



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

Clave: 879309

**EL CONCEBIDO IN VITRO COMO SUJETO
DE EXPECTATIVAS DE DERECHO**

T E S I S

Que para obtener el título de:
LICENCIADO EN DERECHO.

Presenta:

ANTONIO ACEVEDO RODRÍGUEZ

Asesor: Lic. Juan José Muñoz Ledo Rábago

Celaya, Gto.

Noviembre 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS:

AGRADECERLE POR DARMER LA VIDA Y SENTIDO A MI EXISTENCIA, ASI COMO OTORGARME LAS HERRAMIENTAS NECESARIAS PARA CUMPLIR CON LOS OBJETIVOS PERSONALES, FAMILIARES Y SOCIALES PLANTEADOS.

A MIS PADRES CANDELARIA E ISMAEL:

POR SU INAGOTABLE AMOR, COMPRENSIÓN, Y APOYO BRINDADO EN TODO MOMENTO MI VIDA.

A MIS HERMANOS:

ALBERTO, ALICIA, MIGUEL, ISMAEL, VERÓNICA, ADRIANA, ARACELI Y MARISOL POR SU INVALUABLE ATENCIÓN, COMPRENSIÓN Y APOYO FAMILIAR TANTO EN MI FORMACIÓN PERSONAL COMO ACADÉMICA, ARRAIGANDO EN MÍ, LOS RECUERDOS MAS GRATOS.

A MI HERMANA ROCIO:

POR SU INCANSABLE APOYO EN MI FORMACIÓN ACADÉMICA, ASI COMO DE SU TOTAL COMPRENSIÓN EN LOS MOMENTOS DIFÍCILES DE MI VIDA.

A MI ESPOSA MARÍA DE JESÚS:

SUSTENTO Y PILAR EN MI VIDA, QUIEN CON SU AMOR Y COMPRENSIÓN, ENRIQUECE A NUESTRA FAMILIA.

A MI HIJO JESÚS ANTONIO:

POR SER LA LUZ DE MI EXISTENCIA, Y PLENO ORGULLO DE MI LEGADO PERSONAL.

A MIS TÍOS CARMEN Y JOSE LUIS:

POR LA CONFIANZA DEPOSITADA EN MI PERSONA, Y SU INCONDICIONAL APOYO BRINDADO EN TODO MOMENTO.

INTRODUCCIÓN.....**CAPÍTULO I****DERECHO NATURAL Y POSITIVO.....1**

1.1 Posiciones y tendencias del derecho.....1

1.2 El derecho natural.....3

1.2.1 Acepciones del derecho natural.....3

1.2.2 Derecho natural cristiano.....7

1.2.3 Escuela clásica del derecho natural.9

1.2.4 Derecho natural neotomista.....12

1.3 El derecho positivo.....15

1.3.1 Definición de derecho positivo.....15

1.3.2 Concepto de derecho vigente.....16

1.4 El positivismo jurídico.21

1.5. Tipos de positivismo jurídico.....21

1.5.1. Positivismo formal.....21

1.5.2. Positivismo real.....21

1.6. Diferencias entre el positivismo jurídico y el derecho natural.....22

CAPÍTULO II**PERSONAS.....25**

2.1. Concepto de persona.....25

2.2. Acepciones de la palabra persona.....25

2.3. Origen del vocablo.....26

2.4. Especies de personas.....27

2.5. Concepto jurídico de persona.....28

2.6. La personalidad.....30

2.7. Atributos de la personalidad.....31

| | |
|--|----|
| 2.7.1. La capacidad jurídica..... | 32 |
| 2.7.1.1 La capacidad de goce..... | 33 |
| 2.7.1.1.1. Aspectos de la capacidad de goce..... | 34 |
| 2.7.1.2. La capacidad de ejercicio..... | 35 |
| 2.7.1.2.1 Limitantes de la capacidad de ejercicio..... | 36 |
| 2.7.1.1 Teorías del origen de la capacidad..... | 37 |
| 2.7.1.2 Teoría de la concepción o fecundación..... | 38 |
| 2.7.1.2 Teoría del nacimiento..... | 39 |
| 2.7.1.3 Teoría de viabilidad..... | 40 |
| 2.7.1.4. Clases de viabilidad..... | 40 |
| 2.7.2. El estado civil..... | 41 |
| 2.7.3 El nombre..... | 42 |
| 2.7.4 El patrimonio..... | 43 |
| 2.7.5 El domicilio..... | 43 |
| 2.7.6 La nacionalidad..... | 45 |
| 2.8. Principio y fin de la personalidad..... | 46 |
| 2.8.1 El nacimiento..... | 46 |
| 2.8.2 Efectos del nacimiento..... | 47 |
| 2.9. La filiación..... | 49 |

CAPÍTULO III

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA52

| | |
|--|----|
| 3.1. El embrión..... | 53 |
| 3.1.1. Definición..... | 53 |
| 3.2. La inseminación artificial..... | 54 |
| 3.2.1 Clases de inseminación artificial..... | 57 |
| 3.2.2 Consecuencias jurídicas de la inseminación artificial..... | 57 |
| 3.3. La fecundación in Vitro..... | 59 |
| 3.3.1. Definición..... | 60 |
| 3.3.2 Etapas de la fertilización in Vitro (ivf)..... | 65 |
| 3.3.3 Clasificación..... | 70 |
| 3.3.3.1. Fecundación asistida homóloga..... | 70 |

| | |
|---|----|
| 3.3.3.1.1 Fecundación natural..... | 71 |
| 3.3.3.1.2 Fecundación asistida..... | 72 |
| 3.3.3.2. Fecundación asistida heterologa..... | 75 |
| 3.4. La maternidad subrogada..... | 76 |

CAPÍTULO IV

EL CONCEBIDO IN VITRO.

| | |
|---|-----------|
| ¿SUJETO DE EXPECTATIVAS DE DERECHO?..... | 80 |
| 4.1. Protección jurídica del concebido en el derecho español..... | 82 |
| 4.1.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida..... | 85 |
| 4.1.1.1 Antecedentes..... | 85 |
| 4.1.1.2 Objeto de la ley de reproducción asistida..... | 89 |
| 4.1.1.3 Observaciones sobre ley de reproducción asistida..... | 90 |
| 4.1.1.4 Puntos críticos de la ley de reproducción asistida | 92 |
| 4.2. Estatus jurídico del concebido in Vitro..... | 95 |
| 4.3. Regulación jurídica de los artículos 20 y 21 del código civil para el estado de Guanajuato..... | 97 |
| 4.4. Protección jurídica del concebido en el derecho mexicano..... | 101 |
| 4.4.1 Ley del seguro social..... | 102 |
| 4.4.2 Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes..... | 102 |
| 4.4.3 Ley general de salud..... | 104 |

CONCLUSIONES.....

BIBLIOGRAFIA.....

INTRODUCCIÓN

La vida humana prenatal sigue siendo un tema crucial para nuestra sociedad llamada a confrontarse con los desafíos siempre nuevos de la ciencia, del progreso biotecnológico y de los marcos legales existentes. La posibilidad de llevar a cabo precoces intervenciones terapéuticas y diagnósticos sobre el embrión y sobre el feto, la producción de embriones in Vitro para la superación de la esterilidad o de riesgos genéticos, la utilización de embriones para obtener células para su empleo en el ámbito de la medicina regenerativa, la experimentación en embriones con fines de investigación o su clonación, son algunos los debates mas comunes centro del campo jurídico y medico, que tienen como protagonista al individuo humano en las fases precoces de su desarrollo desde el momento en que este es concebido. Por tal motivo nos viene la pregunta ¿Qué es el embrión humano? ¿Es un sujeto, un objeto, un simple amasijo de células? ¿Qué valor tiene la vida humana precoz? ¿Es lícito manipularla al menos en los primeros estadios de su desarrollo? ¿Qué grado de tutela otorgarle?, ¿A caso es sujeto de expectativas de derecho? Derecho a la vida, a nacer, a heredar, a recibir donaciones, etc. Estos son las principales interrogantes que van al centro del actual debate sobre el inicio de la vida humana; poder proporcionar una respuesta ampliamente

compartida es fundamental por las relevantes implicaciones no sólo en terreno sanitario, sino para toda la sociedad y para el futuro mismo del hombre.

Estas cuestiones no sólo interpelan al legislador o al campo médico, sino a cada uno de nosotros, simples ciudadanos, llamados a expresarnos en materias delicadas y complejas. El amplio debate, frecuentemente desde tonos confusos, suscitado por estos temas, ha revelado la necesidad de una información cada vez más clara y objetiva para afrontar con conocimiento y conciencia crítica los nuevos retos éticos y sociales del progreso médico, jurídico, social, y cultural.

Resulta entonces importante aclarar ante todo la naturaleza biológica del ser humano y de sus orígenes, gracias a la aportación de los numerosos estudios embriológicos, genéticos y biomoleculares que en los últimos años han permitido descubrir los mecanismos más íntimos del desarrollo inicial del individuo humano.

Algunas corrientes de pensamiento afirman que la existencia de un individuo humano verdadero al que poder dar nombre y apellidos empieza en un momento sucesivo respecto a la concepción, y que hasta ese momento aquella vida humana no puede tener la

dignidad, o bien el valor (y por lo tanto la tutela) de cualquier otra persona.

En biología cada individuo se identifica en el organismo cuya existencia coincide con su ciclo vital, esto es, la extensión en el espacio y en el tiempo de la vida de una individualidad biológica. El origen de un organismo biológico coincide, por lo tanto, con el inicio de su ciclo vital: es la puesta en marcha de un ciclo vital independiente lo que define el inicio de una nueva existencia biológica individual que se desarrollará en el tiempo atravesando varias etapas hasta llegar a la madurez y después a la conclusión de su arco vital con la muerte.

Sobre la base de los datos científicos disponibles actualmente, es por lo tanto importante analizar la posibilidad de identificar el evento crítico que marca el inicio de un nuevo ciclo vital humano.

Un nuevo individuo biológico humano, original respecto a todos los ejemplares de su especie, inicia su ciclo vital en el momento de la penetración del espermatozoide en el ovocito. En los datos de la biología hasta hoy disponibles se evidencia que el cigoto o embrión unicelular se constituye como una nueva individualidad biológica ya en la fusión de los dos gametos, momento de

ruptura entre la existencia de los gametos y la formación del nuevo individuo humano.

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (ONU), el ser humano es el valor del que se originan y hacia el cual se dirigen todos los derechos fundamentales; cualquier otro criterio de orden cultural, político, geográfico o ideológico resultaría reductivo y arbitrario. La pertenencia a la especie humana es el elemento suficiente para atribuir a cada uno su dignidad. Es entonces oportuno no desconocer esta tradición cultural y valorar sus lógicas consecuencias respecto al tema del inicio de la vida humana en ámbito biomédico y legal.

El embrión humano, es un individuo en acto con la identidad propia de la especie humana a la que pertenece, y consecuentemente deben ser reconocidos sus derechos de sujeto humano y su vida debe ser plenamente respetada y protegida.

Ante el interrogante expuesto en el preámbulo, concluimos que la vida humana comienza en el momento en que el óvulo y el espermatozoide fusionan sus núcleos (singamia), existiendo desde este momento una nueva identidad, poseyendo potencialidad y autonomía genética para presidir su propio desarrollo. Es un nuevo ser humano que se

desarrollará por sí mismo, con absoluta originalidad e irrepetibilidad".

Ahora bien, después de las consideraciones antes expuestas, esta vida ¿es ya una persona? En primer lugar, es necesario destacar que en la reproducción humana se pueden distinguir tres etapas bien diferenciadas:

- a.- gameto-fecundación- cigoto
- b.- cigoto-mórulo-blastocito-anidación
- c.- anidación-feto

El abanico de opiniones es variado y la doctrina no es unánime al respecto. La disyuntiva, se centra, principalmente, en relación a temas como el aborto las nuevas técnicas de fecundación asistida, manipulación de embriones, crioconservación, experimentación, etc., dependiendo del status jurídico que se quiera asignar a este nuevo ser. Por tal motivo, se considera el término "embrión", al óvulo fecundado por el espermatozoide humano, dentro o fuera del medio natural humano femenino, confirmándose, acorde a lo establecido y definido, que a partir del momento en que se produce la fusión de los núcleos de los gametos de un hombre y de una mujer extracorpórea o fuera del seno materno, también comienza la vida humana, y es ahí desde ese

momento cuando ese nuevo ser, debe ser sujeto de bienes jurídicos tutelados, sujeto de las expectativas jurídicas que se otorgarían como si estuviese ese embrión dentro del útero materno.

En la actualidad, en México, existen lagunas jurídicas en la regulación de algunas situaciones que son surgidas a causa de dichos avances tecnológicos, siendo una de ellas la fecundación in Vitro, cuya actividad no está regulada y tiene como finalidad la conservación de embriones por tiempo indeterminado, ya sea meses o hasta años en estado de congelación, en espera de poder transferirlos a una madre sustituta que llevará a término el embarazo por encargo de una pareja extraña, o bien, para dar tiempo de realizar exámenes genéticos sobre algunas células embrionarias, y poder así, transferir solamente "embriones de alta calidad", eliminando los defectuosos, o, finalmente, para tener reservado un precioso material viviente, que pueda ser usado en experimentos o para otros fines instrumentales.

En la presente investigación, se desarrollará el presente tema, a efecto de determinar si el Fecundado o Concebido in Vitro puede ser sujeto de protección legal , de expectativas de derecho tales

como a derechos tan fundamentales, inherentes e irrenunciables del ser humano como son : la vida, a nacer, a la salud, a la integridad física y psíquica, a la identidad genética, biológica, social y jurídica, a disfrutar de su medio ambiente humano materno natural, a la igualdad, a la dignidad, a recibir legados, donaciones, etc; como cualquier otro embrión que se encuentra fecundado dentro del seno materno, y que es sujeto de la prerrogativas jurídicas existentes.

Por ende, en nuestros ordenamientos jurídicos es importante abordar concienzudamente el estudio del derecho natural, del derecho positivo, la justicia, la equidad, el bien común y la seguridad jurídica de las personas, y en especial de los concebidos artificialmente (fuera del seno materno), como sujetos de estos valores y fines del derecho; así también, analizar la vida como valor supremo; y las personas, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico; finalmente, el tema que nos ocupa: El concebido in Vitro como sujeto de expectativas de derecho. En base a lo expuesto en el preámbulo, se considera que el embrión humano merece respeto que en esta etapa de desarrollo potencial, no es una cosa, ni un mero amasijo de células vivas, sino el primer estadio de existencia de un ser humano. Lo

anterior se ratifica toda vez que lo viable en las técnicas de reproducción asistida, es procurar que en el campo del derecho y la medicina se ofrezca un marco regulatorio realista y flexible, que permita establecer los límites éticos y legales sobre los embriones fecundados in Vitro , ya que lo que se encuentra en la balanza y en juego es la dignidad del hombre, por lo que es necesario la protección jurídica del embrión fecundado in Vitro, ya que se constata que el titular de este bien jurídico tutelado sagrado e irrenunciable por el individuo humano , es la vida misma.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO NATURAL Y POSITIVO

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO NATURAL Y POSITIVO

1.1 POSICIONES Y TENDENCIAS DEL DERECHO

Las presentes tendencias jurídicas a cerca de los diversos autores sobre la posición jurídica del derecho en todas sus ramificaciones, podemos desprender 2 teorías o posiciones reconocidas: La IUS NATURALISTA, y otra más que se ha denominado POSITIVISTA DEL DERECHO, conformando a esta última dos vertientes que son la visión formalista del derecho y realista o sociológica del derecho.

a).- IUS NATURALISTA.- Atiende a los valores.

b).- IUS POSITIVISTA:

Formalista.- Atiende a la forma de creación.

