; c) hombre portador de enfermedad hereditaria; d) parejas sin descendencia, en las que no se ha encontrado causa de esterilidad. Por el contrario, se considera que no debe realizarse; a) en la mujer menor de edad; b) en la que no tenga suficiente nivel intelectual para comprender la IAD; c) en mujer casada, sin su conocimiento y consentimiento explícito; d) en caso de esterilidad femenina no tratable y que imposibilite el embarazo (trompas obstruidas); e) en mujer con enfermedad hereditaria; f) en mujer de edad avanzada, pues a partir de los treinta y cinco años existe mayor riesgo de que el hijo padezca síndrome de Down (hoy en día este extremo aparece como discutible para un sector de los profesionales de la medicina); g) cuando falta al colaboración del marido o cuando éste sufre alteraciones psicológicas o psiquiátricas graves que choquen con la inseminación de su esposa. Vid. Junquera de Estefani, R., *“Reproducción asistida, Filosofía Ética y Jurídica”*, Tecnos, Madrid, 1998. p. 35-37

2. Inseminación artificial *post mortem*

Como su nombre lo indica, en este tipo de inseminación se utiliza el semen congelado de un hombre muerto. Esta forma de procrear no supone problemas de esterilidad, sino que, simplemente, atiende a la voluntad de la madre.

Considero que el semen no puede ser considerado un bien ya que no es susceptible de apropiarse, por lo tanto no puede ser objeto de ningún acto jurídico, ya que no cumple con el requisito de “estar en el comercio” por lo mismo tampoco puede transmitirse por causa de muerte, por lo que le corresponderá a la ley resolver en los casos planteados la solución que debe darse.

Considero adecuado que se establecieran reglas legales, donde se señalara que del semen congelado debe disponer en primer

lugar el que lo deposito y después como disponentes secundarios, las personas a las que el depositante hubiera señalado. Por último transcurrido determinado plazo dichas células germinales deberán ser destruidas.

Desde el punto de vista ético es inadmisibile.

En primer lugar, es una práctica que atenta contra la naturaleza de la procreación, que debe ocurrir entre vivos. En segundo término, no tiene ningún fin que la justifique, sino un interés egocéntrico, como tratar de prolongar la vida del padre a través del hijo o, en su caso, desear un hijo póstumo para reclamar una herencia. En tercer lugar, seguramente el hijo enfrentará serias confusiones y problemas psicológicos al tratar de entender su origen, naturalmente imposible y que sólo obedeció a una voluntad humana.¹⁶⁵

¹⁶⁵ “[...] XIII. La Fecundación Post Mortem. Es la fecundación producida después del fallecimiento del marido quien es donante del semen. En tales supuestos, el consentimiento de éste es decisivo para los efectos civiles, así como el momento en que se haya realizado. La regla es que no da lugar a

3. Inseminación artificial heteróloga

filiación ni a consecuencia jurídica alguna entre el hijo pospóstumo y el marido fallecido, «cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón [...]»; es decir, si no se prestó en vida su consentimiento para la fecundación de su esposa. Si, por el contrario, consintió, por escritura pública o testamento, en que su material reproductor pudiera ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, tal generación produciría los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial [...] Resulta llamativa la expresión «material reproductor», puesto que parece aludir exclusivamente al semen, pero no a embriones obtenidos *in vitro* y criopreservados en vida del marido; no obstante, debe entenderse por extensión que también está admitida la utilización de estos embriones aunque tan sólo sean portadores de parte del material reproductor de aquél. En relación con el varón no casado también puede acogerse a la posibilidad de la inseminación *pos mortem* en las mismas condiciones exigidas en el caso de marido y con los mismos efectos en relación con el artículo [...]”, *Vid.* Aitziber Emaldi-Cirion, “Legislación sobre el genoma humano en España”, en *Reflexiones en torno al derecho genómico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 152.

Asimismo Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni determinan: “Inseminación «Post Mortem». Como hemos dicho, el congelamiento de semen crea la posibilidad de que, tras la muerte del marido, la esposa solicite ser fecundada con semen congelado de aquél. Ante el silencio actual de nuestra legislación, no creemos que podría negarse el derecho de la mujer a lograrlo; tampoco resulta posible sostener que se trata de un hecho ilícito, aunque pueda resultar cuestionable *de lege ferenda*, ya que no respeta el interés del niño que nacería condenado de antemano a ser huérfano de padre. Concretada dicha inseminación, no rige la presunción de paternidad —pues el hijo, salvo una inseminación practicada inmediatamente después del fallecimiento del marido, nacerá después de trescientos días de la disolución del matrimonio—, pero puede probarse, en base a la comprobación de la inseminación y a las pruebas biológicas, que el niño es, biológicamente, hijo del marido muerto. De manera que en función de dicha prueba, que se deberá producir dentro de un juicio de reclamación de filiación, quedará establecido el vínculo de filiación entre el hijo y quien era el marido de la madre. Claro está que este hijo carecerá de derechos hereditarios, ya que no existía al tiempo de la apertura de la sucesión [...]”, *op. cit.*, pp. 474 y 475.

En esta técnica se utiliza semen (congelado) proveniente de un donador. Se le suele clasificar en inseminación remedio y de conveniencia.

La inseminación remedio, puede darse en varios casos: por esterilidad del marido o compañero, por causas genéticas que impiden que una pareja pueda llegar a tener un hijo normal, que el hombre padezca una enfermedad hereditaria, entre otras; también existen casos en los cuales se considera que no debe de practicarse como serían la minoría de edad o falta de madurez intelectual en la mujer, en mujeres con enfermedades hereditarias o mayores de 35 años, o cuando falta el consentimiento del marido o compañero.

La inseminación de conveniencia es aquella que practica una mujer que no quiere tener relaciones con un varón.

En la inseminación remedio se requieren los siguientes requisitos:

1) Consentimiento del marido (o del compañero). El fin de tal anuencia supone, además de permitirle a su mujer realizar el procedimiento de fecundación, asumir la paternidad del hijo. La falta de este consentimiento ha sido reconocida como una causa para impugnar la filiación e, incluso, como una causal de divorcio (artículos 326 y 267 fracción XX del Código Civil para el Distrito Federal).

2) Consentimiento de la mujer. Éste es el requisito más importante ya que, desde luego, el procedimiento se realizará en su cuerpo. La falta de su consentimiento debe traducirse en sanciones penales para los causantes.

Consideramos que, aun cuando la mujer no haya dado su consentimiento, no tiene —como en ningún otro caso— el derecho de abortar, porque la vida humana, desde su concepción (Art. 22), es el bien jurídico de mayor valía.

3) *Donación de semen*. Generalmente, para evitar problemas sociales y familiares, en la legislación extranjera se ha procurado mantener el anonimato del donante y él, a su vez, no sabrá si se utilizó o no su semen.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Eduardo A. Zannoni expresa: “1) Consentimiento de ambos cónyuges. El Art. [...] del Proyecto Preliminar del Consejo de Europa, señala que «las técnicas de procreación artificial únicamente podrán realizarse si las personas interesadas han prestado su consentimiento notificado de forma expresa (y por escrito)». Y el párr. 21 de las recomendaciones de la Comisión Warnock establece: «El consentimiento formal por escrito de la pareja debe siempre ser obtenido como medida de buen procedimiento antes de comenzarse el tratamiento de inseminación artificial por donante. El impreso de consentimiento debe ser explicado a ambas partes». La cuestión se vincula con la eventualidad de que el marido de la mujer inseminada con esperma de donante pudiese, más tarde, desconocer la paternidad del hijo dado a luz por ella exponiéndolo a una situación de incertidumbre en cuanto a su filiación. 2) Asunción de paternidad por el marido. Se ha sostenido que debiera requerirse, no sólo el consentimiento expreso y escrito del marido sino que, además, éste debe asumir la paternidad del hijo que conciba su esposa mediante inseminación con semen de donante. Por nuestra parte creemos que, en la medida que el derecho positivo vede la acción de impugnación de la paternidad en el caso de que el marido hubiese dado consentimiento a la inseminación, está, por vía legal atribuyendo la paternidad, impidiendo al marido ir contra sus propios actos [...] 4) Exclusión de modalidades. En este sentido, consideramos que, dispuesta la inseminación artificial heteróloga, deben excluirse las modalidades que implicaran, por un lado, condicionar el nacimiento del hijo —o la atribución de la maternidad y la paternidad— a resultados preordenados, tales como selección del sexo del hijo, o por otro, la manipulación de los gametos masculinos donados en atención a otros fines, tales como la mezcla de semen fecundante de dos o más dadores. 5) Exclusión de toda relación de filiación entre el dado r del semen y el hijo. El acuerdo por el cual alguien entrega su semen fecundante [...] constituye una obligación natural en el sentido de que no confiere acción para exigir su cumplimiento, pero el cumplimiento espontáneo del acuerdo será definitivo y válido. Esto implica la irrevocabilidad de la dación, que se traduce en la irrepetibilidad de lo dado. En este contexto también debe quedar excluida toda modalidad de la dación respecto del donante, quien debe considerarse

que entrega su semen pura y simplemente con el fin de su utilización por un matrimonio estéril o infecundo, que asumirá la paternidad y la maternidad exclusiva del hijo que nazca. Está, en esto, implicada la que denominamos incondicionalidad de la procreación del hijo. Concordamos, en este sentido, con el Art. [...], del Proyecto Preliminar del Consejo de Europa: “Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención del hijo podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra un niño [...] Gratuidad. Nos parece importante destacar este carácter como preeminente. En el Proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de la procreación artificial del Consejo de Europa [...] se dispone que «no se permitirá la obtención de beneficio alguno por donaciones de óvulos, esperma, embriones o cualquier otro elemento proveniente de ellos». En la recomendación [...] se deja a salvo, no obstante, «la pérdida de ganancias así como los gastos de transporte y otros causados directamente por la donación», los cuales «podrán restituirse al donante». La gratuidad está también implícita en las denominadas recomendaciones de la Comisión Warnock del Reino Unido, cuyo párrafo [...] señala que «debe tenderse hacia un sistema en que a los donantes de semen se les pague únicamente sus gastos». Es obvio que la dación de gametos no debe constituir una fuente de lucro, pues «prácticamente quedaría abierta una compuerta de dudosa moralidad». Dentro de esa gratuidad queda comprendida, también, la restitución de los gastos, porque de lo contrario se estaría frente a una dación onerosa para el donante. Tampoco pesarán sobre éste los gastos que demande el acto médico de utilización del semen o los óvulos en la fertilización extracorporal, o inseminación artificial [...]. Anonimato [...] En su momento, y adoptando una posición que hoy reconocemos excesivamente rígida, dijimos que deben tipificarse como delitos, entre otras, las conductas que, en los casos de inseminación artificial y fecundación extrauterina heterólogas, impliquen quebrar el anonimato del dador del semen o de la dadora del óvulo y, a su respecto, el anonimato de la receptora. El planteo del anonimato es, no obstante, objeto de importantes reflexiones en los últimos tiempos. Por un lado ha tenido en consideración que tanto la dación de gametos, como su recepción, integrarían el ámbito de la intimidad y que, en consecuencia, debe preservarse toda intrusión que quiebre el secreto o la reserva, si se prefiere, que dadores y receptores tienen derecho a pretender. Pero por otro lado, se ha advertido que el anonimato, llevado al extremo, «en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada —el hijo, y su derecho a la intimidad— lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación», y, en definitiva, «a la instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico, o a contar con ese dato

Se considera conveniente que el donante de semen cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que tenga la voluntad de donar su semen para ser utilizado en la fecundación de un ovulo;
- b) Que sea mayor de edad y plenamente capaz;
- c) Permanecer en el anonimato.

Se ha considerado a nivel doctrinal que los hombres adecuados para ser donantes son:

para la defensa de intereses morales o materiales» [...] Creemos que una actitud prudente en la cuestión, al menos por ahora, aconseja adoptar una solución intermedia: ni el anonimato impuesto a ultranza, ni la obligación legal de informar al hijo acerca de los datos del donante y la forma de su concepción. Quizás esa solución intermedia —que respetará el derecho y el deber que tienen los padres de hablar con verdad al hijo, y el derecho de éste de acceder a la información indispensable— implica la obligación del establecimiento o del facultativo de recoger y conservar todos los datos relativos al donante y de la pareja, los que deben ser secretos y sólo podrán ser exhibidos por orden judicial o a requerimientos de la pareja o del hijo, para información de éste, cuando fuese mayor de edad. Respecto del donante, en principio no sería informado de la pareja receptora, salvo conformidad expresa de ésta.”, *op. cit.*, 485, 486, 476-479.

- 1.- Hombres casados con hijos sanos, ya que de esta manera han probado su fertilidad y salud.
- 2.- Hombres jóvenes y sanos, aquí el problema es que se desconoce su fertilidad y salud.
- 3.- Hombres parecidos a la pareja de la mujer, lo que afecta el anonimato.

La Ley General de Salud, que señala: “Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células...admite la posibilidad de la donación del semen según se desprende de los siguientes artículos:

ART. 314. Para efectos de este título se entiende por
1.- Células germinales.- a las células reproductoras masculinas y femeninas...”

ART. 321. La donación en materia de órganos, tejidos células y...”

Siendo técnicos no puede hablarse de donación de semen, ya que la donación es un contrato que requiere de un objeto cosa que

puede ser materia de el, y en caso del semen, este al no ser un bien por no ser susceptible de apropiación y de estar en el tráfico jurídico, no puede ser objeto del contrato de donación. Deberá ser una autorización de disposición otorgada por el depositante del semen. Respecto al semen se considera que debe de cumplir con tres requisitos: a) Fertilidad; b) Salud, que no sea portador de enfermedades; c) Resistencia a la críoconservación.

En la inseminación de conveniencia, también conocida como de la mujer sola, se requieren solamente de dos requisitos: a) consentimiento de la mujer y b) donación de semen.

Afortunadamente en el Distrito Federal el nuevo Código Penal prohíbe parcialmente al menos la inseminación heteróloga en el artículo 151 que señala:

ART. 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho para resistirlo.

c) Fecundación *in Vitro*

Una definición sería: “La fecundación *in vitro* consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del Décimo Cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado”.¹⁶⁷

Se ha considerado como un gran logro científico, en el cual la fecundación se logra fuera de la mujer, en el laboratorio para que posteriormente se introduzca al útero.

¹⁶⁷ Vid Carcaba Fernández, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Boch S.A., Barcelona 1995, p. 137.

La terminología fecundación artificial normalmente es usada para una referencia al medio de reproducción que sustituye al sexual.

La fecundación *in vitro* comenzó a utilizarse para resolver la falta u obstrucción de las trompas de Falopio, también cuando existe endometriosis, o sea que el tejido uterino se ha desarrollado fuera de su ubicación o cuando la mujer produce una especie de anticuerpos que atacan a los espermatozoides.

El método consiste en fecundar una gran cantidad de óvulos para obtener embriones, de los cuales se desecharán los que no se consideren idóneos. Posteriormente, para ampliar el porcentaje de éxito del procedimiento, se implantarán en la mujer un buen número de embriones, a sabiendas de que la mayoría morirán en el procedimiento de gestación.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni han manifestado: “[...] Para realizar la fecundación extracorporal, la extracción de los óvulos se obtiene mediante la utilización del laparoscopio —laparoscopia, aunque también se utiliza el método de punción folicular para aspirar óvulos mediante la

ecografía, evitándose así la cirugía laparoscópica que exige anestesia general de la paciente—. Obtenidos los óvulos y fecundados se transfieren al útero un cierto número de embriones (dos, tres o cuatro a lo sumo), cuando éstos están en condiciones de iniciar su fijación o anidación. Una variante de esta técnica es la denominada transferencia intratubaria de gametos (GIFT), que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción. La fecundación extracorporal ha sido posible, científicamente, mediante la manipulación de los gametos —espermatozoides y óvulos—. Para posibilitar tal manipulación han coadyuvado decisivamente las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante un tiempo considerable —incluso, años— el semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización. La conservación se hace en el laboratorio, manteniendo los gametos en nitrógeno líquido a muy bajas temperaturas, lo que permite su reutilización en el momento necesario. Éste es el origen de los bancos de semen y de los bancos de óvulos que disponen de material para la fertilización. Así, por ejemplo, un matrimonio en que el marido es estéril y la esposa infértil, podrían ser los padres de un hijo concebido con semen y óvulos provenientes del banco. La posibilidad de manipular los gametos presupone, ciertamente, lo que daríamos en llamar su poder de disposición. Semen y óvulos pueden, entonces, ser donados o vendidos, conservados para su utilización ulterior, etcétera [...]. El poder de disposición de gametos se manifiesta, asimismo, en el empleo de ciertas técnicas que permitirían la selección del sexo del futuro hijo. Se alude a la posibilidad de obtener, mediante una suerte de centrifugado del semen, la separación de los espermatozoides masculinos y de los femeninos, para más tarde realizar la inseminación con unos u otros exclusivamente, a elección. Además de la manipulación de los gametos, las técnicas de reproducción humana artificial exigen la manipulación de los embriones que se han obtenido en virtud de la fertilización *in vitro*. Como antes se señaló, la técnica de fecundación extracorporal se realiza extrayendo varios óvulos maduros, mediante la superovulación provocada, y fertilizando todos. Luego, se transfieren al útero, no un solo embrión sino dos, tres, y hasta cuatro (más de ese número amplía el riesgo de embarazos múltiples, y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo), de suerte que es posible que queden algunos embriones sobrantes. En estos casos —se ha explicado— estos embriones sobrantes pueden ser congelados a -197°C , sin riesgo, y si la mujer no queda gestante en este intento, pueden serle transferidos en los meses siguientes, sin necesidad de practicar una nueva laparoscopia. Pero bien puede ocurrir que la mujer haya quedado embarazada y que los embriones sobrantes y congelados no sean deseados por la pareja. En ese caso, tales embriones pueden ser cedidos a otra pareja que no puede obtener embriones propios [...] Pareciera,

Esta técnica no debe de aceptarse moralmente, es preciso considerar que los embriones son humanos, que deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico y que tienen verdaderos derechos y obligaciones (Art. 22) y, como se desprende del procedimiento un nacimiento implica un sinnúmero de muertes de personas humanas (embriones) que no fueron viables o jamás serán implantados y serán destinados al congelamiento

de tal modo, que las técnicas de fertilización *in vitro*, dado el modo en que operan, pueden determinar la existencia de bancos de embriones que, mediante congelamiento, pueden ser utilizados por parejas que están imposibilitadas de obtener el embrión propio. A su vez, el embrión propio de una pareja puede ser transferido al útero de otra mujer debido a imposibilidad o dificultades que sufre la madre biológica para llevar a buen término el embarazo. Esto origina una inevitable distinción entre madre biológica y madre portadora (o subrogante). Existe, en la actualidad, la tendencia a promover los programas de maternidad subrogada, a efectos de integrar a la madre portadora con los padres biológicos, pero, a su vez, se han conocido las madres de alquiler que, a diferencia de las portadoras que aceptan sobrellevar el embarazo por razones altruistas, lo asumen por un precio (alquiler de útero)...”, *op. cit.*, pp. 471-474.

