



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

PROBLEMATICA JURIDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ISIDRO MENDOZA GARCIA

ASESORA:
LIC. CECILIA LICONA VITE

SAN JUAN DE ARAGON ESTADO DE MEXICO AGOSTO DE 2001



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.

Dedico esta obra con la que concluyo una faceta más de mi vida académica, a las personas sin las cuales no se hubiera hecho posible: a quien me dio el ser a mi madre Blanca Estela García Baltazar, a mis abuelos Trinidad García Chavez, y Enedina García Baltazar, y a mis hermanos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

pág.

CAPÍTULO I

NOTICIA HISTÓRICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	1
---	---

CAPÍTULO II

GENERALIDADES SOBRE EL SISTEMA REPRODUCTOR HUMANO

2.1 Proceso natural o normal de fecundación.....	10
2.1.1 Anatomía de los órganos genitales masculinos.....	11
2.1.2 Anatomía y función de los órganos genitales femeninos.....	14
2.2 Proceso anormal de fecundación.....	17
2.2.1 Causas de esterilidad en el hombre.....	18
2.2.2 Causas de esterilidad en la mujer.....	22
2.3 Tratamiento de la esterilidad para lograr la fecundación.....	26
2.3.1 Inseminación artificial.....	27
2.3.1.1 Casos en que se realiza.....	28
2.3.1.2 Formas en que se realiza la inseminación.....	29
2.3.1.2.1 Inseminación intracervical.....	29
2.3.1.2.2 Inseminación intravaginal.....	29
2.3.1.2.3 Inseminación intrauterina.....	29

2.3.1.2.4	Inseminación intraperitoneal.....	30
2.3.1.3	Clasificación de la inseminación.....	30
2.3.1.3.1	Inseminación homóloga.....	32
2.3.1.3.1.1	Post mortem.....	33
2.3.1.3.1.2	En caso de divorcio.....	35
2.3.1.3.1.3	Inseminación de la viuda.....	36
2.3.1.3.1.4	Casos en los que se realiza.....	37
2.3.1.3.2	Inseminación heteróloga.....	37
2.3.1.3.2.1	Con consentimiento del marido.....	39
2.3.1.3.2.2	Sin consentimiento del marido.....	40
2.3.1.3.2.3	Sin consentimiento de la mujer.....	41
2.3.1.4	Personas beneficiadas con la inseminación.....	41
2.3.1.5	Problemas que genera la inseminación.....	45
2.3.1.4.1	Psicológico.....	45
2.3.1.4.2	Físico.....	46
2.3.1.4.3	Legal.....	47
2.3.2.	Fecundación in vitro y transferencia de embriones.....	48
2.3.2.1	Casos en que se realiza.....	53
2.3.2.2	Formas en que se realiza.....	54
2.3.2.3	Personas beneficiadas con la fecundación in vitro.....	54
2.3.2.4	Problemas que genera la fecundación in vitro.....	55
2.3.2.4.1	Psicológicos.....	55

2.3.2.4.2 Físico.....	55
2.3.2.4.3 Legal.....	57
2.3.2.5 Banco de semen.....	58
2.3.2.6 Banco de óvulos.....	59
2.3.2.7 Banco de embriones.....	59
2.3.2.8 A título oneroso.....	60
2.3.2.9 A título gratuito.....	61
2.3.2.10 A título nominativo.....	62
2.3.2.11 A título anónimo.....	62

CAPÍTULO III

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 En Suecia.....	64
3.2 En Francia.....	65
3.3 En Inglaterra.....	66
3.4 En España.....	68
3.5 En Estados Unidos de Norte América.....	70
3.6 En Argentina.....	74
3.7 En Alemania.....	75
3.8 En Italia.....	75
3.9 En Holanda.....	78

3.10	En Canadá.....	79
------	----------------	----

CAPÍTULO IV

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

4.1	Fundamento legal de la maternidad subrogada.....	81
4.1.1	Procreación como garantía individual.....	82
4.1.2	En los derechos humanos.....	83
4.2	En la Ley General de Salud y sus Reglamentos.....	84
4.2.1	Elementos de existencia.....	91
4.2.1.1	Consentimiento.....	91
4.2.1.2	Objeto.....	92
4.2.2	Requisitos de validez.....	93
4.2.2.1	Ausencia de vicios del consentimiento.....	93
4.2.2.2	Capacidad.....	95
4.2.2.3	Forma.....	95
4.2.2.4	Objeto, motivo o fin del contrato.....	96
4.2.3	Laguna en la legislación civil en cuanto a la maternidad subrogada.....	97
4.2.3.1	La regulación de la maternidad subrogada en el nuevo Código Civil para el Estado de Tabasco.....	99
4.2.4	Laguna en la Ley General de Salud y sus Reglamentos en cuanto a la maternidad subrogada.....	103

4.3 En la jurisprudencia de otras naciones.....	104
4.4 Cuestiones jurídicas que se presentan con relación a la maternidad subrogada.....	105
4.5 Cuestiones jurídicas para mejorar a la maternidad subrogada.....	107
4.6 Cuestiones jurídicas que se presentan en la inseminación.....	108
4.7 Cuestiones jurídicas que se presentan en la fecundación in vitro.....	109
4.8 Reglamentación de la maternidad subrogada.....	111
4.8.1 Consecuencias de la filiación en la maternidad subrogada.....	113
4.8.2 ¿El contrato como base jurídica para determinar la maternidad auténtica?	115
4.8.3 Como contrato de arrendamiento.....	116
4.8.4 Como contrato de comodato.....	117
4.8.5 Como contrato individual de trabajo.....	118
4.8.6 Como contrato de obra a precio alzado.....	119
4.8.7 Como contrato de prestación de servicios profesionales de forma gratuita.....	120
4.8.8 Como contrato de depósito.....	121
4.8.9 El cumplimiento en cuanto a la entrega del bebe en la maternidad subrogada....	121
4.9 Propuesta de reglamentación de la maternidad subrogada.....	122
CONCLUSIONES.....	124
BIBLIOGRAFÍA.....	127
LEGISLACIÓN.....	129

INTRODUCCIÓN

La presente investigación fue con la finalidad de cubrir los temas que hacen posible la realización de la maternidad subrogada, para lo cual retomamos, desde los primeros sucesos de que el hombre tiene antecedente. Para esto nos remontamos a los árabes y los babilonios, los cuales fueron los primeros en realizar prácticas de inseminación asistida. Ellos manipulaban las palmeras, para obtener, mejor calidad y cantidad de dátiles, así las técnicas de inseminación artificial, fueron aplicadas en plantas y animales, para que posteriormente, se aplicaran en seres humanos.

Los procedimientos para la inseminación artificial van desde la inseminación homóloga, heteróloga, hasta la fecundación in vitro. En la primera de las técnicas se utiliza semen de la misma pareja, en la segunda semen de un donante, y en la última se pueden aplicar en las dos primeras técnicas.

También estudiamos los problemas que puede generar el hecho de aplicar estas técnicas, que van desde los psicológicos, los legales, hasta los físicos. Las técnicas de reproducción asistida, hicieron posible que se pudieran realizar, los contratos de arrendamiento de útero, regulados en diferentes países del mundo, entre los que destacan Suecia, Holanda y Estados Unidos de Norteamérica. El Código Civil para el Distrito Federal no dice nada de la maternidad subrogada, pero un Código de un Estado de la República sí lo regula y es el Código Civil de Tabasco.

Por otro lado, hicimos un análisis de lo que es la maternidad subrogada, su posible regulación dentro de nuestro derecho. Se estudia el derecho a la maternidad subrogada, que va desde una garantía individual, como un derecho humano, hasta su regulación en la Ley General de Salud y en sus Reglamentos.

La ausencia de una regulación, del arrendamiento de útero, en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, y la problemática que esto genera son controversias en materia de

filiación, y en su caso hasta de sucesión, de personalidad jurídica de los embriones, entre otros.

Se analizan los elementos que deben contener los contratos de maternidad subrogada, y la posibilidad de su adecuada regulación en el Código Civil de Tabasco.

Se concluye con una propuesta de regulación de la maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal. Para realizar esta proposición, se realizó una investigación del sector salud, tanto público como privado, en el primero encontramos al Instituto Nacional de Perinatología, y en el segundo al Hospital los Ángeles de Interlomas, ambos cuentan con la infraestructura, y con los médicos capacitados para poder llevar a cabo las técnicas de inseminación artificial y como consecuencia, hacer posible que se realicen los contratos de maternidad subrogada.

CAPÍTULO I. NOTICIA HISTÓRICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Los primeros sucesos de los que el hombre tiene memoria, sobre la aplicación de las técnicas de inseminación artificial nos llevan hasta los babilonios y los árabes, que practicaron la inseminación artificial en palmeras, con la finalidad de obtener mejor calidad y cantidad de dátiles.

A. el monje borgoñón de la Abadía del Reaume, y don Pichón, en el *siglo XIV* realizó inseminaciones artificiales en la piscicultura. Según dice Eugenio Papp, hubo un árabe de la región de Daifur, que en el año de 1322 adquirió esperma de un semental de una tribu contraria, que posteriormente fue a depositar en los genitales de una yegua, que se encontraba en celo, como resultado obtuvo un potro.¹

Se dice que alrededor de los años 1475 y 1495, en el *siglo XV*, fue practicada la inseminación artificial, por unos médicos españoles con la reina doña Juana de Portugal, la segunda esposa de Enrique IV, con esperma de éste, es decir inseminación homóloga, aunque no se tuvo éxito porque aquél era estéril.²

En los siglos pasados no se logró mucho, pero ya avanzado *el siglo XVIII* se empiezan a practicar inseminaciones artificiales con animales, sin un coito natural, el más conocido por todos fue el que lleva acabo Lázaro Spallauzani, se dice que fue por el año de 1779, lo hizo con una perra de raza Barbets, su éxito tuvo como consecuencia el nacimiento de tres crías, esto por lo que respecta a animales.

Aunque en los seres humanos, las técnicas de inseminaciones artificiales, no se pueden precisar, cuales fueron las primeras de las que se tiene conocimiento, se le atribuye una de las primeras experiencias a J. Marion Sims, quien tuvo una serie de 55 inseminaciones en 6

¹ Herrera Campos, Ramón, La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española, España, Ed. Granada, 1991, p. 11.

² Marañón, Gregorio, Ensayo biológico sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo, España, Ed. Madrid, Espasa-Calpe, 1975 (12ª ed.), p. 67.

mujeres con pruebas postcoitales anormales y en 1866; logro un embarazo que terminó en aborto. Pero se dice que fue a finales del siglo XVII cuando John Hunter, médico inglés, obtuvo un embarazo utilizando esta terapia, en el año de 1791, y lo consiguió utilizando esperma de un comerciante inglés, inyectándose a su mujer. Y en unos años más, se realizó la primera experiencia en Francia con gran éxito.³

En 1874 comentaba Mayer que esta terapia se iba a introducir como una opción terapéutica, hasta que se convierta en algo tan normal como operaciones corrientes. Tenía una gran visión a futuro.⁴

En Francia, en el año de 1808, un Decano de la Facultad de Medicina de París, es de los primeros en realizar una inseminación artificial en humanos, en este país, la técnica que este médico describe es la utilización de una jeringa con esperma que introduce en la vagina de una mujer.

Por el año de 1828, Nicolas de Nancy, hace uso de la inseminación artificial, en una mujer que tenía como característica el hecho de ser frígida.

La información sobre la inseminación artificial, a la que tuvo acceso el público por primera vez, fue publicada en 1869 en un libro, por Jules Gautter: Los aspectos que más trascendencia tienen son que la inseminación artificial elimina el placer sexual, y la otra es que antes de realizar la inseminación se realice un examen en microscopio del esperma, además de medir su acidez.

En el año de 1875, Oscar Hertwig descubre la fecundación en el erizo de mar, llevándolo a cabo en el exterior del organismo.

En aquella época también destaca una tesis doctoral, que fue presentada en París cuyo autor es Gerard Gigon, en el año de 1885, que llevaba por título *Contribución a l Histoire de la féconditon artificielle*.

³ Loyarte, Dolores, et., Procreación humana artificial: un desafío bioético, Argentina, Ed. Depalma Buenos Aires, 1995 (2ª ed.), p. 108.

⁴ Ibidem.

Sobre las inseminaciones que se ha venido comentando, se trata de inseminaciones artificiales con semen del mismo marido, es decir homologas. Las únicas que en aquella época eran medio aceptadas, para comprender esa situación, debemos ubicarnos en cómo eran las condiciones morales y sociales de su tiempo y sobre la gran influencia que ejercía la religión.

En el año de 1880, como la inseminación heteróloga es reprobada por gran parte de la sociedad, los doctores que la llevan a cabo, son calificados de poco escrupulosos, y el 25 de abril de 1883, el Tribunal de Burdeos, emitió una sentencia, en la que negaba al profesor Lajatre los derechos sobre la *heteroin seminación*, es decir inseminación heteróloga. Con los argumentos de considerar esta practica contraria a la sociedad.

En los países de anglosajones se realizan inseminaciones con semen de donante, y en 1884, Pancoast realiza la primera inseminación artificial con esperma de donante, es decir inseminación heteróloga. Por consiguiente, la inseminación con donante tiene más de cien años que se realiza.

En el siglo XX, aún en contra de la iglesia católica, se empieza a desarrollar con más profundidad la práctica de estas nuevas técnicas, en diferentes países.

