

CAPÍTULO OCTAVO

REGULACIÓN DE LAS TRA DE ACUERDO A UN MODELO QUE PROTEJA DERECHOS HUMANOS

I. ATENCIÓN A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Los crecientes casos de infertilidad en nuestro país han puesto sobre la mesa la necesidad de un replanteamiento sobre el ejercicio de los derechos reproductivos, lo mismo que los derechos de las parejas del mismo sexo o de las personas que, en solitario, desean tener descendencia. Tanto los derechos de las personas fértiles a exigir del Estado una simple abstención de interferencia en sus decisiones, como los de las personas que padecen algún tipo de infertilidad o que, atendiendo a otras causas, optan por acceder a la reproducción asistida, generan la necesidad de una respuesta estatal. Ante esta legítima exigencia el Estado no debe permanecer inactivo, por el contrario, debe proporcionar respuestas capaces de garantizar a quien lo solicite un acceso seguro y sin discriminación a las nuevas formas de tecnología de la reproducción.

II. DEBER DEL ESTADO MEXICANO DE LEGISLAR EN MATERIA DE FECUNDACIÓN ASISTIDA

1. *La Convención Americana para la Protección de los Derechos Humanos*

El artículo 1.1 de esta Convención expresa:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su

libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En seguimiento de este precepto, el artículo 2o. establece:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

2. *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

En el ámbito interno, el artículo 1o. de la CPEUM reconoce diversos derechos humanos contenidos en el propio texto constitucional, así como los establecidos en los tratados en que México es parte.¹⁶⁸ Sin embargo, este reconocimiento resulta insuficiente si no se asegura su protección. El mismo texto constitucional expresa: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. Los derechos humanos relacionados con la aplicación de la TRA se insertan en este contexto.

¹⁶⁸ “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Párrafo reformado *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

3. *Opinión de la doctrina*

Acudimos a textos del constitucionalista Miguel Carbonell para descubrir cuáles son las obligaciones de las autoridades relacionadas con los derechos humanos que podemos vincular a los procedimientos de FIV que fueron objeto de la sentencia *Artavia Murillo*. Este autor opina que la CPEUM obliga a las autoridades de todos los niveles, no solo a respetar los derechos mediante conductas de abstención sino a hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la eficacia plena de los derechos, sin poder esgrimir ningún tipo de estructura competencial para dejar de tomar medidas en favor de los derechos.¹⁶⁹ Carbonell insiste en que entre las primeras medidas que deben tomar las autoridades están las de carácter legislativo. Las obligaciones del Estado mexicano pueden tener como origen una norma nacional o internacional y deben ser cumplidas dentro de un plazo razonablemente corto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos lleve un plazo más prolongado.

Los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones emergidas de la Convención ADH y corroboradas en la sentencia *Artavia Murillo*. Adecuar el ordenamiento interno en todas aquellas materias que sea necesario resulta primordial para efecto de eliminar cualquier norma contraria a los derechos vinculados con la reproducción asistida que pueda impedir su completa realización.

En el contexto de los derechos reproductivos, el Estado Mexicano debe adoptar las medidas activas para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos en caso de que pretendan llevar a cabo una FIV o cualquier otra TRA. Los poderes legislativos tanto federales como locales es-

¹⁶⁹ Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado mexicano en el artículo 1o. de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos...*, cit., pp. 67 y ss.

tán obligados a garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales generando el marco normativo para que ello sea posible.¹⁷⁰

Pero a pesar de las disposiciones en la Convención ADH y las contenidas en nuestra CPEUM, el Estado Mexicano aún no adopta las disposiciones necesarias para que a través de sus cuerpos legislativos o del Ejecutivo se protejan y hagan efectivos los derechos humanos relacionados con la implementación de las TRA. Esta abstención implica una deuda con las personas que decidan ejercer sus derechos reproductivos a través de las modernas tecnologías ya que sus derechos humanos no se encuentran debidamente respetados, protegidos ni garantizados. La escasa regulación sanitaria y civil, así como algunas sentencias de la Suprema Corte que han resuelto casos concretos resultan, a todas luces, insuficientes.