Realista.- Atiende a la eficacia.

La visión Ius Naturalista esta orientada a los valores, y de esta manera el Ius naturalismo esta identificado como el llamado derecho justo; además de que es parte de la validez intrínseca. Por otro lado el positivismo parte de una validez extrínseca. Para el maestro García Maynez, dentro de su teoría de los tres círculos establece lo que seria una

concepción del Derecho Perfecto del derecho ideal, formado por la suma del Derecho Natural, derecho formal y derecho social o real, mismos que según el maestro pueden unirse, separarse y pueden coincidir con el derecho ideal, en donde las tres corrientes van unidas.

Ahora bien lo que le da sentido a lo que es el derecho es la cuestión valorativa del derecho natural, ya que el derecho es valor y si no hay valor sencillamente no hay derecho, por lo tanto se considera al valor como algo esencial.

Debemos de recordar que desde el punto de vista Ius Naturalista, el derecho tiene que perseguir valores, pero desde el punto de vista formal positivista, se diría que el derecho es un instrumento y que puede no perseguir ningún valor.

1.2 EL DERECHO NATURAL

1.2.1 ACEPTACIONES DEL DERECHO NATURAL

El derecho natural ha sido producto de la reflexión de los mas grandes filósofos de la historia tales como Aristóteles, Platón, Pitágoras, Heraclio, Santo Tomas, Grocio, Hobbes, Rousseau, Kant, Stammler, que

ha sido algunos de los mas destacados expositores, que vivieron y se desarrollaron en diferentes épocas, lo que dio lugar a las grandes diferencias entre sus doctrinas; el punto de referencia para comprender la esencia del derecho natural es la siguiente reflexión:

El derecho natural hace alusión al derecho propio he inherente a la naturaleza humana, que no es creado deliberadamente por un órgano gubernamental a quien compete la normatividad jurídica para su validez.¹

Existe la corriente que determina que el derecho natural no ha sido creación del hombre, sino que proviene de la ley divina, y además la corriente racionalista, que expresa que el derecho natural proviene de la razón misma del hombre, considerando que es un conjunto de principios relacionados con los valores y mas que nada con el valor de la justicia que es asequible a la razón humana. Por lo tanto podemos decir que el derecho natural es un conjunto de principios que tratan de proteger al hombre en su calidad de tal, así como en su dignidad de ser humano.

1 ROJAS ARMANDI, VICTOR MANUEL .Filosofía del Derecho. 5ª ed. Ed. Harla, México 1991, p. 224.

La corriente filosófica del derecho natural, así como la corriente filosófica del derecho positivo, son dos teorías que tratan de contestar la pregunta referente ¿qué es el derecho?, para tratar de responder esta pregunta surge el Ius naturalismo y el Ius positivismo del cual podemos decir que es un conjunto de normas jurídicas con vigencia y aplicación en un lugar y tiempo determinados, en tanto que el Ius naturalismo es un conjunto de principios valederos en todo tiempo y en todo lugar; pero sería absurdo hablar de un Derecho Positivo o Ley Humana, que no necesite del Derecho Natural, ya que todo ordenamiento jurídico es siempre histórico y a la vez racional; histórico por que fue necesaria la unificación de personas con un fin común, lo que implica una técnica que tiene la finalidad, la creación, perfeccionamiento y efectividad de la norma para un lugar y tiempo determinado, y a la vez racional en cuanto a la adecuación de esa técnica empleada a los fines o criterios racionales, que rigen la vida social, la Ley Humana constituye la aplicación de los principios de derecho natural a una materia social concreta, entonces; el derecho es al mismo tiempo positivo y técnico, y natural o racional, ya que en el se conjugan una técnica positiva y unos fines racionales o sea que el

derecho positivo debe contener los principios y valoraciones del derecho natural, para que así, el derecho pueda cumplir con sus fines de bienestar común teniendo siempre en cuenta la dignidad humana.²

No se trata simplemente como lo hacen los positivistas de considerar solamente derecho, al conjunto de normas provenientes del estado, sin que importe su contenido valorativo, pues para que el derecho sea tal, es necesario la integración del positivismo y el naturalismo.

Ahora bien, es necesario determinar de manera precisa las diferencias jurídicas entre ambos derechos, para poder así comprender su naturaleza y lograr una mayor comprensión de cada uno de ellos:

El Derecho Natural.- Tiene como ideal lo que es justo; de la justicia de carácter universal y permanente, en todo lugar y en todo tiempo, haciéndolo aparece como el ideal de la justicia que es inspirada de otros derechos naturales, en otras palabras es lo que debe ser.

² PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. Cuarta ed. Ed.Trillas. Mexico 1999, p.243

El Derecho Positivo.- Lo jurídico de éste radica en su carácter impositivo u obligatorio, en su carácter coactivo, esto es, la esencia del derecho positivo, creado por un órgano del Estado, para ser aplicado en un determinado lugar y momento, con una vigencia determinada.

1.2.2 Derecho Natural Cristiano

Para los padres de la iglesia el derecho natural absoluto significaba "el derecho ideal que hubiera seguido imperando de no haberse viciado la naturaleza humana pura con el pecado original"

El Derecho natural lo heredo la filosofía cristiana de los estoicos y de los juristas romanos, mismo que fue organizado conforme a los dogmas de la iglesia cristiana, vinculando siempre este derecho con la imagen divina, que eran mucho mas superiores a cualquier norma de derecho positivo que haya sido creada por el hombre.

San Agustín.- Consideró en forma análoga que el gobierno, el derecho, la propiedad y la civilización todos son productos del pecado y que la iglesia como guardián de la ley eterna de dios, puede interferir cuando lo juzgue oportuno ya que tiene una soberanía

incondicionada sobre el Estado. Señala que si el derecho positivo contiene disposiciones claramente contrarias a la ley de Dios, esas normas no tienen vigencia y no deben ser obedecidas.

El máximo exponente de esta época fue Santo Tomás de Aquino, quien atribuyó a la razón como expresión máxima del creador, y que este había creado a todos los seres vivos que tienen un fin determinado y para lo cual había creado una Ley Universal.

Santo Tomás, divide a las Leyes en cuatro categorías a decir:

1.- Naturales: Son aquellas que existen independientemente de la voluntad del hombre, y que son creadas por la voluntad divina.

2.- Humanas: Son aquellas que existen como producto de la voluntad del hombre.

3.- Eternas: Es la que es creada por Dios, y son creadas para poder gobernar el Universo.

4.- Divinas: Es la revelada por Dios, por medio de las Sagradas Escrituras, y esta recogida por el antiguo y nuevo Testamento.

Según Santo Tomás el precepto básico del derecho natural es que "debe hacerse el bien y evitarse el mal". Esta época y con este sistema Tomista es

evidente que la característica y fundamento de ella es la razón, y esta es la prueba de que el hombre participa de la naturaleza divina.

1.2.3 Escuela Clásica del Derecho Natural.

En contra de los criterios anteriores sustentados por la iglesia se levanta el protestantismo en el siglo XVI, sosteniendo que todo el mundo tiene acceso inmediato ante Dios y no necesita de la mediación de un sacerdote.

Así, el derecho natural se transforma en su contenido, pues elimina toda relación con el concepto divino de Dios, y se fundamenta en el principio de la razón.

De entre los autores mas representativos de este pensamiento, citaremos al mas representativo de esta corriente mismo que se adapta mas al contenido del presente estudio, refiriéndonos a Hugo Grocio, quien define el derecho natural como "un dictado de la recta razón que indica que un acto sea o no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de necesidad moral o de bajeza moral.

Así también, podemos mencionar a Tomas Hobbes quien consideraba al hombre egoísta y malvado y asegura que, "el derecho natural es el dictado de la recta razón que hay en nosotros acerca de aquellas cosas

que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros".

Por otra parte, Spinoza señala que "Todo individuo tiene un derecho soberano a todo lo que está en su poder, o bien, que el derecho de cada uno se extiende hasta donde llega el poder determinado que le pertenece".

Pufendorf, entiende al derecho natural con la siguiente fórmula: "Que cada uno trate celosamente de preservarse a sí mismo en forma que no perturbe la sociedad de los demás hombres".

Wolff, enseña que el más alto deber de los seres humanos es aspirar a la perfección, base de la justicia y del derecho natural.³

John Locke, reconoce una garantía última del derecho natural: "Todo el pueblo puede desplazar a su legislativo e incluso resistir al gobierno, en caso de quebrantamiento flagrante, si el gobierno ha invadido injustamente la propiedad de los súbditos o

³ TORRES GÓMEZ, ANTONIO. Introducción al Estudio del Derecho. 3ª ed. Ed. Universidad de Guanajuato. Guanajuato, México, 2000 P. 75-79.

se ha hecho dueño arbitrario de las vidas y libertades del pueblo".

Montesquieu, éste creador de la división del poder concretamente expresa: "el derecho natural consiste meramente en los instintos naturales de la humanidad que todo derecho positivo debe tomar en cuenta". Menciona el instinto de propia conservación, el sexual y el impulso gregario.

Rousseau, relaciona estrechamente al derecho natural con la igualdad de la cual manifiesta que: "No ha de entenderse por igualdad que los grados de poder y riqueza sean absolutamente los mismos para todos, sino que el poder esté por encima de toda violencia y no se ejerza nunca más que en virtud del rango y las leyes; en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro y ninguno tan pobre que se vea precisado o venderse".

Kant, definía al derecho como "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad".⁴

⁴ IBIDEM P. 80-81.

1.2.4 Derecho Natural Neotomista.

Esta corriente surge en Francia y a diferencia de otras, no se basa en las concepciones del derecho natural clásico o en alguno de sus autores, sino en las doctrinas del derecho natural cristiano, de Sto. Tomás de Aquino, cuyas principales características son las siguientes:

1.- El Derecho Natural esta constituido por normas que se derivan de la naturaleza racional del hombre y en última instancia de la naturaleza de las cosas.

2.- Los principios del derecho natural son reglas externas de validez absoluta, cuyo contenido no es variable.⁵

3.- El Derecho Natural ha de considerarse no solo compatible con el positivo sino auto implicativo, en cuanto a éste constituye el medio para la aplicación y precisión de dichos principios generales.

Para el Neotomismo, la Ley positiva que no este de acuerdo con los principios del derecho natural, debe

⁵ PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. op. cit (2) p. 239.

ser considera y sin carácter vinculante para los hombres.

De lo anterior se resume que los Neotomistas concebían como principio fundamental y general del derecho natural a la razón y lo vinculaban con la concepción divina de Dios, de la que habla Santo Tomas de Aquino.

Ahora bien, ahondando en lo que son los valores, podemos decir; que los valores no son elementos dados en la realidad, no son ingredientes reales de ella, por consiguiente no son conocidos en la experiencia de las cosas por percepción de los sentidos, sino por el contrario son obtenidos a través de la intuición cuando captamos la idea o la esencia del objeto; estamos captando su valor, y como el valor el valor es algo es relativos al ser y por lo mismo, no es comprensible y razonable que se separe el valor del ser y seria incomprensible e irrazonable ser sin valor y un valor sin ser.

Sin embargo el hecho de que concibamos algo como valioso no quiere que exista en la realidad, además ya que idealmente quiere ser plasmados en la realidad, y las realidades solo cuando presentan valores, son una realidad justificada. He aquí la importancia de que los valores puedan interrumpir en

el mundo de la realidad. Ya que así mismo los valores que se refieren a una determinada realidad y no son cumplidos o encarnados en ella; suceda que esa realidad sin dejar de ser realidad, aparece como no justificada.

Hay valores como los morales que solo pueden darse en las personas realmente existentes y no en las cosas; y los valores jurídicos solo pueden darse en la colectividad; y otros como los de utilidad solo se dan en las cosas y en los procesos; otros como los vitales referentes a la salud, vigor, destreza, etc., solo se dan en los seres vivos, y así podemos decir que el valor realizado en una cosa, no es nada mas que la virtud de comparar la cualidad relativa de esa cosa, con la idea del valor. Se repite por ultimo, que no debe caerse en el equívoco de pensar que además de las cosas que valen, existen los valores en sí; no, los valores son relaciones que en la conceptualización pueden definirse, pero en la realidad solo tienen sentido en relación con las cosas que valen.⁶

6 Terán, Juan Manuel. "Filosofía del Derecho". 11ª ed. Ed Porrúa, S.A., México. D.F. 1989, p. 221

1.3 EL DERECHO POSITIVO

1.3.1. DEFINICIÓN DE DERECHO POSITIVO

Para poder definir el derecho positivo, atenderemos a las siguientes definiciones:

La primera nos dice que es un conjunto de normas jurídicas que integran la legalidad establecida por el legislador, así como el de aquellas que en un tiempo estuvieron vigentes y que quedaron abrogadas, pasando a constituir el derecho histórico de la nación.⁷

La segunda de un tratadista Mexicano de nombre Trinidad García nos dice que el derecho positivo es un conjunto de normas jurídicas vigentes que el individuo debe de observar por que su fuerza de vigencia las hace obligatorias.⁸

La tercera nos dice que la positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto vigente o no vigente.⁹

⁷ De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 20ª ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1994, p. 238

⁸ IDEM

⁹ García Maynez Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", 28a, ed. Ed. Porrúa, México, 19. p. 85.

Ahora bien se hace necesario hacer la distinción entre derecho positivo y derecho vigente, distinción que se tratara en los dos capítulos siguientes.

1.3.2 CONCEPTO DE DERECHO VIGENTE.

Es vigente aquel derecho que realmente rige en un momento determinado al grupo social y que no ha sido derogado o abrogado, es decir que es un derecho actual.¹⁰

De lo que podemos afirmar que no todo derecho positivo es vigente, en cambio todo el derecho vigente es Positivo. Además debemos tener en cuenta un factor de suma importancia para el presente estudio siendo este la voluntad del estado, como fuente formal del derecho positivo, en cuanto a su validez, todo derecho positivo ya sea consuetudinario, jurisprudencial, legislado, contractual, institucional, judicial, etc., y lo que se llama voluntad del Estado es sencillamente un caso de la Ley General de Imputación Normativa, a saber: una serie de actos realizados por determinados individuos (Legisladores, Funcionarios Administrativos, Tribunales de Justicia, Partes Contratantes, etc.) no son atribuidos a dichas

¹⁰ Gómez González, Fernando Flores y otro. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 2ª ed. Ed. Olimpo, México, D.F. 1969. p. 52

personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es el Estado, lo que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas.¹¹

Dicho Derecho Positivo constituirá Derecho Vigente en la medida en que deberá ser aplicada, impuesta por el Estado, es decir por sus órganos.

Ahora, para establecer un punto de relación entre lo que es el derecho positivo que ya definimos, y la relación que guarda este con el Derecho Natural podemos decir que en el mundo del ser y del deber ser, existen dos formas de proposiciones las enunciativas y las normativas.

Las primeras son aquellas que denotan en que consiste un ser, qué es un realidad, la existencia de un hecho, el modo regular de acontecer de unos fenómenos, etcétera.¹²

¹¹ Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 7ª ed. Ed. Porrúa, México 1981 p. 284

¹² IDEM

Es decir, que los juicios enunciativos, se encuentran en relación directa con el mundo del ser, explican los fenómenos que acontecen en la naturaleza, tratando de determinar sus constantes; es decir sus relaciones.