Los acontecimientos que vale la pena mencionar y que tuvieron gran trascendencia, para desarrollar estas técnicas son por un lado la determinación del ciclo femenino (en 1932, se le atribuye a Ogino y Knauss, quienes describen las diferentes fases del ciclo de menstruación para detectar los días en que es más fértil la mujer) y, por otro lado, la posibilidad de congelar esperma, y fue descubierto por el biólogo Jean Rostan en el año de 1945.⁵

⁵ *Idem.*, p. 109.

En la década de los treinta, en el año de 1937 la editorial de *The New England Journal of Medicine*, titulado "Conception in a watch glass", emitió la idea de la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones.⁶

En la década de 1940, nacen en los Estados Unidos de Norte América, los primeros bancos de semen, se tenía la idea de fecundar a mujeres fuertes y jóvenes con semen de grandes genios y deportistas para el avance de su nación.

En el año de 1944, Rock y Menkin, insisten en proponer la posibilidad de fecundar *in vitro* un óvulo y además cultivarlo en las primeras etapas de su desarrollo.⁷ Un poco después, en ese mismo año se logró con éxito la primera fecundación de un óvulo en laboratorio.

Un avance impresionante en la inseminación artificial se da en el año de 1945, cuando en los Estados Unidos de Norte América, se registraron más de 25.000 nacimientos, en los cuales se había aplicado la inseminación artificial, a estos bebes se les califico de hijos ilegítimos. Después en ese mismo país, como consecuencia de la batalla del Pacifico y la guerra de Corea, se enviaba en aviones espermatozoides de los soldados que estaban en combate, para que fueran fecundadas sus mujeres, ante el temor de ser muertos y no tener descendencia.

En el año de 1950 se realiza la primera congelación de espermatozoides en la especie bovina, y años más tarde, Gurge y Sherman, experimentan estas practicas en seres humanos, y se obtiene como resultado, los primeros embarazos con espermatozoides congelados. Pero la congelación perfecta del espermatozoides se hace posteriormente con el nitrógeno líquido. Los primeros estudios en la congelación de espermatozoides, se realizan en los Estados Unidos y en Japón, diez años más tarde lo hace Francia.⁸

La fecundación de óvulos en humanos ya había tenido éxito desde el año de 1955, cuando se obtuvo un embrión que fue desechado por los científicos en aquel tiempo, porque

⁶ Rock, J. Jr. In vitro fertilization and cleavage of human ovarian eggs, USA, Ed. Scienza 100, 1994, pp. 105 a 107.

⁷ Ibidem.

⁸ David, George. Don et utilization du sperme. Génétique Procreation et Droit, Francia, Ed. Paris, 1985, p. 207.

no sabían como implantarlo en el útero. En el año de 1959, Chang consigue la fertilización *in vitro*, pero realizada en mamíferos, conejos.⁹

El acontecimiento, que también tiene importancia es el perfeccionamiento del citrato de clomiprene, (data del año de 1960), utilizado para estimular la ovulación múltiple en la mujer, además de aprender que el semen fresco no es apto para la fecundación *in vitro*.

Un equipo de australianos, que pertenece a la Monash University de Melbourne, desde el año de 1970, empieza a recoger óvulos, a través de intervenciones quirúrgicas y por otro método llamado laparoscopia. Pero no es sino hasta 1973 cuando intentan realizar la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, aunque sin éxito. En el año de 1979 consiguieran su primer nacimiento de una niña a través de dicha técnica, y fue en el Hospital Royal Women's.

En Estados Unidos la investigación sobre la fecundación *in vitro* fue activa, en principios de la década de los 70, y se interrumpió en 1975 por la publicación de una normativa del Departamento de Salud, Enseñanza y Beneficencia, en donde se estableció que estas técnicas tenían que ser revisadas por Institutos Nacionales de Salud y controlados por el Consejo Asesor de Ética Nacional. En el año de 1979, se publica un informe que favorece la investigación de la técnica de la fecundación *in vitro* en seres humanos, si querían hacer la transferencia de embriones o abstenerse de ella, lo dejaban a su libre arbitrio. Lo que trajo como resultado que en 1981 naciera el primer niño en Los Estados Unidos de Norteamérica, como resultado de la aplicación de esa técnica.

En España, en Barcelona, se inician en 1982 los primeros estudios de fecundación *in vitro*, por parte de un equipo que estaba a cargo del Director Barri, y en julio de 1984, consiguen el nacimiento de una niña.

Los personajes más importantes de estas técnicas fueron los que la perfeccionaron. Narraremos la historia de las etapas por la que pasaron, y los problemas que tuvieron, hasta conseguir el primer bebe, utilizando la técnica de fecundación *in vitro*.

⁹ Chang, M.C., Fertilización of rabbit ova in vitro, Inglaterra, Ed. en nature, 184, 1959, p. 466.

Un grupo de ingleses formado por Steptoe y Edwards, el 25 de julio de 1978, la niña Louis Brown, nacida en el Hospital de Lancashire.

La historia de la señora Brown, madre del primer bebe de probeta; dice que esta señora era estéril, ya tenía 9 años con el problema. Se intentó erradicar la obstrucción de las trompas a través de microcirugía, en el año de 1970, posteriormente en el año de 1977, le practican otra intervención quirúrgica, para extirparle su par de trompas y colocar en posición correcta los ovarios.

Para el 10 de noviembre de 1977, le extraen varios ovocitos para fecundarlos en una caja de Petri, después de 60 horas de haber sido fecundados se los implantan en el útero. El embarazo transcurre normal, y para finalizar el cuarto mes, un examen de cromosomas indica, que el bebe es de sexo femenino. En la trigésima semana, el feto empieza a crecer con lentitud, por debajo de lo normal, y la placenta no funciona bien. En los diez días que preceden al parto, el feto se recupera, y mejoran las funciones de la placenta, el doctor Steptoe practica a la señora Brown la cesárea, con gran éxito, para dar nacimiento al primer bebe de probeta.

Enseguida narraremos los obstáculos por los que pasaron los dos investigadores Ingleses, para poder dar nacimiento al primer bebe de probeta

La primera etapa de los trabajos de Steptoe y de Edwards: la "recolección de óvulos". Los ovocitos son "huevos inmaduros y no pueden ser fecundados por los espermatozoides. La recolección de ovocitos maduros es uno de los obstáculos de la fecundación in vitro. Para esto se practica la laparoscopia, la paciente es sometida a anestesia general. El médico introduce la aguja, se asegura que el extremo de la aguja esté situado en la cavidad abdominal. Al terminar la operación, se retira la aguja, en acto seguido el ginecólogo introduce el celioscopio (es un dispositivo óptico) en la cavidad uterina. El celioscopio se introduce en la cavidad abdominal. Los óvulos se recogen por aspiración, con una aguja. El contenido de cada folículo preovulatorio, es aspirado hacia el recipiente recolector. Cuando todos los folículos preovulatorios son puncionados se retira el celioscopio. Toda esta

operación dura, en promedio, unos 20 minutos. En condiciones normales, un folículo madura el día decimocuarto de cada ciclo menstrual. Los investigadores, Edwards y Steptoe, previamente administraban hormonas, con la finalidad de madurar al mismo tiempo.

Los investigadores, se encontraron con la situación de no saber cuál era el momento preciso de practicar la laparoscopia (para obtener los ovocitos listos para ser fecundados), porque si se hace la celioscopia demasiado temprano no se recogen más que ovocitos inmaduros, y si es demasiado tarde, la ovulación libera ovocitos que se perderán en la cavidad abdominal, y después de varios ensayos concluyeron que debían extraerse 32 horas después de administrar la hormona que estimula la ovulación.

La segunda etapa: la fecundación en tubo o in vitro. El siguiente paso consistió en resolver el problema de la fecundación in vitro. Los investigadores colocaron los huevos maduros tan pronto como fue posible, en un medio de cultivo. Los espermatozoides eyaculados, que se emplean para la fecundación de los ovocitos en probeta, se lavan. Es decir se capacitan para tener capacidad para fecundar. Los espermatozoides y los ovocitos se depositan luego en una probeta. Edwards verificó al microscopio que se desarrollaran normalmente todas las etapas de la fecundación. Así los espermatozoides penetraron completamente en el ovocito. El huevo fecundado posee entonces dos núcleos: uno de origen masculino, y el otro de origen femenino; esta etapa principia entre 10 y 15 horas después de ponerse en contacto los ovocitos con los espermatozoides.

La tercera etapa: el cultivo de los huevos fecundados. En esta fase los cigotos fecundados se colocan en un medio de cultivo, que contiene albúmina o suero fetal bovino y una pequeña dosis de suero de mujer. De esta forma Edwards y Steptoe superaron su tercer obstáculo, y dejaron atrás doce años de investigación, sobre los problemas de la recolección de ovocitos maduros, y de la fecundación en tubo aprendieron que el cultivo en probeta de los embriones debería ser hasta la etapa de blastocisto (que se presenta a las 147 horas de fecundación y tiene 128 células).

En la última etapa: implantación del embrión en el útero de la madre. Se colocó el embrión en el fondo del útero, cerca del punto de unión entre una trompa y la cavidad uterina.

Los primeros catorce intentos, fueron un fracaso. El doctor Steptoe decidió transferir los embriones por laparoscopia. Para ello introdujo una aguja en el fondo del útero, cuya inserción controló visualmente por medio del celioscopio. Los embriones que se depositaban con mucho cuidado en la cavidad uterina, eran expulsados. En síntesis llegaron a la conclusión que la mucosa del útero no estaba en condiciones para recibir al embrión, porque le faltaba la transformación para recibir el embrión.

En los casos en que el embrión llega demasiado pronto al útero cuya pared no está preparada para acogerlo, es expulsado, entonces los investigadores, Edwards y Steptoe realizaron muchos ensayos, suprimiendo las contracciones uterinas mediante la inyección de un fármaco relajante, pero tampoco ese intento tuvo éxito. Una sola vez, en 1976, creyeron haber logrado su propósito; pero por desgracia, ese embrión tuvo su implantación en el cuerpo uterino izquierdo. Por lo cual interrumpieron ese embarazo, que se desarrollaba fuera del útero, y ponía en riesgo la vida de la madre. Esto fue superado para dar nacimiento a Louis Brown, el 25 de julio de 1978, acontecimiento que probó que se podían realizar nacimientos con fecundación en vivo.

A los seis meses del nacimiento del primer bebé de probeta, los dos científicos, Steptoe y Edwards, revelan su técnica. Poco después, del nacimiento del segundo bebé de probeta, Alastair Montgomery, viene a confirmar la efectividad de su técnica.¹⁰

Sin el perfeccionamiento de la inseminación *in vitro* no hubiera sido posible llevar acabo la maternidad subrogada o la sustitución de útero. De los antecedentes más antiguos, que tenemos memoria, son los pasajes bíblicos, que se encuentra en el Génesis:

“Saraí, la mujer de Abram, no tenia hijos. Pero tenia una esclava egipcia de nombre Agar, y dijo a Abram: Mira, Yavé me ha hecho estéril; Entra pues, a mi esclava a ver si por ella puedo tener hijos” (Génesis, 16).¹¹

En el capítulo 30, viene la continuación y dice:

¹⁰ Marc Maillat, De los bebés de probeta a la biología del futuro, tr., Sergio Madero Baez, México, Ed. P.L.M., S.A., 1981, pp. 6 a 45.

¹¹ s/a, Sagrada Biblia, tr., Eloino Nácar Fuster, et., España, Ed. Católica, 1967, p. 45.

“ Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, estaba celosa de su hermana, y dijo a Jacob... Ahí tienes a mi sierva Bala; entra a ella, que para sobre mis rodillas, y tenga yo prole por ella. Diole, pues, su sierva por mujer y Jacob entró en ella. Concibió Bala, y parió a Jacob un hijo, y dijo Raquel: Dios me ha hecho justicia, me ha oído y me ha dado un hijo” (Génesis, 30).¹²

De este pasaje bíblico tenemos que nació como hijo de Jacob y Sarai, por medio de su esclava, uno de su descendencia, que conocemos como Ismael. Estos son de los sucesos que nos dicen que la maternidad subrogada es un suceso que en la antigüedad se usaba como método para remediar la infertilidad de la mujer.

En la actualidad un hecho que vale la pena comentar es el siguiente: el anuncio publicado en *The San Francisco Chronicle*, del día 15 de abril de 1975, y aunque realmente se refería a un *test tube baby*, lo que el anunciante quería era que una mujer con características que él describía, se inseminara artificialmente, con semen del oferente, hasta quedar encinta, y al concluir el embarazo le entregara al bebe, renunciando a su maternidad biológica y a sus derechos, que se derivan de la maternidad.

Al parecer 180 mujeres acudieron a la oferta, para seleccionar una que provenía de la bahía de San Francisco, la cantidad pactada por el trato fue de diez mil dólares, la mujer acepto ser inseminada y cuando dio a luz a un al bebé que entrego conforme a lo convenido.¹³

Como se puede observar la maternidad subrogada es un hecho que se ha venido dando en la historia de la humanidad, y se ha desarrollado hasta perfeccionarse, en el presente siglo XXI, con más fuerza.

¹² Idem. p. 61.

¹³ Xavier Hurtado, Oliver, El derecho a la vida y a la muerte?, México, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., 1999, p. 53.

CAPÍTULO II. GENERALIDADES SOBRE EL SISTEMA REPRODUCTOR HUMANO

2.1 Proceso natural o normal de fecundación

La fecundación es simplemente unión de las células germinales masculina y femenina denominadas gametos, en la cual el espermatozoide y el óvulo se fusionan, para formar una sola célula denominada cigoto, para dar vida a un nuevo ser.