Asimismo Aitziber Emaldi-Cirión expresa: “Como sabemos, el constante desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y, en concreto, de la técnica de la fecundación *in vitro*, fomenta la existencia de embriones sobrantes. A este respecto, dice la ley que los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años. A esto añade, que pasados dos años de crioconservación de estos preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los bancos correspondientes [...]”, *op. cit.*, p. 151.

criogénico. Es inadmisibles considerar que respecto de la vida humana el fin justifica los medios.

La fecundación *in vitro* admite las siguientes formas de practicarla:

- 1) Con óvulos de la mujer que va a gestar y con semen de su marido o compañero;
- 2) Con óvulos de la mujer que va a gestar y, por imposibilidad de su marido o compañero, con semen de un donante;
- 3) Con óvulos de la mujer que va a gestar y, por conveniencia de ella, con semen de un donante;
- 4) Con un óvulo donado que se fecunde y se introduzca en el útero de la mujer que gestará y será la madre;

- 5) Maternidad subrogada (“madre por alquiler”, que se explicará más adelante);
- 6) Que se done el embrión fecundado y se introduzca en el útero de quien será la madre.

De lo anterior se desprende que de este método existen infinidad de posibilidades con implicaciones jurídicas trascendentales que el ordenamiento jurídico debe reconocer.

La Fecundación In Vitro, puede darse con las siguientes variantes:

- 1.- Se introduce el cigoto en las Trompas de Falopio.
- 2.- Se introduce un embrión que ya supero el estado de cigoto a la Trompa de Falopio.

El procedimiento que normalmente se utiliza para practicarla inicia con estudio a la pareja, para poder determinar cual es la causa de la infertilidad y así descartar otro tipo de procedimientos.

Una vez que se ha decidido que este es el procedimiento adecuado se fomenta con medicamentos la ovulación, y se da un seguimiento continuo al desarrollo folicular. Una vez que se cuenta con los folículos escogidos se procede a recoger y preparar los ovarios a través de distintos procedimientos como son la laparotomía, la ecografía y la peroscopia, la primera y la tercera implican una intervención quirúrgica siendo la segunda la menos invasiva.

Se depositan los ovocitos en unos tubos de laboratorio donde se analizan para determinar si han tenido la maduración adecuada y

en caso contrario se incuben en un medio con la temperatura adecuada para lograr su desarrollo.

Se obtiene y analiza el semen y se procede a la fertilización poniendo en contacto el ovocito con los espermatozoides incubándolos a más de 37° c.

Una vez que se ha comprobado la fecundación se introducen en el útero materno mediante un catéter que contiene de 3 a 5 embriones.

La mujer reposa por 30 minutos de manera absoluta y de manera relativa las siguientes 24 horas, dándole posteriormente el seguimiento y atención que en cada caso se requiera.

Derivados de la fecundación in Vitro, han surgido distintos métodos con variantes al procedimiento antes señalado.

Estos procedimientos son los siguientes:

- a) Transferencia intratuborica de Gametos, en el cual se recoge el semen, se mezcla con los ovocitos sin logra la fecundación y se introduce en las trompas de falopio de la mujer a efecto de que ahí se fecunde.
- b) Transferencia del embrión a la trompa desde donde continúa su trayecto al útero.
- c) El cocultivo se mantiene en el embrión una semana en el exterior y una vez convertido en blastocito se implanta en la mujer, esta técnica ha logrado mejorar los resultados.
- d) Microinyección de espermatozoides.- Con una jeringa se coloca un espermatozoide en la capa externa del ovulo.

e) Disección parcial del ovulo.- En esta técnica se corta la capa externa del ovulo para permitir la entrada de los espermatozoides.

f) La congelación de óvulos para su posterior donación a parejas en las cuales el problema de infertilidad se atribuye a la mujer.

Para la utilización de este método de reproducción asistida, en primer lugar, los solicitantes deben celebrar un contrato de prestación de servicios, con el médico o la institución donde se realice el proceso, en el que la obligación del prestatario es de medio y no de resultado, y quede claro que el médico o institución nunca podrán disponer de los embriones o de las células para un fin distinto que el propuesto. Es urgente que el ordenamiento legal establezca límites a los métodos de fecundación *in vitro* y establezca obligaciones irrenunciables a cargo de las instituciones médicas, actualmente en México

existen iniciativas respecto de la Renta de útero, pero aún no ha sido aprobada ninguna.

En segundo lugar, debe resolverse el estatus legal de los embriones congelados, ejemplo, qué pasaría si los padres fallecen:

- ¿Los embriones heredarían?
- ¿Los embriones entran en la masa hereditaria?
- ¿Qué destino debe darse a los embriones?
- ¿Quién decide sobre el destino de los mismos?
- ¿Tendrían representantes en ejercicio de la patria potestad?

Para mí no hay lugar a dudas de que los embriones son personas humanas y jurídicas con vida a las que se les aplica el artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal puesto que, a partir de la concepción, el *nasciturus* es persona para todos los efectos reconocidos en el Código Civil, comenzando por el

reconocimiento de su personalidad jurídica plena.¹⁶⁹ Por lo tanto al ser personas son sujetos de derechos y no objeto de

¹⁶⁹ En ese sentido Luis Mario Villafana Guiza indica: “[...] La preservación del derecho a la vida del ser humano es un principio indiscutible y transcurre «desde el momento de la concepción hasta la muerte», es un signo y una exigencia de la inviolabilidad de la persona [...] La identificación cotidiana de la vida humana es clara, como lo es también su inicio, pues es en el momento de la fertilización, el instante en que se ha iniciado una nueva existencia, gestándose ya un principio vital por el cual se desarrollará una corporalidad precisa, que aunque no visible es ya una auténtica vida, irrepetible, diferente a otras, con una individualidad genética perfectamente establecida [...] La fecundación, fenómeno resultante de la fusión de los gametos femeninos y masculinos, ocurre en la región de la ampolla de trompa de Falopio, que si bien es un órgano de la mujer, el cigoto que se formó ya no lo es. Desde ese momento hablamos de vida humana. Ese cigoto cambia inmediatamente para duplicarse y luego pasar al periodo de cuatro células y, posteriormente, al de mórula, en un lapso de aproximadamente siete días; estos hechos ocurren en la trompa de Falopio, y al octavo día llega a la cavidad uterina en calidad de blastocito, organizado ya su sistema de anidación, siendo capaz de tener su polo de desarrollo, para que, al término de la segunda semana, presente ya una estructura organizada [...]”, “El que ha de nacer. Un punto de vista médico”, en *La bioética. Un reto del tercer milenio*, II Symposium Interuniversitario, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 94 y 95.

Por su parte, Manuel Ramos Kuri indica: “[...] Por otro lado, si no es fácil demostrar que un cigoto sea un hombre, tampoco se puede negar esto rotundamente. Más bien tiene muchas características a favor de que es un ser humano: Desde el punto de vista genómico no le falta nada por desarrollar: tiene todos los genes igual a un adulto. Si al embrión le faltaran genes, quizá podría dudarse que fuera un ser humano. Puede multiplicarse por gemelación y dar lugar a otro hombre (no a un ave, ni a un pez). Puede crecer independiente de su madre (en el útero de otra mujer). En último término todos fuimos, en nuestra concepción, un cigoto. El embrión se está desarrollando en otro hombre o mujer completo”, “Algunos aspectos bioéticos acerca del genoma humano y la clonación”, en *La bioética. Un reto del tercer milenio*, op. cit., pp. 56 y 57.

Por otro lado, Raúl Madrid Ramírez señala una serie de argumentos para determinar la objetualización del embrión humano en los siguientes términos: “En nuestra opinión, estas doctrinas pueden reducirse a dos grandes focos de discusión: 1.1 La voluntad libre y autónoma de la mujer. Desde el punto de

vista del liberalismo, la ética es entendida como el conjunto de los valores mínimos admitidos por la mayoría de la sociedad. Sin embargo, estos mínimos evolucionan, son accidentales y se encuentran vinculados más bien con la cultura que con el concepto tradicional de naturaleza, tal como la encontramos en los autores clásicos. El valor del individuo radica en su libertad. Ahora bien, desde el punto de vista de la mujer embarazada, esta libertad consiste en la propiedad de su cuerpo y de todo lo que lo conforma: se subordina, por lo tanto, la disponibilidad del embrión al valor subjetivo que la mujer le atribuye. Ello significa la capacidad de tomar decisiones responsables (este concepto indica simplemente, para los que sustentan esta tesis, algo decidido sin presiones; no se refiere a la aceptación de las consecuencias de los propios actos). El feto no es una persona protegida por el principio de igualdad ciudadana, que supone principalmente el ejercicio de la propia libertad. Desde este punto de vista —es decir, para devolverle a la mujer (postergada, a diferencia del varón) la nota de ciudadanía—, debe buscarse su igualdad tratándola especialmente para encontrar la «situación similar» a la masculina, pues ningún hombre ha estado embarazado y esta diferencia debe ser asumida por el derecho. Considerar que un embrión es un niño equivaldría a desvalorizar el trabajo que el embarazo le exige a la mujer. Como dice Olsen, es simplista e irreal la teoría que considera que la potencial vida humana tiene un significado legal en todos los estados de la gestación [...]

1.2 La disponibilidad del embrión es de derecho público. Éste es el argumento propiamente feminista, que se basa en la premisa de la dominación ilícita de la mujer por el hombre a través del hijo. La pregunta que surge desde esta perspectiva es: ¿por qué se ha considerado el aborto una cuestión privada? En este ámbito —el privado— domina la mentalidad patriarcal [...]

El derecho, en las sociedades pluralistas, debiera intervenir, debiera aproximarse al problema para hacer efectivos los valores libertarios consagrados constitucionalmente. El tema es importante, pues desde el momento en que se reconozca que hay dos personas en el proceso del embarazo, el Estado evitará que una pueda decidir o condicionar la vida de la otra, en virtud justamente de los derechos de los miembros de la sociedad (de allí el interés en disminuir o eliminar la personalidad del embrión). La determinación de la personalidad —se argumenta— es similar a la determinación de la mayoría de edad: accidental y circunstancial, aunque sin total discrecionalidad (no se puede poner la mayoría de edad a los tres años). O sea, la personalidad del embrión se origina por determinación de la autoridad civil y no por conclusión del derecho natural, exactamente igual que si fuera una pena. Ello porque los poderes públicos no pueden imponer una concepción sobre el inicio de la vida que anule los derechos de una mujer embarazada. La personalidad puede ser determinada (libremente) entonces al momento de la concepción, de su movilidad, de su viabilidad o de su nacimiento.”, así también manifiesta una serie de argumentos que suscriben

los mismos por lo tanto no pueden ser objeto de ningún tipo de acto jurídico y no se transmiten por herencia.

Es interesante la conclusión un poco menos radical de Iñigo de Miguel Beriain, pero en el mismo sentido que la mía.

la personalidad del embrión: “[...] Principio del derecho a la vida. Esta opinión afirma el significado prevalente de la vida en todo conflicto jurídico, sosteniendo que se trata del derecho más fundamental de todos. La doctrina reciente le ha denominado como «*derecho germen*», en cuanto inicio de todos los demás, y constituye el supuesto ontológico que es causa y condición de todo derecho subjetivo [...]. La vida empieza con el alma. El problema de la personalidad del embrión está relacionado con el momento en que se le infunde un alma espiritual, porque desde ese instante existe un ser humano. Cabe preguntarse, en primer lugar, cuáles son los requisitos de un cuerpo para concluir que está informado por un alma humana (tomando por base la definición de alma que da Aristóteles: acto primero del cuerpo que tiene la vida en potencia; es decir, que está capacitado para recibir todas las formas plenas del sujeto adulto). La conclusión será que ello ocurre desde el momento mismo de la concepción, siendo imposible que acontezca en cualquier instante posterior [...] El cigoto, por lo tanto, posee un genoma absolutamente único, que le confiere identidad humana y lo distingue de cualquier otro [...] Así, el organismo humano comienza con la fecundación, pues en el cigoto se encuentra todo lo necesario, cuantitativa y cualitativamente, para alcanzar la forma definitiva del adulto [...]. Actualidad de la personalidad del embrión (acto y potencia) [...] la personalidad no es simplemente potencial en el embrión: es persona desde la misma fecundación, porque el cuerpo ya tiene en ese momento la virtualidad de recibir el alma. Lo que sí resulta potencial es el despliegue operativo de sus accidentes exteriores y el uso de sus capacidades, pero eso también ocurre con los niños ya nacidos, pues es preciso esperar bastante más tiempo que la etapa intrauterina para que alcancen el pleno uso consciente y responsable de su facultad intelectual [...]. El ser humano en toda su plenitud no puede sino estar perfectamente contenido en su momento inicial, es decir, en el momento en el que el acto formativo da inicio al proceso de desarrollo, con todas sus consecuencias. En este sentido, la no disponibilidad de la vida intrauterina nunca ha sido realmente un problema desde el punto de vista metafísico.”, “Consideraciones sobre la personalidad del embrión”, en *La bioética. Un reto del tercer milenio*, op. cit., pp. 99-106.

“... Sin el punto anterior ya hemos mostrado una seria objeción a la consideración del embrión como cosa, es precisamente en el condicionante que nos resta analizar en el que se ve de forma más clara toda la problemática que implicaría atribuir al embrión semejante condición. En este sentido, debemos reflejar aquí que se nos hace muy complicado pensar que el embrión pueda ser objeto de propiedad sin atentar con ello contra la dignidad humana que, como hemos visto anteriormente, constituye uno de los valores esenciales de la Bioética. En lo que a esto respecta, no debemos olvidar que el embrión, como tal, es un ser de naturaleza humana, con su propio código genético, diferente al de todos los demás miembros de la especie humana. Por su propia naturaleza, contiene una característica esencial que le hace elevarse por encima de todas las demás cosas: la posibilidad de llegar a convertirse en una persona: Esto, por supuesto, no significa que sea un equivalente a la persona humana, pero sí implica que comparte la dignidad asociada a la misma.

Esta circunstancia, la posesión de una dignidad humana, hace que, de hecho, sea imposible considerar al embrión como una mera cosa, como un simple objeto de derechos, por cuanto, de acuerdo con el principio de respecto a la dignidad humana, no cabe hablar de un derecho de apropiación sobre un ser humano. Por este mismo motivo, tampoco podría hablarse de libertad de disposición sobre la vida del embrión sino que, en cuanto que ser digno, debe ver su vida protegida por el Derecho, de forma que no pueda eliminarse gratuitamente.

La conclusión de todo lo anterior es que, aún cuando algunos autores defiendan lo contrario, no parece apropiado considerar al embrión como una cosa desde el punto de vista del Derecho. Más bien,

sería lo adecuado considerar que se trata de un ser humano en un estado pre-personal, pero que, sin las circunstancias se lo permiten acabará derivando en una persona. No es, por tanto, una persona, pero tampoco una cosa, lo cual implica que hemos de respetar su dignidad en cuanto que ser de naturaleza humana, aunque esto no suponga en ningún caso reconocer al embrión como sujeto de derecho. No es un sujeto, ni es un objeto: es un ser que llegará a convertirse en sujeto de derechos, y ésa es, precisamente, la razón por la que no debería ser tratado como un objeto.

Por ello, creemos que existe motivos más que suficientes para proteger al embrión humano desde el mismo momento de la concepción, con independencia de que lo consideremos o no como persona, y posea o no los derechos fundamentales asociados a la misma.

3.3 El estatuto del embrión humano en el derecho positivo

Si alguna conclusión se puede extraer de todo lo expuesto en el apartado precedente, es que no hay acuerdo unánime en la doctrina jurídica acerca del estatuto que ha de otorgarse al embrión humano. Por eso mismo, creemos que, llegados a este punto, resulta de una importancia esencial exponer detalladamente las líneas maestras que ha seguido el Derecho positivo sobre esta cuestión. Sistemáticamente comenzaremos por analizar la situación antes de la aparición de la fecundación *in Vitro*; después, pasaremos a estudiar todos los cambios derivados de las modificaciones producidas por la introducción de esta técnica; por último, nos centraremos en la situación actual del Derecho positivo, haciendo especial hincapié en algunos de los documentos internacionales mas importantes sobre esta materia.

Asimismo consideramos que, al tratarse de personas y no de simples bienes, el destino natural es buscar su nacimiento, el problema es cómo y quién decide a qué mujer deben implantarse, consideramos que la decisión estará a cargo de quienes ejerzan la patria potestad (misma que debe entenderse como real y efectiva sobre los *nasciturus* en cuestión), en otros países como en España en determinado plazo se destruyen los embriones sino han sido destinados.

Maternidad subrogada (Madre por alquiler)

Este método es posible gracias a la fecundación *in vitro* y consiste en gestar un ser que procede genéticamente de otra mujer.¹⁷⁰ Se ha utilizado en el caso de mujeres fértiles pero que,

¹⁷⁰ Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni manifiestan: “Alquiler de vientre. Ya señalamos que, en algunos países, se ha desarrollado la práctica de agregar, al hecho de la gestación del embrión formado con óvulo de una mujer en el vientre de otra, un negocio oneroso, cual es la locación del vientre de la madre portadora. Incluso, han proliferado los intermediarios para la obtención de vientre para alquilar... Las recomendaciones de los organismos internacionales y entidades científicas que se ocupan de los temas

por diversas circunstancias físicas, no pueden gestar. De esta práctica pueden surgir los siguientes problemas:

- 1) Que la mujer gestante desee quedarse con el hijo.
- 2) Que antes del nacimiento se detecte alguna anomalía en el bebé y la madre genética solicite el aborto o se niegue a aceptarlo.
- 3) Que la gestante muera en el parto.

atinentes a la fecundación asistida, sostienen la necesidad de proscribir los contratos onerosos de alquiler de vientre; no obstante, algunas legislaciones y las recomendaciones de diversos organismos internacionales reconocen su admisibilidad en caso de que se trate de un acuerdo gratuito, fundado en razones de solidaridad o en el afecto [...]. Desde la perspectiva del hijo, este tipo de acuerdos que obligan a hablar, se quiera o no, de una madre biológica y una madre portadora, provocan inicialmente una situación de incertidumbre acerca de la filiación. Respecto de la determinación de la maternidad, estos acuerdos quiebran el principio tradicional de que el parto sigue al vientre [...] que ha permitido atribuir al hijo sin necesidad de reconocimiento de la mujer que ha dado a luz. Ello crea la consiguiente incertidumbre en la relación materno filial, ante un conflicto de intereses: maternidad biológica derivada del aporte genético del óvulo fecundado y maternidad legal, o determinada legalmente, por la prueba del parto [...]", *op. cit.*, pp. 475 y 476; véase también Chávez, *op. cit.*, pp. 59-63.

4) Que los padres genéticos se divorcien.

El problema relativo a la filiación se tratará en el último subapartado del presente capítulo.