Las proposiciones normativas no se refieren a la realidad de los hechos, ni a la manera en que estos se desarrollan, por el contrario hacen mención a un deber ser, esto es, establecer un comportamiento como debido.

Entonces el derecho esta integrado por proposiciones normativas, por lo que, cuando se hace referencia al derecho positivo se alude mas o menos directamente al derecho natural. Este es, según el pensamiento jurídico tradicional, el derecho que debe ser, es positivo simplemente el derecho que es. Pero, el derecho positivo, para nosotros, en realidad, es el derecho que en un momento histórico determinado y en relación con un pueblo determinado, según el criterio del legislador, no solo es, si no que también es lo que debe ser.¹³

13 De Pina, Rafael. Op. Cit. (7) p. 239.

Es decir, que el derecho positivo es un conjunto de normas o reglas de conducta que se aplican, que tienen vigencia en un lugar y tiempo determinado, naturalmente que existen corrientes que determinan que el derecho positivo, necesariamente tiene que tener su base en el derecho natural, pero también, existen corrientes que afirman que el derecho positivo es derecho independientemente de su contenido valorativo, por la sencilla razón de que ha sido creado por el Estado, de acuerdo con la normatividad existente para la creación del derecho, de esta manera, podemos pensar en la posibilidad de la existencia de un derecho injusto, esto siempre y cuando sigamos la corriente de la que hemos estado hablando, de que es derecho es tal, independientemente de su contenido valorativo.

El derecho no solo es positivo, sino que simultáneamente es racional, por lo que se refiere necesariamente a una sociedad de hombres, y racional ó natural, dado que son los principios de la razón práctica los que dan validez normativa a las reglas jurídicas, distinguiéndolas de las reglas impuestas por la fuerza.

Tratando de establecer cual es el punto donde se conjugan el derecho natural y el derecho positivo, habrá que citar al autor Renard, quien dice: "El

derecho natural es un bastidor, la Ley positiva es el bordado que llena los intervalos; estatuye en aquello que es indiferente al derecho natural, y entiéndase bien que una vez dictada la Ley, cesa la indiferencia, y en derecho natural se la incorpora reforzándola con su propia autoridad. En cuanto a la decisiones gubernamentales ó parlamentarias y, de una manera general a las manifestaciones de la voluntad humana que no estén fundadas en derecho natural, a pesar de todas las formalidades, solemnidades y autoridades, nada tiene que ver con el derecho, de tal suerte que no hay una sola parcela del derecho positivo que no participe de cerca o de lejos, de la dignidad del derecho natural".¹⁴

¹⁴ RENARD, citado por Preciado Hernández Op. Cit. (5) p. 155.

1.4 EL POSITIVISMO JURÍDICO.

Para la ciencia del derecho, el positivismo, es una teoría que se integra antes que otra cosa por oposición al derecho natural, entendiendo que todo derecho que no posea existencia práctica y no sea empíricamente verificable, no constituye derecho positivo.

1.5. TIPOS DE POSITIVISMO JURÍDICO.

1.5.1. POSITIVISMO FORMAL.

Esta corriente nos indica que el derecho que no es creado de acuerdo con los procedimientos y con las facultades que otorga el Estado no constituye derecho, así es que para que exista el derecho desde el punto de vista formal positivo, es necesario que la creación de las normas jurídicas, provenga del Estado, a través de las bases de la normatividad existente.

1.5.2. POSITIVISMO REAL.

Esta categoría atiende sobre todo a la eficacia de la norma, a su aplicación, si un derecho no es aplicado y obedecido por quienes tienen que hacerlo, entonces es letra muerta y por consiguiente no constituye derecho, entonces el

derecho positivo real es aquel que es obedecido y aplicado y por consiguiente esta cumpliendo los fines para los que fue creado, lo que constituye un derecho eficaz. Dicho con otras palabras el realismo que tiende más a la aplicación del derecho en tanto es obedecido y aplicado y cumple con sus fines y propósitos. Más sin embargo el realismo sociologista o realismo conductista va a tender más al comportamiento de las personas; va a decir que tanto es obedecido el derecho, y en la medida que es cumplido y obedecido es eficaz, y esto se llama realismo conductista, en el sentido que puede observar el comportamiento; éste realismo a nivel aplicado, a nivel de obediencia es una corriente que en su concepción sociológica tiene mucho auge. La norma es obedecida, es aplicada, entonces hay un derecho que se vive como tal.

1.6. DIFERENCIAS ENTRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO NATURAL.

Ahora bien, es necesario dejar establecidas las diferencias entre lo que es el derecho positivo y lo que es el derecho natural. Como ya dijimos el derecho positivo es aquel que es establecido y existe para un tiempo y lugar determinado, por lo que el derecho positivo es un derecho esencialmente histórico. En cambio el derecho

natural, es un derecho anti-histórico, creado para todo tiempo y lugar, es universal y necesario.

Por lo que podemos decir que las diferencias entre el derecho positivo y el derecho natural, es que el primero tiene restricción temporal y el derecho natural, no la tiene. El derecho natural vale independientemente del tiempo y del lugar; en tanto que el derecho positivo vale en un lugar y tiempo determinado.

Consecuentemente las tres corrientes de las que hemos hablado en forma simultánea, ya sea el naturalismo, el positivista en su visión formalista, o bien en su visión realista o sociológica, de las tres son aceptadas en la actualidad y las tres dan un significado a lo que es el derecho, sin lograr, claro está, una definición en el sentido lato, de lo que es el derecho.

CAPÍTULO SEGUNDO

PERSONAS

CAPÍTULO SEGUNDO

PERSONAS

2.1. CONCEPTO DE PERSONA

Existen diversas acepciones de la palabra persona, y esto va en relación a las diversas disciplinas que existen en el universo cultural, variando significativamente en relación a cada una de las ramas o tratados que versan sobre la acepción. Pero nosotros acataremos a la acepción jurídica común que nos atañe en la importancia del mundo jurídico, la palabra persona para los juristas significa "al sujeto de las relaciones jurídicas, de los deberes jurídicos y de los derechos subjetivos ". Esta enunciación, sin embargo, no es tan clara, por el contrario necesita de una serie de aclaraciones que deberán de analizarse posteriormente.

2.2. ACEPCIONES DE LA PALABRA PERSONA

Existen diversas acepciones a la palabra persona que es muy importante hacer mención, y, por consiguiente, para el estudio de la misma expresaremos las siguientes acepciones:

a) Individuo de la especie humana

b) Hombre o mujer cuyo nombre se ignora o se omite

c) *Persona que toma parte en la acción de una obra literaria*

d) *Supuesto inteligente*

e) *Hombre sustantivo relacionado mediata o inmediatamente con la acción del verbo*

En el acervo cultural existen diversas acepciones de la palabra *persona* y, por consiguiente, definiremos lo que para las principales ramas de estudio significa esta palabra:

a) *En la filosofía.* *Persona* es la expresión de la esencia del ser humano, esencia que no puede ser captada dentro del mero campo de la antología.

b) *En la psicología.* Se habla de la *persona* concreta de cada individuo atendiendo a sus factores psíquicos, biológicos, culturales y sociales, que integran la unidad radical y profunda del sujeto.

c) *En la sociología.* Se refiere a la *persona* como el ser antológico relacionado con el sector social como un individuo componente fundamental en el desarrollo del motor social.

2.3. ORIGEN DEL VOCABLO

La palabra *persona* proviene del latín "*LARVA HISTRIONALIS*", que significa *mascara*, es decir,

era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena con el fin de hacer su voz vibrante y sonora, y poco después la palabra paso a significar el mismo actor enmascarado; El personaje.

Por un ulterior desarrollo lingüístico paso a denotar al hombre, en cuanto reviste aquel status, aquella determina cualidad y así se habla de persona *CONSULIS*, de persona *SOCII*. Pero en estas formas de coligación, persona va perdiendo gradualmente todo significado y se reduce a un simple sufijo estilístico. De esta manera persona termina por indicar independientemente al individuo humano, lo cual impida que este sea el significado más común del hombre.

El ser humano es una realidad biológica y social , no es un dato elaborado por el Derecho, por lo tanto, el concepto de Persona, comprende una porción de seres que por sus cualidades específicas, intelectuales y morales, se diferencian del resto de los seres vivientes y de las cosas u objetos inanimados.¹⁵

2.4. ESPECIES DE PERSONAS

El hombre es apto para ser sujeto de derechos y obligaciones, no solo como persona aislada, como

15 FRANCISCO FERRARA, citado por GARCIA MAYNEZ Eduardo, Introducción al estudio del Derecho;Vigesima Novena ed. Ed. Porrúa Mexico 1988 p.273

individuo, sino también como grupo, como conjunto de individuos. Esto trae por consecuencia, que la doctrina reconozca dos especies de personas:

a) **Las personas físicas**, es decir los hombres considerados individualmente.

b) **Las personas morales o jurídicas**, que son agrupamientos de individuos que constituyen seres colectivos y que persiguen finalidades comunes y lícitas.¹⁶

2.5. CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA

Por lo expuesto podemos decir que persona en derecho es el sujeto de derechos y obligaciones, en cuyo alcance solo pueden ser considerados como tales, para actuar en el ámbito jurídico, los seres humanos y los entes colectivos constituidos de acuerdo con los requisitos establecidos por el ordenamiento positivo.

Desde el punto de vista jurídico, el concepto de "Persona" tiene una connotación técnica particular, ya que el derecho no califica al ser humano como persona en toda la amplia gama de fines que este se proponga durante su existencia, sino que al Derecho solo le interesa la parte de

16 MOTO SALAZAR Efrain, Elementos de Derecho; Trigésima Octava ed. Ed. Porrúa Mexico 1992 p.132

la conducta del hombre que implique exteriormente consecuencias jurídicas.

La persona, dice Recasens siches, "es la unidad concreta real en si, de actos de diversa esencia e índole. Es decir, la persona no es un mero sujeto lógico de actos racionales, ni de actos de voluntad, sino que la persona es la realidad en la cual se verifican todos esos actos fenomenológicamente diversos."¹⁷

La persona no es un puro punto de partida vacío de actos, no es una especie de nueva conexión o enlace entre ellos, sino que es el ser concreto sin el cual no podríamos encontrar nada mas que esencias abstractas de fenómenos, pero no la esencia plenamente adecuada de un acto.

En este sentido se dice que "persona" es todo sujeto (individual o colectivo) de derechos y obligaciones, o dicho de manera diferente, se da el nombre de Persona a todo ente humano, dotado por la ley de la capacidad de ser sujeto de facultades y deberes, de ser un centro de imputación de derechos y obligaciones. De lo

¹⁷ RECASÉNS SICHES, Luís. op. cit.(11)p.285

anterior se desprende la necesidad de establecer a un titular de tales derechos y deberes.

Para definir y acotar mejor la definición de lo que son las personas físicas, nos allanaremos a lo contemplado y señalado en nuestro Código Civil Sustantivo para el Estado de Guanajuato que las define así: " Son personas físicas los individuos de la especie humana, desde que nacen hasta que mueren. Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil".¹⁸

2.6. LA PERSONALIDAD

La capacidad es considerada por algunos tratadistas como sinónimo de personalidad, en su significado de aptitud para ejercer derechos y asumir obligaciones.

El concepto de Personalidad se considera la "Idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones".¹⁹

La personalidad es la posibilidad abstracta de actuar como sujeto activo o pasivo en las relaciones jurídicas.

18 GUANAJUATO, Código Civil Sustantivo. Art. 20.

19 DE PINA Rafael y DE PINA VARA Rafael, Diccionario de Derecho. Vigésima Cuarta ed. Ed. Porrúa, México 1996,p.385

El jurista Calixto Cámara opina que "La personalidad es el atributo que la Ley le concede a la persona para que actúe en el campo del derecho".²⁰

2.7. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

Se llaman atributos las cualidades de los seres, esas cualidades los caracterizan, distinguiéndolos unos de otros.

En derecho, los atributos de la personalidad son las cualidades que, desde el punto de vista jurídico, deben tener los individuos y que los distinguen unos de otros.²¹

Los atributos de la personalidad son seis:

- a) La capacidad;
- b) El estado civil;
- c) El nombre;
- d) El patrimonio;
- e) El domicilio; y
- f) La nacionalidad.

²⁰ CAMARA Calixto, Conferencia Personas Jurídicas, ULSAB, Facultad de Derecho.1995

²¹ MOTO SALAZAR Efraín, op.cit.(2), p.132

2.7.1. LA CAPACIDAD JURÍDICA

Se entiende por Capacidad Jurídica, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y poder ejercer esos derechos y cumplir con esas obligaciones.

Este atributo se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte, pero un individuo entra en la protección de la ley desde el momento mismo de la concepción. Por otra parte el fin de la capacidad y de la personalidad física, se determinan con la muerte. Sin embargo, puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento en que se realizó no extinga la personalidad

La capacidad jurídica se divide en 2 clases:

a) Capacidad de Goce:

Es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto la tiene; si se suprime desaparece la Personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar.

b) Capacidad de Ejercicio:

Es la aptitud para poder ejercer derechos y cumplir con sus obligaciones.²²

2.7.1.1 LA CAPACIDAD DE GOCE

En la dogmática jurídica moderna; en sentido amplio se entiende por capacidad de goce como la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones.

La capacidad de goce se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte, pero el artículo 21 de nuestro código considera la capacidad jurídica del concebido, al establecer "desde el momento en que un individuo es concebido se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

La capacidad de goce es paralela y consecuencia necesaria de la personalidad jurídica, ésta condiciona la existencia de la capacidad de ejercicio, pues pueden tenerse ciertos derechos y carecer de la capacidad legal para ejercitarlos.

La capacidad de goce, puede ser objeto de graduación, pues un sujeto puede carecer de ésta capacidad para determinadas situaciones jurídicas.

22 ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil (Introducción, personas, y Familia) tomo I, Vigésima Cuarta ed. Ed. Porrúa México 1991.p.155

En el caso particular del concebido, este puede ser titular de derechos patrimoniales, tales como poder ser heredero, legatario, donatario, lo que implica la adquisición de una serie de derechos reales y de crédito que en su caso estarán también en el patrimonio del titular, todo sujeto a la condición resolutoria negativa consistente en que no nazca viable.

2.7.1.1.1. ASPECTOS DE LA CAPACIDAD DE GOCE

Existen ciertos aspectos de la capacidad de goce que determinan el principio y fin de la personalidad, siendo los siguientes:

A) Grado mínimo de la capacidad de goce.- existe en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en la legislación de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva veinticuatro horas.

B) Capacidad de goce de los menores de edad.- existe una capacidad de goce casi equivalente a la del mayor de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales, pero con algunas restricciones.

C) El tercer grado está representado por los mayores de edad.- en éstos se debe hacer la distinción de mayores en pleno uso y goce de sus

facultades mentales y mayores sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes; estas formas no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, pero sí en lo que se refiere a las relaciones de familia, sobre todo para el ejercicio de patria potestad.

2.7.1.2. LA CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

La capacidad de ejercicio implica la capacidad de goce, Bonnecase²³ la definió como la aptitud de una persona para participar por si misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por si misma, es decir, se trata la aptitud del sujeto para ejercitar derechos, contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer a

23 BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho civil Tomo I, traducido por José Ma. Cajica, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986.

juicio por derecho propio, en otras palabras, es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar validamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la situación jurídica propia.