El óvulo y el espermatozoide se unen en el interior de la trompa de Falopio, y posteriormente el cigoto se implanta en el endometrio.

Una vez formado el huevo, éste bloquea la entrada de otros espermatozoides. La cabeza del espermatozoide crece en el pronúcleo masculino, cuenta con 23 cromosomas paternos, se une al pronúcleo femenino que aporta los otros 23 cromosomas femeninos, en el centro del óvulo se forman 22 pares de cromosomas y un par sexual que determina el sexo del nuevo ser, si es XX, será del sexo femenino, y si es XY, será de sexo masculino.

La vida prenatal se divide en 3 periodos. El primero, denominado *el periodo del óvulo*, que va desde la concepción, en forma de cigoto y blastocisto que dura una semana de fertilización. El segundo es *el período del embrión*, abarca de la segunda a la octava semana de fertilización. Este periodo se caracteriza por la evolución en la placenta, es el órgano de inserción entre el embrión y la madre y por la aparición en forma primitiva de las características corporales exteriores y de los órganos principales. El tercero, *el periodo del feto*, se extiende desde el tercer mes de la gestación hasta el nacimiento, durante ese tiempo los órganos y tejidos se van diferenciando cada vez más, hasta alcanzar su desarrollo y sus funciones especiales.¹⁴

¹⁴ Leslie Mccarry, James, et. **Sexualidad humana de Mccary**, México, Ed. El manual moderno, S.A. de C.V., 1999 (4ª ed.), pp., 68 a 72.

2.1.1 Anatomía de los órganos genitales masculinos

En el sistema genital masculino lo más importante son las gónadas, los testículos se desarrollan en pares en la cavidad abdominal. Dichos testículos, descienden antes o después del nacimiento. En contadas ocasiones el anillo inguinal no se cierra después del descenso de los testículos durante el nacimiento.

La forma de los testículos es de ovoide, y mide aproximadamente 4cm de longitud y 2.5cm de diámetro. El escroto, (donde se encuentran), regula la temperatura de las gónadas. La temperatura escrotal es menor a la del cuerpo, esa temperatura es necesaria para que se reproduzcan los espermatozoides

Cada testículo contiene dentro, más o menos, 250 lóbulos o compartimientos que contienen a su vez de 1 a 3 túbulos seminíferos enrollados y alabiados. Las paredes de los túbulos están recubiertas por tejido germinal y es en este lugar donde se forman los espermatozoides, y en el que se lleva a cabo la maduración denominada espermatogénesis.

El epidídimo viene a ser una hinchazón, que se inserta en cada testículo dentro de un tubo enrollado que mide 6m de longitud y sirve de cámara de maduración. Donde permanece el espermatozoide para su maduración por 6 semanas, y son nutridos por el epitelio además de funcionar como cámara de selección.

Los espermatozoides se transportan a través del epidídimo al conducto colector. Este pequeño túbulo mide 46 cm de longitud, tiene su inicio en el extremo terminal del epidídimo y sube hasta la cavidad abdominal.

Los espermatozoides se transportan a través de los movimientos ciliares y peristálticos de los túbulos y pasan a dos vesículas seminales, tienen forma de sacos.

Próstata y conductos eyaculatorios, se encuentra ubicada debajo de la vejiga urinaria, rodeando a su cuello y a la parte superior de la uretra, donde se encuentra la *glándula prostática*, la próstata madura tiene una constante actividad, una porción de ella se revuelve con la orina y lo demás en las eyaculaciones, es un líquido alcalino, lechoso, con sustancias como proteínas, calcio, colesterol y muchas enzimas y ácidos.

La próstata almacena eventualmente al semen hasta ser eyaculado. El *semen* está formado por espermatozoides y secreciones del epidídimo, vesículas seminales. El promedio de eyaculación es de 4ml.

El pene es un órgano cilíndrico y se compone de tejido eréctil. Tiene un tamaño que varía entre 6.4cm a 10cm de longitud cuando está flácido y 2.5 cm de diámetro y 9cm en su circunferencia. Cuando está erecto crece hasta los 14 cm a 16.5 cm en longitud y el diámetro de 4 cm y su circunferencia 11.5 cm.

De las hormonas masculinas, la *testosterona*, hace que crezca el miembro, y su periodo de mayor crecimiento oscila entre los 11 y 14 años de edad.

Cuando el pene está erecto, su forma es triangular, ya que tiene una diáfisis, que a su vez está formada de tres cuerpos cilíndricos esponjosos, compuestos por tejido eréctil, y dos cuerpos mayores encima y dos menores abajo. Los dos primeros denominados cuerpo cavernoso del pené y el de abajo llamado cuerpo esponjoso, el cual viene a alojar a la uretra y lo recorre en toda su longitud.

El glante es la cabeza del pené. Es una continuación del cuerpo esponjoso. En su punta hay un meato es la abertura externa de la uretra. La diáfisis del miembro viril está cubierta por piel y continúa con la del escroto. Y cerca de la punta del miembro su piel ya no está adherido sino que circunda el glante se llama *prepuccio*. El que está adherido al glante con una como banda en la superficie de esta se llama *frenillo*.

En el tejido germinal de los tubos seminíferos hay dos clases de células espermátogénicas, que vienen a producir el esperma maduro y las llama células sustentaculares

nutren al espermatozoide en las etapas de su desarrollo. A medida que el ser humano madura sube su función hormonal; en los túbulos seminíferos aumenta cada vez más sus espermatogonias primitivas, que es la primera etapa de espermatogénesis. La espermatogénesis empieza cuando el ser humano tiene alrededor de 11 años de edad.

Cada espermatogonia se divide y produce dos células hijas, las cuales tienen 46 cromosomas. Una de las cuales es otra espermatogonia, y la otra es un espermatocito primario, que viene a ser la etapa siguiente a la espermatogénesis. Ese espermatocito primario se desplaza al centro, y su reducción meiótica da vida a un par de espermatocitos secundarios, en los cuales se reduce el número de cromosomas a 23, de los cuales 22 son no sexuales y uno sexual el cual puede ser X o Y.

Los espermatocitos secundarios se van a dividir por mitosis, dando origen a las últimas células germinales primitivas: las espermátides. Estas ya se desarrollan sin sufrir divisiones para dar origen a los espermatozoides maduros con 23 cromosomas. El proceso completo que va desde la espermatogénesis hasta la formación del espermatozoide maduro consta, más o menos, de 64 días. La evidencia dice que el espermatozoide humano puede vivir en condiciones ideales hasta 14 días después de la eyaculación.

El pene se encuentra erecto al momento de la eyaculación, también es condición para que el miembro se introduzca en la vagina y pueda impregnar. La erección es controlada por los nervios de la médula espinal, en el extremo inferior del sistema nervioso central, y también involucra la sincronización de varias reacciones. Mientras existe estimulación en las terminaciones nerviosas del pene de los impulsos que provienen del encéfalo un hombre tiene erección.

La Eyaculación es preparada por la erección, con la estimulación en el glande del pene, la presencia de hormonas sexuales en la sangre, la respuesta de los nervios a olores y pensamientos sexuales, viene a estimular al encéfalo para que se logre y mantenga la erección, origina impulsos en el centro eyaculador en la parte inferior de la médula espinal, hasta alcanzar el umbral se origina el proceso denominado eyaculación, acompañado de contracción y relajación, para descargar el semen fuera del pene, acompañada de una sensación

denominada orgasmo. El pene regresa a su estado normal es decir sin erección poco después de la eyaculación.¹⁵

2.1 2. Anatomía y función de los órganos genitales femeninos

El propósito de este apartado es describir la función de los órganos que forman el aparato reproductor femenino.

Los órganos sexuales femeninos internos, están constituidos por dos ovarios, un par de trompas de Falopio, su útero y una vagina.

Los ovarios, encargados de producir los óvulos, son el equivalente a los testículos del hombre. La función de estas hormonas es preparar y mantener al útero para que se pueda implantar el cigoto. Están situados en las laterales del útero. Los ovarios tienen un tono rosado-grisáceo, en comparación al tamaño y peso de una almendra con cáscara. El ligamento ovárico inserta el ovario al útero; el denominado mesovario su función es conectar el ovario con el ligamento ancho, y el tercer pliegue pasa al ovario con la pared pélvica.

En el interior de cada ovario encontramos un gran número de vesículas de forma redonda llamadas folículos. Cada folículo alberga a un oocito (óvulo en la etapa temprana de desarrollo). La pubertad se marca con la secreción de hormonas que transforman a los oocitos en óvulos maduros. Cada mes, más o menos a la mitad del ciclo menstrual de la mujer físicamente madura, se rompe un folículo que libera el óvulo al interior de la cavidad peritoneal. Se llama a este proceso como ovulación. Alrededor de 20 folículos maduran para estar listos para la ovulación, solo uno se revienta y los demás se degeneran.

En el periodo de maduración, los folículos se hunden profundamente en el centro del ovario, conforme crecen los folículos se forman capas alrededor del óvulo, para crear espacios entre las células foliculares.

¹⁵ *Idem.*, págs. 37 a 48.

En gran número de mujeres, el óvulo que se libera se deposita en la trompa uterina del mismo lado del cuerpo de la mujer. Y después que es expulsado el óvulo del ovario, la membrana del folículo vacío se llena y se llena con el cuerpo amarillo. Este nuevo crecimiento celular produce progesterona, la hormona que inhibe la ovulación durante el embarazo.

Las trompas de Falopio convergen del óvulo del ovario al útero y constituye también el lugar donde ocurre la fertilización del óvulo. Y cada una de estas mide más o menos 10 cm de longitud y la parte fibrosa de la trompa se une al ovario y se acopla ligeramente sobre él.

Las trompas de Falopio están divididas en tres secciones: la porción intramural, el istmo y el ampulla. La primera está incluida en el interior de la pared uterina. El segundo es la porción estrecha de trompa que se une al útero. Y la última se ensancha antes de que se abra la cavidad uterina.

El útero, también llamado matriz, se caracteriza por ser un órgano hueco, de paredes musculares gruesas, en similitud en forma a una pera. En mujer madura, se alcanza un diámetro en el fondo uterino de 6.5 X 5 cm. Y se estrecha a un diámetro de 2.5 cm en el cerviz y tiene una longitud alrededor de 8cm. Y está situado en la cavidad pélvica, entre la vejiga urinaria y el recto, cuelga un poco por debajo de las trompas de Falopio, y entre ambas.

El útero se divide en dos partes uno es el istmo, leve construcción cerca del centro. Y la parte más grande del cuerpo del útero está situada por arriba de la cerviz, la que se abre en la parte trasera de la vagina. La abertura de la cerviz se denomina orificio externo y su abertura en el cuerpo uterino se denomina orificio interno.

Las paredes del útero son particularmente gruesas en el fondo, y pueden medir hasta 1.5 cm. Las paredes uterinas están constituidas por tres capas: el perimetrio, capa externa, que consiste en tejido fibroso elástico, capa muscular intermedia, que forma la mayor parte de la pared uterina y que consiste de haces y capas de fibras musculares lisas muy fuertes, y el endometrio, que consiste en tejido que se engruesa a medida que el útero se prepara para la implantación de un óvulo fertilizado.

La cavidad uterina es un espacio aplanado, la cual es poco más que una hendidura siendo su longitud total de aproximadamente 6.5 cm.

La cérvix es más pequeña que el cuerpo uterino. El tamaño en mujer madura es de 1:2. la cérvix, alrededor de 0.8 a 1.3 cm de la cérvix se proyectan dentro de la vagina, creando un puente para el paso de espermatozoides hasta la zona donde encuentran al óvulo. Durante el embarazo, la cérvix se cierra a menudo con un tapón de mucosa y su función es la de separar el útero de la vagina, mantiene a las bacterias y material extraño, en el exterior, anulando casi por completo una infección

La vagina es un tubo muscular que tiene la facultad de estirarse considerablemente, y va desde arriba de la cérvix hasta la abertura externa de la vulva. Su longitud es de 7.5 cm en su pared anterior y en la posterior 9 cm, se extiende hacia arriba en forma vertical la mujer en posición erecta, es el órgano que recibe al miembro durante el coito. Las paredes de vagina formada por tres capas: la fibrosa, la capa muscular y la mucosa.

La lubricación vaginal, que se presenta durante la excitación sexual, se produce por la vagina, secreta un líquido similar a la transpiración.

El himen es la membrana de la virginidad, parcialmente puede cerrar el orificio externo de la vagina. Además del dolor que causa el desgarro del himen durante los primeros coitos, debido a las contracciones poderosas de los músculos vaginales.

La vulva es el órgano genital externo de una mujer denominado vulva conformada por las siguientes partes: el monte venus, los labios mayores, los labios menores, el clitoris y su respectivo vestibulo.

El monte venus está compuesto por tejido graso, y cubierto por bello, los labios menores dos pliegues de piel rodean la vulva, los labios menores están dentro de los labios mayores; el clitoris, que mide menos de 2.5 cm, se encuentra bajo la parte superior de los labios menores, donde sus dos labios se unen formando el frenillo del clitoris.

La reproducción de óvulos, llamado *oogenesis*, es el desarrollo de los óvulos y se equipara en el hombre a la espermato genesis.

El óvulo humano es grande en comparación con el espermatozoide , puesto que mide 0.13 mm de diámetro y pesa 0.000004 g.

La oogenesis se desarrolla en cuatro fases: oogonio, oocito primario, oocito secundario y óvulos maduros. En la primera etapa, el oogonio se encuentra en el interior del folículo ovárico, y después se convierte en oocito primario. Antes de la ovulación, este oocito se reduce mediante la *meiosis*. Los cromosomas que se aparean dentro del mismo se dividen, y se va cada par a cada una de las células hijas. Por lo tanto, cada célula hija consta de 23 cromosomas.