Ahora bien, en México no existe regulación alguna del contrato que se debe celebrar entre la madre genética (y en su caso su marido) y la mujer que rentará su matriz; obviamente, en él deben preverse las soluciones —que en ningún momento podrán ir en contra de las leyes— a todos los problemas, como los enunciados anteriormente. Asimismo, es aconsejable que dichos contratos se celebren o ratifiquen o ante una autoridad judicial o administrativa o ante un fedatario público, consideramos que estos contratos tendrán obligaciones de hacer o de no hacer como serían los actos de cuidado de la gestante, (como comer bien, dormir bien) o las omisiones (no fumar, no tomar drogas o alcohol).

d) Reproducción asexual

La clonación humana “es el proceso mediante el cual, sin la unión de dos células sexuales y a partir de la implantación del núcleo de una célula con una dotación cromosómica completa en un óvulo al que previamente se le ha extraído un núcleo, se obtiene un ser humano genético idéntico de aquél a quien le ha sido extraída la célula dotada de la totalidad del cromosoma”.¹⁷¹

La clonación no es un medio de reproducción asexual que surgió gracias al avance de la ciencia, es en la naturaleza en los seres inferiores que no pueden reproducirse sexualmente que se presenta.

Encontramos diversos casos, como las amebas o las células que al dividirse forman otras idénticas e independientes, y es

¹⁷¹ Vid. Alberruche Díaz Flores, *La clonación y selección de sexo ¿derecho genético?*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 19.

precisamente esa división la forma mediante la cual se reproducen.

Las estrellas de mar al perder un brazo lo regeneran y el brazo separado forma una nueva estrella de mar independiente.

En estos casos estos seres tienen el mismo ADN y este fenómeno es en realidad una clonación natural.

El ADN en los seres humanos es distinto en cada persona, ese ADN es pues lo que los individualiza y distingue incluso las células germinales (espermatozoides y óvulos) tienen un ADN distinto del progenitor y entre sí.

Sin embargo existe una excepción en el caso de los gemelos univitelinos que es cuando se fecunda el óvulo por un solo espermatozoide y este cigoto se divide en dos compartiéndose un mismo ADN, lo que no ocurre en el caso de los hermanos que son el resultado de la fecundación de dos óvulos distintos.

Se llama reproducción asexual, porque no hay unión de células de personas de diferente sexo. Y es una forma de dar vida de una forma diferente a la natural,¹⁷² en las personas.

¹⁷² Aitziber Emaldi-Cirión indica: “[...] ha de tenerse en cuenta el Protocolo al Convenio de Biomedicina del Consejo de Europa, relativo a la Prohibición de la Clonación de Seres Humanos [...]. De conformidad con este Protocolo se prohíbe cualquier intervención que tenga como finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto, entendiendo a estos propósitos como ser humano «genéticamente idéntico» a otro ser humano aquél que tenga en común con otro el conjunto de los genes nucleares... De acuerdo con la dicción literal del precepto, esta prohibición no incluye la clonación de células y tejidos con fines de investigación y para su aplicación en medicina. Sin embargo, el Protocolo no indica si tal prohibición ha de ser de naturaleza penal o administrativa, sino que la opción por una u otra vía corresponde tomarla a los Estados parte del Convenio. En definitiva, no se prohíben las técnicas de clonación en sí mismas, sino la creación de seres idénticos por clonación [...]”, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

Asimismo Salvador Darío Bergel expresa que: “[...] El estudio y aplicación de técnicas de clonación es uno de los temas más controvertidos tanto en el campo ético como en el plano jurídico. Es que... la clonación es un procedimiento que pone al ser humano una vez más frente a las preguntas últimas de la existencia. El asunto no es si la técnica es en sí misma buena o mala, sino cuales son los objetivos que el ser humano quiere alcanzar con ella. El problema no es tanto de medios cuanto de fines; lo que está aquí en juego [...] es la moralidad de los fines de la vida humana. Según el fin perseguido, tendríamos clonación con fines de reproducción humana y clonación con fines terapéuticos (que no persigue la reproducción humana). La aplicación de técnicas de clonación en la reproducción humana ha sido desde largo tiempo reprobada en documentos internacionales, declaraciones, resoluciones y legislaciones nacionales... La Declaración de la UNESCO sobre los Derechos Humanos y Genoma Humano menciona a la clonación con fines de reproducción de seres humanos como un ejemplo de práctica contraria a la dignidad del ser humano [...], dejando abierta una puerta a la clonación no reproductiva. El Convenio Europeo de Bioética [...] protocolo adicional [...]. En sus fundamentos se destacó que en la instrumentalización de seres humanos, a través de la creación deliberada de seres humanos

Desde mediados del siglo pasado se descubrió que todas las células en su núcleo contienen todos los cromosomas que constituyen el código genético de una persona, por lo que si se logra extraer de la célula y se colocan en otra célula desprovista de núcleo, se logra un ser idéntico a otro.

La clonación en animales de manera artificial se práctico primeramente en ranas en el año de 1952 en Filadelfia en un Instituto de Investigaciones del Cáncer, donde se dieron cuenta que era más exitosa la clonación en células embrionarias jóvenes.

Fue hasta 1986 en Inglaterra, cuando se logro por el doctor de apellido Willadsen, el nacimiento de un cordero proveniente de una clonación embrionaria, siguiéndose la experimentación en

genéticamente idénticos, es contraria a la dignidad del ser humano y constituye así un abuso de la biología y de la medicina, a lo que agrega las graves dificultades de orden médico, psicológico y social que tal práctica biomédica deliberada podría acarrear para los sujetos involucrados en ella [...]”, “Genoma humano”, publicado en *Reflexiones en torno al derecho genómico*, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

mamíferos distintos como son ovejas, vacas, conejos, cerdos y cabras.

En Francia en el año de 1993 se logra el nacimiento de cinco terneros partiendo de una sola célula embrionaria, posteriormente en 1995 en Escocia se anuncia el nacimiento de dos corderas.

Todos los casos anteriores se lograban de células embrionarias, que no logran ser copia exacta de una célula adulta, fue hasta el año de 1996 que se logra la clonación animal partiendo de una célula adulta en el caso de la oveja “Dolly”¹⁷³.

¹⁷³ “¿Cómo se había logrado este resultado?

En la especie ovina hoy se distinguen unas cuantas razas de ovejas. Por otro lado, el ADN del núcleo de una célula posee una estructura propia individuante, diferente a las de cualquier otro animal de la misma especie. La madre de la oveja Dolly (madre 1) o si se prefiere la fundamental de las tres mamás que ha tenido, era una oveja de seis años, de raza Finn Dorset, que estaba preñada en el momento en el que se le extrajeron algunas células mamarias.

La mamá número 2 era una oveja de raza escocesa de cara negra cuyos ovarios habían sido estimulados hormonalmente.

La madre número 3 era la portadora del vientre, por lo que no aporta nada propio al genoma de Dolly.

Ahora bien en humanos, se han citado algunos casos, los cuales debido a las prohibiciones no están comprobados, se ha señalado que el primer caso se realizó en 1976 por un Doctor de apellido “Shettles” quien inserto una célula masculina en un

En el laboratorio se extrajo de la mamá número 2 un ovocito no fecundado. A este ovocito se le extirpó el núcleo, operación no muy complicada, casi rutinaria.

En una probeta se fusionaron con la ayuda de una pequeña descarga eléctrica el ovocito enucleado y la célula somática de las dos primeras mamás.

El embrión resultante fue transferido al útero de la madre portadora. Meses más tarde nació Dolly, aparentemente con buena salud.

El experimento resultó después de 277 intentos con células adultas, pero quedan sin aclarar del todo algunos puntos importantes a los que podríamos llamar las dificultades teóricas para una clonación.

Se conoce que toda célula eucarionte consta de tres partes fundamentales: membrana, citoplasma y núcleo. Este último posee una membrana propia, que lo separa del citoplasma, pero a la que se puede considerar como parte del núcleo.

Por otra parte la membrana que separa la célula del medio ambiente exterior la podemos considerar como parte o frontera propia del citoplasma.

De esta forma existen dos partes fundamentales: núcleo y citoplasma. Pero es necesario precisar que en el caso de la oveja, únicamente se extrajo un núcleo de las dos células fusionadas, por lo que el embrión resultante existía una combinación de dos citoplasmas y un solo núcleo.

Se ha precisado que el mensaje genético está contenido en el ADN, los cromosomas y sus componentes los genes, que se domicilian en el núcleo.

Sin embargo en el citoplasma existen unos corpúsculos llamados mitocondrias en cuya composición se encuentra también una cierta cantidad, muchísimo menor que la del núcleo de ADN.

Debido a que en el citoplasma fusionado del embrión existen mitocondrias provenientes de las dos primeras, en cantidad y cualidad distintas, se preguntaron los investigadores:

¿Resultan incompatibles entre sí para una buena gestación y el desarrollo uterino de Dolly?

La respuesta a la primera pregunta es evidente ya que Dolly nació de forma equivalente a la de un sano y robusto bebé de 3.5 kilos, por lo tanto son incompatibles.” Vid. Flores Trejo, F., “*Bioderecho*”, Porrúa, México, 1004 p. 241-242.

ovario sin núcleo, el cual se comportó como un ovario fecundado por espermatozoide, dividiéndose sucesivamente.

Se señala que en 1978 un hombre multimillonario costeo las investigaciones y los procedimientos para clonarse. También se ha señalado sin mencionarse el nombre, el caso de un doctor que en Inglaterra ha clonado varios embriones humanos.

En octubre de 1993 dos científicos de apellidos “Itall” y “Stillman”, en Washington, en la universidad del mismo nombre lograron realizar una gemelización artificial dividiendo un embrión en dos¹⁷⁴.

¹⁷⁴ “Así, en octubre de 1993, en el Laboratorio de Fertilización In vitro del Centro Médico de la Universidad de George Washington, los científicos Jerry Hall y Robert Stillman lograron separar las células de un embrión humano creando otro; es decir, un embrión duplicado.

Sobre este experimento genético surgieron un sinnúmero de preguntas acerca de la factibilidad, licitud e implicancia. Pero la pregunta que ha quedado latente para muchos científicos y profanos en el área de la ingeniería genética es ¿cómo lo lograron?

Según versiones fue de la siguiente manera:

- 1) Extrajeron el óvulo de una mujer.
- 2) Lo colocaron en un recipiente con sustancias nutrientes.
- 3) Le añadieron esperma de un varón.
- 4) El recipiente que contenía los materiales genéticos fue introducido en una incubadora a 37° grados.

El problema de la clonación con independencia de la cuestión ética es que se frena la evolución, ya que en la reproducción sexual al unirse dos informaciones genéticas se crea un nuevo ADN y estas mutaciones son verdaderos medios de defensa frente al ambiente, ya que de esta forma se vuelven inmunes a factores externos que antes de la evolución podían terminar con la especie. Por eso en la clonación al ser el mismo ADN tiene las mismas limitaciones.

5) El óvulo fue fecundado por varios espermatozoides, lo que implicaba que el embrión era inviable.

6) Comienza la experimentación a efecto de clonarlo.

7) Dejaron el óvulo fecundado en la incubadora para que continúe su proceso de desarrollo.

8) Alrededor de las 12 y 18 horas se había producido la primera división celular del embrión.

9) Con un micromanipulador y un aspirador especial se sujeto al embrión de dos células y se le quitó la zona pelúcida (capa protectora).

10) Se procedió a separarlo en dos (hemiembrión) y a cada una de estas células se les revistió de una nueva zona pelúcida artificial (obtenida de algas).

11) Cada célula fue colocada en un platillo distinto y se introdujo en la incubadora.

12) Al día siguiente, en cada platillo no había una célula sino dos.

13) A los seis días cada célula se había multiplicado 32 veces.

14) Finalizó el experimento.

Los científicos sostuvieron que esta técnica ayudaría a las personas estériles a tener hijos, ofreciendo más posibilidades de gestación que la fecundación in Vitro.” Vid. Varsi Rospiglios, E., *“Derecho y Manipulación Genética”*, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, Perú, p. 83 y 84.

Incluso para algunos autores,¹⁷⁵ es más perfecta la clonación natural en el caso de los gametos univitelinos.

En China y Corea a principios de siglo se informa que se habían realizado procesos de clonación en células embrionarias no con fines reproductivos sino con la finalidad de obtener células madre, de las cuales es posible crear cualquier tipo de órganos inclusive el cerebro.

El tema ético cobra aquí gran relevancia en virtud de que si crean embriones por medio de este procedimiento, en realidad se están creando personas a las cuales se les priva de la posibilidad de nacer y únicamente se les usa para el fin científico egocéntrico de que se trata.

Este procedimiento de manera resumida se practica como detallo a continuación:

¹⁷⁵ Idem. Vid. Flores Trejo, F., *"Bioderecho"*, Porrúa, México, 1004 p. 241-242.

- a) Se obtiene un ovario de una mujer.
- b) Se le quita el núcleo a dicho ovario.
- c) Se extraen de la mujer células cúmulo que se insertan en el ovario.
- d) Por medio de un proceso químico se activa el proceso reproductivo y cuando se producen cien células madre, se extraen.
- e) Dichas células madres se utilizan para la atención de padecimientos de distinto tipo.

Derivado de lo anterior nos damos cuenta que si se pudiera realizar en humanos el ser clonado, tiene la dotación cromosómica total de la persona de la que deriva, a diferencia

de lo que sucede con las personas que surgen de la unión de las células germinales masculina y femenina de donde derivan doce cromosomas que se unen y forman la nueva información genética de una persona. La clonación en los seres humanos, contrario a lo que se piense no sería un avance, sino un retroceso, ya que la reproducción asexual es la forma más primitiva de reproducirse, como señale anteriormente se da en seres inferiores.

La reproducción sexual lo que ha permitido es la evolución en los seres humanos, y en las demás especies ya que su información genética contiene elementos para superar el medio ambiente.

Adicionalmente es una de las maravillas de la creación que esta información genética sea distinta en todos los seres humanos, es lo que le da una individualidad a la persona.

Ahora bien ¿Cuáles son las razones que esgrimen para realizar clonación en los seres humanos? en realidad son básicamente dos:

1.- Como un medio para la curación de enfermedades mediante la obtención de células madre capaces de regenerar cualquier órgano o tejido.

2.- Para crear nuevos seres humanos.

En ambos casos son reprobables, en el primero en virtud de que el fin no justifica el medio, ya que se genera un embrión que es persona y se le mutila para obtener sus células a fin de aprovecharse por otros.

En el segundo caso, no se priva de vida al ser, si no que se le da vida buscando que sea idéntico a otro. ¿Para que? Algunos consideran que sería maravilloso general un clon de un genio, artista o líder, sin embargo se les olvida que un clon implica que

tiene la misma información genética, pero sería una persona distinta con voluntad y decisiones propias.

Como el ejemplo de sacar una copia del boleto de lotería premiado, esto no quiere decir que la copia nuevamente obtenga el premio. Adicionalmente el ser producto de la clonación carecería de individualidad al tener la misma información del otro del cual deriva, lo cual también trae consigo una falta de confidencialidad en cuanto al destino genético, en relación con padecimientos, debilidades, enfermedades, las cuales conocería del ser humano del cual deriva. Considerando que la ignoración del porvenir es también un derecho, así como la confidencialidad de esa identidad genética, que con la clonación se pierde.

El clonar a alguien, es querer que el ser producto de la clonación realice un fin determinado lo que implica atentar con la autodeterminación de las personas, “el libro albedrío”. El

nacimiento natural de un ser humano es aleatorio como también lo es el destino del mismo.

La clonación no se ha considerado admisible desde el punto de vista ético y es por eso que distintos ordenamientos jurídicos a nivel mundial la han prohibido tal vez respondiendo a la invitación de la declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos de 1997.

Es así como la carta de los derechos fundamentales de la unión europea prohíbe la clonación reproductiva en seres humanos. En España al igual que el Distrito Federal se sanciona con un tipo penal.

En el Código Penal para el Distrito Federal este método de reproducción asistida se encuentra prohibido en el artículo 154 que señala:

ART. 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

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

II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Sin embargo no obstante las prohibiciones se sabe que Inglaterra, Australia y Estados Unidos, siguen realizando investigaciones en este campo.

Considero que el manipular células humanas corre adicionalmente el riesgo de variar su esencia, en los aspectos biológicos, genéticos y corporales, pudiendo incluso llegar a crearse una especie distinta de seres humanos.

La clonación incluso ha permitido que parejas homosexuales que por procedimientos naturales no pueden tener un hijo, considerar por este medio lograrlo, compartiendo este hijo algo en común con los progenitores.

En el caso de dos mujeres puede una aportar el óvulo y la otra la información genética, en el caso de dos hombres se complica, pero el problema es que la soberbia de los seres humanos no les permite aceptar las reglas perfectas de la naturaleza.

Como se ha señalado anteriormente la clonación implica un retroceso y es contrario a la evolución, y en caso de permitirse no solo producir a desordenes genéticos graves, sino la perdida de vida de millones de personas, a las que discriminatoriamente se les denominan como embriones.

Existen tres tipos¹⁷⁶ de clonación que son:

¹⁷⁶ “Un clon es un individuo o grupo de individuos de idéntica constitución genética nuclear, que procede (n) de un único individuo mediante multiplicación asexual, siendo fenotípicamente muy semejante (s) al individuo del que deriva (n). Así, cuando nos referimos a la clonación en el

1.- Partición de embriones tempranos.

2.- Transferencia de núcleos provenientes de células embrionarias o fetales de seres no natos.

caso de los animales aludimos al proceso de producción de organismos genéticamente idénticos (CEBC 1999, PÁG. 49-50). En la actualidad se consideran como métodos de clonación: la partición de los embriones preimplantatorios (o gemelación artificial), la transferencia de núcleos de células embrionarias o fetales (o paraclonación), y la transferencia de núcleos de células provenientes de individuos ya nacidos (o clonación en sentido estricto). Estos métodos conducen a la generación de individuos idénticos entre sí sin tener en cuenta si la progenie generada es idéntica o no a los progenitores. En la división gemelar no hay un modelo genético anterior en el tiempo que se replica, sino que el punto de partida es un embrión, fruto de la unión de un espermatozoide y un óvulo, que se divide dando lugar a dos o más embriones con la misma información genética.

En cambio, en la técnica de la transferencia nuclear la aportación genética nuclear procede en exclusiva del núcleo de una célula somática obtenida de un embrión o de un feto o de una persona. La célula somática tiene la totalidad de la dotación cromosómica y no sólo la mitad, como sucede con los gametos o células germinales. En esta técnica se transfiere el núcleo de una célula somática a un óvulo o a un cigoto enucleado. Mediante descargas eléctricas se consigue que el núcleo se una al óvulo y empiece a desarrollarse como si el óvulo hubiera sido fecundado por un gameto masculino. El huevo se encuentra con todo el equipamiento genético necesario para desarrollarse como ser humano, sin haber sido previamente fecundado por un espermatozoide. El resultado es un ser casi genéticamente idéntico a aquél del cual se extrajo la célula cuyo núcleo fue transferido. La identidad genética no es el 100% porque las mitocondrias también contienen unos pocos genes que son aportados por el óvulo nodriza enucleado. Esta técnica puede usarse con el propósito de tener un hijo, crear un individuo con unas características iguales a la de otro anterior, o crear un embrión que pueda utilizarse para provecho médico del sujeto clonado, esto es, como banco de tejidos u órganos". Vid. Méndez Barges, V., y Silvera Gorski, C., *"Bioética y Derecho"*, Editorial UOC, Barcelona, España, 2007, p. 175.