III. LEGISLAR DESDE UNA PERSPECTIVA LAICA

Desde una perspectiva biológica, la reproducción es la respuesta a un instinto del ser humano como organismo vivo y a esta perspectiva biológica se suman: la exigencia cultural de una sociedad compuesta básicamente por familias, y los postulados económicos que exigen tener descendientes a quienes heredar los bienes adquiridos. Nuestra organización social parte del núcleo familiar; la sociedad espera de los individuos, hombres y mujeres, la conformación de una familia integrada con herederos que garanticen la preservación de los patrimonios familiares. Sin embargo, las estructuras tan largamente preservadas han sido modificadas en los últimos tiempos y ahora son comúnmente aceptadas tanto las decisiones de personas de acudir a las TRA como las de aquellas que, alejadas de los imperativos de la naturaleza y de los mandatos cultural y social, optan de acuerdo a su proyecto de vida, no tener descendencia.

¹⁷⁰ *Idem.*

Cualquiera que sea la decisión reproductiva que las personas tomen, supone el ejercicio del libre albedrío. Pero la libre decisión para tener o no tener descendencia o de acceder a la reproducción asistida requiere de un Estado que no admita imposiciones ni trabas religiosas a la decisión de cada persona, es decir, de un estado laico que, además del reconocimiento de esa libertad, implemente las condiciones adecuadas para que las personas puedan ejercerla. La vigencia del Estado laico¹⁷¹ es fundamental para la preservación y consolidación de los derechos sexuales y reproductivos de todas las personas, en tanto que derechos humanos.¹⁷²

Las argumentaciones religiosas que sustentan el inicio de la vida del ser humano a partir del encuentro del óvulo con el espermatozoide y que consideran a los procedimientos de fecundación asistida como potenciales aniquiladores de personas titulares de derechos, son válidas. Pero esta validez se restringe a los fieles a ese conglomerado religioso quienes, en ejercicio de su libertad, probablemente no accederán a las TRA; en cambio, esas argumentaciones dejan de ser válidas para personas ajenas a grupos religiosos.

En el Congreso es incuestionable que los diputados tienen sus convicciones personales, algunas religiosas otras no, pero como legisladores les corresponde pautar su acción legislativa no desde sus convicciones personales sino tomando en cuenta de manera primordial el interés de toda la sociedad. Para Bovero no existe justificación para que los partidos políticos confesionales pretendan imponer su propia verdad, incluso a aquellos que no la comparten, apelando a su fuerza numérica, eventualmente mayorita-

¹⁷¹ La laicidad significa mucho más que la separación del Estado y de la Iglesia, representa el respeto debido a la pluralidad de convicciones religiosas, ateas, agnósticas y filosóficas, así como la obligación de favorecer por diversos medios la deliberación democrática y pacífica.

¹⁷² Jorge Carpizo ha expresado que laicismo es contrario al fanatismo, dogmatismo, al pensamiento único, es sinónimo de democracia como expresión de tolerancia al derecho a pensar distinto. La democracia es derecho a disentir.

ria y con alguna presunta o pretendida autoridad moral.¹⁷³ Tratar de imponer en una legislación una concepción religiosa o moral, aunque sea de la mayoría de la sociedad, atenta gravemente contra la libertad de conciencia, de pensamiento y de culto.

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo* representó un gran avance del pensamiento democrático y laico. La autoridad de las argumentaciones vertidas en la sentencia, así como en la interpretación oficial del artículo 4.1 de la Convención ADH, han dejado un precedente que difícilmente podrá ser desconocido para quienes intenten aplicar este precepto y regular las diversas TRA en Latinoamérica. Los integrantes de la Corte optaron por partir de una visión al margen de las creencias y religiones y sus interpretaciones dan luz a otros debates tales como la práctica del diagnóstico preimplantatorio o la empantanada discusión en Latinoamérica sobre la posible utilización de células troncales embrionarias con fines de investigación.

Además, debemos tener presente que el pueblo mexicano ha optado constituirse en una República representativa, democrática y laica según consta en el artículo 40 de la CPEUM.¹⁷⁴ El reconocimiento a nuestra República como laica tuvo un propósito, José María Serna señala:

...evitar que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la justicia o legitimidad o la justicia de las normas y de los actos del poder político e impedir cualquier tipo de confusión entre funciones religiosa y funciones estatales. A partir del cambio, el concepto laico debe ser un parámetro de control de la constitucionalidad de normas generales y de actos de autoridad del sistema jurídico mexicano.¹⁷⁵

¹⁷³ Bovero, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de derecho Constitucional, Cátedra extraordinaria Benito Juárez, 2013, Colección Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad, p. 19.

¹⁷⁴ Adición constitucional de noviembre de 2012.