La célula hija, viene a ser el oocito secundario, tiene un tamaño mayor y el material citoplasmático. Este oocito se fusiona con el espermatozoide, y cada uno aporta 23 cromosomas para reunir los 46 que constituyen la herencia humana. En el curso de la ovulación el oocito se transporta del folículo al interior de la trompa de Falopio para que en ese lugar sea fecundado. La cuarta etapa se establece una vez que ha sido fecundado el óvulo por el espermatozoide.¹⁶

2.2 Proceso anormal de fecundación

El proceso anormal de fecundación es el que no se realiza a través de la copula, de un hombre con una mujer, y que culmina con la fecundación o unión del gameto femenino con el masculino para dar vida a un nuevo ser.

Es importante hablar de la esterilidad, ya sea de la mujer o del hombre, ya que es una de las causas por las cuales se llevan acabo las fecundaciones no naturales o artificiales. La esterilidad es la imposibilidad de que el espermatozoide pueda fecundar el óvulo. Lo cual puede presentarse, en el hombre o en la mujer, o por la simple razón de ser incompatibles para

¹⁶ *idem.*, pp. 50 a 58.

7. Trastornos de la irrigación testicular (varicocele).
8. Alteraciones constitucionales.
 - Hipospadias.
 - Hermafroditismo.
 - Anorquia o carencia de testículos
 - Trastornos de la posición de los testículos, como criptorquidia.
9. Actividades sexuales excesivas (masturbaciones y relaciones muy frecuentes).

B. Incapacidad de cohabitación.

1. Alteraciones constitucionales de los genitales externos.
2. Enfermedades del pene.
3. Traumatismos.
4. Trastornos neurológicos (tumores).
5. Alteraciones endocrinas (de hipotálamo-hipófisis).
6. Intoxicaciones (alcohol, drogas, tabaco).
7. Causas psíquicas (conflictos, depresión).
8. Tratamientos farmacológicos (sedantes).”¹⁷

Las causas de esterilidad por incapacidad de fecundación

Varicocele. Es la dilatación de las venas espermáticas. Tiene un promedio de 30-35 % de esterilidad en el hombre, puede ser de un solo testículo, llamado unilateral o de ambos testículos denominados bilateral. Tiene como consecuencia que los espermatozoides se produzcan con poca cantidad y movilidad. Lo que puede traer como consecuencia la esterilidad, en ocasiones curables.

Criptorquidia. Lo que significa es que los testículos están ocultos. Se da cuando el bebe, todavía se encuentra en el útero materno, los testículos se encuentran todavía junto a los riñones, bajan poco a poco, al nacer el 90% ya los tienen en su posición, fuera del abdomen, el otro 10% les bajan en su primer año de vida, sino se colocan en el exterior del

¹⁷ Lopez Ibor, J.J., Biblioteca básica de la educación sexual, fecundación y esterilidad. México, Ed. Universo México, 1983. pp. 27 a 28.

procrear, como lo demuestran los adelantos en los tratamientos de esterilidad tanto del sexo masculino como del femenino.

2.2.1 Causas de esterilidad en el hombre.

Las causas de esterilidad en el hombre tiene un promedio de un 40-50 % en los problemas que originan la esterilidad masculina. En el hombre se da el término de *incapacidad de fecundación*, es decir cuando sus espermatozoides no fecundan el óvulo de la mujer, y también se habla de *incapacidad de cohabitación*, o de impotencia sexual cuando no puede realizar el coito, es decir tener una relación sexual.

Se enuncian las causas de esterilidad masculina, las cuales fueron clasificadas por González Merlo y son las siguientes:

“ A. Incapacidad de fecundación:

1. Alteraciones endocrinas:
 - Alteraciones de los testículos.
 - Alteraciones del eje hipotálamo- hipófisis.
 - Otras alteraciones (suprarrenales, tiroides).
2. Infecciones:
 - Paperas.
 - Enfermedades venéreas (sífilis, gonococia).
 - Tuberculosis.
3. Trastornos en la alimentación.
4. Intoxicaciones crónicas:
 - Alcoholismo, tabaco.
 - Droga (morfina, heroína, cocaína)
5. Radiaciones (rayos X) y altas temperaturas.
6. Traumatismo e intervenciones quirúrgicas.
 - De los testículos (castración).
 - De los conductos por donde subirán los espermios.

abdomen, no podrán producir espermatozoides, porque para esto se necesita una temperatura de 2-4 grados por debajo de la temperatura del cuerpo.

Anorquia. Es cuando se nace sin testículos, es muy raro que sé de, pero es lógico que es causa de esterilidad.

Alteraciones endocrinas. La producción de los espermatozoides se estimula por el eje hipotálamo-hipófisis, las cuales segregan las gonadotropinas, y sino se producen, tenemos testículos chicos, o de tamaño normal con ausencia de espermios. Y es causa de esterilidad.

Infecciones. Muchas infecciones traen como consecuencia la esterilidad entre otras tenemos (ruecelosis, paperas, lepra, neumonía, sífilis, tuberculosis). Estas tienen la característica, de que inflaman los testículos, o llamada orquiditis. Traen como consecuencia la esterilidad.

Trastornos de la alimentación. La experiencia ha demostrado y confirmado que una alimentación deficiente, puede traer como consecuencia la esterilidad.

Intoxicaciones crónicas. El alcoholismo, el tabaco, la morfina, la heroína, la cocaína, la intoxicación por plomo y algunos medicamentos, tiene como resultado la esterilidad o bien solo disminuyen la fertilidad o pueden tener como resultado la impotencia sexual.

Traumatismos. Los conductos que permiten que asciendan los espermios durante el acto sexual, si tienen traumatismos, traen como consecuencia la esterilidad. (pueden ser intervenciones quirúrgicas, accidentes de tráfico, también la sección o ligadura del conducto, buscando la esterilidad).

Actividad sexual excesiva. El hombre produce continuamente espermatozoides, los cuales se almacenan en el epidídimo, donde maduran durante el acto sexual, que saldrán en la eyaculación, por lo que si las relaciones sexuales son muy repetidas los espermatozoides no alcanzaran a madurar. Por lo que es recomendable solo tener relaciones sexuales cada 2-3 días.

Alteraciones de los espermatozoides. Que traen problemas directos sobre la fecundación, y estas son la azoospermia, la oligospermia, las astenospermia, la necrospermia o la terastorpermia.

- a) *Azoospermia.* La tenemos por la ausencia de espermatozoides en el semen, es cuando no se producen espermios en los testículos, por estar éstos degenerados.

- b) *Astenospermia*. Significa que los espermios son débiles, cuando su movilidad es poca o nula, para alcanzar el óvulo, es que su cola no funciona adecuadamente, y no puede llegar a las trompas, para fecundar al óvulo.
- c) *Necrospermia*. Es cuando los espermios están muertos, y se deduce porque no tienen movilidad, lo que hace presumir que el espermatozoide está muerto.
- d) *Oligospermia*. Se necesita que en las vías genitales femeninas, entren una gran cantidad de espermios, se habla de 20 millones por c. Y si es menor, las posibilidades de fecundación serán menores.
- e) *Teratospermia*. Siempre hay una cantidad de gametos inmaduros o malformados, si la cantidad es excesiva puede traer como consecuencia la esterilidad. (entre los que encontramos: espermatozoides con dos cabezas, dos colas o con la cabeza partida).

En conclusión la azoospermia y la necrospermia son causas absolutas de esterilidad. Y la oligospermia, la astenospermia y la teratospermia, pueden llegar a fecundar. Porque estas alteraciones pueden desaparecer.

La esterilidad por incapacidad de cohabitación.

En esta parte las causas de esterilidad las podemos resumir en; trastornos en la eyaculación y la impotencia sexual. Puede ser por malformaciones en el miembro o ausencia de pene, y es imposible depositar el semen en la vagina.

Eyaculación retrógrada. En esta el semen, no va al epidídimo sino que se dirige a la uretra y sale al exterior, debido a espasmos uretrales, se dirige a la vejiga urinaria, donde se desintegran los espermatozoides.

Eyaculación precoz. Es aquella en que el hombre eyacula antes de meter el pene en la vagina. Por lo tanto, el semen cae fuera del lugar donde debe llevar a cabo la fecundación, haciendo imposible el encuentro del espermatozoide con el óvulo. Esto se origina por un

Las causas uterinas. Las funciones durante el embarazo son tres:

- Permiten el paso de los espermatozoides a través de las trompas, además de realizar la capacitación.
- Permite que se anide el cigoto fecundado.
- Nutre o alimenta al cigoto, acogiendo al producto formado.

El endometrio. Deberá estar en condiciones adecuadas para la anidación del cigoto fecundado. Es decir que su superficie debe estar tapizada de una capa de vasos sanguíneos, para transportar alimento al embrión, las sustancias son: glucosa, y proteínas. La capa crece, por las hormonas ováricas, lo que segregan es progesterona y estrógenos, por lo que se necesita que funcionen bien los ovarios.

Las perturbaciones en las condiciones y funciones antes señaladas, traen como consecuencia la esterilidad y encontramos las siguientes:

- Si llega a faltar la secreción ovárica, entonces el endometrio no estará preparado, para la implantación y crecimiento del cigoto.
- Si hay alteraciones inflamatorias: endometritis, se da por infecciones.
- Estas infecciones pueden venir por Tuberculosis, gonococias o estreptococias.
- Sinequias
- Distrofias de endometrio.

Desviaciones uterinas. El útero se encuentra un poco inclinado hacia delante, en casi todas las mujeres. Si cuenta con esa inclinación puede tener muchas variaciones, una gran inclinación hacia atrás, es decir intervenir en sentido negativo en la fecundación, y se le denomina retroverso flexión uterina. Se comprobó que sólo cuando está hacia atrás y fijado por adherencia o inflamaciones, puede intervenir en la posible esterilidad.

Malformaciones del útero. En la actualidad, con pruebas radiológicas, los ginecólogos, comprueban anomalías en los úteros como, los úteros dobles, partidos, pequeños o infantiles. Aunque con estas alteraciones en ocasiones es posible tener descendencia.

puede concebir, pero le resulta imposible mantener el embarazo. Esta causa ocupa el 3% de las causas de esterilidad.

- c) *Alteraciones del óvulo.* Esto pasa cuando algunos óvulos se desarrollan con malformaciones y lo que sucede es que mueren antes de la fecundación, o después, en la misma trompa e inclusive ya estando implantado en el útero. Estas mujeres, realmente quedan embarazadas, y lo que no saben es que tienen pequeños abortos.
- d) *La trompa.* Es donde surgen las denominadas causas tubáricas. Lo que aquí sucede es que las trompas están obstruidas, o hay ausencia de movimientos tubáricos y carencia de elementos nutritivos.
- e) *Obstrucción de las trompas.* Los datos indican que es de las causas más frecuentes de esterilidad del sexo femenino, es decir más del 40% en las mujeres estériles, y hay imposibilidad de fecundar y gestar cuando ambas trompas están obstruidas. Algunas infecciones traen como consecuencia la obstrucción de las trompas, y tenemos la salpingitis o la tuberculosis genital.
- f) *Parálisis de las trompas.* Esto ocurre cuando no hay movimiento de los cilios y de los peristaltismos de las trompas, por la ausencia de estos movimientos el huevo muere en la trompa o se dan un embarazo fuera del útero. Puede ser causado por infecciones.
- g) *Falta de condiciones en la trompa.* Estas condiciones son necesarias para que haya presencia de nutrientes necesarios para los gametos masculino y femenino, y también una vez que éstos se han unido, hasta que descienda al útero.
- h) *El embarazo ectópico.* Así se le llama al embarazo que se realiza fuera del útero, (donde frecuentemente se hace es en las trompas); El óvulo se fecunda, pero no desciende al útero se mantiene en las trompas y anida allí.

Las causas de este embarazo ectópico son las siguientes:

- La obstrucción de las trompas, al no poder descender el cigoto, permanece allí, donde se desarrolla.
- Se da en el curso de la esterilidad que aparentemente había desaparecido, se da cuando se interviene quirúrgicamente las trompas.
- Se encuentran otras causas: anomalías congénitas de las trompas (trompas dobles o cerradas), endometriosis, movimientos débiles.
- Aunque en ningún caso el embarazo podrá continuar su desarrollo normal, siempre habrá un aborto.

problema de carácter psicológico, aunque son pocos los eyaculadores que no alcanzan a depositar el semen en la vagina.

Impotencia. Cuando se hace imposible la erección del miembro, y la esterilidad en este caso, es por la imposibilidad de depositar el semen en la vagina. Esta puede ser por enfermedades generales como (diabetes, y cirrosis), y toxico como (drogas, psicofármacos), y hay causas psicológicas: (enfermedades depresivas, ansiedad, neurosis, etc.).¹⁸

Esto por lo que hace a las causas de esterilidad por parte del hombre, aunque antes de las investigaciones siempre se le atribuía a la mujer la imposibilidad para procrear.

2.2.2 Causas de esterilidad en la mujer

Para comprender las causas de esterilidad femenina, se deben analizar todos y cada uno de los elementos que participan en la fecundación y en el embarazo: el ovario, las trompas, el útero con el cérvix o cuello, la vagina y algunas glándulas endocrinas.