3.- Transferencia de núcleos provenientes de individuos ya nacidos.

La partición de embriones tempranos es conocida como gemelación artificial y consiste en dividir el cigoto extraído del útero o producto de una fecundación artificial, utilizando una incubadora a 37°.

La Transferencia de núcleos provenientes de células embrionarias o fetales de individuos no natos, se realiza o al óvulo o al cigoto, que resulta de este procedimiento de clonación no va a ser idéntico del que proviene la célula ya que el óvulo o el cigoto va a poder producir variantes debido al óvulo o espermatozoide original.

La transferencia de núcleos provenientes de células de individuos ya nacidos, se realiza en óvulos desprovistos de carga

genética, por la cual es el método que puede producir un ser genéticamente igual a otra.

e) Regulación de la reproducción asistida en el Código Civil para el Distrito Federal

La reproducción asistida está regulada en muy pocos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, de los cuales la totalidad son fruto de las reformas a dicho Código, realizado en el año 2000.

En materia de filiación se habla de la reproducción asistida en los artículos 326 y 329 que son del tenor literal siguiente:

ART. 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de la fecundación asistida, si hubo conocimiento expreso en tales métodos.

ART. 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

El segundo párrafo del artículo 326 establece que el padre no puede impugnar la paternidad de un hijo si consintió la utilización de métodos o “técnicas” de reproducción asistida. Dicho artículo no especifica qué tipo de “técnicas” pueden utilizarse lo que implica que pueden practicarse todas las que no se prohíban por la ley.

La parte final del artículo 329 establece que no se puede impugnar la paternidad del hijo nacido después de trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, si el excónyuge varón consintió en la utilización de métodos de fecundación asistida. Un caso aplicable sería cuando el marido fallece dejando semen congelado y la mujer lo utiliza para

fecundar un óvulo suyo o simplemente cuando exista semen congelado.

Ahora bien debe regularse esta situación ya que si el nacimiento es posterior en mas de 300 días siguientes a la disolución del vinculo matrimonial, implica que la mujer realizo en el proceso de reproducción asistida una vez disuelto el vinculo matrimonial, lo cual legalmente deberá de prohibirse, ya que lo mas lógico es que si hubo ya una disolución del matrimonio, no se quiere tener un hijo con esa persona.

La propuesta que hago al respecto es que se requiere que el hombre ratifique su voluntad en que la mujer utilice métodos de reproducción asistida con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial.

En caso de que la mujer utilice el semen del exmarido sin su consentimiento, consideramos que el si creara un vínculo de filiación entre el padre e hijo por las siguientes razones:

1.- Se tienen que proteger los derechos del hijo que jerárquicamente son superiores a los del padre.

2.- La filiación surge por un hecho jurídico, del cual se le puede atribuir la paternidad o la maternidad a alguien sin la voluntad irrelevante para ese caso.

Para evitar esta situación debe de regularse que si el semen congelado solo puede utilizarse con la autorización del que lo deposito y si este fallece debe destruirse.

Por lo tanto considera que si el marido que congeló su semen vive, él será el único que podrá autorizar su utilización durante o después de disuelto el matrimonio.

Considero que el semen no es un bien y por lo tanto no se puede disponer del mismo, por testamento.

Éstos son, en realidad, planteamientos que deben ser resueltos por el ordenamiento legal, con una técnica jurídica que pueda agotar los supuestos que generan o que pueda plantear la realidad histórica.

El artículo 360 del Código Civil Federal, que era el texto anterior a la reforma de 2000 del Código Local Federal, establece que la maternidad se prueba con el solo hecho del nacimiento, actualmente en el Distrito Federal el nacimiento no es prueba de la filiación según se desprende del actual texto del artículo 360:

ART. 360. La filiación se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia, ejecutoriada que así lo declare.

Al no quedar probada la maternidad por el hecho del nacimiento se admite la posibilidad de que se utilice una técnica de fecundación *in vitro* en una mujer “por alquiler” (maternidad subrogada).

Incluso, si la maternidad se establece por reconocimiento, se admiten infinidad de supuestos, por ejemplo, que el óvulo sea de una mujer, que el embrión se geste en otra y la que reconozca al niño sea otra.

En el capítulo del matrimonio se aborda la reproducción asistida en el artículo 162 segundo párrafo.

ART. 162.

[...]

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

De dicho artículo se deriva que los cónyuges pueden utilizar cualquier método de reproducción asistida, desde luego, siempre y cuando no esté prohibido por la ley.

Pero qué pasará si se utiliza un método prohibido: quien sea concebido o nazca por ese medio deberá ser protegido por el ordenamiento legal. De tal forma, sólo procederán sanciones penales y administrativas a los infractores.

Asimismo, el empleo de métodos de fecundación asistida por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, es una causal de divorcio según se desprende del artículo 267 fracción Vigésima del Código Civil para el Distrito Federal, y la filiación deberá atribuirse a quien genéticamente le corresponda, o sea que si le corresponde al marido a él se le atribuye, pero si el no consistió en el método y el semen es de otro.

El segundo párrafo del artículo 293 del ordenamiento civil del Distrito Federal, establece que la donación de células germinales que se haga sin el propósito de atribuirse el carácter de

progenitor no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

Lo que nos parece una solución práctica pero no moral ni jurídica. Consideramos que el ordenamiento legal debió proteger al menor, quien tiene el derecho a que su padre lo reconozca como tal, le proporcione alimentos y le de las herramientas para enfrentarse a los retos de la vida.

Moralmente toda persona tiene el derecho de saber de donde proviene y también tiene el deber de responder de sus actos y en este caso de su paternidad.

El legislador en la reforma del 2 de febrero de 2007, a este segundo párrafo del artículo 293 parece haber considerado mas fácil en la vida práctica que el donante quede desvinculado de un hijo que no quiso tener y de una mujer que no conoce, evitando que surja una filiación, una patria potestad o una obligación alimentaria no deseada por el donante (Padre Biológico), ni por la madre, sin embargo consideramos muy

desafortunada la reforma en virtud de que el parentesco por consanguinidad no debe ser una atribución legal sino una situación fáctica que reconoce el derecho y en virtud de la cual surge una situación jurídica.

Un abuelo por ejemplo puede nunca haber deseado un nieto e incluso no realizó ningún acto para tenerlo y sin embargo una vez que nace el nieto surge el parentesco.

El parentesco consanguíneo tiene su razón de ser en virtud de los lazos de sangre y no en la voluntad (como sería en el derivado de adopción) del progenitor o de los demás parientes, cuestión que el legislador no analizo debidamente.

Una solución correcta hubiere sido que al hijo producto de la reproducción asistida se le dieran el derecho a la pensión alimentaria del donante, el derecho de ser heredero legítimo del donante y en su caso que el donante estuviera excluido de la patria potestad.

También es ilógico e incluso discriminatorio que este parentesco en el caso del padre, puede o no existir y en el caso de la madre siempre existe, adicionalmente que con los métodos de reproducción asistida existentes en el proceso de fecundación y gestación, pueden intervenir distintas mujeres, por ejemplo la que aporta las células germinales, y la que presta la matriz. ¿Cuál sería la madre? ¿Y porque?

A esta interrogante, es urgente una reforma legal que lo determine, ya que actualmente es muy fácil argumentar que la filiación le correspondería a quien se haya convenido lo cual dotaría al acuerdo de voluntades de la fuerza legal para atribuir la filiación.

3.- Igualmente si bien no se indica qué debe entenderse que “se atribuyan el carácter de progenitor o progenitores”, entendemos que se refiere a que los progenitores deseen reconocer al hijo como tal.

El problema surge en como se puede probar que el donante quería atribuirse tal carácter, cuestión que el ordenamiento legal no indica y que suscitaría muchos problemas para atribuir o no la filiación y el parentesco consanguíneo.

TERCERA PARTE
LIBERTAD REPRODUCTIVA

CAPITULO VIII

LIBERTAD REPRODUCTIVA

8.1 Introducción 8.2 Evolución de su Regulación 8.3 Alcance y Contenido 8.4 Límites 8.5 Libertad Reproductiva y Aborto

8.1 Introducción

En el presente capítulo de esta obra se tratara a la libertad reproductiva, la cual como veremos más adelante es reconocida como un derecho fundamental de las personas y en virtud de la misma se han querido justificar diversas prácticas que atentan contra la vida o la integridad del nasciturus, como son todas las encaminadas a lograr la concepción mediante los métodos de reproducción asistida o el aborto.

Razón por la cual es muy importante delimitar el alcance y contenido de la libertad reproductiva de las personas, así como esclarecer si es un derecho absoluto o tiene límites y si los tiene

cuales son, también determinar hasta donde pueden intervenir el estado y si esta intervención es solo de apoyo a las decisiones que se toman o si puede influir en la decisión de parejas o incluso imponer su voluntad en el sentido de que alguien se reproduzca o no.

Entendemos por libertad reproductiva, el derecho que tiene una persona de decidir el número y espaciamiento de su descendencia, es pues el decidir si se reproduce o no, como veremos en el apartado correspondiente el contenido es más amplio, pero en esencia lo importante es lo anteriormente señalado.

Sin embargo esta decisión de “Reproducirse o no”, se ha interpretado de manera muy amplia, señalando que la decisión de reproducirse puede abarcar medios naturales como asistidos, y de estos últimos cualquier tipo de método de reproducción asistida, (incluso la clonación). Sin importar o perder de vista

que estos métodos pueden en algunos casos atentar contra la vida del nasciturus.

Por eso tratare de dejar claro cual es el alcance de este derecho, ya que se ha llegado a afirmar que se extiende hasta el “producto de la concepción” pudiendo decidir una persona si tiene o no un hijo ya concebido, dejare claro que la libertad reproductiva no se extiende hasta el nasciturus.

También el no reproducirse puede consistir, con la decisión de no tener relaciones sexuales, el de tenerlas utilizando cualquier método anticonceptivo o incluso de esterilizarse quirúrgicamente para no tenerlos, en este caso analizaremos los casos de esterilización forzada de incapaces, enfermos o mujeres.

Todo derecho tiene límites en cuanto a su ejercicio y esta limitación es la esfera jurídica de otros sujetos; esfera jurídica

que no puede ser vulnerada con el ejercicio de un derecho, en el caso de la libertad reproductiva o derecho a reproducirse, encontrara un límite en la esfera de otra persona, por ejemplo que una persona quiera reproducirse y otra no. Sin embargo como un adelanto que recalcare todo este capítulo el derecho a la vida del nasciturus no es un límite, ni tampoco puede contraponerse a la libertad reproductiva, ya que si una pareja se reproduce y concibe a un hijo ahí se agota su derecho a reproducirse por lo tanto no puede a la luz de la libertad reproductiva querer privar de la vida a su hijo, en virtud de que ya su derecho fue ejercido y solo existe el derecho a la vida del nasciturus.

Se ha pretendido afirmar que existe un conflicto entre dos derechos o dos intereses en juego, el primero el derecho a la vida del nasciturus y el segundo la libertad reproductiva de sus progenitores, (sobre todo de la madre). Cuando en realidad estos derechos no están en conflicto, ya que tiene una relación de

causalidad, donde en virtud de la libertad reproductiva, que es previa, una pareja concibe y al lograr esa concepción su derecho se agota. Y al darse la concepción el nasciturus adquiere su derecho fundamental a vivir, que siempre debe ser protegido por el ordenamiento jurídico.

También estudiare el caso en el cual en la concepción no hubo libertad de alguno de los progenitores como es el caso de la violación, o de la utilización de células germinales sin consentimiento.

Al respecto cito brevemente el caso del ex tenista profesional alemán Boris Becker, al cual se le imputo la paternidad de un hijo suyo concebido sin su consentimiento cuando una mujer utilizo el semen del tenista obtenido oralmente para inyectárselo y fecundar un ovulo, aquí *la ratio legis* fue que incluso la voluntad no es determinante para que se pueda crear un vínculo de filiación, basta con que se de la concepción de un nuevo ser

para que surjan este vínculo de filiación con los padres y de parentesco con el resto de la familia. En realidad como señalare más adelante estamos en presencia de un hecho jurídico, de donde derivan las consecuencias de derecho por ministerio de ley, siendo irrelevante la voluntad de los progenitores.

Estos vínculos de parentesco y filiación surgen del hecho jurídico consistente en la concepción de un nuevo ser humano, al abuelo o al hermano nadie le pregunto si acepta ese vínculo de parentesco con el nuevo ser, y lo anterior porque su voluntad es irrelevante.

Lo mismo sucede con los padres, aunque se violente su libertad reproductiva, ya que esta razón no alcanza al concebido quien es ajeno a dicha vulneración de la libertad reproductiva.

No omito señalar que debe de existir como se analizará a continuación una consecuencia con carácter compensatorio por la vulneración de este derecho.

Este derecho a la reproducción, se ha entendido como un derecho individual pero de ejercicio conjunto ya que normalmente se requiere de una pareja del sexo opuesto, para que por un medio natural que es la relación sexual se logre la concepción.

Efectivamente lo natural es que este derecho cuando va encaminado a reproducirse se ejercite por dos personas; en el caso de la reproducción asistida intervienen más sujetos, como son los doctores, enfermeras, las que aportan células germinales, la que aporta su útero, etc., lo que supone que deben actuar de acuerdo todas las personas en ejercicio de este derecho. Caso en el cual los médicos o personal sanitario no ejercitan el derecho a reproducirse, pero si los que aportan células o prestan el útero.

Pareciera que solo pudiera darse un caso de excepción en el que solo una persona al reproducirse ejerciera individualmente su derecho, y este caso sería la clonación, en la cual una mujer

aporta su ADN, su ovulo que es desprovisto de su información y se le aporta la derivada del ADN. Caso que en la actualidad no es posible aún de realizar.

Ahora bien la libertad reproductiva sería de ejercicio individual cuando se trata de una persona soltera que decide no procrear.

En los demás casos, o sea personas casadas que deciden procrear o no, o solteras que decidan procrear se trata de un derecho de ejercicio continuo.

La realización del acto sexual entre dos personas de distinto sexo, es el medio con el cual exteriorizan su consentimiento en el sentido de reproducirse y en ese sentido debe interpretarse esa relación sexual en caso de que exista una concepción, aún cuando ese consentimiento o voluntad es irrelevante para el surgimiento de las consecuencias de derecho. Es en las uniones estables protegidas por la institución del matrimonio, que este

vínculo jurídico es el regulador de las relaciones sexuales que se dan entre los cónyuges del cual se desprende que el fin primordial es el de procrear. Lo anterior ha sido históricamente la justificación de la regulación de la institución del matrimonio en la que la principal finalidad del mismo es la de procrear a la especie.

Actualmente en el Distrito Federal se le ha quitado al matrimonio como finalidad la de procrear a la especie, quedando solo como una posibilidad.

Lo cual es por esta tendencia de pretender defender a las minorías aún si de esta defensa se atenta contra la vida del concebido, o contra la institución del matrimonio; pretendiendo justificar esta defensa en la incorrecta interpretación del alcance y jerarquía de los derechos, como es el caso de la libertad reproductiva, lo que se demostrara en el presente capítulo.

8.2 Evolución en la Regulación.

La protección y reconocimiento a la libertad reproductiva, ha llevado un proceso evolutivo a nivel legislativo que inicia de manera indirecta en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en este instrumento internacional en el artículo 25 en sus numerales 1 y 2.

En dichos numerales se señala que toda persona tiene derecho para si y su familia a un nivel adecuado que le asegure bienestar y salud.

Se señala también que la maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

De lo anterior se reconoce que las personas pueden formar una familia y que esta debe de ser protegida por el estado y que las madres embarazadas y sus hijos deben tener cuidados especiales.

Con lo cual se reconoce que debe existir una protección estatal a las familias que se forman, las cuales surgen por medio del ejercicio de la libertad reproductiva.

También en dicho ordenamiento se señala que todos los hombres y mujeres tienen derecho a fundar una familia.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1966, los Estados parte en el mismo acordaron que se debe de proteger a las mujeres antes y después del parto; lo que es un reconocimiento a la protección que debe tener tanto el nasciturus como la mujer derivados del ejercicio de la libertad reproductiva. Se reconoce también que los estados parte deben de garantizar el derecho de salud física y mental más alto posible a todas las personas, indiscutiblemente la libertad reproductiva es un tema de salud pública.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se establece en el artículo 23 numeral 2 un reconocimiento al hombre y a la mujer a fundar una familia, lo cual constituye un reconocimiento a libertad de reproducirse, es este el primer instrumento internacional en el cual se reconoce este derecho.

El primer concepto de libertad reproductiva fue aportado en la conferencia internacional de derechos humanos de Teherán en 1968 en la cual se señala “que los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”.

En el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969) se reconoce la protección al derecho a la vida desde la concepción y en el Protocolo Adicional a la Convención antes citada (Protocolo San Salvador de 1988) se reconoce el derecho a toda persona a constituir

familia, reconociendo también el derecho de las madres a recibir atención y ayuda antes y después del parto.

En la conferencia mundial de Bucarest de 1974 se reconoció como titulares del derecho de Libertad Reproductiva no solo a los padres, sino también a cualquier individuo, estableciéndose que deben de tener el derecho de disponer de la información, educación y demás medios necesarios para la protección de este derecho.

La convención sobre los derechos del niño de 1989 protege a los niños señalando que son niños los menores de 18 años y que tiene derecho a la vida, cito este instrumento internacional porque a mi juicio reconoce el derecho a la vida del nasciturus en virtud de ser menor de 18 años, también considero que se protege el efecto principal del ejercicio del derecho de libertad reproductiva o sea a los niños, esto no quiere decir que estos sean parte de este derecho o que el mismo se extienda a los

mismos. También este documento establece la obligación de asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal.

En la Conferencia Internacional sobre la población y el desarrollo de el Cairo de 1994 se establece la acepción de libertad reproductiva como “la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no y con que frecuencia”.

En México la libertad reproductiva actualmente esta regulada en el segundo párrafo del artículo 4º constitucional que establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable, informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos”.

Ahora bien este artículo 4º constitucional ha tenido un proceso evolutivo desde la promulgación de la Carta Magna en 1917, en

su origen era una copia del artículo 4º de la Constitución Federal de 1857 relacionado con la libertad de trabajo.

Se ha considerado que este artículo 4º actual es muy amplio y que en el mismo se han querido reconocer diversos derechos fundamentales de acuerdo a la influencia internacional en materia de derechos humanos lo que ha provocado que en este dispositivo legal se regulen distintos derechos fundamentales, muchos de los cuales no se regulan a profundidad y no están tampoco directamente relacionados con los demás derechos que se mencionan.

Así se regula la igualdad entre el hombre y la mujer, el derecho a la salud, a la alimentación, a la vivienda, al medio ambiente, a los recursos hidráulicos, el acceso a la cultura y al deporte, y por supuesto a la libertad reproductiva.

