

BIBLIOGRAFÍA

Alicia Elena PÉREZ DUARTE
Y NOROÑA

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Bio-
genética, filiación y delito. La fe-
cundación artificial y la experi-
mentación genética ante el derecho*
..... 225

cartas fundamentales de nuestra región, especialmente en las de aquellos países que tienen grupos indígenas importantes, normas tutelares de los derechos de estos grupos desprotegidos. Debemos recordar que en nuestro país, no obstante su importante población indígena, hasta hace muy poco tiempo, podríamos decir que ayer, se estableció una regulación constitucional sobre los pueblos indígenas.

Considera el profesor Da Silva que la citada Constitución de 1988 revela un gran esfuerzo del Constituyente para establecer un sistema de normas que pudiese efectivamente proteger los derechos e intereses de los indígenas, que si bien no considera plenamente satisfactorio, sí se puede considerar como un régimen tutelar razonable.

Como puede observarse, del análisis superficial que hemos hecho de la excelente obra del profesor José Afonso da Silva, su lectura, además de amena y gratificante, nos proporciona una visión muy completa de la Constitución Federal brasileña de 1988, cuyo conocimiento es esencial para todos los constitucionalistas latinoamericanos, y por supuesto, para los mexicanos, ya que se trata de la carta fundamental más reciente en nuestra región, que ha incorporado instituciones importantes y novedosas que resulta indispensable estudiar.

Héctor FIX-ZAMUDIO

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1990, 573 pp.

La estructura de esta obra es muy sugerente para quienes estamos interesadas(os) en los problemas que plantea la tecnología a las relaciones humanas, muy en especial la tecnología aplicada al campo de la reproducción. Soto Lamadrid ofrece un verdadero tratado jurídico sobre la biogenética, que abarca los aspectos civiles y penales, y hace acotaciones sobre los aspectos de salud que le son conexos.

Está dividida en cuatro partes: Las técnicas de reproducción asistida y los problemas derivados de la disociación biológica y parental de la filiación; La fecundación inducida y los atentados contra la vida, la salud y la dignidad de la especie humana; La maternidad subrogada y la cuestión patrimonial, y La ausencia de consentimiento en la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea.

La primera parte inicia con un análisis de la fecundidad y la esterilidad como fenómeno social y como problema específico de la pareja, en el cual claramente perfila, a través de las opiniones que cita, su propia concepción del problema, permitiéndonos identificar su ideología y prever desde las primeras páginas, la ruta por la que nos va a llevar en su análisis, aunque, reitero, rara vez encontramos claramente expresadas sus opiniones personales. De esta sección podemos destacar lo siguiente:

Las opiniones de Santos del Campo, quien, según lo que repite el autor, afirma que la incorporación de las mujeres al campo de trabajo, debido no a los movimientos feministas, sino a los cambios en la dinámica del sistema de producción, es la casua de que la maternidad no sea ya un valor eterno, sino un concepto moldeable que transita entre las consideraciones de esclava al de mujer de su hogar; por tanto es aborrecida por las mujeres, quienes prefieren un trabajo no deseado a la maternidad no deseada, pues aquél les aporta mayores satisfacciones sociales.

Con este tipo de afirmaciones, que sólo encierran parte del problema, Soto Lamadrid pretende explicar cómo la fecundidad responde a la dinámica que le imprime la sociedad. Esto es cierto, pero las razones son múltiples y son más explicables desde las políticas demográficas que desde la incorporación de las mujeres a las fuerzas de producción, sobre todo en América Latina. Independientemente de que el concepto de maternidad no puede ser considerado como un valor eterno, ni siquiera en épocas pretéritas. Basta recordar lo que sucedía en el Medievo con las nodrizas y cómo fue transformándose esta función a lo largo de la historia, para desmentir lo expresado por Santos del Campo al respecto.

En otro contexto encontramos el peso del disvalor de la esterilidad; es desde mi punto de vista, demasiado inclinado hacia el fenómeno físico en sí, confirmando el gran significado que tiene este hecho en la fenomenología social. Las frustraciones y angustias, tanto masculinas como femeninas, son causadas, en buena medida, por las expectativas que la sociedad tiene sobre las parejas, exigiéndoles descendencia lo más pronto posible después del matrimonio. En este sentido, se asegura que la procreación es una "pulsión natural", afirmación que, desde luego, no comparto, pues sería tanto como aceptar que los varones y mujeres que deciden no tener hijos(as) están actuando contra la naturaleza y que quienes procrean sólo lo hacen movidos(as) por esa pulsión y no por un deseo real y consciente de vivir una paternidad o maternidad responsables, en donde el centro del proyecto —para emplear los términos de Soto Lamadrid— sea la atención, el cuidado, el desarrollo integral y el

afecto de los(as) hijos(as) y no “la tendencia de lograr la inmortalidad transmitiéndonos a nuestros hijos”.