El ovario. El influjo de las gonadotropinas, cada mes maduran algunos folículos, que son los que emiten el óvulo maduro al final de la primera mitad del ciclo de menstruación. Si se rompe el folículo se convierte en cuerpo amarillo, en la primera mitad de ese ciclo suelta estrógenos y después el cuerpo amarillo produce estrógenos y progesterona, en estos procesos es cuando el óvulo es fértil, pero hay circunstancias que lo hacen infértil como las siguientes:

- a) *Ciclo anovulador.* Se denomina así, a ese ciclo en el que se carece de ovulación. Sus folículos maduran pero no se rompen, lo que trae como resultado que no libera el óvulo, para que pueda ser fecundado y, por lo tanto, la mujer es estéril. Es un periodo en el que la fertilidad de la mujer está disminuida. Este ciclo anovulador, puede ser pasajero o permanente y, por consiguiente, puede haber infertilidad absoluta o pasajera.
- b) *Insuficiencia de hormonas.* Los ovarios, en la segunda mitad del ciclo, sueltan progesterona, necesaria para el embarazo. Después de la fecundación, si estas hormonas no son segregadas, traen como resultado la esterilidad, es decir, la mujer

¹⁸ *Idem.*, pp. 27 a 35.

En el denominado “útero infantil”, se consigue embarazos, en una cuarta parte de los casos, utilizando preparados hormonales.

Los miomas. Son los fibromas, conocidos como tumores benignos que se desarrollan en la capa muscular del útero. Y se localizan en el 20% de mujeres, son frecuentemente en la premenopausia, entre los 45-50 años. Son de diferentes tamaños, van desde algo como un garbanzo, y en sus extremos como una naranja. Puede haber varios miomas a la vez. El mioma, en ocasiones, trae esterilidad, cuando se asoma a la cavidad del útero, impide el desarrollo del cigoto, y hasta deforma el útero, impide que suban los espermatozoides o la nidación ovular. Lo que trae como resultado la esterilidad.

El cuello del útero. El cual cumple dos funciones durante la fecundación: es el camino para los espermatozoides y alimenta al espermatozoide que pasa por ese lugar. La finalidad de las secreciones y de los cambios en el cuello del útero se dan por las secreciones de los estrógenos del ovario.

El cérvix tiene las siguientes funciones en ese momento:

- Puente hacia el útero
- Lugar de aprovisionamiento de sustancias nutritivas.
- Lugar de selección donde mueren los espermios

Si el cuello tiene alguna anomalía dará como resultado la esterilidad. ¿ En qué casos ocurre esto?

- a) *Alteraciones del moco cervical.* Este debe ser fluido, abundante en nutrientes, de lo contrario, si es viscoso y no fluye, los espermatozoides no lo pueden atravesar, y se produce la esterilidad, esto puede ser consecuencia de falta de secreciones de estrógenos. Y también por trastornos del ovario en la secreción estrogénica baja, el moco es espeso y es la causa de esterilidad. En los casos en que el moco es hostil a los espermatozoides, al contacto con este moco, quedan inmóviles y mueren.
- b) *Infecciones del cuello* se llaman cervicitis. Y se pueden producir por la tuberculosis. En este caso también está afectada la trompa por los gonococos y otros gérmenes: estafilococos, estreptococos o colis.

La esterilidad en los casos de cervicitis, se da por los siguientes caminos:

- Alteraciones del moco.
- Producción de sustancias que inmovilizan a los espermios
- La presencia de supuración en el cuello, inflamación y sangrado posible en la zona

Estas esterilidades suelen ser relativas, terminarán cuando se elimine la infección o alteración del moco cervical.

*Las esterilidades vaginales. Obedecen a diversas causas como el vaginismo. Dolor al momento del coito de manera que no se permite la penetración, o malformaciones anatómicas. Las inflamaciones son frecuentes, de ser muy agudas, pueden impedir transitoriamente a los espermatozoides llegar al cuello del útero. En casos muy escasos encontramos doble vagina.*¹⁹

2.3 Tratamiento de la esterilidad para lograr la fecundación

Como lo hemos visto en los apartados anteriores, tanto la mujer como el varón, pueden ser los causantes de la esterilidad, es decir se ven involuntariamente incapacitados, para dar vida a un nuevo ser, esto generalmente se deduce después de haberlo intentado durante unos doce meses. La experiencia ha enseñado que como consecuencia de la infertilidad en la pareja, le acarrea diversos problemas como desequilibrios emocionales, psicológicos, y jurídicos, y muchas veces tiene como fin la separación. A veces el deseo de tener un hijo no es otra cosa que la satisfacción de uno de los deseos del ser humano, como lo expone Escárcega, quien dice: “... el hombre aspira a reproducirse para realizarse; debe hacer un hijo para sentirse que su existencia alcanzo justificación, razón de ser; una especie de cuenta saldada.”²⁰ Sea esta o no la razón por la que las parejas desean tener un hijo, es un problema que debe ser atendido como tal por la sociedad y, por lo tanto, por el Estado.

La infertilidad representa un problema de la salud, a nivel internacional, entre el 8% y el 15% de las parejas. De ahí que sea importante tomar medidas para su tratamiento. Además

¹⁹ *Idem.*, pp. 39 a 49.

²⁰ Escárcega Peraza, Florencio, *La matriz de cristal*, México, Ed. Mundiales, S.A., 1980, p. 114.

debemos de aclarar, una vez tomados los tratamientos para que las parejas lleven acabo una fecundación natural, y cuando estos tratamientos fracasan, es cuando se da la intervención a los tratamientos de inseminación artificial. Dentro de los cuales tenemos a la inseminación homóloga, la inseminación heteróloga, fecundación in vitro, y, en algunos casos, se puede llegar hasta la maternidad subrogada, todo ello para que las parejas puedan llegar a tener un hijo. Temas que serán desarrollados a continuación.

2.3.1 Inseminación artificial

Para explicar la inseminación artificial, nos auxiliaremos del concepto de Serrano Alonso, que dice “la inseminación artificial consiste en introducir semen del varón en los genitales internos de la mujer mediante instrumentos adecuados y procurar la fecundación del óvulo en el útero de la mujer.”²¹

La inseminación artificial viene a ser la introducción de semen en los órganos genitales del sexo femenino, por un método distinto a la simple copulación entre el hombre y la mujer, y que tiene como fin último la fecundación del espermatozoide con el óvulo para dar vida a un nuevo ser.

Para ser más claros, cualquier método de fecundación de las células sexuales masculinas y femeninas, diferente al simple contacto sexual, constituye una inseminación artificial, o como dice un médico especialista en la materia, Raoul Palmer, jefe de los trabajos de ginecología de la Facultad de Medicina de París, la inseminación artificial “ es introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer de un modo distinto que por el comercio sexual”.²² Por lo descrito, se entiende que la fecundación artificial ocupa la intervención de un tercero, que normalmente es un médico especialista, que realice la inseminación artificial.

El 16 de marzo de 1989, el parlamento Europeo ha votado y aprobado dos resoluciones en materia de manipulación genética y de *procreación artificial humana*, es cierto que no se

²¹ Serrano Alonso, E., Aspectos de la fecundación artificial, Actualidad civil, España, febrero de 1989, pág 388.

²² Raoul Palmer, Aspectos médicos de la fecundación artificial en seres humanos, Stadium, Madrid-Buenos Aires, 1950, p. 7.

trata de leyes. No obliga a nadie. Los estados miembros de la comunidad, por si, podrán legislar como mejor lo consideren. Se trata de hecho de “resoluciones”, es decir, de actos políticos que expresan una opinión, con la fuerza de un debate, de una confrontación democrática y de un voto, son las siguientes:

Informe Rothley (Aprobado por el parlamento Europeo el 16.3.89.)

Informe Casini (Aprobado por el parlamento Europeo el 16.3.89)

Dentro de lo que cabe, la inseminación artificial, ha sido considerada por algunos Estados, como alternativa para poder, reparar los problemas que trae consigo los problemas de infertilidad.

2.3.1.1 Casos en que se realiza

En lo relativo, a las alteraciones de carácter masculino, la inseminación artificial puede ser recomendada, cuando se enfrentan disfunciones sexuales, que impiden la eyaculación en el lugar adecuado, como la emisión del semen en la vejiga y malformaciones del pene e impotencia. También se realiza ante anomalías del plasma seminal, por su poco volumen eyaculado, por su exceso, que diluye los espermatozoides. También cuando el varón recibe un tratamiento en el que se esteriliza (vasectomía, castración quirúrgica, esterilización radioterápica o quimioterapia) habiendo conservado, previamente, el esperma en los bancos de espermatozoides.

En las mujeres, también las alteraciones, que hagan imposible la relación sexual. Los casos son los siguientes: malformaciones de la vagina casos de vaginismo y, por ultimo, en casos de esterilidades cervicales deformaciones en el cuello del útero, ausencia de secreción vaginal. Puede realizarse dicha inseminación directamente en la cavidad uterina.²³

El éxito de la inseminación artificial se da en los tres primeros ciclos de intentos. Los médicos no aconsejan intentar este método más de seis veces, y lo dice el especialista, Dr. Antonio Mackenna, que al referirse a la inseminación intrauterina declara: “ el 94 % de los

²³ Mandelbaum, Jacqueline, La generación probeta. Guía de la procreación médicamente asistida, Barcelona, Ed. Urano, 1993, p. 175.

embarazos se produce en los primeros cuatro ciclos de tratamiento y no debería realizarse más de seis ciclos de inseminación, sin hacer reevaluaciones del caso y, si corresponde, proponer el uso de técnicas de fertilidad asistida más complejas".²⁴

2.3.1.2 Formas en que se realiza la inseminación

Los métodos de la inseminación artificial son básicamente cuatro: la inseminación intracervical, la inseminación intravaginal, la inseminación intrauterina y, por último, la inseminación intraperitoneal, estas son las forma a través de las cuales, básicamente, se lleva acabo la inseminación artificial. Las cuales se desarrollaran a continuación.

2.3.1.2.1 Inseminación intracervical

La inseminación intracervical se realiza introduciendo la cánula en el cérvix, en la cual se deposita el espermatozoides en pequeñas cantidades, para evitar producir calambres o inflamaciones en el endometrio, el espermatozoides se pone en contacto con la secreción cervical; para ello se deposita en el interior del cuello del útero, después se coloca una especie de tapón cervical, que la propia mujer puede retirar posteriormente, esto para evitar que escurra el espermatozoides.²⁵

2.3.1.2.2 Inseminación intravaginal

La inseminación intravaginal, en esta técnica, se inyecta el espermatozoides fresco en el fondo de la vagina, por medio de una jeringa, alrededor del cuello uterino. Según afirman los especialistas, es la forma que más se acerca a una inseminación natural, sin embargo no es la que produce más inseminaciones, porque la vagina es un medio hostil, aun para el semen en buenas condiciones. Corre los mismos riesgos que una fecundación por vía natural.²⁶

2.3.1.2.3 Inseminación intrauterina

En la inseminación intrauterina se coloca la cánula a media distancia de la cavidad uterina. La cantidad de semen que se inyecta debe ser mínima, para evitar los calambres y

²⁴ Mackenna, Antonio, Análisis crítico de la inseminación intrauterina. Revista Latinoamericana de esterilidad y fertilidad, Argentina, junio de 1994, vol. 8, nº 2, p. 82.

²⁵ Loyarte, Dolores, et., Op. cit., p. 109.

²⁶ Ibidem.

dolores agudos. Se acude a esta técnica cuando existen alteraciones del cuello del útero y de la secreción cervical. Se depositan los espermatozoides en la cavidad uterina. Además se deben tener cuidados extremos, porque existe el riesgo de infecciones por bacterias del esperma que no ha sido filtrado por la secreción cervical. Además, llegan grandes cantidades de espermatozoides anormales, los cuales no llegarían de manera natural al útero.

En este caso, es de suma importancia, la aplicación de las técnicas de preparación del semen, para seleccionar los espermatozoides más aptos. Para lo cual se recomienda la técnica del "swim up". En la cual los espermatozoides más veloces, en un medio especialmente preparado, nadan hacia arriba lográndose la separación de la fracción de espermatozoide más móvil y aptos en la muestra de semen que se va utilizar.²⁷

2.3.1.2.4 Inseminación intraperitoneal

La inseminación intraperitoneal es la que se lleva a cabo por medio de una inyección de espermatozoides en la cavidad abdominal, a través de la pared posterior a la vagina en el momento de la ovulación, directamente en el líquido intraperitoneal, para que las trompas de Falopio capten a los espermatozoides así como captan al óvulo. En esta técnica los espermatozoides recorren a la inversa el camino que normalmente recorren (vagina, útero y luego trompas); en esta técnica llegan directamente a las trompas saltándose las otras escalas.²⁸

2.3.1.3 Clasificación de la inseminación:

Se han realizado varias clasificaciones de la inseminación artificial, por diversos doctrinarios tomaremos primeramente la de Herrero del Collado, citado por Herrera campos, que dice:

Inseminación Humana:

A) Dentro del matrimonio:

a) homóloga o conyugal (A.I.H): Propia o estricta, impropia o complementaria.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 110.

- b) heteróloga o extraconyugal (I.A.D).
 - a') con donador conocido o con donador desconocido.
 - b') asistiendo el marido o contra su voluntad.
 - c') consintiendo la mujer o contra su voluntad.
- B) Fuera del matrimonio: de mujer soltera o de viuda.

La otra clasificación es realizada por Martínez-Calcerrada,²⁹ que dice:

a) Inseminación matrimonial, homóloga, consorcial o autoinseminación:

1) Inseminación artificial inter vivos:

- De primer grado.
- De segundo grado.
- De tercer grado.