Este artículo 4º ha tenido 8 modificaciones hasta su regulación actual, y ese el 31 de diciembre de 1974 que se regula a la libertad reproductiva, adicionado el 2º y 3º párrafo que literalmente señalan lo siguiente que hasta la fecha no ha sido modificado “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informando sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.

En base a lo anterior nos damos cuenta de que la libertad reproductiva esta reconocida en el ámbito constitucional desde 1974, y en realidad poco se ha escrito y se ha estudiado en relación con este derecho, el cual se ha utilizado como la principal arma en contra del derecho a la vida del concebido.

Dicho artículo 4º ha tenido diversas reformas (7 más) en las cuales sucesivamente se ha regulado el derecho a la salud, a la

vivienda, los derechos de los indígenas y al medio ambiente, a los derechos de los niños y niñas.

Ahora bien han pasado tres décadas desde que se realizó la reforma en la cual se recalca la igualdad entre el hombre y la mujer y se prevé la libertad reproductiva.

Es interesante el destacar esta vinculación entre la igualdad de ambos géneros y el derecho a reproducirse, con lo cual la constitución reconoce de manera topográfica que en concreto en lo que se refiere al ejercicio de este derecho son iguales el hombre y la mujer, y lo recalco ya que en virtud de una actitud proteccionista de la mujer se le ha querido reconocer que ella está en posición mejor que el hombre para decidir en esta materia lo anterior en virtud de que en el seno materno es donde se desarrolla el nasciturus.

Es así que a la luz de la libertad reproductiva erróneamente se han considerado dos argumentos.

1.- La libertad reproductiva se extiende al nasciturus, ha decidir si nace o no.

2.- Esta decisión respecto al nasciturus le corresponde a la mujer y no al hombre.

Como veremos más adelante lo anterior es erróneo, ya que la libertad reproductiva encaminada a la reproducción es un derecho que se ejercita en igualdad por el hombre y la mujer. Y segundo, al lograrse la concepción ya se ejercito la libertad reproductiva por la cual el decidir respecto al destino del concebido escapa del alcance de este derecho.

Sin embargo hay quienes consideraron que este artículo 4º no se refiere a la libertad reproductiva, ni al derecho a la procreación

por tratarse de capacidades humanas naturales¹⁷⁷, en las cuales el estado no puede inmiscuirse.

Al respecto coincido como se señalara más adelante que el estado no puede limitar este derecho, sin embargo si debe de reconocerlo y protegerlo. Lo cual sucede con toda la regulación de los derechos fundamentales donde el estado los reconoce a través del constituyente como una barrera de defensa de la esfera individual que el estado no puede vulnerar.

También destaco que el reconocimiento de la libertad reproductiva es vago e incompleto, ya que del análisis del precepto constitucional en estudio encontramos en tutela lo siguiente:

¹⁷⁷ Cfr. Madrazo, J., y Cottom, B., “artículo 4º” en derechos del Pueblo Mexicano, tomo I, México, p 529.

1.- La libertad reproductiva, encaminada a reproducirse ya que se refiere al número de hijos y al esparcimiento entre el nacimiento de estos.

2.- Establece que este derecho es libre, por lo cual nadie puede obligar a otro a reproducirse o a no reproducirse bajo ninguna circunstancia.

3.- Reconoce que el ejercicio de este derecho debe realizarse con responsabilidad, lo cual implica tener la capacidad de entender y de querer las consecuencias jurídicas que el ejercicio de este derecho pueden traer consigo.

4.- Informada, lo que si implica una obligación estatal de brindar a los particulares toda la información que sea necesaria para que puedan ejercer de manera adecuada este derecho.

Sin embargo en líneas atrás señalaba que este derecho se regula de manera incompleta, lo anterior lo señalo, ya que no contempla las siguientes:

1.- El derecho a no reproducirse, consistente en no querer tener hijos.

2.- La obligación del Estado de tener los medios necesarios de protección, atención, cuidado de las personas que ejerzan este derecho; lo cual para algunas queda comprendido en el derecho a la salud que considere debe entenderse extendido al concebido en virtud de tratarse de una persona.

3.- El derecho de acceder a servicios de salud reproductiva.

4.- El derecho a recibir atención en caso de infertilidad y esterilidad.

5.- El derecho a obtener atención ginecológica antes y después del parto.

8.3 Alcance y Contenido

Para el estudio del alcance y contenido de la libertad reproductiva debemos de entender que:

La etimología de procrear implica una cooperación con otra persona para engendrar, o sea cooperar para procrear¹⁷⁸ .

¹⁷⁸“En primer lugar, nos preguntamos el significado y alcance del vocablo “procrear”. El Diccionario de la Real Academia Española establece que es una palabra que proviene del latín –procreare- y significa engendrar, multiplicar una especie. A su vez, “engendrar” vocablo latino ingenerare se acepciona como “procrear, propagar la propia especie”. Ahora bien, a acepción como preposición del vocablo “pro” nos indica “a favor de o en beneficio de alguien o algo”. De allí podemos deducir, junto a Juan Masiá Clavel, que procrear es precisamente “cooperar a crear: participar activamente a la vez que se recibe como don el fruto de esa creatividad”. Coopera a crear la naturaleza cuando no existen afecciones que impidan la fertilización, y también cooperan con la naturaleza quienes colaboran desde la ciencia ante la infertilidad. Esta cooperación para la creación del nuevo ser encuentra su más preciada génesis en el derecho a la procreación natural o asistida, ensamblado en la libertad que desde la letra de las constituciones se garantiza en las sociedades en la que la democracia se ha instalado”. Vid. Arribere, R., *Bioética y Derecho “Dilemas y Paradigmas en el Siglo XXI”*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina. p. 235.

Algunos autores entienden que esta cooperación en la reproducción natural se da entre la pareja; y también por todos los que intervienen con métodos de reproducción asistida para lograr la fertilización del ovulo.

Por lo anterior nos queda claro que la libertad reproductiva cuando va encaminada a la procreación se caracteriza por un ejercicio conjunto de este derecho entre los progenitores.

En cambio puede también manifestarse y ejercerse de manera individual, cuando no se busca la procreación como sería el caso de decidir no reproducirse y por lo tanto no tener relaciones sexuales o tenerlas utilizando métodos anticonceptivos.

También podemos concluir que nadie puede obligar a otro a tener o dejar de tener relaciones sexuales, o a utilizar o dejar de utilizar métodos anticonceptivos.

Tal vez algunos pueden alegar en las legislaciones donde se establece como finalidad del matrimonio la procreación, que existe el llamado “Debito Conyugal”, es decir el deber que tiene un cónyuge de tener relaciones sexuales con el otro para lograr la procreación.

Esta es pues la única excepción (discutible) que encontramos a la libertad de una persona de decidir si se reproduce o no lo hace, obviamente este “Debito Conyugal” tiene en contra otros derechos que se le pueden oponer validamente.

Ahora bien es importante para entender el alcance de este derecho, dejar claro que procede de un derecho fundamental de primera generación que es la “Libertad”.

La libertad en una de sus dimensiones esenciales¹⁷⁹, va vinculada con el desarrollo del ser humano, tanto de manera

¹⁷⁹ “La libertad en los regímenes democráticos actuales tiene dos dimensiones esenciales: 1) la que posibilita el desarrollo libre del sujeto individualmente o

individual como social, así pues en esta esfera individual, el ser humano tiene la libertad de “autodeterminarse” de decidir lo que crea que mas le convenga, teniendo como limite la esfera jurídica de otros.

De esta forma existen diversas manifestaciones de este derecho, como sería la libertad de transito, la libertad de contratación, la libertad para trabajar en lo que elija o de no trabajar la libertad reproductiva, etc.

En la esfera social, se manifiesta la libertad en la posibilidad de asociarse o no, (libertad de asociación), la libertad de participar en actividades estatales, la libertad de votar, etc., donde se caracteriza como una participación al desarrollo social, a través de los asuntos públicos.

a través de los grupos en que se integra y 2) la que permite su contribución como ciudadano al desarrollo de la organización social y su participación en los asuntos públicos”. Ibidem.

Por lo tanto como vemos la libertad se manifiesta a través de una serie de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al hombre y obliga al estado a no vulnerarlos, teniendo siempre como limite el derecho de otro.

Por ejemplo si una persona tiene la libertad de tránsito puede ejercerla pero una limitación sería la propiedad privada de otro, por lo tanto no pueden transitar en territorios propiedad de otro.

Lo anterior sucede como ya recalcamos anteriormente también con la libertad reproductiva, donde encontramos como limite los derechos de otro, de los que como ejemplo podemos citar la integridad corporal en el caso de otra persona que se niega a reproducirse con otro, o la libertad reproductiva de otra persona que no desea reproducirse, sin embargo como vimos anteriormente este derecho no alcanza el derecho a la vida del concebido porque en ese caso ya se ejercito la libertad reproductiva.

La libertad se expresa, no solo en la esfera interna de una persona, sino también en su esfera externa y es en esta donde puede encontrar sus limitaciones.

También se ha considerado que la libertad reproductiva también tiene su fundamento en la dignidad de las personas, sabemos que aunque no esta previsto en nuestra constitución la dignidad, en otras es la base de los demás derechos fundamentales, ya que por la jerarquía que tiene la persona, es digna de ser titular de derechos, y esta dignidad se expresa en el caso de la reproducción, a través de la libertad.

La libertad reproductiva encuentra su antecedente jurídico no vinculante como vimos anteriormente en la declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 que señaló que: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derechos sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia...”

Este es un antecedente jurídico no vinculante que si bien no señala expresamente a la libertad reproductiva esta se encuentra implícita, ya que se puede formar una familia a través del ejercicio de este derecho, el cual como hemos visto no se circunscribe únicamente a la formación de la familia, sino también a la decisión de no formarla.

En cuanto a la formación de una familia, se ha entendido que esta se funda cuando se tiene una descendencia y la manera de lograr esta descendencia es mediante la creación de un vínculo de filiación con otra persona, paternidad o maternidad.

Pero este vínculo de filiación puede originarse por medio de una adopción o por medio de la reproducción natural o asistida.

Ahora bien la adopción crea un vínculo de filiación entre el adoptante y adoptado, en la mayoría de sistemas jurídicos, idéntico al que existe con un hijo consanguíneo, pero en realidad

al realizar una adopción no se esta ejerciendo la libertad reproductiva, aún y cuando se esta fundando una familia.

El reproducirse implica que la descendencia provenga del progenitor, esto es que las células germinales den origen a otro ser, a quien ambos progenitores le transmiten su carga genética.

Con esto queremos dejar claro que si se señala el derecho de fundar una familia en algún ordenamiento legal el mismo no coincide en su totalidad con la libertad reproductiva, ya que se puede fundar una familia sin que se reproduzcan los progenitores, ejemplo en el Distrito Federal pueden adoptar dos personas del mismo sexo que naturalmente no puede reproducirse entre si. Y también la libertad reproductiva no siempre esta encaminada a fundar una familia.

Ahora bien la familia se puede fundar a través de la reproducción natural, entre un hombre y una mujer que realizan

el acto sexual, y también a través de métodos de reproducción asistida que han permitido la formación de distintas clases de familias.

La familia normalmente se entendía conformada por Padre (varón), Madre (mujer) e hijos; actualmente existe una tendencia de reconocer distintos tipos de familias, fundadas por uniones homosexuales las cuales a través de la adopción o de métodos de reproducción asistida tienen hijos, lo cual esta actualmente reconocido en el Distrito Federal y aprobado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lo anterior lo expongo porque el contenido y alcance de la libertad reproductiva excede la finalidad de fundar una familia, para el estudio y correcta interpretación de este derecho que debemos entender que comprende, o sea cual es su contenido y que es lo que no se encuentra dentro de la esfera de ejercicio de este derecho.

La libertad reproductiva considero tiene el siguiente contenido y alcance: a) El derecho a reproducirse; b) El derecho a no reproducirse c) El derecho a ejercerlo de manera informada; d) El derecho de recibir atención médica y protección estatal para el correcto ejercicio de este derecho.

a) Derecho a Reproducirse:

Esta faceta de la libertad reproductiva consiste en la facultad de tener hijos y de decidir el número y espaciamiento de los mismos.

Esta facultad no es de ejercicio individual ya que para que una persona pueda reproducirse requiere de otra de distinto sexo, tal como analizamos el proceso evolutivo intrauterino en un capítulo anterior de esta tesis.

Por eso he señalado que la libertad reproductiva encaminada a procrear es un derecho individual pero de ejercicio conjunto, en

donde es conveniente que exista un acuerdo de voluntades entre los progenitores en el sentido de reproducirse.

Este derecho a reproducirse se ejercita de manera natural a través de las relaciones sexuales entre dos personas del mismo sexo.

Ahora bien se ha considerado que la libertad reproductiva también permita la utilización de métodos de reproducción asistida para lograr la descendencia, pero siempre y cuando sean métodos lícitos y bioéticamente adecuados, donde me permito destacar que el alcance de este derecho solo llega hasta la concepción de los hijos y no al destino que se le pueda dar a estos, llamados despectivamente preembriones o embriones.

Tal como se ha señalado en Alemania en la utilización de métodos de reproducción asistida debe de quedar prohibida la

crioconservación, y solo se pueden fecundar los óvulos que van a ser implantados.

Recalco el ejercicio de libertad reproductiva por medio de métodos de reproducción asistida concluye (al igual que en el caso de la reproducción natural) cuando se logra la concepción de los hijos.

Por lo tanto debemos de dejar claro que al lograr la concepción de los hijos este derecho ya se ejercito y se agota; por lo que no existe ningún derecho que los progenitores puedan hacer valer en contra del derecho a la vida de sus hijos.

Con lo anterior llegamos a la conclusión que el aborto no forma parte de la libertad reproductiva¹⁸⁰ y que el ejercicio de la misma

¹⁸⁰ En sentido contrario La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C-355/06, considero que los derechos reproductivos y sexuales de la mujer se extienden al producto de la concepción. "...Del anterior análisis resulta, que si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resuelta constitucionalmente justificada aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que

mediante la utilización de los métodos de reproducción asistida esta condicionada a que no se atente en contra de la vida de los nasciturus, por lo cual cualquier embrión fecundado debe de ser implantado para buscar su nacimiento.

Ahora bien este derecho a reproducirse es absoluto como veremos en el próximo apartado, aun cuando por razones de salud es conveniente que las mujeres lo ejerzan hasta cierta edad, para evitar riesgos a su salud o a la del nasciturus. Dentro de este derecho esta implícito el número de hijos que se desea tener y con que intervalo de tiempo tenerlos.

cumplan con este propósito, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad... Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta Corporación ha sostenido la postura que si bien todos los seres humanos son titulares de este derecho, la autonomía comprende las decisiones que inciden en la evolución de la persona “en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla”, o, en otros términos, que “el libre desarrollo de la personalidad debe evaluarse en cada una de las etapas de la vida”. En consecuencia, la corte ha afirmado que los menores de edad pueden estar sujetos, en ciertas circunstancias, a mayores restricciones en el ejercicio de este derecho, al igual que los incapaces y en general todos los aquejados de inmadurez psicológica de carácter temporal o permanente...”

b) Derecho a no reproducirse:

Esta faceta de la libertad reproductiva consiste en el derecho individual de una persona de decidir no reproducirse, consideramos que si una persona esta casada o tiene pareja debe de traducirse en una decisión conjunta, sobre todo en tratándose del matrimonio que es como ya lo señale anteriormente la institución reguladora de las relaciones sexuales, donde los cónyuges solo tienen relaciones entre si, por lo cual si uno de ellos quiere procrear y el otro no, nos encontramos frente a una colisión o choque de derechos de igualdad jerárquica, que pueden traducirse en una justificación para anulación o disolución del vínculo matrimonial.

Este derecho se ejercita de las siguientes maneras:

1.- El celibato la decisión de no reproducirse, lo cual se logra al no tener relaciones sexuales. Nadie puede ser obligado a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad y mucho menos a reproducirse.

2.- La utilización de métodos anticonceptivos¹⁸¹, en este caso una persona desea no reproducirse, pero si desea tener relaciones sexuales. La limitante en la utilización de estos métodos es que no atente contra la vida del nasciturus, porque como señale anteriormente si ya hubo concepción, ya se ejercita el derecho y el método anticonceptivo no lo será, ya que no evita la concepción, sino que sería un método abortivo, el cual escapa del alcance de la libertad reproductiva.

Como seria el caso de la píldora del día siguiente la cual no puede considerarse un método anticonceptivo ya que se utiliza con posterioridad al acto sexual cuando ya hubo concepción.

¹⁸¹ En el caso Griswold V. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) 381 U.S. 474 de 7 de junio de 1965 se declaró inconstitucional la ley de Connecticut de 1879 que tipificaba la utilización de métodos anticonceptivos. "... Desde 1879 Connecticut ha mantenido en sus libros una ley que prohíbe a todo el pueblo usar anticonceptivos. Creo que esta ley es extraordinariamente estúpida, Desde el punto de vista práctico, es obviamente inaplicable, salvo en el oblicuo contexto del presente caso, Desde el punto de vista filosófico, en mi opinión el uso de anticonceptivos es una relación matrimonial debería dejarse a la discreción de los individuos según sus creencias morales, éticas y religiosas. En el ámbito de la política social, creo que la asesoría profesional sobre métodos de control natal debería ser accesible para todos, de tal suerte que cada quien pudiera elegir en que más le conviniera. Pero en este caso no se nos está pidiendo que determinemos si esta ley es irracional o incluso estúpida, sino si viola la Constitución de los Estados Unidos. Y yo no puedo hacer esto..."

3.- Mediante la esterilización, en este caso la persona desea seguir teniendo relaciones sexuales pero por medio de este método, a través de una intervención quirúrgica en su cuerpo impide que sus órganos sexuales produzcan y transmitan células germinales.

En las mujeres, se practica el ligamento de las trompas de Falopio con lo cual los óvulos nunca salen y no pueden ser fecundados.

En los hombres el método es la vasectomía donde se cierra el conducto por donde se transporta el esperma con el cual el hombre al eyacular no expulsa sus células germinales.

Reiteramos que la utilización de estos métodos debe de ser de común acuerdo entre ambos conyuges en el caso del matrimonio.

Ninguna persona puede ser obligada a utilizar los métodos anticonceptivos o a esterilizarse en contra de su voluntad.

c) Derecho a recibir información, es muy importante que el Estado proporcione información referente al ejercicio de este derecho de la cual considero imprescindible que se traten los siguientes temas:

1.- El alcance y las consecuencias sociales, jurídicas y de salud que se deriven del ejercicio de este derecho mediante las relaciones sexuales.

2.- Los efectos psicológicos y de salud que pueden derivarse de la esterilización y de la utilización de métodos anticonceptivos.

3.- Los riesgos médicos, jurídicos, sociales, derivados de los diversos tipos de métodos de reproducción asistida.