¹⁷⁵ Serna de la Garza, José María, *Laicidad y derecho internacional de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Ibe-

Además, otra adición al artículo 24 constitucional expresa: “Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado... Bajo ese tenor, el Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.¹⁷⁶

La lectura de los textos constitucionales nos permite argumentar que nadie tiene derecho, incluido el Estado, a coartar la libertad religiosa de las personas, tratando de imponer las convicciones éticas de conciencia o religión que no le sean propias. En el supuesto de que una legislación sobre reproducción asistida no tuviera por principio el respeto a esa laicidad y que cimentara sus motivos en argumentaciones religiosas estaría imponiendo a una parte de la sociedad que no comparte esa religión, valores y creencias que le son ajenos.

IV. DERECHOS QUE DEBEN SER PROTEGIDOS POR UNA LEGISLACIÓN SOBRE FECUNDACIÓN ASISTIDA

La falta de legislación sobre fecundación asistida afecta varios de los derechos humanos reconocidos por la Convención ADH y que fueron protegidos por la sentencia *Artavia Murillo*: derecho a la salud reproductiva, al ejercicio de la autonomía, a fundar una familia, derecho a la privacidad, a la no discriminación, etcétera. La mayoría de estos derechos también se encuentran protegidos por la CPEUM. Basta con consultar el contenido de los artículos 1o., 4o., 6o. y 16 constitucionales para comprobarlo; más, desde luego, las leyes secundarias que también los garantizan. La utilización de la fecundación *in vitro*, la TRA más utilizada, también se encuentra estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico, derecho que ha sido reconocido interna-

roamericano de Derecho Constitucional, Cátedra extraordinaria Benito Juárez, 2013, Colección de cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad.

¹⁷⁶ Párrafo reformado, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de julio de 2013.

cionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁷⁷

V. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Las complejas y variadas TRA deberán estar, desde luego, sometidas a ciertas limitantes. La autonomía personal debe ser complementada con la responsabilidad frente a los posibles daños que éstas pudieran causar, tanto a los involucrados en procesos concretos como a terceros. Pero las limitaciones a los derechos relacionados con las TRA deberán estar enmarcadas dentro del orden constitucional sustentado en un contexto liberal y por razones válidas para el conjunto de la sociedad.¹⁷⁸ Existe una gran diferencia entre establecer restricciones a la autonomía de las personas cuando éstas se encuentran justificadas y no sean excesivas, a imponer una tajante prohibición o no legislar, como hasta ahora se ha hecho.¹⁷⁹

VI. LEGISLACIÓN FEDERAL

El artículo 4o. constitucional en su párrafo tercero expresa: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

¹⁷⁷ El artículo 15, inciso *b*, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

¹⁷⁸ Gómez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana...*, *cit.*, pp. 49 y 50.

¹⁷⁹ Más información sobre este punto en el primer capítulo de esta obra.

En atención a este mandato, el Congreso expidió la Ley General de Salud como la reglamentaria del 4o. constitucional. Esta ley en su articulado establece las bases y modalidades de esa concurrencia federativa en materia de reproducción bajo los siguientes términos:

El artículo 3o. establece como materia federal el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células (esto incluye a las sexuales) por considerarla materia de salubridad general.

Por su parte, el artículo 13, apartado A, fracción II, señala que esa materia —el control sanitario antes enunciado— le corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Salud.

Además de la Ley, los reglamentos que de ella derivan son de aplicación en toda la República y en el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud encontramos el marco jurídico vigente de la reproducción asistida en nuestro país, analizado previamente en este trabajo. De manera que cualquier intento de reforma a estos textos o de crear una regulación específica sobre los servicios de reproducción asistida tendrá que legislarse y estar bajo el control del mismo ámbito federal.¹⁸⁰

VII. COMPETENCIA ESTATAL

Los poderes de los Estados integrantes de la federación, como cualquier autoridad, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, por tanto, deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones emergidas de la Convención ADH y corroboradas en la sentencia *Artavia Murillo*.

¹⁸⁰ GIRE concuerda con este razonamiento y expresa: “Por tratarse de una materia federal se requiere o de modificaciones a la LGS o una ley especial que la reglamente”, *op. cit.* p. 175.

En vista de las implicaciones que la aplicación de las TRA produce al interior de la familia y que modifican el estado civil de las personas, a los Congresos locales les corresponde promover las reformas necesarias en materia civil. Estos Congresos también deberían señalar aquellas conductas relacionadas con la reproducción asistida que pudieran ser consideradas como delito y las posibles sanciones que se impondrían a dichas conductas. Adecuar el ordenamiento interno en todas aquellas materias que sea necesario resulta primordial para efecto de eliminar cualquier norma contraria a los derechos vinculados con TRA que pueda impedir su completa realización.