En los dos capítulos explicativos sobre las técnicas de fecundación asistida, encuentro un gran desequilibrio entre el trato de los intereses del varón y la mujer adultos involucrados en el proceso y el que se le da a las consecuencias que estas técnicas podrían tener en el(la) niño(a) que naciere de ellos. De hecho este desequilibrio es general, en toda la obra se presentó; pero es evidente en esta primera parte.

Los juicios de valor que fundamentan la argumentación del autor se estructuran en función de los esquemas sociales y culturales, de las “buenas costumbres”. Ejemplo de ello, son la reproducción de las opiniones de Llambías para quien la fecundación *in vitro* es un acto inmoral no por la experimentación sobre seres humanos que supone, sino porque son actos que “lesionan la moral social y degradan la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización, que repugna a su natural privacidad; ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación *in vitro*, sin apuntar la secuela ruinosa para los esposos. . .”. Independientemente de todos los considerandos que se puedan hacer para evidenciar lo erróneo de esta postura, considera que el concepto de “buenas costumbres” en general, debe ser puesto en tela de juicio y cuestionado profundamente, pues al contener un alto índice de subjetividad permite que cada quien lo utilice según sus propios intereses y, en este caso particular, los intereses que deben prevalecer son los del(la) niño(a) que pudiere nacer de estas técnicas y los de la mujer que desea concebir así y, en su caso, de su pareja. La sociedad no debe preocuparse de las “buenas costumbres” sino de la dignidad del ser humano, que puede ser dañada si estas técnicas siguen avanzando por el camino de la comercialización y el de la excesiva experimentación con los gametos y con los embriones humanos.

Muy ligada a esta observación están las que pueden hacerse en torno al tratamiento que Soto Lamadrid hace sobre las cuestiones morales derivadas de la fecundación homóloga y heteróloga *inter vivos* y *post mortem* (capítulos V y VI). Sin embargo, las reflexiones que el autor ofrece sobre los efectos jurídicos son interesantes pues proponen soluciones aplicables a este nuevo problema con las mismas reglas que conocemos sobre la filiación. Considero que en algunos casos sus argumentos están un poco forzados, sobre todo cuando afirma que el componente genético constituye la premisa básica de la legitimidad de la filiación.

Al respecto, yo afirmaría que en los sistemas jurídicos tradicionales precisamente lo único que no se tiene en cuenta es el componente ge-

nético. Desde el *Espíritu de las leyes* de Montesquieu quedó muy claro hacia dónde se inclina el derecho moderno en relación con la filiación: lo importante es que pueda encontrarse al varón responsable de la alimentación de los(as) hijos(as) y ese es el marido de la madre, sin importar si es o no el padre genético. Se puede argumentar que no era un problema que pudiese darse sino hasta después de los años setenta del siglo XX, época en que se empezó a propagar la fecundación asistida. No obstante, la cuestión de la determinación de la paternidad real y genética siempre ha sido un problema; ahora complicado por las técnicas nuevas, pero siempre problema. Tanto que la reunión de la Asociación Henri Capitant de Quebec versó precisamente sobre el conflicto entre la verdad y el derecho. Especialmente interesantes son los estudios sobre la verdad genética que se discutieron en esa reunión. De hecho, el mismo autor aporta elementos que contradicen su afirmación sobre el componente genético, lo cual me lleva a otra pregunta: ¿por qué no podemos buscar nuevos esquemas para dar respuesta a los nuevos problemas?, ¿es tan difícil adecuar la norma jurídica a las necesidades sociales? Según lo que señala nuestro autor, sí, sí es sumamente difícil encontrar nuevos esquemas; baste citar como ejemplo los proyectos de penalización que nos reporta, mismos que fueron creados para evitar la utilización de la fecundación heteróloga. La pregunta que subyace en el fondo, aunque Soto Lamadrid no lo explicita es, entonces, ¿por qué se permite la experimentación para el perfeccionamiento de unas técnicas que después no se van a poder utilizar?

Finalmente, en esta primera parte, cabe cuestionar la toma de posición del autor frente al derecho a la reproducción asistida fuera del matrimonio, posición aparentemente contraria a este derecho si bien no lo expresa abiertamente; sin embargo, las opiniones que reproduce y no condena nos llevan a pensar que son avaladas por él. En este contexto pregunto: ¿quién va a decidir cuáles son las "condiciones de seguridad" para el(la) niño(a) en sociedades como la nuestra, caracterizadas por el fenómeno que se conoce bajo "padre ausente"?, ¿con qué argumentos niegan el derecho de procrear, vía estas técnicas, a una mujer por el simple hecho de no tener un varón que la acompañe, cuando la responsabilidad de los varones frente a su capacidad reproductora es la causa directa del gran número de madres solteras en Latinoamérica?, ¿con qué criterio se califica de patológica la inseminación de una mujer soltera y de repulsiva si se trata de una lesbiana?, ¿no es siempre mejor una maternidad vía fecundación asistida pero deseada, que una maternidad "natural" impuesta o no deseada? Evidentemente estos argumentos vie-

nen de varones, para quienes la maternidad no es sino el auxiliar de su propia "proyección hacia la inmortalidad" y no una función social y un compromiso vital hacia las futuras generaciones.