- 4.- Las edades y estudios de salud convenientes para concebir.
- 5.- Las clínicas y establecimientos de salud autorizados para la atención previa y posterior al embarazo.
- d) Derecho de recibir atención médica en todo lo relacionado al ejercicio de la libertad reproductiva, ya sea para reproducirse¹⁸²

¹⁸² La Corte Constitucional de Colombia, a través de su séptima Sala en la sentencia T-36/07 considero que el Estado debe proporcionar los servicios médicos encaminados al diagnóstico y atención de los problemas relacionados con la procreación considerada como un derecho fundamental: “... 45. En el caso concreto, la médica tratante le ordenó a la actora practicarse la prueba CARIOTIPO MATERNO y CARIOTIPO PATERNO con el propósito de detectar la existencia de una patología que le impida a la peticionaria llevar a término sus embarazos. Con fundamento en tal examen, procederá la médica a establecer cuál ha de ser el tratamiento que debe aplicarse para garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de la peticionaria. Así las cosas, puede decirse que en el asunto bajo examen se cumplen los requisitos que hacen procedente la tutela para garantizar la protección del derecho al examen de diagnóstico.

No puede, por tanto, negar la E.P.S. la autorización para practicar el examen de diagnóstico alegando como excusa que no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud. La E.P.S. está obligada a prestar el servicio requerido. Ahora bien, con el fin de preservar el equilibrio financiero puede ejercer el recobro de las sumas en que haya incurrido, frente a la correspondiente subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

46. En el presente caso, al abstenerse de practicar la prueba prescrita por la médica tratante, la entidad demandada no sólo desconoció el derecho al examen de diagnóstico que como lo indicó la Sala y lo ha Subrayado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia forma parte integral del concepto de salud. Vulneró, simultáneamente, el derecho a la protección de la salud sexual y reproductiva de la peticionaria.

En las consideraciones de la presente sentencia se subrayó que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos especialmente protegidos en el ámbito internacional que por la vía de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Constitución Nacional han adquirido la categoría de derechos constitucionales fundamentales y están estrechamente relacionados con la protección de otros derechos constitucionales fundamentales como lo son los derechos a conformar libremente una familia y a decidir sobre la procreación, así como los derechos a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad.

47. La titularidad de estos derechos recae particularmente en cabeza de las mujeres, pues una adecuada atención en salud sexual y reproductiva constituye un elemento clave para obtener mayor equidad de género y social. En esa misma dirección, se indicó que la salud sexual y reproductiva no se reduce únicamente a garantizar la ausencia de enfermedades o dolencias. Se encamina, del mismo modo, a proteger el sistema reproductivo en todos sus aspectos, funciones y procesos de forma que las mujeres puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, exenta de riesgos, así como de “la posibilidad de procrear y de la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia”. Abarca, aspectos que desde el punto de vista social y educacional se encaminan a reforzar de manera integral la protección de los derechos sexuales y reproductivos estrechamente relacionados con la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad.

48. Por los motivos expuestos, esta Sala tutelaré los derechos cuya protección invoca la peticionaria y, en ese mismo orden, revocará la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Tulúa, Valle. Adicionalmente, ordenará a COOMEVA E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice la realización del examen CARIOTIPO MATERNO y CARIOTIPO PATERNO prescrito por la médica tratante.

III. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

PRIMERO.- REVOCAR, por la razones expuestas en la presente sentencia, el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tulúa, Valle el día 22 de marzo de 2007. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos cuya protección invocó la peticionaria Blanca Isabel Posada Castañeda.

SEGUNDO.- ORDENAR a COOMEVA E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice la práctica del examen CARIOTIPO MATERNO y

o no reproducirse pero siempre teniendo claro el alcance de este derecho.

Para cerrar este apartado como conclusión queremos señalar que este derecho no alcanza al producto de la concepción en virtud que el derecho consistía en decidir reproducirse, razón por la cual si lo ejercitaste y te reprodujiste ya se agoto, por lo tanto no se puede atentar en contra de la vida de los hijos nacidos o por nacer.

En realidad no existe un conflicto de derechos como se ha querido señalar y ha tratado de justificar el derecho de la madre a abortar en ejercicio de su libertad reproductiva.

Se argumenta que esta en colisión o conflicto el derecho a libre reproducción de la madre en contra del derecho a la vida del

CARIOTIPO PATERNO recetado por la médica tratante a la peticionaria Blanca Isabel Posada Castañeda.

TERCERO.- AUTORIZAR a COOMEVA E.P.S. para ejercer el recobro de las sumas en que haya incurrido, frente a la correspondiente subcuenta del Fondo de solidaridad y Garantía (FOSYGA).

LIBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos así contemplados.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte constitucional y cúmplase...”

concebido, donde a este último se le niega la personalidad jurídica, concluyen que prevalece el derecho de la madre que si es persona. Cuando en realidad no hay conflicto de derechos la libertad reproductiva ya se ejercito y solo existe el derecho a la vida del nasciturus.

Esto es tan evidente que podemos concluir que aún cuando una persona concibe sin su consentimiento por haberse vulnerado su libertad reproductiva esto no le otorga un derecho que alcance al concebido ya que no hay conflicto de derechos. El derecho pudo ser violado pero no alcanza al concebido.

Ahora bien la voluntad de querer reproducirse se presume al momento de tener relaciones sexuales incluso es improcedente alegar que no exista la voluntad de concebir, ya que esta voluntad e irrelevante para atribuir paternidad, maternidad y otros vínculos de parentesco, los cuales se atribuyen derivados del hecho jurídico consistente en la concepción, incluso a la luz

del derecho civil al realizar relaciones sexuales no se esta celebrando un acto jurídico si no es un hecho que puede ser jurídico si se da la concepción con el correspondiente surgimiento derechos y obligaciones que se dan por ministerio de la ley, siendo la voluntad de los progenitores irrelevante para esos efectos.

Ahora regresando al alcance de este derecho imaginémonos la libertad de contratar, esta se agota con cada contrato que se celebros, pero no me da la facultad unilateral de destruirlo una vez celebrado, ya que esto vulneraria al principio de intangibilidad.

Lo mismo sucede con la libertad reproductiva al procrear un hijo, ya me reproduje por lo tanto ya no puedo decidir respecto de el.

8.4 Limitaciones

La libertad reproductiva encuentra una de sus justificaciones en la autonomía de la voluntad, entendida como la posibilidad de decidir libremente, acerca de los planes de vida de una persona, en la cual no puede entrometerse ninguna otra persona, ya sea pública o privada.

Sin embargo encontramos que se ha considerado que se puede limitar en cualquiera de los cuatro casos siguientes:

- a) Por razones demográficas.
- b) Por razones de género ó económicos.
- c) Por razones de salud.
- d) Incapaces.
- e) menores.

A) Por razones demográficas.-

En algunos países se ha limitado directa o indirectamente esta libertad reproductiva, ya sea buscando evitar que nazcan más

hijos, como en el caso de China, donde solo se permite que se tenga un hijo, lo anterior es debido a los problemas de sobrepoblación.

Considero que el Estado no puede entrometerse en la decisión de una pareja de tener hijos e impedirlo, ya que esto es una decisión libre solamente de la pareja. Pudiera pensarse que debe de prevalecer el interés público sobre el particular, de tal suerte que si existe un problema de sobrepoblación donde los servicios públicos son insuficientes, es válido que el Estado restrinja o limite la libertad de la pareja a reproducirse.

Sin embargo no estoy de acuerdo con lo anterior, ya que los derechos fundamentales de cada persona es su medio de defensa frente al poder que tiene el Estado, y es precisamente ese catalogo de derechos lo que le permite a una persona desarrollarse y evitar que el Estado se vuelva tiránico atentado incluso contra los individuos. Si se reconociera que el Estado

puede limitar la libertad reproductiva, que sucedería si el Estado prohíbe a una mujer embarazarse y esta se embaraza, cual sería el efecto, ¿podría el Estado entonces atacar el derecho de vida del nasciturus, y la libertad e integridad corporal de la mujer? Este tema tiene antecedentes históricos en civilizaciones que querían que las generaciones posteriores fueran mejores, donde se justificaba atentar con la vida de seres menos privilegiados que otros, o en otras donde es preferente el que nacieron hijos hombres por ser estos más útiles en las actividades de la nación de que se trate.

Desde entonces se ha considerado válida la intervención del Estado en la esfera íntima de las personas, como es el derecho a la libre procreación.

También existen actualmente otros países en los cuales debido a problemas demográficos en los cuales la población esta disminuyendo se busca fomentar el que las parejas tengan hijos. El fomento se realiza a través del otorgamiento de subsidios, en

exenciones de impuestos, o en el otorgamiento incluso de recursos a familias que tengan más de un hijo.

En esos casos el Estado no esta forzando a las personas a tener hijos, por lo que considero que no es ilícita su actividad, tampoco es ilícita a la inversa cuando promueve actividades de educación sexual a las personas a efecto de que planean el número de hijos que pueden tener.

El problema sería si el Estado evita, limite, restrinja o interfiera con la libertad reproductiva de las personas la cual es un derecho fundamental que se ejerce en la esfera íntima de la persona y su pareja.

Los temas de excesiva pobreza y sobrepoblación, han sido los detonadores de políticas estatales tendientes a evitar una procreación excesiva, sin embargo estas actividades estatales

nunca podrán atentar contra la vida de un ser concebido, ni tampoco invadir la esfera íntima de las personas.

Tal vez, a nivel doctrinal pueda discutirse si es válido, que el Estado pueda limitar la libertad reproductiva, pero lo que es indiscutible es que no puede en ningún caso atentar contra la vida de una persona inocente.

B) De género económico.-

En materia de libertad reproductiva se ha considerado¹⁸³ que existen personas que se encuentran en una situación de desventaja respecto de otras, así se señala que las mujeres están en desventaja respecto de los hombres.

¹⁸³ “... Efectivamente. Los derechos reproductivos no se limitan a las mujeres, aunque en el cuerpo de éstas se dé la reproducción humana y por ende, requieren de un mayor ámbito de protección de su salud sexual y reproductiva...” Vid. García Velasco, L., *Presentación en Libertad Reproductiva*, Porrúa, México, p. XIX.

Esto en virtud de que el embarazo se da en el cuerpo de la mujer y es en ella en donde se dan todos los cambios inmediatos en su vida, desde el aspecto físico hasta la posibilidad de poder realizar o no una determinada actividad y poder o no percibir un ingreso.

También se considera que las mujeres de escasos recursos se encuentran en una situación de desventaja respecto de las demás mujeres, porque las primeras no tienen acceso a cierto tipo de médicos, medicinas, anticonceptivos e incluso a la educación sexual.

Ahora bien, este problema de desigualdad debe resolverse por el Estado propiciando que todas las personas tengan acceso a información, salubridad y atención hospitalaria, pero nunca la situación económica o el sexo de una persona deberá de imponérsele como una limitante para el ejercicio de su libertad reproductiva. Lo que si debe de propiciarse por el Estado es que

el ejercicio de esta libertad se realice de la manera más conciente e informada, lo que implica que tengan acceso a los medios materiales necesarios para lograr esos fines.

C) De salud.-

Las consideraciones de salubridad parten del supuesto de una persona que padezca una enfermedad incurable, hereditaria, contagiosa y degenerativa, (como sería el caso del SIDA). Caso en el cual no es conveniente que se reproduzca y esta enfermedad constituye una limitante al ejercicio de su libertad reproductiva, que puede hacerse valer por el Estado.

Analizando este supuesto, entendemos que la persona que tiene la enfermedad sabe que si tiene relaciones sexuales para reproducirse puede contagiar a su pareja y posiblemente transmitir la enfermedad a los hijos, por lo cual sería recomendable el no tener relaciones sexuales o tenerlas con

cuidados para no contagiar y evitar reproducirse para no procrear hijos que nazcan con una enfermedad mortal.

Creemos que la persona enferma debe de informar a su pareja de su situación ya que este derecho es de ejercicio conjunto y la pareja debe de saber los riesgos que existen en caso de reproducirse con una determinada persona, sin embargo el tener la enfermedad no es una limitante para el ejercicio de la libertad reproductiva.

Jurídicamente pudiera ser una causa de nulidad del matrimonio, y si surge posteriormente una causal de divorcio, ya que lo que se buscaría es poner fin a la institución regulatoria de las relaciones sexuales o sea el matrimonio. Sin embargo no se puede prohibir el ejercicio de este derecho a una persona, la libertad reproductiva es un derecho absoluto sin limites.

Es más si se quisiera evitar en la práctica, surge el problema de poder detectar que personas tienen este tipo de enfermedad, caso en el cual para dar una solución efectiva se requerirá una coordinación de todas las instituciones de salud en donde a través de la captura en una base de datos nacional, alimentada por cada centro de salud con los datos de una persona enferma se pueda consultar. El problema es jurídico y son dos; el primero es quien puede tener acceso a la consulta y el segundo es que esta base de datos sería discriminatoria de una persona por causa de una enfermedad, y en consecuencia violatoria de la constitución.

Adicionalmente a nivel jurídico, pueden chocar diversos derechos fundamentales; el primero es el derecho a la libertad reproductiva de la persona enferma; el segundo es también el derecho a la libertad reproductiva de la persona sana, a decidir, si quiere procrear con el riesgo a tener un hijo enfermo, a no procrear, a informarse de la enfermedad de otro.

Y por último surge el cuestionamiento, si es de interés público el considerar que personas enfermas que tengan alto riesgo de transmitir una enfermedad contagiosa, hereditaria, crónica y degenerativa no deban procrear.

Es muy importante distinguir que no se trata de un aborto eugenésico donde se impide el nacimiento y ya hubo concepción, aquí lo que se busca impedir es el ejercicio de la libertad reproductiva.

Como analizamos en el capítulo de Eugenesia, el Estado no puede inmiscuirse en el ejercicio de este derecho en ningún caso ya que esta decisión y responsabilidad es del progenitor, y las prácticas estatales eugenésicas han demostrado a lo largo de la historia que son falibles con independencia del daño que han causado a humanidad.

Porque el problema inicia desde la determinación subjetiva de que tipo de enfermedad es la que se considera una limitante para

procrear y el segundo problema es hasta donde llegan las facultades del estado para hacer valer esa limitación, donde se violarían infinidad de derechos fundamentales de las personas, desde el derecho a la intimidad personal hasta el derecho a la vida.

D) De incapaces.-

Es interesante el caso de personas mayores de edad que por causa de una discapacidad de cualquier tipo ya sea física, sensorial, mental, emocional o de cualquier otro tipo no pueden gobernarse por si mismos y querer y entender lo que hacen.

Algunos han considerado que es conveniente el esterilizar a este tipo de personas para, el caso de que si tienen relaciones sexuales no puedan procrear¹⁸⁴.

¹⁸⁴ El Tribunal Constitucional Español en el recurso de inconstitucionalidad 1415/92 resolvió despenalizar la esterilización de personas incapaces con graves deficiencias psíquicas, "...El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida

su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña.

Que quienes padecen una grave deficiencia psíquica no pueden cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el art. 39.3 C.E. y que son explicitadas en los deberes y facultades que el Código Civil (art. 154) señala a los que ejercen la patria potestad, es algo perfectamente claro. De ahí que el deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 C.E.), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1 C.E.), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 C.E.), aunque no impelen al legislador a adoptar una norma como la que estudiamos, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendiente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines:

- a) Lo primero, la justificación porque la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial impone el art. 428 del CP, le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 C.E.) y a su integridad moral (art. 15.1 C.E.), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever si asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39.3 C.E.) inherentes a tales situaciones. Pero es que además de los fines expuestos que justifican la medida de esterilización para ambos sexos y que, en modo alguno pueden calificarse de ilegítimos o innobles, en la mujer se acrecientan o se hacen más convenientes por las consecuencias fisiológicas del embarazo. La paciente de una grave enfermedad psíquica no alcanzará a comprender las mutaciones que experimenta su cuerpo, ni las molestias e incluso sufrimientos que lleva aparejada la gestación y, menos aún, el final traumático y doloroso del parto. Por tanto, si entendemos justificada

Considero que la libertad reproductiva, al igual que los demás derechos fundamentales, son facultades y garantías de todos las personas, sin discriminación alguna, y así como no sería válido por una discapacidad limitar por ejemplo la libertad de tránsito de un incapacitado, tampoco sería válido limitar su derecho a reproducirse.

Lo que debe de existir es un sistema de protección de este tipo de personas más amplio donde se garanticen, protejan y tutelen sus derechos para que los puedan ejercer de una manera más informada y segura.

la esterilización prevista en el inciso cuestionado en ambos sexos, en la mujer deficiente mental está aún más justificada para evitar unas consecuencias que, incomprensibles para ella, pueden dañar más aún su estado psíquico por las consecuencias físicas que produce el embarazo.

- b) Cuestión distinta es que la disposición controvertida, autorizante de una limitación del derecho fundamental a la integridad física y por ello precisada de la justificación ya examinada, sea además lícita desde la vertiente de su proporcionalidad, es decir, que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias para las personas afectadas que la privación a ser posible reversible (como ocurre en un alto porcentaje en el caso de la ligadura de trompas que es el supuesto al que se refiere el Auto de planteamiento), de sus potencialidades genésicas...”.

No es valido atentar contra la integridad física de estas personas, la solución puede ser muy cara para el Estado pero es la correcta.

Adicionalmente que en este caso de argumento eugenésico no tiene validez ya que la discapacidad por lo general no se transmite por herencia.

E) Los menores de edad.-

Actualmente existe un gran debate en este tema, en el cual existen dos posturas.

La primera, un poco más conservadora¹⁸⁵, establece que los menores de edad no pueden gozar de su libertad reproductiva, mediante el ejercicio de su sexualidad, mientras no estén

¹⁸⁵ Vid. La ley No. 418, de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, de la República Argentina, que señala que se debe de promover la participación de los padres en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos.

emancipados por las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse del ejercicio de este derecho.

Se señala que si para la realización de actos jurídicos que pueden crear, transmitir, modificar o extinguir consecuencias de derecho no tan importantes, se requiere de la representación de sus padres, con mayor razón para decidir reproducirse debe contar con autorización de estos o encontrarse limitado este derecho.

La segunda postura, actual y moderna defiende el derecho de los menores de gozar de su sexualidad y de ejercerla desde que físicamente tiene la posibilidad para hacerlo¹⁸⁶.

¹⁸⁶ El Tribunal Superior de Buenos Aires, Argentina, el 14 de octubre de 2003, reconoció que los menores gozan de los derechos sexuales y reproductivos. "... Es indiscutible que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud integral de la población en general y no sólo de un sector constituido por los mayores de 21 años. Tampoco puede admitirse que el Estado adopte una política de salud dirigida a una categoría de personas determinadas por valores y creencias comunes y deje desprotegidas a otras. La acción estatal en materia de salud debe ser lo más amplia posible y comprensiva de la mayor cantidad de personas menores o no potencialmente expuestas a los riesgos que se busca evitar.

Señala que los menores de edad pueden casarse, reconocer hijos y hacer testamento sin la representación de sus padres, razón por la cual debe de garantizárseles el ejercicio de su libertad reproductiva.