Si el sujeto está impedido para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones, se necesitará de la figura de la representación como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

2.7.1.2.1 LIMITANTES DE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO.

Existen varias limitantes o restricciones a la capacidad de ejercicio, siendo estas las siguientes:

a) El ser concebido pero no nacido.- Que necesitaría de la representación de la madre, o, en su caso de la madre y el padre.

b) El segundo grado se origina desde el nacimiento hasta la emancipación.- Para los menores existe incapacidad natural y legal, necesitan siempre de un representante; se exceptúan los actos relacionados con los bienes que el menor adquiera por virtud de su trabajo, pues aquí el menor puede realizar los actos respectivos.

c).- los menores emancipados.- En donde existe sólo incapacidad parcial de ejercicio y, por ende, semi-capacidad; pueden realizar actos de administración de bienes muebles e inmuebles sin representante; también pueden ejecutar actos de dominio relacionados con bienes muebles; pero tienen incapacidad para comparecer a juicio para lo cual necesitan de un tutor. Para celebrar actos de dominio sobre inmuebles, es necesario la autorización judicial; y finalmente, el menor necesita del consentimiento de sus padres o tutor para contraer matrimonio.

d) los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se hayan perturbadas.- Aquí la incapacidad es total, se necesita de un representante, pero para celebrar actos de dominio necesita de autorización judicial. En cuanto a los actos jurídicos familiares no existe capacidad de goce y no puede tener representante; en cambio en materia de testamentos se acepta que en un momento de lucidez mental pueda otorgarse el mismo.

2.7.1.1 TEORÍAS DEL ORIGEN DE LA CAPACIDAD

En la doctrina jurídica existen y son reconocidas diversas teorías acerca del inicio de la personalidad, que explican el nacimiento de la capacidad jurídica en las personas, constituyendo

gran importancia en el estudio y valoración del inicio de la personalidad en el ser humano, por lo que para nuestro conocimiento y análisis de la presente investigación, nos acotaremos a las señaladas por el autor Domínguez Martínez²⁴:

- La teoría de la concepción;
- La teoría del nacimiento; y
- La teoría de la viabilidad.

2.7.1.2 TEORÍA DE LA CONCEPCIÓN O FECUNDACIÓN

Desde tiempos inmemorables, existe la idea de que el concebido tiene existencia independiente y, por consiguiente debe tenerse como un posible sujeto de derechos, aun antes de nacer. Actualmente, ésta teoría tiene base en distintos estudios científicos, tales como biológicos, fisiológicos y embrionarios, que permiten la identificación entre la vida humana, y la persona, así como la consideración del genoma como elemento básico e identificador del ser humano, con esas premisas se considera que el embrión humano es desde el momento de la fecundación, persona, dado que desde ese momento reúne toda la información genética que conducirá , de no mediar alteraciones que interfieran el proceso, a la formación del

24 DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Onceava ed. Ed. Porrúa. México.2008. p. 141.

individuo adulto; es por ello que distintos doctrinarios civilistas pueden afirmar que el hombre existe desde la concepción, por lo tanto, la capacidad como facultad inherente al hombre debe de ser reconocida desde ese momento.²⁵

2.7.1.2 TEORÍA DEL NACIMIENTO

Ésta teoría se funda en que durante la concepción, el feto no tiene vida independiente de la madre y en que el reconocimiento de su personalidad se enfrentaría al problema de determinar el momento de su concepción y considera que únicamente a partir del nacimiento puede hablarse de persona, ya que solo a partir de este momento el individuo adquiere autonomía e individualidad propia.

En alguna época del Derecho Romano existía el punto de vista de ligar el nacimiento con vida, con la adquisición de la capacidad jurídica. Actualmente ésta teoría, la del nacimiento, es la predominante en la doctrina científica y en las legislaciones modernas.²⁶

25 IDEM

26 DOMINGUEZ MARTINEZ, , Jorge Alfredo op.cit(24)p.141

2.7.1.3 TEORÍA DE VIABILIDAD

En ciertas legislaciones la personalidad existe desde el momento del nacimiento, si es que concurren los otros dos requisitos: **viabilidad** y plazo, mínimo de vida (24 horas). Es decir, siempre que se den los otros requisitos, se reputa que la personalidad ha existido desde el instante del nacimiento.²⁷

2.7.1.4. CLASES DE VIABILIDAD

Se puede decir que existen 2 clasificaciones de lo que es la viabilidad:

1) Viabilidad propia. Es decir, un cierto tiempo de desarrollo intrauterino, una cierta madurez fetal. No tiene que nacer antes de los 180 días de la presunta concepción.

2) Viabilidad impropia. Es decir no haber en el feto fallas orgánicas o lesiones de consecuencias fatales. Viabilidad impropia importa reclamarle al feto no sólo una cierta madurez, sino, también, el que esté dotado de los órganos y conformación indispensables para enfrentar la vida extrauterina.²⁸

²⁷http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_la_viabilidad"

²⁸ IDEM

2.7.2. EL ESTADO CIVIL

El Estado Civil, Consiste en la situación jurídica que guarda una persona en relación con la familia. Este estado se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo, o pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción.

El Estado Civil crea derechos a favor de las personas, es algo independiente de las mismas, que supone previamente su existencia o constitución, no puede separarse de las mismas, ni ser objeto de enajenación o transacción. Tampoco el estado civil puede considerarse como un bien patrimonial, susceptible de transferencia y de prescripción.

Los documentos en los cuales se hace constar el estado civil de las personas reciben el nombre de Actas del Registro Civil, las cuales son instrumentos en los que constan los actos o hechos jurídicos relativos al estado civil de las personas. Deben hacerse constar en los libros que señala la ley, dando fe de los mismos el Oficial del Registro Civil competente.²⁹

29 IBIDEM p.p.154-167

2.7.3 EL NOMBRE

Según el autor Moto Salazar³⁰ define al nombre como "la denominación verbal o escrita de la persona, que sirve para distinguirla de las demás que integran el grupo social, haciéndola en cierto modo, inconfundible. El nombre de una persona se forma de varios vocablos, que no tienen el mismo origen, ni la misma importancia.

El nombre tiene por objeto la identificación de la persona.

El nombre propiamente dicho es arbitrario, lo dan los padres al niño, según las costumbres del lugar, o bien de acuerdo a las prácticas religiosas.

Los hijos legítimos toman el apellido de su padre. Esta es una regla que ha impuesto la costumbre. Los hijos legitimados, es decir los nacidos de 2 personas no unidas en matrimonio, pero que posteriormente lo hacen, llevan el apellido de sus padres, cuando estos los reconocen ya sea antes o después de celebrado el matrimonio.

30 MOTO SALAZAR Efrain.op.cit(16)p.p. 132-133

2.7.4 EL PATRIMONIO

Al patrimonio lo podemos considerar como el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas pertenecientes a una persona.

Para el autor Moto Salazar³¹ el patrimonio lo define como" El conjunto de cargas y derechos pertenecientes a la persona y apreciables en dinero"

El concepto de patrimonio tiene un sentido económico: bienes y cargas apreciables en dinero, constituyéndose este atributo de la personalidad , en una facultad o derecho subjetivo público inherente de las personas para poseerlo.

2.7.5 EL DOMICILIO

Se define al domicilio como el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él. De esta definición se desprenden dos elementos:

a).- La residencia habitual, es decir, el dato objetivo susceptible de prueba directa; y

31 IBIDEM. P.136.

b).- El propósito de establecerse en determinado lugar o sea, el dato subjetivo que no podemos apreciar siempre mediante prueba directa, sino mediante interferencias y presunciones.

La diferencia entre domicilio y residencia radica en que ésta última es la estancia temporal de una persona en cierto lugar, pero sin el propósito de radicarse en él.

Así, el Código civil para el Estado de Guanajuato señala que: "El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle".³²

Por otra parte, los efectos de domicilio en general son:

- I.-Determina el lugar para recibir comunicaciones, interpelaciones y notificaciones en general.
- II.- El domicilio determina también, el lugar de cumplimiento de las obligaciones.
- III.- Determina la competencia de los jueces en la mayoría de los casos.
- IV.- El domicilio determina el lugar en que habrán de practicarse ciertos actos del estado civil.

32 GUANAJUATO OP.CIT. ART.28

V.- Por último, el domicilio viene a determinar el lugar de centralización de todos los intereses de una persona en los casos de quiebra, concurso o herencia.³³

2.7.6 LA NACIONALIDAD

La Nacionalidad como último de los atributos de las personas se ha definido como la situación que guarda un individuo respecto a la Nación o al Estado al que pertenece. La nacionalidad significa también la pertenencia de una persona a un ordenamiento jurídico concreto.

Este vínculo del individuo con un Estado concreto le genera derechos y deberes recíprocos. Este tipo de nacionalidad referida a un país se mezcla conceptual y prácticamente con el concepto de nacionalidad como situación social, y podría perfectamente analizarse por separado o como una parte de la nacionalidad social, pues las leyes son inevitablemente un hecho social.³⁴

³³ ROJINA VILLEGAS Rafael. op.cit.(22)p.p. 193-195

³⁴ <http://es.wikipedia.org/wiki/Nacionalidad>

2.8. PRINCIPIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD

La personalidad jurídica del individuo tiene un principio y también tiene un fin, por lo que para definir esta situación jurídica nos acotaremos a lo que dispone el código civil federal que en su articulado 22 que en libro primero de las personas, título primero de las persona físicas señala: "La personalidad se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para otorgarle determinados derechos".³⁵

2.8.1 EL NACIMIENTO

Es importante analizar desde que momento es cuando la persona adquiere la personalidad, por tal motivo hay que subrayar lo que señala Jorge A. Sánchez- Cordero Dávila al mencionar en su libro Introducción al Derecho Mexicano que la vida humana se sitúa entre dos extremos perfectamente identificables: el nacimiento y la muerte. Respecto a éste último extremo puede aun llegar a haber incertidumbre.³⁶

³⁵ MEXICO, Código Civil Federal Sustantivo. Art. 22.

³⁶ SANCHEZ CORDERO DAVILA Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano. Segunda ed. Ed. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

2.8.2 EFECTOS DEL NACIMIENTO

El principal efecto del nacimiento, es el de la personalidad, es decir, la aptitud de ser sujeto de derecho, sin embargo el Sistema legal tiene algunos matices:

1. Conforme al artículo 22 del código civil federal la ley expresamente dispone que La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el código civil.

De esta consideración la ley deriva algunas consecuencias: a) se tiene capacidad para heredar si se ésta concebido al momento del fallecimiento del autor de la herencia (artículos 1313 fracción I y 1314 del código civil federal) y b) puede el Nasciturus recibir donaciones (artículo 2357 del código civil federal), por lo tanto se puede

afirmar que no siempre el nacimiento es condición necesaria para la adquisición de la personalidad.³⁷

2. Sin embargo el concebido debe de nacer vivo y viable (artículo 337 del código civil federal), es decir, que desprendido enteramente del seno materno viva 24 horas o sea presentado vivo al registro civil. De ahí que el nacimiento tampoco sea una condición suficiente para la adquisición de la personalidad.³⁸

Según manifiesta Rojina Villegas, para los efectos del nacimiento, y así mismo la valoración de las diversas hipótesis normativas que se refieren respectivamente al derecho de las personas para heredar y recibir donaciones, La concepción del ser es fundamental para que se otorgue la protección jurídica que menciona el artículo 22 del código civil federal en los siguientes términos: "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". De acuerdo con las teorías mas fundadas sobre la

37 IDEM.

38 IBIDEM, P.17.

responsabilidad jurídica, principalmente acogiendo el sistema de Kelsen, la concepción del ser viene a determinar el nacimiento de la personalidad física, por que desde ese momento es centro ideal de imputación de derechos para ser heredero, legatario o recibir donaciones.³⁹

Sin embargo, debemos reconocer que la mayoría de los civilistas opina que solo hay una protección jurídica para casos determinados, sin que nazca todavía la persona.

2.9. LA FILIACIÓN

La filiación es la relación que se establece entre 2 persona, de las cuales una es padre o madre de la otra. Según Moto Salazar "es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro".⁴⁰

La relación de filiación tomada desde el punto de vista del padre, se llama paternidad.

La paternidad es "la presunción que tiene un individuo a su favor de ser padre de otro".⁴¹

39 ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Novena ed. Ed. Porrúa. México. 1998. p. 124

40 MOTO SALAZAR Efrain, op.cit. supra nota 2, p.175

41 IDEM.

La relación de filiación de un hijo respecto de sus padres puede ser de 3 clases:

- a) Legítima;
- b) Legitimada, y
- c) Natural.

a) legítima: Se presumen hijos legítimos, los nacidos después de 180 días, contados desde la celebración del matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de los mismos(art.324 del código civil federal).⁴²

Legitimada: se llaman hijos legitimados los nacidos de personas no unidas en matrimonio; pero que posteriormente lo celebran (art. 355 del código civil federal).⁴³

Natural: Se llaman hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio. Es decir, los nacidos de una unión que no ha sido legitimada ante la ley (art. 360 del código civil federal).⁴⁴

42 IDEM.

43 IBIDEM. p.176.

44 IDEM.

CAPÍTULO TERCERO

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

CAPÍTULO TERCERO

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas, la inseminación artificial con semen del marido o del varón de la pareja o con semen de donante, se vienen realizando desde hace bastantes años.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces. Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías

diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.

3.1. EL EMBRIÓN

3.1.1. DEFINICIÓN

Para inmiscuirnos en el estudio y para mayor comprensión de las técnicas de reproducción asistida, es importante primeramente entender y definir al producto de la concepción, es decir al concebido, al resultado de la unión del espermatozoide con el ovulo, al embrión, por tal motivo atenderemos a definir el concepto de referencia. La palabra embrión proviene del griego **"germinar"**, que significa germen de un cuerpo organizado o principio, informe todavía, de una cosa.

Desde el punto de vista biológico define al embrión como la unión del óvulo con el espermatozoide, desde la segunda semana de vida en el útero materno hasta el final del segundo mes, en que ya posee órganos y miembros rudimentarios y su crecimiento es rápido: a partir de entonces se denomina feto.⁴⁵

⁴⁵ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo IV, Selecciones Del Reader's Digest, Sexta Reimpresión, México D.F., 1990 p. 1239.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida los embriones son congelados en medio de un cultivo de tejidos que contienen, además, crioprotectores y azúcares para lograr una congelación y formación de cristales adecuados. En forma alternativa, se utilizan protocolos de vitrificación en los que se evita la formación de cristales de hielo mediante el empleo de elevadas concentraciones de crioprotectores y velocidades de congelación muy rápidas.

3.2. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Ante problemas de esterilidad masculina se está recurriendo a la inseminación de la mujer con espermatozoides procedentes de un donante anónimo produciéndose así una fecundación artificial heteróloga. La utilización de éstas técnicas está siendo bastante frecuente. Es la denominada inseminación por donante, AID. Se plantea también la utilización de este procedimiento si tras la muerte del marido la esposa desea un hijo, usando para la fecundación su semen congelado. Y se discute en diversas clínicas la conveniencia o no de fecundar artificialmente a mujeres solteras que desean un hijo y el derecho a que les sea concedida su petición.

Se han introducido también variantes de esta técnica, buscando un acercamiento mayor de los gametos y una concentración más alta del esperma en la inseminación artificial homóloga, usando por tanto semen del marido y no de un donante (AIH). Los resultados obtenidos con la inseminación intrauterina (IVI) y con la inseminación intraperitoneal son negativos para unos equipos, mientras que otros los encuentran satisfactorios.