En la segunda parte podríamos resaltar la argumentación sobre el trato de "casa que está en el comercio" que se pretende dar a los gametos. El autor se plantea si esto puede ser considerado como lícito, pues "estar en el comercio" no implica una connotación mercantilista, sino la posibilidad de transmitir una cosa de un patrimonio a otro. Si bien estaría de acuerdo en principio con el autor en el sentido de que es contrario a la dignidad humana considerar al material genético como "cosa dentro del comercio", sin embargo sería más sugerente incursionar en el ámbito de las diferencias entre los conceptos donación y disposición, para referirnos al acto por el cual una persona transmite a otra algún órgano, tejido o material genético.

Es un tema complejo, evidentemente; sin embargo, permite diferenciar claramente los actos de transmisión patrimonial y los actos de transmisión de órganos, tejidos, fluidos y gametos humanos, manteniendo este tipo de actos fuera de la esfera patrimonial y, por tanto, comercial.

Ello tiene la ventaja, también, de evitar la utilización de los conceptos de "moral" y "buenas costumbres" para calificar la licitud o ilicitud de estos actos necesarios en sí mismos, pero atentatorios a la dignidad humana si se les considera actos comerciales, en el sentido que fuere; evitaría también la disposición a través de la compraventa, y de paso serviría como fundamento para prohibir arrendamiento de úteros y cerrar el paso a los problemas que se generan por la subrogación de la maternidad tan ampliamente tratados por el autor, incluso en su posible forma delictiva en la tercera parte de la obra.

De la cuarta parte podemos destacar el acierto con que maneja el concepto de voluntad procreacional para determinar la improcedencia de una inseminación artificial sin consentimiento de la mujer a quien se le aplica. Sin embargo, se crea un poco de confusión al tratar de equiparar esta figura con conductas delictivas que también pueden tener como consecuencia la concepción sin voluntad de la mujer afectada, pero que son de naturaleza muy distinta a la fecundación artificial. Es más importante crear soluciones específicas para esta problemática que tratar de equipararla con esquemas antiguos. Lo mismo puedo decir respecto del tratamiento que el autor da a la falta de consentimiento del esposo para la inseminación de su cónyuge.

En el colofón de esta obra su autor nos ofrece técnicas de reproducción asistida, en donde vierte los argumentos expresados a lo largo de

la obra. Este capítulo está inscrito en la cuarta y última parte, aunque merecería estar en un espacio propio para mayor claridad de la lectura, pues sería evidente que no se está realizando un análisis exclusivo de los efectos del consentimiento y su ausencia en la práctica de fecundación asistida a la luz de la ley española, como se puede desprender de la simple revisión del índice general, sino de un análisis de toda la Ley. Análisis que redondea lo estudiado en el texto que reseño.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego (comps.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, 388 pp.

El libro recoge diecisiete artículos preparados por profesionales latinoamericanos (abogados y antropólogos principalmente) que han iniciado el estudio comparado del tema: Nelly Arvelo-Jiménez, "Organización social, control social y resolución de conflictos. Bases para la formulación y codificación del derecho consuetudinario ye'Kuana"; José Aylwin Oyarzun, "Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena"; Francisco Ballón Aguirre, "Sistema jurídico aguaruna y positivo"; Manuel Carneiro da Cunha, "El concepto de derecho consuetudinario y los derechos indígenas en la nueva Constitución de Brasil"; Victoria Chenauth, "Costumbre y resistencia étnica. Modalidades entre los totonacas"; Deborah Dorotinsky, "Investigación sobre costumbre legal indígena en los Altos de Chiapas (1940-1970)"; Magdalena Gómez, "La defensoría jurídica de presos indígenas"; Rainer Enrique Hamel, "Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo"; Diego Iturralde, "Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley"; François Lartigue, "Los intermediarios culturales en la Sierra Tarahumara. Delegación de autoridades y elaboración del derecho consuetudinario"; José Carlos Morales, "Los indígenas de Costa Rica y la tenencia de la tierra"; Luis Alberto Padilla, "La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala"; Esther Prieto, "Derecho consuetudinario indígena en la legislación paraguaya (siglo XX)"; María Teresa