Adviértase que, en definitiva y de acuerdo con los objetivos que la ley enuncia, de lo que se trata es de proteger la vida, valor máximo de contenido constitucional, para la defensa del cual resultaría absurdo que el Estado debiera obtener un consentimiento o permiso de los representantes del menor. No puede admitirse, en consecuencia, que se requiera para implementar acciones de prevención y difusión de la información pertinente, materia en la cual la Ciudad ejerce una función indelegable de autoridad sanitaria (art. 22 CABA) autorización de los padres o responsables de los menores de edad, excluyéndolos en caso de negativa. Tal accionar incurriría en discriminación y tratamiento desigual de ciertos menores con relación a otros. Por otra parte, tal como se encuentra diseñada la institución de la patria potestad por nuestro derecho interno y por la Convención de los Derechos del Niño, es deber de los padres permitir el acceso de sus hijos menores en edad fértil a la información que proporcione personal idóneo (efectores) seleccionado para llevar adelante las acciones previstas en el art. 7°.

Ello no obsta a que los padres brinden a sus hijos educación sexual de acuerdo con sus propios valores y pautas, como de hecho ocurre en materia de educación, religión, usos sociales, etc. De lo que se trata, y así lo propicia la ley, es de que exista no una exclusión de los padres o responsables sino una acción coordinada con la familia para el logro de objetivos específicos como prevenir abortos provocados, prevención de embarazo adolescente, difundir información relacionada con la prevención del SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, prevenir enfermedades de transmisión sexual y patologías génitomamarias, contribuir a la prevención del embarazo no deseado, entre otros (art. 4°).

Para ello entiende que debe promover la reflexión conjunta entre adolescentes y sus padres sobre la salud reproductiva y la procreación responsable...”.

Considero que es muy importante la educación de los menores que es conveniente que vivan su sexualidad cuando tengan la madurez necesaria para poder enfrentar las consecuencias de sus actos. Que la sexualidad preferentemente la ejerciten dentro del matrimonio, por su seguridad y la de sus hijos.

Sin embargo tampoco la minoría de edad puede ser una limitante para el ejercicio de la libertad reproductiva, ya que incluso a nivel civil se reconoce que la mujer mayor de 14 años y el hombre mayor de 16 años pueden contraer matrimonio, y pues una de las consecuencias directas y tal vez las mas importantes de este vinculo jurídico es la procreación.

Ahora bien esta libertad reproductiva es un derecho que ejercen las parejas, que debe de ser informado (lo cual es obligación estatal), pero nunca impuesto. Sabemos que criterios sociales en algunos casos han influido a tener o a no tener hijos, sin embargo no es válido que una persona ajena a la pareja incite,

motive o propicie de alguna forma que otros procreen o lo hagan. Ni el Estado mismo puede hacerlo.

La actividad estatal deberá de informar, educar y auxiliar, también deberá ser preventiva sin invadir la esfera íntima de una persona ya que es en esta esfera íntima donde radica la decisión y la responsabilidad que la procreación tiene consigo.

F) Derecho a no nacer.-

También se ha considerado por algunos doctrinarios otra limitante a la libertad reproductiva que es la injusticia de un sufrimiento innecesario¹⁸⁷, desde la perspectiva del futuro hijo,

¹⁸⁷ “Otro tipo de abordaje, entonces explora cuándo un sufrimiento es innecesario y analiza la posibilidad de evitar este tipo de situación. Harris por ejemplo, da su propia posición al respecto y señala que no se estaría cometiendo una injusticia al traer al mundo un sufrimiento inevitable. Y presente el siguiente caso: “La (...) mujer está embarazada y le dicen que el hijo que lleva nacerá con una discapacidad; es más, desgraciadamente cualquier otro hijo que tenga también nacerá con la misma discapacidad. Cualquier hijo que vaya a tener tendrá discapacidades y no hay tratamientos prenatales o postnatales disponibles para paliar esa discapacidad. Para Harris el sufrimiento de su hijo discapacitado es inevitable porque ella no puede tener ningún hijo sin discapacidades. Y aclara que a no ser que la

como si el tuviere un derecho a no nacer. El caso que se plantea es el de una mujer que no puede tener hijos sanos, que los hijos que tenga van a nacer con unas discapacidades tan graves que para ellos la vida será un sufrimiento tan grande que la vida se volverá intolerable. En ese supuesto, doctrinalmente consideran que el derecho de los futuros hijos a no nacer, sería una limitante reproductiva para el o los progenitores.

En mi opinión no se puede considerar que existan derechos (derecho a no nacer) sin titular como tal el que el hijo pueda nacer con discapacidades son consideraciones que pueden tomar los padres para decidir procrear o no. Sin embargo ya concebido

discapacidad sea tan grande o tan terrible que fuera mejor para esa persona potencial o para cualquiera que tuviera esa discapacidad no haber nacido nunca, al hijo que lleva le interesa nacer. Pero reconoce que es un caso abstruso porque el hijo nace con una lesión. sin embargo, para Harris este es un caso en el que lesionar a alguien no constituye una injusticia para esa persona. Así para Harris, es injusto traer sufrimiento evitable al mundo, es mejor tener hijos sanos que discapacitados. Pero, a menos que la lesión o el sufrimiento hagan la vida intolerable, es mejor tener hijos con discapacidades que no tenerlos. Y aclara que si bien es injusto elegir traer al mundo sufrimiento o lesiones evitables, a menos que la lesión sea tan grande que haga la vida intolerable, ese individuo no sufre con ello una injusticia. La injusticia surge cuando un individuo deliberadamente elige aumentar el sufrimiento en el mundo cuando podía haber evitado hacerlo”. Vid. Florencio, L., *“Ensayos de Bioética. Reflexiones desde el Sur”* Fontomaya, México, 2001, p. 81.

el derecho que se actualiza y es superior a cualquier otro es el derecho a la vida del concebido, sin que sea válido alegar que para el hijo hubiere sido mejor el no nacer.

Pudiera pensarse que deben evaluarse los beneficios y perjuicios que el nacimiento traería para los padres y para los hijos. Evaluación que será siempre incorrecta y subjetiva, en virtud de que no se puede evaluar la prioridad entre sentimientos que la vida misma provoca a los seres humanos.

Al respecto otros autores consideran que debe de hacerse una evaluación más amplia del daño, desde el punto de vista genético y económico, y que todo esto es una responsabilidad de los padres en el ejercicio de su libertad reproductiva.

Esta evaluación implica un análisis también de los estados de la ciencia en ese momento determinado y de las proyecciones

científicas que existan para el tratamiento y rehabilitación de determinadas enfermedades.

Para algunos autores las obligaciones o responsabilidades de los padres varían dependiendo del proceso de gestación en el sentido de considerar a los hijos como embriones o personas potenciales¹⁸⁸ o de los cuales validamente se pueden disponer como personas, lo cual además de despectivo y absurdo ya que consideramos que si existen tratamientos prenatales que auxilien al hijo en su nacimiento y desarrollo es obligación de los padres y también del estado proporcionarlos. Asimismo no se puede distinguir entre daños del feto y daños al niño, ya que los daños

¹⁸⁸ El Tribunal Constitucional Especial en relación con la ley 35/1988 del 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, lo ha considerado así al señalar "... Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias. Esta misma finalidad de conservación del material reproductivo es la que explica la asimilación de los preembriones a los gametos, en orden a su puesta a disposición de los bancos correspondientes. En este sentido cumple recordar que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón los simples gametos son, a estos efectos, persona humana, por lo que el hecho de queda a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida establecido en el artículo 15 de la Constitución Española o a la dignidad humana establecida en el artículo 10 de la Constitución Española...".

son a una persona y no puede existir una escala de valores, ya que estos le afectarían hoy y en un futuro.

Como conclusión deben los padres hacer evaluación, previa a la concepción, que implique analizar si son aptos para tener hijos sanos atendiendo a sus características personales (edad, padecimientos contagiosos o hereditarios, situación económica) ya que una vez ejercida la libertad reproductiva y lograda la concepción de un ser humano serán responsables de procurar de acuerdo a sus circunstancias su mejor desarrollo.

8.5 Libertad Reproductiva y Aborto.

En el presente apartado analizaremos un caso de aborto, en el cual se vulnera la libertad reproductiva de la madre, mediante una violación que trajo consigo un embarazo no deseado.

Como he señalado anteriormente el aborto no es una decisión que se derive del ejercicio de la libertad reproductiva.

La libertad reproductiva consiste en decidir si una persona se reproduce o no, cuando una persona se reproduce esta ejerciendo su libertad reproductiva y ese derecho se agota con la concepción de una nueva vida.

Por lo tanto el decidir privar de la vida al concebido, escapa del alcance de este derecho, por lo que el abortar no es parte de la libertad reproductiva.

Ahora bien que sucede con el aborto denominado ético, el supuesto es que la mujer que fue violada no ejercito la libertad reproductiva, o sea ella no deseaba procrear y por un acto infame esta embarazada.

El cuestionamiento en este caso es si es valido que la mujer pueda abortar, ya que se violo su libertad reproductiva, y ella nunca quiso concebir al ser que lleva en sus entrañas, que

generaría para ella una modificación en su vida, sin que ella así lo hubiera deseado.

Mi opinión al respecto es distinguir dos situaciones distintas:

A) La primera de ellas es que efectivamente a la mujer le violentaron su libertad reproductiva y esto va a modificar su vida, situación que no es posible subsanar volviendo las cosas al estado que tenían antes como si ella no hubiere sido violada y no hubiera concebido.

La realidad es que el delito esta cometido y solo puede resarcirse en especie.

Considero que el Estado debe de tener una actitud más activa en este caso, brindando a la madre una atención médica y psicológica que le ayude a superar o llevar de mejor manera esta situación, así mismo se le deben de dar opciones, ya sea para

dar al hijo en adopción o subsidios económicos si desea tenerlo para atender las necesidades básicas de este en cuanto a alimentos, vestido y educación.

B) La segunda situación es que el nasciturus tiene derecho a la vida el cual le debe de ser protegido, porque así como la mujer fue víctima de la violación, no se puede cometer el error de victimizar ahora al concebido como consecuencia de este acto.

La libertad reproductiva no existió para la madre, pero eso ya es ajeno al derecho a la vida del concebido, el derecho a la vida del concebido no depende de que la libertad reproductiva se haya ejercido de manera conciente, son derechos independientes que no están vinculados por una relación de cuasabilidad para ser validos.

El derecho a la vida del concebido es independiente de que sus progenitores hayan o no querido engendrarlo, incluso es independiente de un acto tan vil como lo es la violación.

No se debe de cometer un error dos veces el que se haya atentado contra un derecho, no es justificante para violar otro derecho.

Conclusiones

Al término de esta obra me parece que en lo general han quedado consumados los objetivos principales y secundarios de la misma, de conformidad con lo que establecí en la introducción metodológica, por lo que en este apartado habré de comprobar los objetivos planteados.

Objetivos Secundarios

Primer grupo.- Derecho a la Vida y Libertad Reproductiva.

1.1.- El derecho a la vida es un Derecho Fundamental que se impone de manera previa al ordenamiento jurídico y sirve de fundamento para el orden jurídico constitucional que debe establecerse en torno a su tutela y protección.

1.2.- Es un derecho fundamental que tiene esta característica no por la declaración como tal del ordenamiento jurídico, ni

tampoco por su reconocimiento, sino por su categoría de condición de los demás derechos, incluso del derecho objetivo.

1.3.- El derecho a la vida tiene mayor jerarquía que los derechos fundamentales de segunda o tercera generación que sólo encuentra su origen en el ordenamiento jurídico.

1.4.- El derecho a la vida y la vida misma son presupuestos necesarios para la titularidad y ejercicio de cualquier tipo de derecho.

1.5.- La Libertad Reproductiva es un derecho fundamental, el cual está previsto de manera parcial en la Constitución Mexicana en el artículo cuarto constitucional que señala que las personas tienen el derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijos.

1.6.- La Libertad Reproductiva, es un derecho absoluto, es decir se puede hacer valer *erga omnes* incluso frente al Estado, y en tal virtud no puede limitarse.

1.7.- El contenido de la Libertad Reproductiva comprende el derecho a reproducirse, el derecho a no reproducirse, a recibir información y protección del estado para el ejercicio de este derecho.

1.8.- Este derecho fundamental es una protección frente al Estado, y a la sociedad en su conjunto ya que nadie puede impedir o forzar a que las personas se reproduzcan o no se reproduzcan, tampoco se puede realizar ningún tipo de coacción o influencia ilegítima que afecte el ejercicio de este derecho.

1.9.- Es un derecho inherente a todas las personas pero se debe ejercitar cuando se tenga la madurez física y mental para querer y entender las consecuencias que del mismo se derivan.

Segundo grupo.- Inicio de la Personalidad Jurídica.

2.1.- La Personalidad Jurídica inicia con la concepción y así lo reconocen la mayor parte de los ordenamientos civiles de manera implícita, al reconocer la posibilidad del *nasciturus* de ser titular de un patrimonio desde la concepción con el objeto de que sea causahabiente o sucesor de otras personas que han dejado de existir o bien que puede adquirir cualquier derecho que le favorezca.

2.2.- La personalidad del *nasciturus* no se limita a ser heredero y legatario ya que puede ser titular de cualquier derecho y obligación y ejercitarlos por conducto de sus representantes.

2.3.- El ordenamiento jurídico incurre en contradicción al establecer una personalidad parcial al *nasciturus*, o sea que pueda ser titular de un patrimonio y que no gocen del derecho a la vida, ya que la personalidad es igual en todas las personas y

no puede dividirse, o sea no se puede ser persona para unos actos y para otros no.

Tercer grupo.- Proceso Evolutivo del *Nasciturus*.

3.1.- El análisis del desarrollo intrauterino nos demuestra que el cigoto es una persona humana en desarrollo, y que este desarrollo no termina hasta la muerte.

3.2.- Se demostró en el capítulo correspondiente que el *nasciturus* es persona desde la concepción ya que el cigoto no es un conjunto de células, sino que es una persona teniendo desde la concepción ya toda la información genética que a través del tiempo logrará la meta de que la persona cuente con todos sus aparatos y sistemas para poder continuar su desarrollo fuera del seno materno.

3.3.- El *nasciturus* desde el momento de la concepción tiene un código, ADN que es único y personal, y la información genética no se modificara en ningún momento de su vida.

Cuarto Grupo.- Prácticas que atentan en contra del embrión.

4.1.- Las prácticas que atentan contra la vida del *nasciturus* se analizaron en el capítulo correspondiente y encuentra su justificación en los siguientes argumentos:

a.- La Libertad Reproductiva se extiende al producto de la concepción, de tal suerte que se puede decidir no reproducirse aun cuando ya exista *nasciturus* el cual puede abortarse.

b.- La Libertad Reproductiva en la vertiente de decidir reproducirse es un derecho fundamental de la más alta jerarquía que permite que se utilice cualquier método de reproducción

asistida que exista para lograrse la fecundación, aun cuando esto implique el sacrificio de los *nasciturus* considerados no aptos.

c.- En la Eugenesia, entendida como la ciencia que busca que las generaciones posteriores sean mejores que las anteriores, este fin es superior y primordial y justifica el estudio, manipulación y destrucción de los llamados embriones imperfectos o sobrantes.

d.- Al *nasciturus* se le niega la personalidad jurídica para de esta manera de establecer que no goza del derecho a la vida, y por lo tanto justificar todas las prácticas que se analizaron en el segundo apartado de esta tesis.

Todas las objeciones se desvirtúan con los objetivos principales de esta tesis que enseguida se desarrollan.

Objetivos principales

Primera.- La personalidad jurídica es única, indivisa y abstracta, por lo que se es o no se es persona, por lo tanto no se puede decir que el *nasciturus* es persona en algunos países (Argentina) y en otros no (Holanda), ni tampoco que es persona para ser titular de algunos derechos (todos los derivados de una herencia, propiedad, usufructo, etcétera) y de otros no (derecho a la vida).

Segunda.- El *nasciturus* es una persona humana, susceptible de identificarse de manera indubitable por lo cual puede tener o no un nombre, sin que este sea indispensable, ya que el fin del nombre es individualizar e identificar y en este caso está perfectamente identificado; incluso en los diversos códigos civiles se admite la posibilidad de que los padres lo reconozcan como su hijo antes de que nazca y de esta forma poder atribuirle filiación.

Tercera.- El *nasciturus* tiene capacidad de goce, entendida como la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, los cuales ejercerá por conducto de sus representantes legítimos.

Cuarta.- El *nasciturus* tiene un patrimonio, entendido como la posibilidad de adquirir bienes, derechos y obligaciones.

Quinta.- El *nasciturus* tiene una nacionalidad por derecho de sangre con independencia de la que le corresponda por el derecho de suelo (*ius soli*) del lugar donde nazca.

Sexta.- El *nasciturus* tiene un domicilio legal, que es el lugar que cada ordenamiento legal le atribuya y el cual generalmente es el domicilio de sus padres en ejercicio de la patria potestad.

Séptima.- El *nasciturus* tiene un estado civil¹⁸⁹, que es la situación jurídica que guarda dentro de su núcleo familiar.

Octava.- El *Nasciturus*, al ser persona, es titular del derecho a la vida, el cual debe ser reconocido por todas las constituciones del mundo, y debe dársele la protección que corresponde a cualquier titular de este derecho.

Novena.- La protección del derecho a la vida del *nasciturus* debe ser conforme a la jerarquía que le corresponda a este derecho, como condición de los demás derechos y como el derecho fundamental principal.

Décima.- La Libertad Reproductiva no se extiende al *nasciturus*, en el momento que se logra la concepción al derecho a reproducirse ya se ejercito y se agota. Por lo tanto no existe un conflicto de intereses entre la libertad reproductiva y el derecho

¹⁸⁹ “Presunción de Pateris, si los hijos han sido concebidos y nacidos durante el matrimonio”. Vid. Lledo Yagüe, F., “*Sistema de Derechos de Familia Civil*”, Dykinson, Madrid, 2002, p. 295.

a la vida, ya que no coinciden temporalmente porque al ejercitarse la libertad reproductiva con la reproducción se extingue este derecho y surge el derecho a la vida del *nasciturus*.

Décima Primera.- En virtud de lo anterior se concluye que con independencia de que el *nasciturus* es persona y el derecho la vida esta por encima jerárquicamente de los demás derechos; en el caso del *nasciturus* el único derecho a tutelar es el derecho a la vida porque la libertad reproductiva ya se ejercito y agoto.

F u e n t e s

1.- Libros y Revistas

Abellan, F., “*Selección Genética de Embriones. Entre la Libertad Reproductiva y la Eugenesia*”, Comares, Granada, 2007.

Aitziber Emaldi-Cirion., “Legislación sobre el Genoma Humano en España” en *Reflexiones en Torno al Derecho Genómico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

Albaladejo, M., *Derecho Civil I Introducción y Parte General*, Bosch, Barcelona, 2002.

Alberruche Díaz Flores, M., *La Clonación y Selección de Sexo ¿derecho genético?* Dykinson, Madrid, 1998.

Alessio Robles, M., *Temas de Derechos Reales*, Porrúa, México, 2004.

Alkorta Idiakez, I., *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva, Derecho Español y comparado*, Aranzadi, S.A., Nueva España, 2003.