2) Inseminación *post mortem*:

- Inseminación propiamente dicha.
- Fecundación in vitro con transferencia de embriones

3) Inseminación con tercería maternal:

a) Fecundación in vitro con óvulo de tercera.

b) Inseminación matrimonial heteróloga, por tercería o heteroinseminación con semen de tercero:

1) Inseminación artificial inter vivos:

- a) de primer grado
- b) de segundo grado
- c) de tercer grado.

2) Inseminación artificial *post mortem*.

3) Inseminación artificial con tercería maternal.

- a) Inseminación artificial de viuda.
- b) Inseminación artificial de soltera.

²⁹ Martínez Calcerrada, L., La nueva inseminación artificial (estudios de la Ley de 22 de noviembre de 1988), Ed. Madrid, 1989, pp. 766 a 84.

Como se desprende de las clasificaciones antes transcritas, ninguna logra tener todas y cada una de las variaciones de inseminación artificial que se pueden dar en la práctica, pero las transcritas eran las que más elementos tenían.

2.3.1.3.1 Inseminación homóloga

La inseminación homóloga es aquella se lleva a cabo con semen del marido o varón de la pareja, y es la que plantea menos problemas, desde el punto de vista jurídico, y para ser más específicos, desde el punto de vista civil, en materia de filiación, no ofrece dificultades la aceptación de esta figura, ni las consecuencias que trae aparejada la inseminación homóloga, que se realiza en vida del marido o varón de la pareja, por lo simple razón de que el niño queda vinculado con la pareja, genéticamente y ante la ley. En este caso, se legitima genéticamente la pareja que da vida a un nuevo ser.

El tratadista Xavier Hurtado define a la inseminación homóloga. “ la que se practica utilizando semen de la pareja de la mujer inseminada cuando por razones físicas o de otra índole el varón está imposibilitado para depositar naturalmente sus células germinales en el *tracto* reproductivo de su mujer, generalmente se considera como una forma apropiada y aceptable de tratamiento cuando ha sido clínicamente recomendada y se pretende procrear un hijo dentro del contexto de una relación estable (matrimonio o relación de hecho como lo es entre nosotros el concubinato), pues se trata de reunir sus gametos para que la fecundación se produzca...”

Como vemos la inseminación homóloga es la forma más aceptada por todos los aspectos, desde el médico, el legal y hasta el religioso. En el aspecto médico, puesto que se equipara a una fecundación natural, porque después de la fecundación, la gestación sigue toda su evolución de manera natural, además los padres son genéticamente vinculados con el bebe.

En el aspecto legal, y en particular con el derecho civil, es bien visto, ya que no trae conflictos, en relación con la maternidad o paternidad en materia de filiación.

En lo que respecta a la cuestión religiosa un estudio encargado de la Catholic Theological Society of America: “Las discusiones de la última década sobre la inseminación artificial con esperma del marido indican una creciente aceptación de este modo. La preocupación básica de que “el hijo sea fruto de amor” no parece que se vea amenazada en modo alguno por la modificación biológica del proceso de inseminación. La anterior preocupación por el modo de obtener el semen, que parece subyacente en las objeciones que Pio XII oponía a este procedimiento, ya no es considerado obstáculo serio por la mayor parte de los moralistas. Si el semen procede del marido y los cónyuges ven su matrimonio en un clima de amor, se puede afirmar que hay una firme unión moral entre el acto de amor y el niño que nace como fruto de la inseminación artificial. Los pastores deben sentirse libres al aconsejar a los matrimonios sin hijos que recurran a este método en su deseo de llegar a ser padres y realizar su misión procreativa.”³⁰

Pareciera como si la inseminación homóloga, fuera la única forma justificada de traer bebés al mundo, a través de los nuevos métodos de procreación artificial.

2.3.1.3.1.1 Post mortem

Es el que se provoca en el claustro materno, ya sea por implantación en él, de un embrión, hasta ese instante congelado o bien por la transferencia de espermatozoides, para que fecunden el óvulo femenino, congelados hasta ese momento. Tiene como condición, que los espermias o el gameto proceden de quien fuera su marido o varón de la mujer receptora.

Conviene aclarar, que la denominación “*post mortem*” restringe las inseminaciones, con células reproductoras de quien fuera marido o conviviente de la mujer receptora, marido o conviviente premuerto al tiempo de la aplicación de la técnica. La expresión muerte, se refiere al fallecimiento del marido, principalmente.

³⁰ kossik, Anthony, *La sexualidad Humana. Nuevas Perspectivas del pensamiento Católico. Estudio realizado por la Catholic Theological Society of America*, Madrid, España, Ed. Cristiandad, 1978, p. 160.

En este caso la mujer receptora, del embrión o del espermatozoide, acude al banco donde tienen, criopreservados, los gametos masculinos del que en vida fuera su marido, o un embrión que se llevó a cabo en vida del cónyuge.

El hecho de la fecundación *post mortem* trae como consecuencia que se traigan al mundo hijos, huérfanos de padre desde antes de su nacimiento. En estricto sentido estaríamos ante mujer viuda y sola, como receptora de esta técnica. Porque una de las formas en que se disuelve el vínculo matrimonial, es por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges. Lo que aquí nos preguntamos es el hecho de que el varón o marido de la receptora, hasta dónde es válido el hecho de prestar su consentimiento (antes de morir, para que se realice dicha técnica) a través de escritura pública o testamento, para que su viuda disponga del embrión o de su semen criopreservado, y como consecuencia pueda llevar su filiación, como hijo del cónyuge muerto.³¹

Hay una historia que vale la pena mencionar de Corine Parpalaix, donde el Tribunal de Creteil, por sentencia de fecha 1 de agosto de 1989, le concedió el derecho a ser inseminada con el semen de su marido fallecido, sin pronunciarse el Tribunal sobre las consecuencias legales de dicha resolución.³²

Lo que estableció el Senado francés en su sesión ordinaria de 1978-79 en sesión de 26 de octubre de 1978, Henri Caillavet y Jean Mezard presentaron al senado una Proposición de Ley tendiente a hacer de la inseminación un medio de procreación, y su capítulo IV lo titula: *Inseminación artificial post mortem*, y en su artículo 11 establece “ que la mujer legítima viuda o la concubina notoria viuda tienen la facultad, sólo ellas de la inseminación artificial con el espermatozoide del de cujus. Debe ser practicada a más tardar al tercer año después del día de fallecimiento...”³³ cuya cita fue tomada de Herrera Campos.

³¹ Bustos Pueche, José Enrique, El derecho civil ante el reto de la nueva genética, Madrid, Ed. Dykinson, 1996, p. 170 a 174.

³² Herrera Campos, Ramón, Op. cit., p. 41.

³³ Proposition de Loi (tendant à faire de l'insemination artificielle un moyen de procreation, senat n.º 47. Première session ordinaire de 1978-1979. Annexe au séance du 26 de octobre de 1978.

En la realidad existen diversas posturas por parte de la doctrina y las diversas legislaciones, con relación a si debe de ser aceptada o no la inseminación *post mortem* y la fecundación *in vitro post mortem*.

- 1) La postura radical, se opone rotundamente a la fecundación de la mujer con semen o embrión, que se obtuvo previamente y depositado en el banco. La recomendación del CAHBI en su principio 7, n° 4 señala que la procreación artificial con el semen del marido o del compañero no será permitida. CAHBI. (Comité ad hoc de expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas). Proyecto de recomendación n.º R (87) del Comité de Ministros relativo a la procreación artificial humana. Strasburgo. 3 de octubre de 1988.
- 2) Hay otra postura ecléctica, es decir, aquellos que piensan que no se puede prohibir, pero que se debe de evitar en lo más que se pueda, y que cuando se realice, tenga como consecuencia que el hijo producto de esta inseminación no tenga derechos sucesorios sobre el dador del semen.
- 3) Y por último, los que están a favor de la inseminación *post mortem*, ellos piden que sea siempre, con previo consentimiento del de cujus y en ciertos plazos establecidos, para llevarse acabo después del fallecimiento.³⁴

Como podemos ver no hay una armonía sobre, la permisión o prohibición de la inseminación *post mortem*, ya que cada estado podrá legislar de acuerdo a sus intereses. Y para ser honestos, la legislación de nosotros es omisa al respecto, yo considero que no se debería de permitir la inseminación *post mortem*, porque si bien es cierto que hay niños que son huérfanos, es porque sus progenitores no lo podían evitar, pero en este caso se estaría condenando de antemano a un niño a carecer de padre desde antes de su nacimiento, por lo cual estaría en desventaja ante la sociedad y con los demás niños. Que eso sí, desde el momento de la concepción entra bajo la protección del derecho.

2.3.1.3.1.2 En caso de divorcio

³⁴ Herrera Campos, Ramón, *Op.cit.*, pp. 42 a 43.

En este caso, partimos del supuesto en que ya se disolvió el vínculo matrimonial, y existiendo embriones o gametos masculinos crioconservados, quizás los embriones pueden ser reclamados por ambos ex cónyuges, o el marido puede reclamarlos, más en el supuesto en que se haya esterilizado, y después de la disolución se une en matrimonio con otra mujer, y quiere tener descendencia en este nuevo matrimonio; claro los dos tienen derecho a reclamarlo, pero si solo hay uno y ambos lo reclaman, ¿quién tiene la preferencia?, podría pensarse que quien se hizo la vasectomía, porque se podría pensar que su ex cónyuge todavía está en condiciones para tener más hijos de forma natural, pero aquí surgen problemas de filiación, por parte del padre no hay problema porque es el padre genético, y la mujer que da a luz legalmente es su mujer y por tal hecho es padre de la criatura, pero respecto de la maternidad, tampoco tendría porque haberlo porque la maternidad se establece, con la mujer que da a luz.

En cambio si la ex mujer, es a la que se le otorga el embrión congelado, y contrajo nuevo matrimonio, y tiene el hijo con su nuevo cónyuge, por cuanto a la maternidad no hay problema porque se establece del simple hecho de dar a luz, y además coincide la madre genética con la gestante, en cuanto a la paternidad, fuese el padre legal porque nació, dentro del matrimonio, y dentro del matrimonio, el conflicto es que su marido no es el padre genético. El problema aquí es en relación con la filiación y sus consecuencias, porque recordemos que el ex cónyuge padre genético del niño, puede realizar el reconocimiento de este niño, a través de documento público, o en un procedimiento de investigación de la paternidad.³⁵

2.3.1.3.1.3 Inseminación de la viuda

Este supuesto, coincide con el de la inseminación *post mortem*, es uno de los supuestos, en que se realiza una vez que a fallecido el cónyuge esposo, cuando se ha depositado su semen en el banco de espermatozoides, y la viuda va y se hace inseminar artificialmente.³⁶

³⁵ *Idem.*, pp. 39 a 40.

³⁶ *Idem.*, p. 40.

2.3.1.3.1.4 Casos en los que se realiza

La inseminación homóloga se puede realizar, según describe el tratadista Ramón Herrera Campos, en los siguientes supuestos:

- “a) En los casos de esterilidad por impotencia coendi, que es la más normal, y que se da en aquellos supuestos en los que el varón es incapaz de depositar el semen a través del acto sexual, en la vagina; en definitiva, el varón es impotente para llevar acabo el coito, y esto puede ser ocasionado por un rechazo psiquico o en los supuestos de minusvalías con parálisis, en aquellos supuestos en los que no se produzca la erección.
- b) En la esterilidad por alteraciones de la mucosa que tapiza el cuello uterino.
- c) Otro de los motivos que dan lugar a la inseminación es la esterilidad por malformaciones congénitas de aparato genital –ya sea del varón, ya sea de la mujer-, que impide la realización del coito normal.
- d) Se dan muchos supuestos especiales en muchas parejas que, no teniendo descendencia, se someten a un estudio clínico y no encuentra ninguna causa que impida a la pareja tener hijos; son las llamadas esterilidades idopáticas “³⁷

2.3.1.3.2 Inseminación heteróloga

La inseminación artificial heteróloga, denominada por algunos inseminación artificial por donante o exogámica, es aquella en la que se utiliza gameto masculino que proviene de un donante, tercera persona sin relación ni vínculo con la mujer receptora, ajeno al matrimonio o concubinato. Para ser honestos en este tipo de inseminación, puede incluso no existir la pareja,

³⁷ Idem., p. 35 a 36.

realizarlo con madres solteras o lesbianas, aunque para estas últimas sea reprochable por las sociedad y muchas veces por las legislaciones, pero es un hecho que llega a existir.

Este tipo de inseminaciones ha sufrido fuertes críticas y rechazo, tanto por la sociedad como por la religión católica, aunque en la realidad sea una técnica que es aceptada por las parejas que lo solicitan y por los médicos que las practican.

La Catholic Theological Society of America al tratar la inseminación heteróloga, opina lo siguiente: “Para algunos, ello representa una intrusión en la exclusividad e intimidad del vínculo conyugal, y no ven la manera de reconciliarla con la idea cristiana de la naturaleza del amor conyugal. Surge una nueva dificultad por la agresión potencial que para el marido supone recibir un hijo concebido con ayuda de donante. El marido podría llegar a ver en el niño una prueba permanente de su impotencia, fruto de una unión adultera por parte de su esposa, incluso indeseado en la intimidad de su vida conyugal. Tales posibilidades crean un riesgo y una amenaza contra el mismo matrimonio si ambos cónyuges no poseen la suficiente madurez y no están perfectamente de acuerdo con esta idea. Sin embargo, hay pruebas de lo contrario; de hecho muchas parejas han sido capaces de superar estos obstáculos y han tenido hijos recurriendo a la inseminación artificial heteróloga, con el resultado de que sus vidas personales y conyugales se han visto enormemente enriquecidas. Ello debe servir de evidencia para no cerrar en absoluto la vía hacia esta solución.”³⁸

La inseminación con participación de un tercero donante, si bien es cierto que no hay una aceptación completa, también lo es que constituye una alternativa para las parejas que padecen una esterilidad o impotencia, cuando a pesar de haber intentado la inseminación con semen del marido, esta fracasa. Lo que es cierto es que puede acarrear problemas legales, quizá de paternidad.