Ha habido múltiples autores que han definido la inseminación artificial, los elementos comunes de estas definiciones nos permiten describirla como el conjunto de técnicas creadas por el hombre, independientemente de la forma natural, destinadas a poner en contacto los elementos ontogenéticos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el ovulo, con el pretendido resultado de una fecundación. Las técnicas y procedimientos para llevar a cabo una inseminación no son una novedad de los tiempos modernos.

Por tal motivo para nuestro estudio nos acogeremos a la definición que plantea la autora Ingrid Brena Sesma en su libro El Derecho y La Salud. Temas a Reflexionar: "la inseminación artificial consiste en aplicar técnicas específicas a hombres y

mujeres con el propósito de lograr una fertilización.⁴⁶

El autor Yedo Llague, manifiesta que la inseminación debe ser considerada como una solución terapéutica," pero nunca como un alternativo de procreación Latu -sensu para parejas fértiles y menos sin constituir pareja como sujetos individualizados que pretendieran beneficiarse de las ventajas del procedimiento.⁴⁷

Desde luego, cuando hagamos referencia a la aceptación de la inseminación artificial debemos distinguir como lo plantea el autor Calcerrada "entre una aceptación científica, una religiosa y la legal".⁴⁸

En mismo sentido Cuello Calón⁴⁹ opina que "la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación"

46 BRENA SESMA Ingrid. El Derecho Y La Salud.Temas a Reflexionar. Primera ed. Ed. Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. México.p.2.

47 YEDO LLAGUE, obra citada por Ibidem.pp.4-5.

48 CALCERRADA obra citada por Ibidem.p.5.

49 CUELLO CALÓN obra citada por Ibidem.p.8.

3.2.1 CLASES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

De acuerdo a lo que plantea Brena Sesma⁵⁰ existen 2 clases de inseminación artificial:

- A) la homologa ;y
- B) la heterologa.

La primera consiste en la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable; en cambio, será heterologa la producida con semen de un tercero.

3.2.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Debido a las diferentes variables de la aceptación legal de la inseminación artificial, habrán de establecerse las diferentes consecuencias jurídicas que la inseminación artificial puede producir.

En la inseminación homologa, cuando el donador del semen es esposo de la mujer inseminada, este es el padre natural del hijo nacido como resultado de ésta inseminación. La situación de padre biológico

50 BRENA SESMA Ingrid. op.cit.(46), p.3

y padre legal se identifica. La condición jurídica del menor, su filiación materna y paterna, será reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar. Su situación de hijo producirá todas las situaciones legales previstas en las legislaciones, entre ellas, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios.

Para Ingrid Brena sesma⁵¹ en los casos de la inseminación heteróloga, consentida por la mujer y su esposo, la madre ésta unida al hijo por filiación biológica, en cambio el marido que consintió la inseminación, establecerá una filiación a través de lo que la doctrina moderna llama "voluntad Procreacional" que es el deseo de asumir como propio un hijo aunque no lo sea. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa, es la fuente creadora del vínculo de filiación, independiente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero status familia.

51 IBIDEM, p.13

3.3. LA FECUNDACIÓN IN VITRO

El derecho inviolable de todo individuo humano inocente a la vida, los derechos de la familia y de la institución matrimonial son valores morales fundamentales, porque conciernen a la condición natural y a la vocación integral de la persona humana. Al mismo tiempo son elementos constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico.

La ley civil a veces deberá tolerar, en aras del orden público, lo que no puede prohibir sin ocasionar daños más graves. Sin embargo, los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetado por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado.

Entre esos derechos fundamentales es preciso recordar a este propósito: el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte.

3.3.1. DEFINICIÓN

De acuerdo a la acepción gramatical de la palabra "Concepción" o "fecundación" encontramos diversas definiciones, sin embargo, nos vamos a acotar a la estipulada en el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española que menciona que la palabra "concepción" proviene etimológicamente Del latín *conceptio, -ōnis* que significa f. Acción y efecto de concebir, y así mismo, la palabra Concebir proviene del Latín *concipere* que significa intr. Dicho de una hembra: Quedar preñada. U. t. c. tr.⁵²

La palabra fecundar también se define como "hacer productivo". En el humano: "unirse los elementos reproductores masculino y femenino para originar un nuevo ser. S. Engendrar."

De la palabra laboratorio, el diccionario establece el siguiente concepto: "Local dispuesto para hacer investigaciones científicas".⁵³

In Vitro es igual a tubo de ensayo, así lo señala Valeria Massaglia al decir: " la denominación in Vitro se debe a que en lugar de que la unión entre en el ovulo y el espermatozoide se produzca como

⁵² Diccionario de la Real Academia de La lengua Española. Vigésima Segunda Edición. España 2008.

⁵³ Pequeño Larousse Ilustrado, Ramón García- Pelayo y Gross, Décima Octava ed. 1994.

naturalmente sucede en la porción externa de la trompa de Falopio, ésta se lleva a cabo en el laboratorio".⁵⁴

La fecundación "in Vitro" con transferencia del embrión (FIVET) requiere en primer lugar la obtención de los dos gametos. La obtención de los óvulos se realiza -bajo anestesia- bien por la laparoscopia, bien por punción ovárica transvesical bajo visión directa por ecografía. En los primeros años de utilización de estas técnicas, los óvulos procedían de un ciclo ovárico normal, y por tanto se conseguían de uno en uno. Dadas las dificultades que se presentan para conseguir la anidación correcta del embrión las posibilidades de éxito fueron tan limitadas, que se añadió como etapa previa la inducción de una ovulación múltiple mediante el empleo de diversas sustancias u hormonas. De esta forma se destinan a la fecundación no uno sino varios óvulos obtenidos de una mujer en un mismo ciclo. El semen se obtiene habitualmente por masturbación. Y si procede de donantes se conserva, durante el tiempo tras congelación, en los llamados "bancos de semen". Los óvulos mantenidos durante unas 8 horas en un medio de cultivo apropiado son fecundados

54 MASSAGLIA DE BACIGALUPO, Maria Valeria, "Nuevas Formas de Procreación Y el Derecho Penal", Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires, 2001, p. 57.

por la adición de una suspensión concentrada de espermatozoides móviles. Comprobada la fecundación, se mantiene en cultivo el embrión hasta la fase de blastocito. Posteriormente se transfieren tres de los embriones en el estado de blastocito al útero de una mujer convenientemente preparada, mediante tratamiento hormonal, para hacer posible la anidación; generalmente, si un primero no consigue implantarse puede, sin embargo facilitar que alguno de los otros dos lo haga. Se introducen en un catéter con suero de la misma mujer a través del canal cervical hasta el fundus uterino. Los embriones excedentes se congelan para una transferencia posterior, o se destinan a experimentación. La perfecta implantación y ulterior avance del desarrollo embrionario no están técnicamente logrados; según las propias estadísticas de los iniciadores de estas técnicas el 90% de los embriones mueren en esta transferencia al útero; en un plazo inferior a 3 años transfirieron 1.200 embriones de los que nacieron 139 niños. La fecundación "in Vitro" se aplica en numerosas clínicas existentes actualmente en diversos países ante problemas de esterilidad que se podrían clasificar de la siguiente forma:

a) Esterilidad por obstrucción de trompas.- La fecundación se lleva a cabo con óvulos de la mujer y esperma del marido o a veces de un donante

anónimo. Los embriones excedentes congelados pueden ser usados con años de intervalo para que los padres consigan otros hijos, hermanos gemelos del primero o son donados a otras parejas.

b) Esterilidad femenina por anomalía del útero con ovarios normales.- En estos casos los gametos del marido y de la mujer se fecundan artificialmente y el embrión se transfiere a una "madre uterina" que completa la gestación. El hijo tendrá todos los caracteres de los progenitores pero lo dará a luz otra mujer.

c) Esterilidad femenina por ausencia de óvulos.- La fecundación del óvulo de una donante se lleva a cabo con el semen del marido y el embrión se transfiere a la esposa, que llevará a cabo la gestación. Se trata, pues, de una fecundación heteróloga. El hijo es biológicamente del marido pero adoptivo de la mujer.

d) Esterilidad de la pareja por incompatibilidad genética o inmunológica.- Un embrión donado es transferido a la esposa. Realmente es una adopción de un niño en una etapa bien precoz de su vida, mientras está aún en su etapa de vida uterina. Con ello pretenden conseguir que la esposa tenga la sensación de "realizarse" en esa gestación.

e) Esterilidad masculina.- Se realiza la fertilización de óvulos de la esposa con

espermatozoides de un donante con posterior transferencia del embrión. Lógicamente en esta fecundación heteróloga el hijo es de la mujer y se podría considerar adoptivo del marido.⁵⁵

Entonces podemos definir a la fecundación in Vitro como la acción de unir el electo masculino y el femenino en el laboratorio en un tubo de ensayo.

Así encontramos que fecundación in Vitro se llama al método de fecundación (unión de gametos masculino y femenino) en el laboratorio y al transplantar el embrión al útero materno.

Por lo tanto, la fecundación in Vitro, es la forma de obtener embriones humanos en discos de vidrio de un laboratorio y luego son transferidos al útero materno.⁵⁶

La fecundación o concepción sucede cuando se produce la fusión por penetración del gameto masculino en el ovulo, célula germinal femenina, sea fuera o dentro del seno materno, para así crear el huevo o cigoto, primera célula del nuevo organismo vivo.

⁵⁵ <http://www.geocities.com/Heartland/Flats/1526/moral.htm>

⁵⁶ MASSAGLIA, op.cit(51)p.56.

El proceso de fecundación puede realizarse en forma natural o en forma artificial, lo que cambia es el medio y la forma de llevarlo a cabo.⁵⁷

3.3.2 ETAPAS DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO (IVF):

Para comprender mejor el análisis del siguiente punto es indispensable establecer los pasos y el procedimiento que regula a la fecundación in Vitro, el cual se establece de la siguiente manera:⁵⁸

A) Supresión Ovariana.- Las funciones espontáneas ovarianas son suprimidas el mes anterior al tratamiento con el uso de pastillas contraceptivas orales (pastillas anticonceptivas). Esto nos permite tener un control completo de la ovulación y a menudo resulta en una más alta calidad y número de huevos desarrollados. Durante el ciclo anticonceptivo también se puede comenzar con otra droga (Lupron) para prevenir ovulación espontánea durante la fase de estimulación.

⁵⁷ MARTINEZ ROARO, Marcela, "Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos", s/e, Ed. Porrúa. México, 2000, p.55.

⁵⁸ <http://www.imbiomed.com.mx/Inper/Prv13n1/espanol/Wpr91-07.html>

B) Inducción de Ovulación.- Con la finalidad de estimular el desarrollo de más de un huevo, se requerirá una terapia de inducción de ovulación usando 'drogas de fertilidad' las cuales son suministradas en inyecciones diarias, usualmente por 8-10 días. Estas drogas comúnmente incluyen Gonadotropina alfa (Gonal F!), Follistim (Follistimo!), Repronex!, Humegon! y Pergonal!, y resulta en el desarrollo de huevos múltiples. Monitoreo continuo en la oficina por el equipo de IVF es requerido durante este tiempo. Durante el ciclo de estimulación se harán exámenes de sangre para medir los niveles de estradiol y exámenes de ultrasonido de los ovarios para determinar el número y la madurez de los huevos que se desarrollan. Una vez que se determine que los huevos están casi maduros, se instruye a tomar una inyección de la hormona HCG (Profasi!, Pregnyl!, o Novarel!) a una hora específica del día que resulta en la maduración final antes de la recolección del huevo.

C) Recolección del Huevo.- Los huevos son removidos de los ovarios con el uso de unas guías de ultrasonido transvaginales. La recolección del huevo de los ovarios se realiza a través de la pared trasera de la vagina. Todos los folículos (un huevo por folículo generalmente se desarrolla) son aspirados y los huevos separados del líquido folicular por el embriologista. Este procedimiento se realiza bajo sedación intravenosa administrada

por un anesthesiólogo para que no haya dolor durante este corto procedimiento.

C) Inseminación, Fertilización y Cultivo del Embrión.- La esperma es recolectada de la pareja masculina el día de la recolección del huevo. En un área privada y separada en el centro IVF, el paciente masculino proveerá un espécimen de semen a través de la masturbación en un envase estéril. Ésta es la forma preferida de recolección. Sin embargo, en ocasiones, esperma congelada y derretida de la pareja o donador también puede ser indicada. La esperma preparada y los huevos son situados juntos en un medio altamente especializado de cultivo del embrión en un ambiente controlado y observado periódicamente por las siguientes 18-24 horas. Los huevos que se fertilizan se llaman ahora embriones. Los embriones continuarán incubando hasta la mañana del tercer día después de la inseminación. En ese momento el embrión usualmente se ha dividido en 8 células. Dependiendo de la calidad y la progresión de los embriones, una decisión será determinada por el médico, el embriologista y el paciente acerca de si se transfieren los embriones en el tercer día o se continúa la incubación hasta el periodo blastocisto con la transferencia en el día 5 quinto o 6 sexto.

D) Inyección Intra Citoplásmica de Esperma (ICSI).-Para las parejas con el factor de infertilidad masculino o para aquellas en la que IVF haya fallado en el pasado, una nueva técnica conocida como la Inyección Intra Citoplásmica de Esperma (ICSI) puede ser recomendada. En esta técnica de micromanipulación, una sola esperma es inyectada en cada huevo maduro. Esto permite a las parejas que de otra forma no pudieran conseguir la fertilización tener la misma oportunidad de éxito que otras parejas haciéndolo a través del procedimiento IVF.

E) Cultivo de blastocistos.- Permitiendo que los embriones se incuben hasta el 5to o 6to día tenemos un mecanismo adicional para ayudar a escoger a los embriones más saludables para la transferencia y también limitar los riesgos de embarazo múltiple. Ciertos embriones, que pueden aparecer saludables en el 3er día de la incubación, puede que no continúen desarrollándose normalmente. Aquellos embriones que si continúan dividiéndose y creciendo formarán una estructura llamada blastocisto, por el día 5 o 6. Este es el período en el cual el embrión normalmente se implanta. La transferencia de 2 blastocistos en el día 5 o 6 dará una tasa similar o mejor de embarazo que la transferencia de 3-4 embriones en el día tres, y con menos riesgo de implantaciones múltiples.

F) Incubación Asistida.- El embrión es contenido dentro de una estructura de cáscara suave llamada zona transparente por los primeros cinco a seis días de su existencia. Para poder ser implantado en el útero, el embrión se tiene que salir de la zona o "cascarón". En ciertos individuos, sobre todos los mayores de 35 años, la técnica de la micromanipulación de la Incubación Asistida puede ser recomendada. En este procedimiento, el embriologista hace un hueco pequeño en la zona transparente justo antes de la transferencia del embrión en el tercer día. Esto se hace para permitir una mejor implantación.

G) Transferencia de Embrión.- Los embriones a ser transferidos son colocados en un catéter de plástico suave junto con una pequeña gota de un medio de cultivo. El catéter es gentilmente guiado a través de la cervix uterina hasta la cavidad uterina, a menudo usando ultrasonido para determinar la posición correcta. Esto no es doloroso y no necesita anestesia. Los embriones son gentilmente derramados en el útero y el catéter se retira. Después de permanecer quieta por 30-60 minutos, se puede ir a casa a descansar por el resto del día.