Arteaga Nava, E., *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 2008.

Arribere, R., *Bioética y Derecho: Dilemas y Paradigmas en el Siglo XXI*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2008.

Arruego Rodríguez, G., *Vida, Integridad Personal y Nuevos Escenarios de la Biomedicina*, Granada, España, 2011.

Atienza, M., *Bioética, Derecho y Argumentación*, Palestra Editores, Lima Perú, 2010.

Atlas Ronald, M., *Principles of Microbiology*, Mosby, Kentucky, 1994.

Azuela Guitron, M., *Historia del Amparo en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000.

Barbero Santos, M., *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Madrid, 1989.

Barcelo Rojas, D., *Introducción al Derecho Constitucional Estatal Estadounidense*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

Barra Rodolfo, C., *La Protección Constitucional del Derecho a la Vida*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996.

Batallar Grau, J.; Lobato de Blas J.; Plaza Penodes J.; y Soroa y Suarez de Tangil M., *Curso de Derechos Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

Bernal Pulido, C., *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Bidart Campos, G., *Las Obligaciones en el Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

Blanco, L., *Muerte Digna*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

Branca, G., *Instituciones de Derecho Privado*, Traducción de la Sexta Edición Italiana por Pablo Macedo, Porrúa, México, 1978.

Brito Moreno, M., *El Valor Económico de la Vida Humana en el Derecho Mexicano*, Manuel Casas, México, 1961.

Buchanan, A., Brack, D., Daniels, N., Wikles, D., *Genetica y Justicia*, Cambridge Univesity Press, España, 2007.

Burgoa Orihuela, I., *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 2005.

Burgoa Orihuela, I., *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, Porrúa, México, 1992.

Caballero Ochoa, J., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2009.

Carbonell, M.; Moguel, S.; y Pérez Portillo, K., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tomo II*, Porrúa, México, 2003

Carbonell, M.; Cruz Barney, O.; y Pérez Portilla, K., *Constituciones Históricas de México*, Porrúa, México, 2004.

Carcaba Fernandez, M., *Los problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida*, Boch, Barcelona, 1995.

Carpizo, J., *Derecho Constitucional*, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

Carpizo, J.; Valades, D., *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

Carrasco Iriarte, H., *Derecho Fiscal Constitucional*, Oxford, México, 1999.

Carrera, J., *Medicina del Embrión*, Masson, Barcelona, España, 1997.

Carrillo Flores, A., *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, McGraw-Hill, México, 1987.

Casado, M., *Nuevos Materiales de Bioética y Derecho*, Fonta María, México, 2007.

Castillo Velasco, J., *Apuntamiento para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1993.

Castro Juventino, V., *Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional*, Oxford, México, University Press, 2002.

Cabierto, N., *Doctrina General de Derecho Civil*, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, México, 1938.

Cazorla Prieto, L.M.; Arnaldo Alcubilla, E.; y Román García, F., *Temas de Derecho Constitucional*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Los Derechos Humanos de los Mexicanos, un Estudio Comparado*, Colección Monvales, México, 1991.

Corcuera Cabezut, S., *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Oxford, México, 2002.

Chávez Ascencio, M., *La Familia en el Derecho Familiar y Relaciones Jurídicas Familiares*, Porrúa, México, 1990.

Chuzos, A., *Altura Derechos Humanos*, Azcanes, Toledo, 1995.

Derecho Constitucional I, UNITEC, Instituto de Investigación de Tecnología Educativa, México, 2001.

Derecho Constitucional II, UNITEC, Instituto de Investigación de Tecnología, México, 2002.

De Castro Cid, B., *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Universitas, Madrid, 2006.

De Ruggiero, R., *Instituciones de Derecho Civil, Volumen Uno, Parte General Derechos de las Personas, Derechos Reales y Posesión*, Reus, Madrid, 1929.

Díaz de Terán Velasco, M., *Derecho y Nueva Eugenesia*. Un estudio desde la ley 35/88 de 22 de noviembre de Técnicas de Reproducción Asistida, Eunsa, España, 2005.

Díaz Revorio, F., *Los Derechos Humanos Ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

Díaz Revorio, F., *Aborto, Asistencia Médica Obligatoria, y Tratos Inhumanos y Degradantes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*,

Díaz Ambiona Bardoji, M.; Hernández Díaz Ambiona, M.; Pous de la Flor, M.; y Muñoz Tejedor L., *Derecho Civil Comunitario*, Colex, Madrid, 2001.

Díaz de Terán Velasco, M., *Derecho y Nueva Eugenesia. Un estudio desde la ley 35/88 de 22 de noviembre de Técnicos de Reproducción Asistida*, Eunsa, España, 2005.

Díaz Martínez, M.; Gimeno Sendra, V.; Morenilla Allvid, P.; y Torres del Moral, A., *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.

Diego Farrel, M., *La Etica del Aborto y la Eutanasia*, Abeledo Perot, Argentina.

Diez Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil Volumen I*, Tecnos, Madrid, 1978.

Diez Picazo, L., *Sistemas de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

Diez Picazo, L.; y Guillón, A., *Sistemas de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2005.

Diez Picazo, L.; y Montes, V., *Derecho Privado y Sistema Económico*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1979.

Duran La Laguna, P., *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993.

El Derecho a la Vida, Editora de Revistas, México, 1990.

Espin, E., “*Los Derechos de la Esfera Personal*” en *Derecho Constitucional*, volumen I Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

Fazio de Bello, M., *Parte General del Derecho Civil*, Oxford, Buenos Aires, Argentina, 1999.

Femenia López, P., *Status Jurídico del Embrión Humano con especial consideración al concebido in-vitro*, Mc Graw Hill, México, 1999.

Fernández Hierro, J., *Los testamentos*, Comares, Granada, 2000.

Fernández Rodríguez, J., *Los Fundamentos del Derecho Constitucional*, (*Derecho, Estado y Constitución*), Centro de Estudios Constitucionales, Lima Perú, 2008.

Fernández Sessarego, C., *Tratamiento Jurídico del Concebido en La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1995

Fernández Sessarego, C., *La Noción Jurídica de Persona*, Lima, Perú, 1968.

Finnis, J.; Kalinowsk, G.; Ollero, A.; Spaemann, R.; y Massino, C., *Derecho a la Vida*, Universidad Navarra, Pamplona, 1998.

Fix Zamudio, H.; y Valencia Carmona, S., *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Porrúa, México, 2009.

Fix Zamudio, H., *El Juicio de Amparo Mexicano y el Derecho Constitucional*, Giuffre, México, 1987.

Flores Trejo, F., *Bioderecho*, Porrúa, México, 2004.

Frosini, V., *Derechos Humanos y Bioética*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.

Galindo Garfias, I., *Derecho Civil*, Porrúa, México, 2008.

Gratocus, E., Gómez M, R., Romero Golve, R., Nico Lourdes, K., Cabrera Roura, L., *Medicina Fetal*, Médica Panamericana, Madrid, España, 2007.

Gete Alonso y Certera, M.; Gil Rodríguez, J.; Iturralde Sánchez, J.; y Ferriol Purg, L., *Manual de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

González Flores, E., *Manual de Derecho Constitucional*, Textos Universitarios, México, 1965.

González Valenzuela, J., *Dilemas de la Bioética*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

Gozaini, O., *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos, Vínculos y Autonomías*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, McGraw-Hill, México, 1995.

Gutiérrez Adriano, M., *Ensayos Jurídicos: Despenalización del Aborto*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, Tabasco, 1992.

Hamdan Amad, F., *Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, Porrúa, México, 2008.

Haaland Matlarg, J., *Derechos Humanos Depredados*, Cristiandad, Madrid, 2008.

Hernández Miquel, O., *La Ingeniería Genética y Derechos Humanos*, Icaria, España, 2000.

Hernández Rodríguez, G., *El Aborto en España*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1992.

Herrera Fragoso, A., *La Nueva Eugenesia, Bioética y Derechos Humanos*, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, SA CV., México, 2007.

Herrera, F., *El Derecho a la Vida y el Aborto*, Centro Editorial Universitario del Rosario, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

Herrera Jaramillo, F., *El Derecho a la Vida y el Aborto*, Eunsa, Pamplona, 1984.

Herrera Ortiz, M., *Manual de Derechos Humanos*, Pac, México, 1994.

Hurtado Oliver, X., *El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte?* Porrúa, México, 2000.

Ibáñez García-Velasco, J.L., *La Despenalización del Aborto Voluntario en el Ocaso del Siglo XX*, Siglo XXI de España Editores, S.A., España, 1992.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *El Aborto un Enfoque Multidisciplinario*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

J. Finnis, G.; Kalinowski, A.; Ollero, R.; Spaemann, Massini C.I.; y P. Serna.; *Derecho a la Vida*, Universidad Navarra, Pamplona, España, 1998.

Jiménez de Asua, L., *Libertad de Amar y Derecho a Morir. Ensayos de un Criminalista sobre Eugenesia y Eutanasia*, de Palma, Buenos Aires, Argentina. 1992.

Junquera de Estefani, R., *Reproducción Asistida, Filosofía, Ética y Jurídica*, Madrid, España, 1998.

Landrove Diaz, G., *Política Criminal del Aborto*, Bosch, Barcelona, 1976.

Laurenzo Copello, P., *El Aborto No Punible*, Bosch Casa Editorial SA, Barcelona, 1990.

La Constitución, la Corte y el Derecho a la Vida II, Red de Juristas Tomás Moro, México, 2008.

La Constitución y el Derecho a la Vida, Red de Juristas Tomás Moro, México, 2000.

La Suprema Corte de Justicia y el Derecho a la Vida, Inacipe, México, 2002.

Leal, M., *El Problema del Aborto en México*, Porrúa, México, 1980.

León Rabago, D., *La Bioética para el Derecho*, Universidad de Guanajuato, México, 1998.

López Piña, A., *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.

López y López, A., *Derecho de Sucesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

Lozano, J.M., *Estudio del Derecho Constitucional Patrio, en lo relativo a los Derechos del Hombre*, Porrúa, México, 1980.

Lledo Yagüe, F., *Sistema de Derecho Familia Civil*, Dykinson, Madrid, 2002.

Lledo Yagüe, F., *Derecho de Sucesiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

Luces Gil, F., *Derecho del Registro Civil*, Bosch, Barcelona, 2002.

Luna, Florencia., *Ensayos de Bioética Reflexiones desde el Sur*, Fontana, México, 2001.

Mac-Lean y Esteros, R., *La Eugenesia en América*, Universidad Nacional, Instituto de Investigaciones Sociales, México, 2000.

Madrazo, J., *Ombudsman y Protección a los Derechos a la Vida y a la Integridad Personal*, Broylant, Bruxelles, Bélgica, 1997.

Madrid Hurtado, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, Porrúa, México, 1980.

Madrid Ramírez, R.; Ramos Kuri, M.; y Villafaña Guiza, L., *La Bioética, un Reto del Tercer Milenio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

Marín Gamez, J., *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaen España, España, 1996.

Martín, C., Rodríguez-Pinzon, D.; y Guevara, J., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, México, 2003.

Martínez de la Serna, J.A., *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1983.

Martínez Roaro, M., *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*, Porrúa, México, 2007.

Messina de Estrella Gutiérrez, G., *Bioderecho*, Abdedo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Méndez Borges, V., y Silverio Gorski, H., *Bioética y Derecho*, VOC, Barcelona, España, 2007.

Problemas Actuales del Derecho Constitucional, Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.

Michel S., *Bioética y Población, La Elección de Vida*, Le Sarment-Fayard, París, 1994, traducción México, 1995.

Moore Keith, L., *Embriología Clínica*, McGraw – Hill, México, 1992.

Molina Blazquez, M., y Sierra Mucientes, S., “*El Delito del Aborto*”, Bosch, Barcelona, España, 2000.

Mondragón Castro, H., *Obstetricia Básica Ilustrada*, Trillas, México, 1992.

Montoya Rivera, V.; y Ortiz Trujillo, D., *Vida Humana y Aborto*, Porrúa México, 2009.

Moreno, D., *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1993.

Moral Padilla, L., *Notas de Derecho Constitucional y Administrativo*, McGraw-Hill, México, 1999.

Mosquera, J.R., *Nociones de Derecho Constitucional*, Bogota, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogota, Colombia, 2003.

Navarro del Valle, H., *El Derecho a la Vida y la Inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro*, Promesa, Costa Rica, 2001.

Olano García, H., *Derecho Constitucional Orgánico*, DC, Bogota, 2004.

Olendorf, D.; Jeryan, C.; y Boyden, K., *The Gaie Encyclopedia of Medicine*, Gaie Research, Kentucky, 1999.

Ortemberg, O., *Aborto y Divorcio: Una Lectura Psicoanalítica*, Grupo Cero, Buenos Aires, Argentina, 1990.

Osset Hernández, M., *La Ingeniería Genética y Derechos Humanos*, Icaria Editorial, España, 2000.

Pacheco Escobedo, A., *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, Panorama, México, 1991.

Pascual García, J., *Herencia y Testamento*, Boletín Oficial del Estado de Madrid, 2003.

Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1991.

Peces-Barba Martínez, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

Peces-Barba Martínez, G., *Derechos Humanos Textos y Casos Prácticos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

Pedroza de la Llave, S., *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Tomo II, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2004.

Pérez del Valle, C., *Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, VI-2004, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, España, 2004

Pérez Duarte y Noreña, A., *El Aborto, una Lectura de Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.

Pérez Luño, A., *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004.

Pérez Luño, A., *Los Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001.

Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Pérez Tremps, P., *Los Derechos Fundamentales en Derecho Constitucional Volumen I*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

Porras del Corral, M., *Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos*, Editorial Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, Córdoba, 1996.

Prieto Valtueña, J., *La Clínica y el Laboratorio*, Masson, Barcelona, 2006.

Ramírez Fonseca, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Pac, México, 1985.

Reviriego Picon, F., Otro Estudio más del Aborto. *La indicación Eugenésica y su Fundamentación*, Dykinson, Madrid, España, 1998.

Rico Alvarez, F.; Garza Bandala P.; y Hernández de Rubin., *De la Persona y de la Familia en el Código Civil*, Porrúa, México, 2007.

Renteria Díaz, A., *El Aborto, entre la Moral y el Derecho*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, 2001.

Romeo Casabona, C., *Biotecnología y Derecho. Perspectiva en Derechos Comparado*, Comares, Bilbao – Granada, España, 1998.

Romeo Casabona, C., *Genética y Derecho. Responsabilidad Jurídica y Mecanismos de Control*, Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, S. de RL., Buenos Aires, Argentina, 2003.

Romero Vargas Yturbide, I., *Derecho Constitucional Mexicano, Organización Política de los Pueblos de Anahuac*, Libros Luciérnaga, México, 1957.

Ruiz, E., *Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.

Ruiz Miguel, A., *Cuadernos y Debates: El Aborto Problemas Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Ruiz Rodriguez, V., *El Aborto: Aspectos Jurídicos, Antropológicos y Eticos*, Universidad Iberoamericana, A.C., México, 2002.

Ruiz Torres, F., *Diccionario de Términos Médicos*, Alhambra, Tomo I, México, 1983.

Ruiz Torres, F., *Diccionario de Términos Médicos, Tomo II*, México, 1983.

Sagües, N., *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992.

Sánchez Sifiano, R., *Perspectivas Etico Jurídicas de la Donación Terapéutica*, Porrúa, México, 2008.

Saponero, A., *Nuestra Salud*, De Vecchi, Barcelona, 1972.

Savolainen, H., "Liver" en *Encyclopedia of occupational, Health and Safety*, Volumen I, International Labori Organization, Genera, 1998.

Schooyans, M., *Bioética y Población, la Elección de Vida*, Le Sarment Fayard, Paris, 1994, Traducción, México, 1995.

Sepúlveda Iguinis, R., *Derecho Parlamentario Constitucional Mexicano*, México, Themis, 1999.

Smith, T., *Enciclopedia de la Salud*, Nueva Editorial Interamericana, S.A. de C.V., México, 1990.

Silva García, F., *Garantismo Judicial, Libertad Reproductiva, Presentación*, Porrúa, México, 2011

Stein, T., *Los Diferentes Niveles de Protección de los Derechos Humanos en Europa en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2009, Fundación Konrad – Adenaver, Uruguay, 2004.

Suprema Corte de Justicia de la Nación., *La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Derecho a la Vida*, Inacipe, México, 2002.

Tena Ramírez, F., *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1996.

Tobías, J., *Fin de las Personas Físicas*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.

Torres Garrido, G., *Manual de Bioética*, Ariel, España, 2001.

Travieso, J., “Protocolo No 6 referente a la abolición de la pena de muerte” en *Derechos Humanos, Fuentes e Instrumentos Internacionales*, Heliasta, Buenos Aires, 1996.

Vallarta Plata, J., *Introducción al Estudio del Derecho Constitucional Comparado*, Porrúa, México, 1998.

Valle Labrador, R., *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1998.

Varios, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *El Aborto un Enfoque Multidisciplinario*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1980.

Varsi Rospiglios, E., *Derecho y Manipulación Genética*, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima; Perú, 1996.

Vázquez, R., *Del Aborto a la Clonación: Principios de una Bioética literal*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Velázquez, J., *Del Homo al Embrión*, Gedisa, Barcelona, España, 2003.

Velásquez Turbay, C., *Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2001.

Vergottini, G., *Derecho constitucional Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

Vila – Coro, M., *La Bioética en la Encrucijada, Sexualidad, Aborto, Eutanasia*, Dykinson, Madrid, España, 2007.

Vivanco, J., *Experiencias Positivas y Obstáculos para Armonizar la Legislación de Derechos Humanos en América Latina en La Armonización de los tratados de Derechos Humanos en México*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1998.

Von Beuren I., *Derechos Humanos y Globalización Alternativa, Una Perspectiva Iberoamericana*, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2004.

Wynbrandt, J., Ludman, M., *The Encyclopedia of Genetic Disorders and Birth Defects*, Oxford, New York, 1990.

Zannoni Eduardo, A., y Bossert A. G., *Manual de Derecho Familiar*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

Zarini Helio, J., *Derecho Constitucional*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1999.

Zubizarrela, E., *El Derecho a Nacer*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

2.- Sentencias y Jurisprudencias

Alemania.- 1. Sentencia B Verf GE 39, 1 del Tribunal Constitucional Alemán.

2. Sentencia B Verf GE 88, 203 del Tribunal Constitucional Alemán.

España.- 1. Sentencia de Recurso previo 53/1985 del Tribunal Constitucional Español.

Estados Unidos.- 1. Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso de ROE VS WADE.

Francia.- 1. Decisión No. 74-54 del Consejo Constitucional Francés.

2. Demanda 96-80223 de la Corte de Casación.

Corte Europea de Derechos Humanos.- VOV. France 8 de julio

Sudafrica.- 1. Chistian Lawgers Asociation, asunto 11291.

2. Chistian Lawgers Asociation, sentencia de 2004.

México.- 1. Sentencia de la Suprema Corte de la Nación, que resuelve acciones de inconstitucional en contra de la reforma del 26 de abril del 2001 al Código Penal para el Distrito Federal.