³⁸ Kossnik, Antony, Op. cit., p. 30.

2.3.1.3.2.1 Con consentimiento del marido

En este caso la inseminación heteróloga se lleva a cabo, con el consentimiento del marido, con lo que los doctrinarios llaman *voluntad procreacional*, porque el marido que consiente dicho procedimiento, implícitamente se entiende que está asumiendo las consecuencias jurídicas del mismo y, por consiguiente, la situación jurídica en la que éste se coloca. La importancia de la voluntad procreacional, se puede manejar como fuente de la filiación.

En este caso, hay una ruptura de la realidad biológica, sustituida por la sociológica, es decir porque el padre genético quedará sustituido por el padre jurídico, quien es titular de su contenido de derechos y obligaciones según la ley.

Porque al exteriorizar su voluntad, y adquirir todos los derechos y obligaciones conforme a la ley, surge sino la paternidad biológica si la legal, y para la sociedad surge la *paternidad social*. Porque es la persona que representa la figura del padre ante la sociedad.³⁹

Hay Estados que han legislado, en esta materia y se muestran partidarios de que el marido no pueda impugnar, cuando ha dado su consentimiento para que su esposa sea inseminada con semen de un tercero donante. En Canadá fue presentado a la Asamblea Legislativa de Québec, en diciembre de 1980, un proyecto de la Ley, disponiendo que “ cuando un niño ha sido concebido a través de la inseminación artificial por el padre o por un tercero con el consentimiento de los esposos, ninguna acción por desconocimiento de paternidad será admisible ”⁴⁰

Lo que demuestra que en la doctrina y legislación tiene importancia fundamental, el consentimiento del marido, es decir la voluntad procreacional, para que a este se atribuya la filiación y las consecuencias legales que de ella derivan.

³⁹ Bustos Pueche, José Enrique, Op. cit. P. 132 a 133.

⁴⁰ Somerville, Margaret, Birth technology, parenting and deviance, en Internacional Journal of Law and Psychiatry, vol. 5, 1982, p. 139, citado por Dicio, Alberto, la inseminación artificial y el derecho de familia, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1984, p. 28.

2.3.1.3.2.2 Sin consentimiento del marido

Cuando se lleva cabo la inseminación sin el consentimiento del marido, es decir, que es a través de un acto unilateral de la receptora, esposa del cónyuge, el marido puede impugnar la paternidad, y hasta puede ser una causal de divorcio.

Inclusive hay precedente de una legislación donde fue considerada la inseminación sin consentimiento del marido como adulterio. Y tuvo lugar en Canadá, al resolverse en el juicio una demanda de divorcio instaurada por un marido que se ofendió al enterarse de que su mujer había sido inseminada con semen de un tercero desconocido, dando a luz a un niño cuya manutención le era reclamada por la cónyuge. Resolvió la Suprema Corte de Justicia de Ontario, la cual dio lugar a la disolución del vínculo matrimonial, en el año de 1921, por haber cometido su mujer adulterio. Estos fueron los razonamientos de la Corte: “la esencia del adulterio radica, no precisamente en la ofensa que implica el hecho del acto sexual de un cónyuge con un tercero, sino en el rendimiento voluntario de sus poderes o facultades de reproducción a un extraño a la pareja, cualquier sumisión de esos poderes al servicio del placer de otra persona distinta del cónyuge, entra en la definición de adulterio, por la posibilidad de introducir sangre extraña a su extirpe.”⁴¹

En años más recientes tenemos que una resolución de 1958, en Reino Unido, sostuvo un criterio contrario al anterior: “El adulterio requiere la presencia física de dos personas involucradas en un acto sexual y que éste sea consumado, aunque no tuviera lugar la impregnación seminal. De tal manera que la sola impregnación por medios distintos del acto sexual, aun sin el consentimiento del esposo, no puede ser calificado de adulterio.”⁴²

Como podemos ver, en algunas legislaciones le dan más importancia a la voluntad procreacional, para conceder el divorcio por adulterio, y en otras le dan más importancia a la

⁴¹ Orford vs Orford. Primer juicio en América que tuvo por material un caso de inseminación artificial heteróloga (por donador). Tuvo lugar en la provincia de Notario, Canadá en el año de 1921. citado por Hurtado Oliver, Javier, Op. cit. p. 19.

⁴² Ibidem.

relación sexual. Con lo que si debiese de protegerse en estos casos al marido de la mujer receptora es con excluirlo de las responsabilidades que trae la filiación así.

2.3.1.3.2.3 Sin consentimiento de la mujer

En este caso nos encontramos en aquel supuesto en que el esposo de la mujer la obligue a someterse al procedimiento de inseminación artificial con semen de tercero donante, en contra de la voluntad de la cónyuge. Es decir, con espermatozoides obtenidos de un banco de semen. La mujer podría impugnar la paternidad de su marido. Podríamos decir que se le causan lesiones y presión moral a la mujer. En este caso se estaría rompiendo con la voluntad procreacional de la mujer⁴³

2.3.1.4 Personas beneficiadas con la inseminación

Las personas beneficiadas con la inseminación artificial, es un problema que acojoja a las diferentes técnicas de inseminación: a la inseminación artificial, fecundación in vitro, fecundación post mortem, fecundación heteróloga, entre otras. El problema radica en determinar quiénes pueden tener acceso a ellas, es decir quiénes serán las usuarias de dichas técnicas.

Partiremos por lo más evidente, que es el hecho de que en todos los casos la destinataria de estas técnicas es la mujer. Empezando por el supuesto de que puede ser la mujer sola o acompañada, y la que está acompañada, de marido legal o solo compañero. El hecho aquí de permitir la técnica en cualquiera de los supuestos es asegurar los elementos necesarios para el desarrollo del producto de dichas inseminaciones. Es decir acogimiento, cuidado, educación, entre otras.

La verdad es que las usuarias ideales serían, la mujer de la pareja, en el caso de inclinarse por la opción de mujer sola, quedan abiertas interrogantes ¿mujer sola y de que edad?, ¿se podría aceptar como madre la que para toda la sociedad podría ya ser su abuela del niño?, ¿a que tipo de mujer sola, la que no vive en vínculo matrimonial o en unión libre?.

⁴³ Herrera Campos, Ramón, Op. cit., p. 52.

Al respecto, el informe final correspondiente a las sesiones de trabajo que transcurrieron del 9 al 12 de octubre de 1984, que se realizaron en Estrasburgo por el Comité de Expertos del Consejo de Europa, limitaba el uso de las técnicas de reproducción artificial en parejas heterosexuales cuando hayan fallado otros tratamientos de la infertilidad o si existiera un riesgo serio de transmitir al niño una enfermedad hereditaria grave, si hay posibilidad de éxito y si no existen riesgos significativos que puedan afectar la salud y el bienestar de la madre o del niño.

Es importante destacar el sentido terapéutico que el Comité le otorga a la inseminación artificial, como solución a los problemas de infertilidad y además limita a las usuarias, concediéndose solo a las parejas de heterosexuales, es tajante en ese sentido, por consiguiente dejando fuera a las parejas de homosexuales. Se debe aclarar que en la votación de dicho documento no hubo unanimidad, por lo que no pasó a ser recomendación sino que quedó como antecedente.

La recomendación del Parlamento europeo, publicada en 1990, sobre fecundación artificial in vivo o in vitro. “ *Es interés del hijo nacer y crecer en una familia estable, esto es, como hijo de un hombre y de una mujer unidos entre sí por una relación estable de afecto... Ello hace inaceptable la fecundación artificial a favor de parejas homosexuales o de mujeres solas, aun cuando la fecundación se realice con semen del marido difunto; no se deben producir huérfanos artificiales a través de la fecundación artificial... Surge de este modo el problema de si la procreación artificial se debe consentir a favor a favor de personas casadas e incluso a favor de parejas que no están casadas, pero son de hecho estables. Sin matrimonio la prueba de la estabilidad es aleatoria y no se entiende qué sujeto debería y podría certificarla (¿el médico?, ¿el juez?, ¿el asistente social?)*”⁴⁴

Para conocer los criterios de varias legislaciones europeas, sobre las destinatarias de las técnicas de inseminación artificial mencionaremos algunas:

⁴⁴ Bustos Pueche, José Enrique, *Op. cit.*, p. 124 a 125.

La postura de la legislación francesa. En Ley 94/654 de 29 de julio, dice el artículo 152-2 del Código de Salud, que:

*“ la asistencia médica para la procreación está destinada a dar respuesta a la demanda de paternidad de una pareja. Tiene por objeto remediar la infertilidad cuya naturaleza patológica haya sido diagnosticada médicamente. También tener por objeto evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave. El hombre y la mujer que formen la pareja deben estar vivos, en edad de procrear, casados o en condiciones de probar vida en común desde, al menos, dos años y que consientan previamente la transferencia de embriones o la inseminación ”.*⁴⁵

La exclusión de la mujer sola como receptora de las técnicas es inequívoca, solo se le otorga en este país a las parejas de derecho o de hecho.

La ley española dice en el artículo 6.º,1, de la ley de 22 de noviembre de 1988.

“1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de la técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consiente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar ”.⁴⁶

En esta legislación como podemos ver, no limita a las personas que pueden ser beneficiadas con la inseminación artificial, la única condición que se pone es a de tener 18 años, tener la capacidad de ejercicio y manifestarlo por escrito.

Otras legislaciones, son omisas al respecto como; Inglaterra y Alemania. Como vemos no hay una armonía de criterios para dar autorización a las destinatarias de las técnicas de inseminación artificial.

Nuestra legislación al respecto, en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Publicado el 20 de febrero de 1985, en el Diario Oficial. Dice su artículo 25.

⁴⁵ *Idem.*, p. 126.

⁴⁶ *Idem.*, p. 127.

El receptor de un órgano o tejido deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. **Tener un padecimiento** que pueda tratarse de manera eficaz por medio de trasplante;
- II. No presentar otras enfermedades que predeciblemente interfieran en el éxito del trasplante;
- III. **Tener un estado de salud físico y mental capaz de tolerar el trasplante y su evolución;**
- IV. Haber **expresado su voluntad por escrito**, una vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y de las probabilidades de éxito, y
- V. **Ser compatible con el donante originario del que se vaya a tomar el órgano o tejido.**

De este artículo, se desprende que para gozar de estas técnicas se debe tener un padecimiento, en este caso, la esterilidad, y que no se complique con otras enfermedades, tener una buena salud para soportar el trasplante del embrión, o del semen, según sea el caso. Y realizar la manifestación de su voluntad, por escrito, estando consiente de los riesgos que esto implica, y que sea su cuerpo compatible con el semen, óvulo o embrión que se le vaya implantar.

El artículo 26 en relación con el 25 señala:

El escrito donde se exprese la voluntad a que se refiere la fracción IV del artículo anterior, deberá contener:

- I. *Nombre completo del receptor;*
- II. *Domicilio;*
- III. *Edad;*
- IV. *Sexo;*
- V. *Estado civil*
- VI. *Ocupación;*
- VII. *Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere;*
- VIII. *Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos;*

- IX. El señalamiento preciso de que por su propia voluntad consiente en la realización del trasplante, y que fue enterado suficientemente del objeto y clase de la intervención y de las probabilidades de éxito terapéutico;*
- X. Firma o huella digital del receptor;*
- XI. Lugar y fecha en que se emite, y*
- XII. Nombre, firma y domicilio de los testigos si se trata de documento privado.*

Este artículo 25, precitado, no estable quienes son las destinatarias de dichas técnicas, pero si lo relacionamos con los artículos 56 y 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, encontramos que de las técnicas de fertilización asistida se usan para solucionar problemas de esterilidad en la pareja, y que para eso se requiere el consentimiento del varón de la pareja o del concubinario, por lo tanto podemos decir que nuestra legislación no aclara en este artículo quiénes son las usuarias, aunque deberían de ser las parejas de hecho o de derecho.

2.3.1.5 Problemas que genera la inseminación

Los problemas que generan las técnicas de inseminación artificial, para nuestro estudio las dividimos en tres principalmente: a) Psicológicos, dentro de los cuales atacaremos las dificultades a las que se enfrentan las parejas que se someten a estas técnicas; b) físicos analizaremos las consecuencias y alteraciones que pueden sufrir las mujeres que se someten a dichos procedimientos; c) legales, que es lo que más nos interesa, veremos las controversias derivados de la aplicación de la inseminación artificial, principalmente en materia civil.

2.3.1.5.1 Psicológico

Los problemas de carácter psicológico son principalmente entre los cónyuges y se presentan por el conocimiento de la identidad del donador de semen, en la inseminación heteróloga. En el caso de la esposa, afirman los psicólogos, resultan inevitables los sentimientos de carácter afectivos con relación a la persona que hizo posible su maternidad, es

decir el padre genético de su bebé, y como respuesta los celos de esposo son constantes, dicen los especialistas.

En relación al hijo, cuando se entera de que el sujeto que lo ha procreado es una persona diferente de quien ha tratado como padre social, le podría traer problemas tales como afectarle en su madurez y estabilidad emocional.