H) Procedimientos Post Transferencia.- El paciente tomará diariamente un suplemento de progesterona en la forma de inyecciones o gel vaginal (Crinone

0) hasta el examen inicial de embarazo en nuestra oficina, el cual se programa 14-15 días después de la recolección del huevo. Si el embarazo es confirmado, se continúa tomando el suplemento de progesterona por seis semanas más. El monitoreo continuo de la sangre de los niveles de progesterona y los niveles cuantitativos de HCG serán hechos en la oficina en las siguientes tres semanas después del examen de embarazo positivo, para determinar la salud del embarazo. Si el embarazo progresa bien, entonces se deberá contactar a un obstetra de su elección para cuidado prenatal. Los embarazos por IVF no son diferentes a los embarazos de concepción normal. Todos los embarazos llevan el mismo riesgo de aborto, defectos en el nacimiento y complicaciones.

3.3.3 CLASIFICACIÓN

3.3.3.1. FECUNDACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA

Es la fecundación o concepción asistida homóloga cuando las células germinales tanto masculinas como femeninas son propias del matrimonio. se divide en fecundación natural y fecundación asistida.

3.3.3.1.1 FECUNDACIÓN NATURAL

La fecundación natural consiste en lograr la concepción al realizar el acto sexual la pareja de hombre y mujer. En la fecundación natural hay 3 fases:

- primera se llama cigoto que es el producto de la concepción, nueva y primera célula.
- segundo se denomina mórula, por su parecido a una mora y tiene de 12 a 16 células. El preembrión comienza una serie de divisiones mitóticas y penetra en una morula... tarda 3 días en atravesar el oviducto (trompa de Falopio).⁵⁹ Después de 36 horas de haberse formado el huevo o cigoto, el cual se empieza a segmentar o dividir y la unión cromosomita y celular (meiosis y mitosis), de 4 a 6 días se divide en pequeñas células, todo esto sucede en la trompa de Falopio.
- Por último, está la fase que se conoce como: Blástula o blastocito, después de ser morula se llama blástula la cual en el quinto día llega al útero y entre 24 a 48 horas se queda ahí hasta que se implanta o se deshecha. A partir de que se implanta en el útero, empieza el embarazo.⁶⁰ La implantación sucede 6 días

⁵⁹ MASSAGLIA, op.cit.(51).p.56

⁶⁰ MARTINEZ ROARO. op.cit. (53).p.55-58

depuse de que fue fecundado el ovulo, el preembrión permanece en las secreciones uterinas los 3 días mientras que de morula pasa a blastocito.

Una vez que es implantado en el útero, se le llama embrión que se adhiere al endometrio y comienza a invadir los tejidos maternos. Algunos dicen que al cuarto mes de gestación se llama feto, otro que a los noventa días o tercer mes de gestación, empieza la vida fetal y que concluye hasta el parto.⁶¹

3.3.3.1.2 FECUNDACIÓN ASISTIDA

Es fecundación asistida cuando con ayuda de los médicos se logra la fecundación de las células germinales del hombre y la mujer.

Una definición de fecundación asistida es o se puede describir así: es la técnica de fecundación o reproducción humana que logran la fusión de las células germinales masculina y femenina por un método distinto al hecho en la relación sexual normal.⁶²

⁶¹ CORDOBA, Jorge Eduardo y SANCHEZ TORRES, Julio Cesar, "Fecundación Humana Asistida, Aspectos Jurídicos Emergentes", s/e, Colección: Lecciones y Ensayos 11, Elveroni, Ediciones 2000, pp.13 y 14.

⁶² Ibidem, p.24

En la doctrina se encuentran varias definiciones de fecundación in Vitro, y se aclara que lo toman como un sentido amplio cuando debería de llamarse fecundación asistida en lo general y fecundación in Vitro una parte de la fecundación médicamente asistida, es decir, que "la fecundación asistida es el género y la fecundación in Vitro la especie".⁶³

La fecundación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural.

También sería ilícita la fecundación artificial si se tiene en cuenta otro aspecto, no menos grave. El hombre es de tal dignidad que no puede ser "fabricado" por otro hombre, sino que ha de ser generado a través del amor de sus padres. Es cierto que el amor de unos esposos con un problema de esterilidad es lo que mueve su deseo de conseguir un hijo; pero en la fecundación artificial el acto que da comienzo a la vida del hijo es un acto técnico puesto por unos terceros.

Con el fin de aumentar las posibilidades del embarazo, quienes aplican estas técnicas aumentaron la cantidad de óvulos que son

⁶³ MASSAGLIA, op. cit (51)p. 56.

fertilizados. De esta forma, son concebidos fuera del cuerpo de la madre numerosos embriones planteándose el siguiente dilema: si todos son "transferidos" en una misma oportunidad, se corre el riesgo de un embarazo múltiple, mientras que si se transfieren "algunos" de éstos (seleccionados por el médico), surge el interrogante de qué hacer con los "sobrantes". Estos embriones son hoy "congelados", para disponer así de un "lote de reserva" para proceder a nuevos intentos de transferencia si el primero fracasaba.

Es un grave atentado contra la dignidad de una persona someterla a congelamiento o cualquier otro proceso que detenga su normal desarrollo.

La técnica es "eficaz" si logra un embarazo exitoso. Ahora bien, planteado este objetivo la técnica está exigiendo para su "eficacia" que se conciban, por ejemplo, 3 embriones. En tanto nadie recurre a estas técnicas pensando tener un embarazo múltiple, es claro que se espera que dos de los embriones mueran antes del nacimiento. Estamos por tanto ante procedimientos que prevén que el 60% de las personas que traen a la vida, muera en forma "espontánea" y sólo un 33% pueda llegar a nacer.

La fecundación artificial no es un modo digno de nacer de la persona humana, ya que se subordina "la llegada al mundo de un niño a las condiciones

de eficiencia técnica mensurables según parámetros de control y de dominio"

El mayor problema jurídico se ocasiona con el uso de la fecundación in Vitro heterologa y /o con madre subrogada, ya que la inseminación asistida homologa en cualquiera de las variantes, no produce consecuencias jurídicas diferentes a las contempladas actualmente por el código civil del estado de Guanajuato.

3.3.3.2. FECUNDACIÓN ASISTIDA HETEROLOGA

La fecundación asistida heterologa se presente en casos en que alguna célula es donada, o las dos son donadas de terceros, ajenos al matrimonio, ya por problemas de alguno de los cónyuges o de ambos; o cuando hay riesgo de contagiar enfermedades hereditarias como hemofilia, síndrome de down, mal de huntigton- senilidad precoz, etc., o sida.⁶⁴

En algunos casos, los gametos utilizados no son propios del matrimonio que accede a las técnicas sino que los gametos pertenecen a un hombre o una mujer diferente a los esposos; estos donantes declinan toda su responsabilidad -y hasta han de esconder su identidad- como padres.

⁶⁴ CORDOBA. op.cit (56). p. 25.

En estos casos se supone que el trabajo se hace dentro del seno materno, así como también la fecundación asistida llamada transferencia intrauterina de gametos, que consiste en depositar esperma y ovulo en las trompas de Falopio de la mujer mediante intervención quirúrgica.

En la fecundación heteróloga la finalidad se desvirtúa, es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio.

La fecundación heterologa para algunos autores "Representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno..., ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres. Instaura un detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen".

3.4. LA MATERNIDAD SUBROGADA

Dado el imparable avance científico, una vez conseguida clínicamente la *fecundación in Vitro*, en términos jurídicos se habla doctrinalmente, con carácter general, de maternidad subrogada.

La maternidad subrogada se utiliza cuando la esposa o mujer no puede gestar en su útero al huevo o cigoto porque es infértil. Puede ser que el huevo sea formado con células germinales de la pareja, o con semen donado, o con óvulo donado o tal vez con la donación de ambas células.

la madre sustituta o de alquiler sólo cede su útero, al que se transfiere un embrión ya formado, que tras el debido proceso de gestación y una vez nacido el niño se entrega a la pareja contratante. La madre gestante o sustituta, pues, no es la verdadera madre biológica, aunque sea la que dé a luz.

En algunos casos "la madre de alquiler cede, no sólo su útero, sino también su óvulo, con lo que sería también la madre biológica / genética del nacido, mientras que "la madre contratante" lo sería única y exclusivamente por referencia al varón que ha de considerarse progenitor.

En muchas ocasiones, la mujer recurre a ésta práctica, aun cuando todavía puede ovular, sin embargo su útero está enfermo, por lo que no le permite llevar a buen término el producto de la concepción, para que se desarrolle el embrión; pero ésta práctica no sólo se usa para esos casos, sino que "este tipo de maniobras posibilita para el encargo de niños se extienda al hombre o a la mujer solos, o a parejas de lesbianas o de varones

homosexuales".⁶⁵ Pudiendo acarrear éstas conductas problemas jurídicos aun mayores, y que en la actualidad en nuestra legislación no se encuentran regulados.

La maternidad subrogada, o como también es llamada maternidad por encargo, alquiler de úteros o de vientres, practicas que son utilizadas en muchos países, en algunos países desarrollados tales como Estados Unidos, Australia, España, Inglaterra, etc., ya se encuentran reguladas éstas técnicas de reproducción asistida, y en específico sobre la fecundación in Vitro, todavía existen problemas sobre su regulación e interpretación.

Concluyendo sobre éste punto, reiteramos la definición que hace el autor Massaglia sobre la maternidad subrogada: "La necesidad de recurrir a ésta practica se da cuando la mujer que puede ovular, es decir, que puede tener bien sus ovarios, sus trompas, no tiene en buenas condiciones su útero".⁶⁶

65 MASSAGLIA, op.cit(51). p.73

66 IDEM.

CAPÍTULO CUARTO

EL CONCEBIDO IN VITRO. ¿SUJETO DE EXPECTATIVAS DE DERECHO?

CAPÍTULO CUARTO

EL CONCEBIDO IN VITRO.

¿SUJETO DE EXPECTATIVAS DE DERECHO?

La vida y la dignidad de las personas son los bienes jurídicos tutelados fundamentales a los cuales están sujetos los demás bienes.

El derecho inviolable de todo individuo humano inocente a la vida, los derechos de la familia y de la institución matrimonial son valores morales fundamentales, porque conciernen a la condición natural y a la vocación integral de la persona humana. Al mismo tiempo son elementos constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico.

Los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetado por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado.

Entre esos derechos fundamentales es preciso recordar a este propósito:

a) el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte;

b) los derechos de la familia y del matrimonio como institución y, en este ámbito, el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres. Sobre cada uno de estas dos temáticas conviene añadir algunas consideraciones.

El respeto y la protección que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien debe nacer, exige que la ley regule estrictamente esta situación jurídica. La ley deberá regular concretamente que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente.

La autoridad política tiene la obligación de garantizar a la institución familiar, sobre la que se fundamenta la sociedad, la protección jurídica a la que tiene derecho. Por estar al servicio de las personas, la autoridad política también debe

estar al servicio de la familia. La ley civil no podrá autorizar aquellas técnicas de procreación artificial que arrebatan, en beneficio de terceras personas (médicos, biólogos, poderes económicos o gubernamentales), lo que constituye un derecho exclusivo de la relación entre los esposos.

La legislación deberá regular además, en virtud de la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación artificial y la maternidad "sustitutiva o subrogada".

4.1. PROTECCIÓN JURIDICA DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad, así como establecer los parámetros de protección jurídica del embrión, como resultado de una técnica de reproducción asistida.

En España esta necesidad se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las

legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico.

Esta Ley enmarca en su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión in Vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además, en línea con lo que dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.⁶⁷

Debido a que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento, y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación, las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de una consideración expresa en la norma, y suscitan el debate sobre la existencia de un vacío jurídico o, por el contrario, la aplicación extensiva de la Ley en

⁶⁷ **Exposición de Motivos de la LEY 14/2006**, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006)

vigor sobre la base de una interpretación lo más amplia posible.

La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.⁶⁸

Por último, para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias

68 IDEM

correspondientes. Con ello, al igual que ocurre en otros países, se desarrollan instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión. Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

Dicha Ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación.

4.1.1 LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

4.1.1.1 ANTECEDENTES

El Gobierno presentó al Congreso de los Diputados un proyecto de ley que reforma la ley vigente en España sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 35/1988).⁶⁹

⁶⁹ <http://www.agea.org.es/content/view/425/41/>

El 21 de diciembre de 2005, dicho proyecto fue aprobado en la Comisión de Sanidad del Congreso, sin que se tuvieran en cuenta ninguna de las enmiendas propuestas por diversos grupos parlamentarios, algunas dirigidas a subsanar los puntos más polémicos de la ley. Así, la aprobación definitiva de esta ley queda pendiente de su votación en febrero de 2006 en el Pleno del Congreso y su tramitación posterior en el Senado.

Si el proyecto de ley fuera aprobado tal y como está ahora, España contaría con una de las legislaciones más liberales del mundo en materia de Fecundación In Vitro (FIV) e investigación con embriones, quedando las puertas abiertas a la obtención expresa de embriones con fines de investigación, tanto mediante técnicas de FIV como de clonación. Así mismo, quedará autorizado el uso de técnicas de Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP) con el objetivo de seleccionar embriones según diferentes "circunstancias clínicas, terapéuticas y sociales", sin más requisitos que su aprobación en las comisiones pertinentes.

La ley 35/1988 vigente fue aprobada en 1988. En aquella ley se regulaba por primera vez en España la aplicación de técnicas de reproducción asistida

como la Inseminación Artificial (IA) o la Fecundación In Vitro (FIV) así como ciertas prácticas de investigación con gametos y embriones humanos. A pesar de ser una de las leyes más permisivas de su época, la ley del 88 prohibía la obtención de embriones humanos con cualquier fin distinto a la procreación, se prohibía cualquier tipo de clonación humana, sólo se permitía la investigación con embriones muertos o no viables y se restringía el uso del GDP a la selección de embriones en función de su viabilidad y con el fin de descartar su transferencia en casos de enfermedad grave.

En 2003 la ley 35/1988 fue reformada con el objeto de solucionar el grave problema de acumulación de embriones humanos congelados que eran abandonados por sus progenitores en las clínicas de reproducción. Aunque se desconocía el número exacto de embriones congelados en las clínicas españolas, su número podría rondar los 100.000-200.000 (sólo una clínica valenciana tenía 40.000). La reforma de 2003 daba a las parejas diferentes opciones para que determinasen el destino de los embriones que se hubieran congelado antes de la entrada en vigor de la reforma (2003). Entre estas opciones, se preveía la posibilidad de que la propia madre asumiera gestar los embriones, los donaran a otras parejas con fines reproductivos o los descongelaran. En relación a

esta última posibilidad, se permitía que la pareja permitiera la utilización con fines de investigación de las células que quedaran tras la descongelación del embrión, sin que en ningún caso se permitiera su reanimación. Las células que se usaran en investigación serían tratadas de acuerdo a la legislación sobre donación de órganos y tejidos (seguridad, gratuidad, ausencia de lucro) y bajo el control de un Centro Nacional. Para evitar que se volviera a repetir la acumulación de embriones, esta ley limitaba a tres el número de óvulos que se podían fecundar y el número de embriones que se podían transferir a la mujer en cada ciclo, regulando en un protocolo adicional los casos que requiriesen un número mayor de óvulos. En cualquier caso, antes de iniciar un nuevo tratamiento, las parejas debían firmar un compromiso por el que asumían la transferencia futura de los embriones que pudieran obtenerse, previéndose que en caso de no poder producirse su transferencia (Ej: muerte de la madre...) serían donados a otras parejas con fines reproductivos como única opción. De esta manera se quería asegurar que el equipo médico ajustaría el tratamiento al número de niños que la pareja podía asumir, evitando que se quedaran embriones congelados y sin transferir. A la vez, se quería evitar que la solución extrema dada para los embriones acumulados hasta 2003 pudiera incentivar

la generación de embriones sobrantes para ser usados en el futuro.

4.1.1.2 OBJETO DE LA LEY DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Los objetivos reales de la ley de Reproducción Asistida Española son los siguientes:⁷⁰

A) Abrir las técnicas de reproducción asistida a ámbitos diferentes al de la infertilidad, permitiendo que parejas fértiles puedan acudir a las técnicas FIV con el objeto de seleccionar algunas características de los embriones. De esta manera se permite la selección eugenésica de embriones para permitir lo que se viene denominando "niños medicamento" (ver explicación en el apartado siguiente);

B) Modificar la legislación vigente en relación a la investigación con embriones humanos, hasta el punto de permitir la creación expresa de embriones para investigar mediante cualquier técnica existente (vía FIV, técnicas de clonación-transferencia nuclear, partenogénesis...)

C) Eliminar las principales cláusulas de la Ley 35/1988 que protegían a la mujer frente a tratamientos abusivos y evitaban un uso industrial y comercial del embrión humano.

70 IDEM

4.1.1.3 OBSERVACIONES SOBRE LEY DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

a) La reforma carece de justificación clínica y social: Sin que hayan transcurrido ni siquiera dos años desde la última reforma de la Ley 35/1988, ni se haya denunciado la presencia de problemas en su aplicación, se acomete una reforma "ideológica" que rebaja todas las protecciones existentes para la mujer, los niños y los embriones. Los grandes beneficiados por esta norma son las clínicas privadas de fertilidad, que pasan de tener *un problema* de acumulación de embriones a tener "*una mina*" de donde obtener nuevos beneficios.

b) La ley va mucho más allá de lo anunciado por el Gobierno y por la propia ley: a raíz de la polémica suscitada por determinados medios de comunicación sobre "los niños medicamento", el Ministerio de Sanidad se comprometió a autorizar que algunas parejas fértiles con hijos enfermos pudieran hacer uso de las técnicas FIV y el DGP para generar y seleccionar embriones que fueran histo-compatibles con sus hermanos enfermos. Los embriones seleccionados serían transferidos y gestados por su propia madre, para que una vez nacidos, pudieran donar células de sangre del cordón umbilical a sus hermanos enfermos, sin

peligro de rechazo. Por el contrario, los embriones no compatibles, aunque fueran viables, serían desechados, donados o destinados a investigación.

Utilizando esta polémica, el Gobierno ha presentado una ley que plantea cambios radicales en materia de selección e investigación con embriones humanos, ya que permite no sólo la generación de embriones con fines distintos a la procreación, sino también su comercialización y uso industrial.

De esta manera, de hecho, se aprueba una ley que prepara el terreno para la futura Ley de Investigación Biomédica que actualmente redacta el Ministerio de Sanidad. Así, la nueva ley de reproducción asistida derriba las barreras que protegían a la mujer y al embrión, dejando la pista libre a una ley que puede promover el desarrollo de una industria consumidora de gametos y embriones humanos.

c) La técnica legislativa utilizada en la nueva ley es confusa. Para comprender con exactitud los objetivos y el verdadero calado de la reforma, no basta con leer el texto, sino que es necesario compararlo con el que había y conocer las intenciones de algunas clínicas y empresas biotecnológicas. Los cambios más importantes están en lo que no se dice.

4.1.1.4 PUNTOS CRITICOS DE LA LEY DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Sobre ésta Ley de Reproducción Asistida española, algunos doctrinarios, han establecido y desnudado el objeto y fin de la misma, por lo que a continuación se desprenden algunos de los puntos críticos de la presente Ley:

1. Se autoriza la generación expresa de embriones para investigar. Mediante la eliminación del antiguo Artículo 3 de la Ley 35/1988, se autoriza la creación expresa de embriones con fines de investigación, en contra de lo establecido en el Código Penal y el Convenio de Oviedo.

2. Se permite la clonación humana no reproductiva. La prohibición expresa de la clonación con fines reproductivos que se recoge en el artículo 1 de la nueva ley: en realidad, lejos de prohibir la clonación humana, se abre la puerta a cualquier práctica de clonación que se realice con otro fin distinto al reproductivo (terapéutico, de investigación, de industrialización,...). Es necesario recordar que las técnicas de clonación son idénticas independientemente del fin, y que los intereses económicos no están en la "clonación reproductiva" sino en las *modalidades* para las que esta ley deja vía libre. Esto colisiona con la prohibición genérica de toda práctica de "creación

de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos" que se recoge en el Código Penal vigente, así como con la prohibición expresa de "obtener embriones humanos para investigar" o "de clonar seres humanos" que se recoge en el Convenio de Oviedo y su Protocolo Adicional que España ha firmado y ratificado.

3. Se fomenta la generación de embriones sobrantes destinados a la investigación. Mediante la eliminación de los Artículo 4 y 11, se eliminan los límites al número de embriones que pueden ser transferidos a la mujer en cada ciclo, y se elimina la obligación de crioconservar los embriones sobrantes permitiendo que sean utilizados directamente ("en fresco") para investigar. Este hecho desincentiva claramente el control del número de embriones sobrantes y la moderación en las estimulaciones ováricas a las mujeres. Con la redacción actual, podría darse el caso de clínicas que optaran por repetir ciclos, derivando los embriones sobrantes hacia la investigación o comercialización: una clínica podría *regalar* el segundo ciclo de FIV a quienes donaran con fines de investigación los embriones sobrantes no transferidos en el primer intento.

4. Se permite la comercialización, tráfico y uso industrial de los embriones. La nueva redacción del Capítulo cuarto sobre investigación con gametos y embriones humanos y la eliminación de

varias "infracciones muy graves" (Art. 20): Permite la comercialización, tráfico y uso industrial de embriones humanos y sus células, al haberse eliminado algunas de las prohibiciones e infracciones más graves de la ley vigente (Art. 20.1) (1). Ésta es una de las implicaciones más graves y rechazables de la norma,; y abre la puerta a cualquier tipo de investigación con embriones sobrantes sin atender a que estén vivos y sean viables. De esta manera, la ley desoye los llamamientos del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de proteger al embrión humano viable. Elimina cualquier restricción al tipo de investigación que se podría aplicar sobre el embrión vivo viable sobrante, fuera del límite de que cuente con el permiso de la pareja, no se desarrolle más allá de 14 días y no sea transferido con fines reproductivos. Más concretamente, se eliminan sin justificación algunas restricciones éticas importantes como la exigencia de "demostrar científicamente que (la investigación) no puede realizarse en el modelo animal".

5. El anteproyecto autoriza cualquier tipo de selección eugenésica de embriones humanos. En contra de lo establecido en el Código Penal, el Convenio de Oviedo o la Constitución Europea (2). Esta trasgresión se hace evidente en el punto 3 del artículo 12, donde se permite la selección de

embriones vía Diagnóstico Genético Preimplantatorio de embriones perfectamente sanos, siguiendo un criterio diferente al de la propia viabilidad del embrión, como pudiera ser la histocompatibilidad con un tercero. Esta circunstancia se hace aun más grave cuando se alude a elementos tan difusos como "las circunstancias clínicas, terapéuticas o sociales" como criterios de autorización de los proyectos, y cuando se recuerda que el legislador ha eliminado la prohibición de seleccionar el sexo del embrión del capítulo de sanciones e infracciones de la Ley 35/1988.

4.2. ESTATUS JURÍDICO DEL CONCEBIDO IN VITRO

El ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción, no importando si es concebido corpórea o incorpóreamente(in Vitro) por consiguiente, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos como persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida".

Abordando específicamente el tema que nos ocupa, y así comprender al embrión humano desde su concepción, ya sea natural o artificial, ver el

embrión o el producto de la concepción como un sujeto de derechos, un ser humano en desarrollo, cuya vida merece protección jurídica, así como, realizar conclusiones respecto de la naturaleza jurídica del concebido y el momento en que el ordenamiento jurídico decide atribuirle capacidad, siendo necesario determinar cual es el preciso momento en que la personalidad jurídica del ser humano inicia, y establecer a partir de cuando el hombre es persona para el derecho.

Desde tiempos inmemorables, existe la idea de que el concebido tiene existencia independiente y, por consiguiente debe tenerse como un posible sujeto de derechos, aun antes de nacer. Actualmente, basándose en diversos estudios científicos, tales como biológicos, fisiológicos y embrionarios, que permiten la identificación entre la vida humana, y la persona, así como la consideración del genoma como elemento básico e identificador del ser humano, con esas premisas se considera que el embrión humano es desde el momento de la fecundación, persona, dado que desde ese momento reúne toda la información genética que conducirá , de no mediar alteraciones que interfieran el proceso, a la formación del individuo adulto; es por ello que distintos doctrinarios civilistas pueden afirmar que el hombre existe desde la concepción, por lo tanto, la capacidad como

facultad inherente al hombre debe de ser reconocida desde ese momento.⁷¹

4.3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS ARTÍCULOS 20 y 21 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Para poder comprender claramente el estatus del nasciturus en el sistema legal mexicano tendremos como punto de partida el código civil para el Estado de Guanajuato, éste contiene los preceptos que señalan el inicio de la personalidad jurídica, la situación jurídica del concebido y sus derechos; como ordenamiento común sienta las bases de nuestro sistema legal respecto de la personalidad jurídica. Así, el artículo 21 del código civil para el estado de Guanajuato vigente, es contundente respecto al inicio de la personalidad jurídica, enunciandola de la siguiente manera:

ARTÍCULO 21.- "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la

71 DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo op.cit.(24)p.141.

protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

Éste artículo establece que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; según éste primer párrafo el principio general sería que el nasciturus no gozaría de capacidad jurídica; sin embargo la protección al ser humano no puede ser negada y el derecho objetivo no puede desatender los derechos de los concebidos, por lo que el propio código establece la protección de la persona antes del nacimiento y desde el momento en que el ser es concebido, se le tiene por nacido para los efectos declarados en el código estatal, es por ello que desde la concepción el ser humano entra bajo la protección de la ley; como se observa el sistema legal conserva a favor del concebido los derechos que llegarán a adquirir cuando nazca. Motivo por el cual puede observarse claramente que el legislador trata de proteger al no nacido conservando en su favor, los derechos que adquirirá cuando nazca; pero nada impide que antes de nacer y siempre que esté concebido sea considerado validamente heredero, legatario o donatario; es por ello que la protección al que se refiere el artículo 21 manifiesta la conservación de éstos derechos, para que si llegan a cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 20 del código civil

vigente⁷² (que el producto nazca vivo y viable) pueda adquirirlos definitivamente. Por lo tanto, se podría concluir que en nuestra legislación el no nacido carece de capacidad jurídica, haciendo hincapié en que este hecho no quiere decir que de ninguna manera el concebido no sea persona.

Por consiguiente, partiendo de la afirmación contenida en el artículo 21 del código civil supracitado, según el cual, "la capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento", podemos concluir que el principio de general sería, que la condición de persona se adquiere por el nacimiento y que, por lo tanto, el concebido no puede ser considerado como persona, en sentido jurídico, porque precisamente su cualidad es no haber nacido aún. Al respecto diremos, que el no ser sujeto de derechos no impide que el ordenamiento jurídico tutele de forma objetiva la dignidad inherente a todo ser humano, y por lo tanto, establezca la obligación de respetar su vida e integridad física desde el instante mismo de la concepción, ya sea natural o artificial, tampoco le impide atribuir al concebido derechos

72 **ARTÍCULO 20.-** Son personas físicas los individuos de la especie humana, desde que nacen hasta que mueren. Se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.

patrimoniales, cuya plena eficacia queda supeditada a que llegue a nacer en las condiciones señaladas en el artículo 20 del código civil vigente para el Estado de Guanajuato, en cuyo caso adquieren eficacia las atribuciones patrimoniales que se le hubieren realizado.

Por lo tanto, se observa que el artículo 21 del código citado establece un principio general de protección, en el que se considera al embrión como persona desde la concepción, Pues, pensamos que en este precepto, hay base suficiente para considerar ilícita toda agresión al concebido, ya que dicho artículo 21 anticipa su protección incluso para proteger ese derecho natural inalienable y jurídicamente tutelado como es el derecho a la vida, el derecho a nacer, siendo obvio considerar después de éstas apreciaciones, que el concebido carece de capacidad para obrar, pero el propio código le otorga su representación a las personas que legítimamente le representarían como si ya se hubiese verificado su nacimiento, es decir, a sus progenitores(padres).

4.4. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO MEXICANO.

Analizando los diversos cuerpos normativos existentes hoy en día, resulta que existe una deficiente regulación jurídica en lo relativo al uso que se les da a los concebidos in Vitro (embriones) antes de ser implantados en el útero materno, estableciendo que condición jurídica tienen estos, ya que se ha dicho que, éstos muchas de las veces son destruidos sin que las personas que realizan dicha técnica les preocupe las consecuencias legales a las que pudiera enfrentarse.

Nuestra legislación civil en cierta manera protege a esos embriones pues nos dice que "desde que un individuo es concebido entra bajo la protección de esa ley y se les tiene por nacido para los efectos de ese código".

El Estado mexicano contempla en distintos ordenamientos la figura del concebido, en los cuales tácita o implícitamente protege su dignidad e integridad, principalmente en rubros tan estratégicos como la salud, ya sea en forma directa o indirecta, a través de la madre. Entre estos ordenamientos se encuentran: La Ley General de Salud, la Ley del IMSS, La Ley Federal del Trabajo, mismas que disponen, entre otros

aspectos, disposiciones acerca de la protección de la salud física y psíquica tanto de la madre como de la del concebido.

4.4.1 LEY DEL SEGURO SOCIAL

La ley del IMSS en sus artículos 101,102, y 103, señala las disposiciones jurídicas donde otorga protección a la madre y por consiguiente al concebido, reconociendo tácitamente la existencia de éste, dando prestaciones y otorgando beneficios a la mujer cuando se encuentra embarazada.

Es importante señalar que existen instrumentos legales especializados en la regulación de los derechos que se otorgan a los menores de edad, considerando al nasciturus en ésta condición, siendo éste marco jurídico la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y adolescentes.

4.4.2 LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Uno de los instrumentos jurídicos normativo del nasciturus, debe de ser la Ley Reglamentaria del artículo 4 en materia de menores la "Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y

adolescentes". Ésta Ley desarrolla varios derechos contenidos en "la Convención sobre los Derechos de los Niños", de la cual se desprende entre otros supuestos que las autoridades deben tomar en cuenta que el interés del niño es un interés superior que debe de ser preservado y debe imponerse siempre entre un conflicto con otro tipo de intereses.⁷³

Es importante subrayar que ésta Ley así como la Convención que fue modelo para su elaboración, considera como niño al menor de dieciocho años, incluyendo entre éstos por supuesto al concebido pero no nacido; aunque debemos señalar que ésta ley, hace la distinción entre niños y adolescentes, siendo que los primeros son todas las personas que tengan hasta doce años, mientras que los segundos son todas las personas que tengan entre doce y dieciocho años.

Ésta Ley regula el marco jurídico de los diversos derechos de los niños (Titulo segundo), acorde a la manera siguiente:

- A) Capítulo I: Derecho de prioridad.
- B) Capítulo II: Derecho a la vida.⁷⁴

⁷³ El concepto del interés superior del niño aparece en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37, y 40 de la Convención sobre los Derechos de los Niños".

⁷⁴ El artículo 15 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y adolescentes, consagra el derecho a la vida mismo que

- C) Capítulo III: Derecho a la no discriminación.
- D) Capítulo IV: Derecho a vivir en condiciones de bienestar y un sano desarrollo psicofísico.

4.4.3 LEY GENERAL DE SALUD

Dentro de las disposiciones jurídicas comprendidas en el derecho positivo mexicano, y que son regulatorias y complementarias de la presente investigación que nos importa, es relevante atender a los preceptos jurídicos y médicos que norman **la valoración del ser humano cuando éste es sujeto de investigación médica**, por lo que nos referiremos a lo dispuesto en el marco legal contemplado en el "Reglamento de la Ley General De Salud en Materia de Investigación para la Salud", que establece en su **Art.100** lo siguiente: La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:

I. Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;

señala: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derechos a la vida. Se garantizara en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo".

II. Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;

III. Podrá efectuarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;

IV. Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;

V. Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;

VI. El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento, si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación, y

VII. Las demás que establezca la correspondiente reglamentación.

Aunado a lo dispuesto en el art. 100 del ordenamiento supracitado, es importante subrayar y recalcar lo dispuesto en el capítulo IV del mismo ordenamiento, titulado "De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el

trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óbitos y fetos, y de la fertilización asistida", define distintos conceptos necesarios para la aplicación de este reglamento y trata de manera específica lo referente a la investigación científica y médica del tema mencionado.⁷⁵

El reglamento mencionado, respecto de la investigación en mujeres embarazadas, señala que la investigación sobre el embarazo, sin beneficio terapéutico, no debe representar un riesgo mayor al mínimo para la mujer, el embrión o el feto. Respecto de la investigación con embriones y fetos, el artículo 52 del citado ordenamiento establece: "Los fetos serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y las embarazadas".

Concluyendo sobre el presente capítulo, es importante señalar que debe propiciarse el fomento al desarrollo sano de la ciencia y la investigación, teniendo como referente principal el valor natural a la vida humana por encima de

⁷⁵ El Reglamento de la Ley General De Salud en Materia de Investigación para la Salud, en su artículo 40 define distintos conceptos entre los que se encuentran: embarazo, embrión, feto, óbito fetal, nacimiento vivo, nacimiento muerto.

otro interés contrario, así como, el fortalecimiento en la sociedad de la cultura de la vida, con una humanidad más justa, solidaria y reconciliada, donde se respete la dignidad de todos los hombres, empezando por reconocer los derechos que los más pequeños e indefensos: los derechos de los embriones humanos.

CONCLUSIONES

La presente tesis de investigación no podría concluirse sin antes dejar claramente precisados de qué manera los conceptos más relevantes de la misma, han servido para formular las deducciones a que se ha llegado. Así, el derecho en general siendo la gran base de nuestro estudio, tiene dos grandes tendencias a saber: el Derecho Natural y el Derecho Positivo, el primero alude a los valores, al derecho que tiene el individuo por el simple hecho de ser persona; el segundo a la forma de creación del derecho, así como a su eficacia. Pero, independientemente de que existan dos vertientes del derecho, éste es único, una universalidad integrada, en donde, para lograr un derecho ideal, debe haber una interdependencia entre el derecho natural y el derecho legislado y el que realmente es aplicable en nuestro sistema jurídico; pues aún y cuando el fin primordial del derecho es la justicia, ésta no podría darse sin que exista un ordenamiento que regule las bases para poder alcanzarla, pues si careciéramos de dicho orden el derecho no tendría una regulación y por tanto, una verdadera eficacia en la sociedad, y por ende, los valores y fines del derecho no podrían aplicarse de manera adecuada. Se puede decir en el presente trabajo que la personalidad

comienza en el momento de la concepción. Por consiguiente al ser persona se poseen ciertos derechos inalienables que deben ser respetados como tales en la conciencia colectiva. Hoy en día encontramos una desvalorización de estos derechos fundamentales tanto en México como en el mundo, y consideramos necesaria la intervención del legislador para protegerlos. Siendo así fiel al principio que "se debe proteger al más débil", en este caso al concebido, ya sea artificial o naturalmente.

Primera.- Atendiendo a uno de los conceptos de gran importancia en el desarrollo de la presente investigación podemos decir que "la fecundación In Vitro" un recurso terapéutico, auxiliar en la procreación; para superar los impedimentos físicos y fisiológicos de una pareja para formar una familia. El concebido in Vitro es el embrión obtenido por fecundación in Vitro, y mantenido en vida en un ambiente artificial, hasta su transferencia al útero, la única diferencia existente entre éste y el nasciturus en útero, es la forma de la concepción (natural o artificial).

SEGUNDA.- Las discusiones actuales sobre el inicio de la vida del hombre, sobre la individualidad del ser humano y sobre la identidad de la persona. A ese propósito podemos concluir lo siguiente: "Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se

inaugura una nueva vida que no es la del padre ni de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre... la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar". Por tal motivo, y en el tenor del presente precepto, se puede resumir que el huevo o cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo individuo humano.

TERCERA.- El embrión es un nuevo individuo de la especie humana en la fase inicial de su ciclo vital hasta el nacimiento, momento en que puede llevar una vida autónoma, el cual tiene derecho a que se respete su vida, su integridad física y su dignidad.

El embrión es una unidad biológica-social desde el momento de su concepción, cuyo ciclo vital se sigue a través de un proceso coordinado, continuo y gradual hasta convertirse en un adulto. El embrión es independiente y autónomo, de modo tal,

que aunque se encuentra dentro del vientre materno posee su propio programa de desarrollo. Esto significa que **"no le pertenece a la madre, ésta sólo lo anida en su vientre"**. En dicho proceso el nasciturus tiene suficiencia constitucional, porque tiene la capacidad de autoformarse y de autodesarrollarse.

CUARTA.- El principal problema o dilema que se presenta con motivo de la fecundación in Vitro, es el manejo o la manipulación del embrión, que va en contra del derecho natural y el azar genético. La concepción determina la existencia, así como, la capacidad jurídica, el embrión es persona en sentido jurídico desde el momento mismo de la fecundación (natural o in Vitro), debe recibir el respeto procurado a ésta, es sujeto de derechos, especialmente los denominados derechos fundamentales, es decir, tiene derecho a que se respete su vida, su integridad física y su dignidad.

El realizar la fecundación artificial, y al no ser implantado el producto de la concepción en un útero femenino, constituye una evidente violación al derecho natural de la vida, pues con dicha técnica pueden ser destruidos infinidad de embriones que se consideran que no son de alta calidad y con ello se impide que dicha célula

embrionaria logre su desarrollo y nazca a la vida que nos rodea.

QUINTA.- La persona para tener la condición de heredero o legatario, deberá de haber sido concebida antes de la muerte del autor de la sucesión y que el producto de la concepción nazca viable, y así tenga derecho a recibir la herencia o el legado. No se requiere, por consiguiente, que el heredero o el legatario ya hayan nacido con autoridad a la muerte del autor de la herencia. (Artículos 2569 y 2570 Del código civil para el Estado de Guanajuato). En este precepto se establece a contrario sensu el principio mencionado, en los siguientes términos: "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean visibles, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del código citado."

Para el contrato de donación el artículo 1853 del código civil para el Estado de Guanajuato expresamente estatuye: "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 20."

En el derecho de familia la concepción del ser determina el momento inicial de las relaciones de parentesco y, especialmente, las que se derivan de la filiación legítima o natural; por lo tanto, prepara las consecuencias que después van a sobrevivir si hay un nacimiento viable. Expresamente al artículo 20 dispone que no podrá entablarse demanda respecto a la determinación de la paternidad cuando no exista un nacimiento viable, es decir, seno materno o no sea presentado vivo al Registro Civil.

En algunos países como España y Alemania, consideran que desde el momento de la concepción existe vida humana (aunque ésta se efectuó extracorporeamente), la cual es ampliamente tutelada, y para ello han promulgado una serie de normas como son: la Ley de Reproducción asistida (Mayo 2006) en España, y la Ley sobre la Protección de los Embriones (1990) en Italia.

ÚLTIMA.- Finalmente, el derecho humano a la vida, es un derecho inalienable, irrenunciable e intransferible, es un derecho fundamental, pilar y sustento de los marcos jurídicos regulatorios de las garantías individuales, ya que sin éste derecho fundamental no hay objeto de protección legal. El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, por lo cual, el ser humano tiene derecho a que

nadie atente contra su vida, pero también de exigir de otros conductas positivas para conservarla. La concepción del ser, es fundamental para que se otorgue la protección jurídica que menciona el artículo 21 de nuestro código civil estatal en los siguientes términos: "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".

La concepción determina la existencia, así como, la capacidad jurídica, el embrión es persona en sentido jurídico desde el momento mismo de la fecundación (natural o in Vitro), debe recibir el respeto procurado a ésta, es sujeto de derechos, especialmente los denominados derechos fundamentales, es decir, tiene derecho a que se respete su vida, su integridad física y su dignidad. El nasciturus a la luz del derecho mexicano, tiene capacidad jurídica, porque es un sujeto de derechos; aunque su capacidad de obrar está sujeta al nacimiento, es decir, su capacidad está sujeta a condición resolutoria.

De acuerdo con las teorías mas fundadas sobre la responsabilidad jurídica, principalmente acogiendo el sistema de Kelsen, la concepción del ser viene

a determinar el nacimiento de la personalidad física, por que desde ese momento es centro ideal de imputación de derechos para ser heredero, legatario o recibir donaciones. Sin embargo, debemos reconocer que la mayoría de los civilistas opinan que solo hay una protección jurídica para casos determinados, sin que nazca todavía la persona.

Por consiguiente, el ser humano ha de ser respetado como persona desde el primer instante de su existencia. Los procedimientos de fecundación artificial han hecho posible intervenir sobre los embriones y los fetos humanos con modalidades y fines de diverso género: diagnósticos y terapéuticos, científicos y comerciales. De todo ello surgen graves problemas. ¿Cabe hablar de un derecho a experimentar sobre embriones humanos en orden a la investigación científica? ¿Qué directrices o qué legislación se debe establecer en esta materia? ¿Los embriones concebidos fuera del seno materno pueden tener las mismas prerrogativas o derechos que los insertados en el útero de la mujer? ¿Serán sujetos de derechos subjetivos públicos? ¿A la vida, a recibir legados, donaciones, herencias? La respuesta a estas cuestiones exige una profunda reflexión sobre la naturaleza y la identidad propia, pudiéndose hablarse hoy del "estatuto y reglamentación" del embrión. Por tanto, el fruto

de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. Por consiguiente, el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida. La inviolabilidad del derecho a la vida del ser humano inocente "desde el momento de la concepción hasta la muerte" es un signo y una exigencia de la inviolabilidad misma de la persona, a la que el Creador ha concedido el don de la vida.

Finalmente el uso de técnicas de reproducción asistida, ha originado nuevos problemas jurídicos en el sistema legal mexicano, referente a las expectativas de derechos fundamentales en la persona (la concebida fuera del seno materno), tales como la vida , la filiación, la sucesión hereditaria, etc.; constituyendo hechos y actos jurídicos que no se encuentran normados, y que ha originado un conflicto jurídico, biológico y social sobre el inicio de la vida misma, y la personalidad en particular, exhibiéndose un vacío legal en el hecho consumado de la concepción in

Vitro, cuando ésta , se realiza extracorporeamente.

BIBLIOGRAFIA

BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho civil Tomo I, traducido por José Ma. Cajica, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986. 579 p.p.

BRENA SESMA Ingrid. El Derecho Y La Salud. Temas a Reflexionar. Primera ed. Ed. Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. México.157 p.p.

CORDOBA, Jorge Eduardo y SANCHEZ TORRES, Julio Cesar, "Fecundación Humana Asistida, Aspectos Jurídicos Emergentes", s/e, Colección:Lecciones y Ensayos 11, Elveroni, Ediciones 2000.76 p.p.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Onceava ed. Ed. Porrúa. México.2008.703 p.p.

FERRARA Francisco, citado por GARCIA MAYNEZ Eduardo, Introducción al estudio del Derecho; Vigésima Novena ed. Ed. Porrúa México 1988.474 p.p.

GARCÍA MAYNEZ Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", 28a, ed. Ed. Porrúa, México.444 p.p.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando FLORES y OTRO. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 2ª ed. Ed. Olimpo, México, D.F. 1969.365 p.p.

MARTINEZ ROARO, Marcela, "Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos", s/e, Ed. Porrúa. México, 2000.588 p.p.

MASSAGLIA DE BACIGALUPO, Maria Valeria, "Nuevas Formas de Procreación Y el Derecho Penal", Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires, 2001.192 p.p.

MOTO SALAZAR Efraín, Elementos de Derecho; Trigésima Octava ed. Ed. Porrúa Mexico 1992.442 p.p.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. Cuarta ed. Ed.Trillas. Mexico 1999.313 p.p.

RECASENS SICHES, Luís. Tratado General de Filosofía del Derecho. 7ª ed. Ed. Porrúa, México 1981.717 p.p.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel .Filosofía del Derecho. 5ª ed. Ed. Harla, México 1991.425 p.p.

ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil (Introducción, personas, y Familia)tomo I, Vigésima Cuarta ed. Ed. Porrúa , México 1991.537 p.p.

ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Novena ed. Ed. Porrúa. México 1998.525 p.p.

SANCHEZ CORDERO DAVILA Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano. Segunda ed. Ed. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS La Gran Enciclopedia Mexicana, S.A. de C.V.Serie A: FUENTES b) Textos y estudios legislativos, Núm. 25. México 1976.789 p.p.

TERÁN, Juan Manuel. "Filosofía del Derecho". 11ª ed. Ed Porrúa, S.A., México. D.F. 1989.370 p.p.

TORRES GÓMEZ, Antonio. Introducción al Estudio del Derecho. 3ª ed. Ed. Universidad de Guanajuato. Guanajuato, México, 2000.360 p.p.

LEGISLACIÓN

GUANAJUATO, Código Civil Sustantivo.

MEXICO, Código Civil Federal Sustantivo.

Ley General de Salud

Reglamento de la Ley General De Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Ley del Seguro Social

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y adolescentes.

(España) LEY de Reproducción Asistida 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006)

(España) Exposición de Motivos de la LEY de Reproducción Asistida 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2006)

OTRAS FUENTES

DE PINA Rafael y DE PINA VARA Rafael, Diccionario de Derecho. Vigésima Cuarta ed. Ed. Porrúa, México 1996. 525 p.p.

Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo IV, Selecciones Del Reader's Digest, Sexta Reimpresión, México D.F., 1990 p. 1239. 370 p.p.

Diccionario de la Real Academia de La lengua Española. Vigésima Segunda Edición. España 2008. 2448 p.p.

Pequeño Larousse Ilustrado, Ramón García- Pelayo y Gross, Décima Octava ed. 1994. 1920 p.p.

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Vigésima Edición. Ed. Porrúa, S.A. México 1994. 485 p.p.

CAMARA Calixto, Conferencia Personas Jurídicas, ULSAB, Facultad de Derecho. 1995

Convención sobre los Derechos de los Niños.

http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_la_viabilidad"

<http://es.wikipedia.org/wiki/Nacionalidad>

<http://www.geocities.com/Heartland/Flats/1526/moral.htm>

<http://www.imbiomed.com.mx/Inper/Prv13n1/espanol/Wpr91-07.html>

<http://www.agea.org.es/content/view/425/41/>