Aunque hay testimonios de hijos nacidos de estas técnicas, los cuales no han tenido ningún tipo de dificultades, a quienes sus padres les revelaron tal situación, y un caso en particular es el de Lillian Atallah, publicado en el *The New York Times Magazine*, que corresponde al día 18 de abril de 1976, quien dice:

“...El conocer mi origen no varió los sentimientos hacia la familia; por el contrario me sentí agradecida por los problemas que mis padres tuvieron que afrontar para darme vida, entre otros, la penosa conservación del secreto de su esterilidad y la aceptación de un tercero para superarla.”⁴⁷

Este es un testimonio que parece alentar la técnica de inseminación artificial. Se presenta como una solución, para las parejas que padecen alguna de las causas de esterilidad y que les impide procrear. Pero nada nos garantiza, que en todos los casos, las parejas y los hijos respondan positivamente.

2.3.1.5.2 Físico

Es una realidad, que la inseminación artificial, tanto la homóloga como la heteróloga, es practicada en muchos consultorios privados a cargo de médicos y, algunas veces, sin los conocimientos especializados y, en ocasiones, no tienen los materiales especiales o técnicos para realizar un escrutinio confiable y acatar rigurosamente las normas mínimas de higiene. El solo hecho de una falta de análisis a los gametos masculinos con los que se va a realizar la inseminación, no garantiza la salud del futuro hijo.

⁴⁷ Hurtado Oliver, Xavier. *Op. cit.*, p. 26.

La donación de óvulos tiene las mismas objeciones que la de los espermias, incluyendo el riesgo que corre la donadora, con motivo del procedimiento de extracción del óvulo maduro del ovario.⁴⁸

2.3.1.5.3 Legal

Señala el tratadista, Xavier Hurtado - ya citado en esta obra- que el donador de semen, para fines de inseminación artificial, es universalmente exonerado, es decir no tiene responsabilidad legal, con lo que se realice con sus gametos donados. Se puede equiparar este tipo de donación, a la donación de sangre. Dicho donador no tendrá ninguna responsabilidad, filial, ni de cualquier otro tipo, con los bebés que nazcan con sus células reproductoras.⁴⁹

El proveedor del material genético será considerado víctima del delito de lesiones, cuando se realice sin su consentimiento y con la técnica usada se usen sus órganos o tejidos, para llevarlo acabo.

El Código Penal de Sonora señala el delito de mero peligro basado en la conducta imprudente del agente. Dice su artículo 145:

“el que sabiéndose afectado de enfermedad venérea en periodo contagioso, o de algún otro mal grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales, amante, o de cualquier otra manera directa ponga en peligro de contagio a otro...”

Esto se refiere que se comete dicho ilícito cuando se donan los gametos con conocimiento de que se tiene algún mal congénito, transmisible, pero en dicho caso quienes tendrían que prevenir y evitar esos problemas serían las clínicas y los médicos responsables de practicar esas técnicas.

⁴⁸ *Idem.*, p. 181.

⁴⁹ *Idem.*, p. 25.

2.3.2. Fecundación in vitro y transferencia de embriones

La fecundación *in vitro*, es uno de los métodos que se utiliza para lograr superar los problemas de esterilidad de las parejas.

Es la técnica a través de la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio. Una vez que se ha conseguido el embrión fuera el cuerpo de la mujer, se trasplanta al útero o al cuello de la matriz, para que el embarazo prosiga con sus fases de manera natural.⁵⁰

Para realizarlo se necesita:

- a) disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación,
- b) poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado,
- c) poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación in vitro se produzca.

La fundación Jiménez Díaz, Unidad de Reproducción Humana Española, nos describe las fases de la inseminación in vitro y la divide en siete, que a continuación reproducimos:

“ Ciclo de Fecundación in Vitro

El tratamiento consta de siete etapas siguientes:

Primera etapa

Frenación hipofisaria

Consiste en un tratamiento cuya finalidad es inhibir los estímulos endógenos (internos), que puedan provocar una ovulación extemporánea que impida completar el ciclo

⁵⁰ Herrera Campos, Ramón, *Op.cit.*, p. 22.

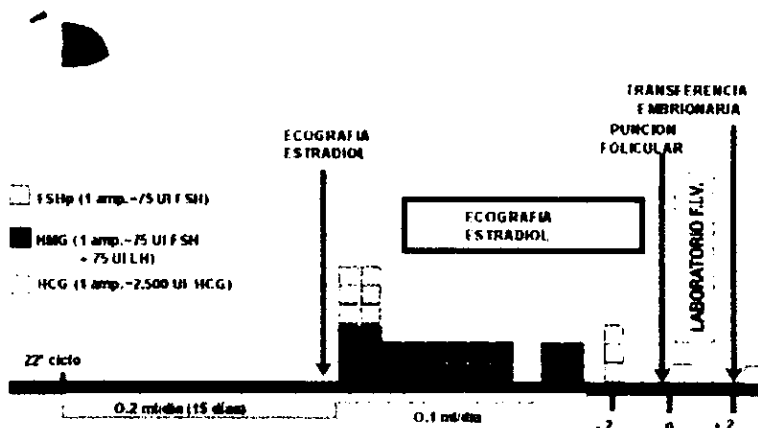
FTV. Y se comenzará entre el día 20°-22° del ciclo anterior (Protocolo Largo) o bien el mismo día de iniciar la estimulación ovárica (Protocolo Corto) y se mantiene hasta dos días antes de realizar la punción ovárica. Aproximadamente a los 15 días de tratamiento, realizamos un control de esta frenación Aproximadamente un 28-30% de pacientes no consiguen la frenación, lo cual obliga a suspender el tratamiento, aunque no es grave pues no tiene que volver a suceder en otros ciclos.

Segunda etapa

Estimulación ovárica

Si todo es correcto en la siguiente etapa de estimulación ovárica, utilizando en cada caso un plan de tratamiento individual

En un ciclo natural, es decir, no estimulado, lo normal es que sólo madure un óvulo. A través de la estimulación ovárica aumentamos el número de posibilidades, ya que inducimos el desarrollo de varios folículos con el objetivo de obtener también varios óvulos.



Este esquema terapéutico no es más que un ejemplo. Naturalmente, elaborado para un plan de tratamiento individual, que puede presentar divergencias respecto a este ejemplo.

Control de la maduración del óvulo

A los seis o siete días de iniciar la estimulación realizamos el segundo control en que mediante ecografía vaginal se observa el crecimiento de los folículos y al mismo tiempo, se miden los niveles en sangre de Estradiol (E2). Este control se repetirá al menos dos veces más hasta obtener como mínimo 2-3 folículos mayores de 18 mm de diámetro (la media oscila entre unos 10-12 folículos por ciclo), para luego establecer el momento más propicio para obtener óvulos maduros, susceptibles de ser fecundados. La etapa de estimulación viene a durar entre 8 y 14 días, dependiendo de la respuesta de cada paciente.

Tercera etapa

Disparo de la ovulación

Excepcionalmente, el aumento de LH conduce a una ovulación espontánea. En todos los demás casos, provocamos la ovulación mediante una inyección de HCG (10.000 UI), tan pronto como los niveles hormonales y las ecografías nos dicen que ha llegado el momento apropiado (desarrollo folicular completo).

Al cabo de unas 36-38 horas extraemos los óvulos de los folículos (punción folicular), ya que a las 40 horas aproximadamente sobrevendría una ovulación espontánea, malográndose los folículos y los óvulos para el tratamiento sucesivo.

En caso de presentarse trastornos de cualquier tipo, antes de la administración de la HCG, cabe la posibilidad de interrumpir de inmediato el tratamiento, para su seguridad personal.

Cuarta etapa

Aspiración folicular (punción ecográfica)

La aspiración folicular se efectúa en quirófano con la ayuda de la ecografía vaginal, mediante punción del fondo vaginal con una aguja fina y llegando hasta los folículos que se

han desarrollado en el ovario para extraer el líquido folicular y con él los ovocitos que contienen. El Ginecólogo le administrará una anestesia local, mientras que el anestesista aplicará una sedación que usted misma podrá ir regulando a lo largo de los 20-30 min. que dura el proceso. El líquido folicular pasa directamente al laboratorio donde se analizarán los ovocitos una vez localizados para valorar su estadio de maduración. Una vez terminado el proceso la paciente permanecerá ingresada en el centro bajo observación durante unas cuatro o cinco horas, siempre y cuando no sea necesario un seguimiento más exhaustivo, por haber puncionado muchos folículos o cualquier otra situación que aconseje alargar este ingreso unas horas o hasta el día siguiente.

Quinta etapa

Obtención y preparación del semen

La obtención del semen. Parece muy sencillo, pero a veces es todo lo contrario, y es muy comprensible que le cree dificultades. Lo importante es que su semen nos llegue lo antes posible (en un plazo de 1 hora como máximo después de su extracción), una vez efectuada la punción folicular de su pareja, y dentro de lo posible libre de gérmenes, extremando para ello las condiciones higiénicas de recogida (lavado de manos previo, envase de recogida estéril,...).

Los espermatozoides se someten a varios procesos de "lavado" para librarlos de las secreciones prostáticas, y luego se concentran mediante métodos especiales de elaboración (Swim-up, Mini-percoll). Una vez procesados, se colocan junto a los óvulos en el medio de cultivo entre 3 y 5 después de la punción. Si el número de espermatozoides es muy limitado, es posible emplear otros métodos de elaboración (lavado y concentrado) y, por supuesto, ICSI.

Sexta etapa

Fecundación de los ovocitos extraídos y desarrollo de los embriones

Por lo general, los ovocitos y los espermatozoides, o los ovocitos

microinyectados, permanecen durante 17-20 horas aproximadamente en un incubador a una temperatura de 37°C y 5% de CO₂. Una vez transcurrido este tiempo, comprobamos si la fecundación ha tenido lugar. A lo largo de la mañana nos pondremos en contacto a través del laboratorio con la persona, para darles el resultado y programar la transferencia, en caso de que todo haya sido satisfactorio. Es en este momento cuando se inicia el tratamiento con Progesterona que continuará hasta el día mismo del análisis de Beta-hCG en sangre, como diagnóstico precoz de embarazo.

Séptima etapa

Transferencia del o los embriones

Al cabo de otras 24 horas, se realizará la transferencia embrionaria. Este lapso de tiempo es el que se suele respetar en la mayoría de los tratamientos de FIV, aunque también es posible fijar lapsos de tiempo distintos. En los casos donde por indicación clínica se decida dejar evolucionar los embriones hasta estadio de Blastocisto (sólo un 34% de ellos logra llegar a esta etapa *in vitro*), la transferencia embrionaria se realizará entre el 5º y el 6º día post punción.

Habrà transferencia si al menos se desarrolla un embrión, siendo el número más adecuado para transferir de 3 a 4 embriones. Se introducen en una fina sonda flexible, junto con una pequeña cantidad de medio de cultivo, y se transfieren a la cavidad uterina. Esta transferencia suele ser indolora. En ocasiones puede ser necesario utilizar algún instrumento o incluso una sonda rígida de metal en lugar de la sonda blanda, que nos permitan depositar los embriones dentro de la cavidad uterina.

Una vez realizada la transferencia la paciente permanecerá en reposo durante 1 hora, y continuará este reposo en su casa hasta el día siguiente (24 h. aproximadamente). A partir de entonces deberá llevar una vida normal, sin realizar excesos físicos y sin relaciones sexuales. Pasados 15 días desde la punción se realizará el análisis de sangre (Beta-hCG) como diagnóstico precoz de embarazo. En

caso de ser afirmativo, se citará a la paciente en consulta a los 15 días del análisis para confirmar el embarazo mediante ecografía. De ser negativo se interrumpirá la medicación y en un plazo de tres meses se podrá iniciar un nuevo ciclo.

Posibilidades

En todo el mundo se considera como índice de éxitos de un tratamiento de FIV el índice de embarazos tras la transferencia de embriones, es decir: ¿Con qué frecuencia se presenta un embarazo tras una transferencia de embriones?. En nuestro Centro la cifra media se sitúa entre el 25 y el 30%, dicho de otra manera, una de cada cuatro transferencias de embriones da como resultado un embarazo. Sin embargo y dependiendo de cual sea el motivo que le lleva a realizar la FIV, estas cifras pueden variar, siendo un punto negativo la edad avanzada de la paciente.”⁵¹

2.3.2.1 Casos en que se realiza

Principalmente, es por la esterilidad en el hombre o en la mujer y se señalan los siguientes casos en los que procede:

Entre las causas de esterilidad femenina, las más importantes serían las siguientes:

- a) Obstrucción de trompas, 25-35 %;
- b) Trastornos en la ovulación, 20 %;
- c) Lesiones en el cuello del útero y alteraciones en el moco cervical, 10 %.

También la presencia de anticuerpos, antiespermatozoides en el moco cervical, prevención de enfermedades genéticas o ligadas al sexo, defectos del semen del marido. Para estos casos se ofrecen la posibilidad de recurrir al empleo de semen de donante.

Inaccesibilidad o grave hipoflasia del ovario. Se ofrece a la paciente la posibilidad de recurrir al empleo de óvulos de donante.

⁵¹ Fundación Jiménez Díaz, Unidad de reproducción humana, Avenida Reyes Católicos, 2. 28040 Madrid, datos obtenidos via Internet.

Falta de útero o existencia de contracciones graves de embarazo. En este caso se puede recurrir a una madre sustituta.

Además, entre otros factores de menor entidad, la esterilidad de origen mixto (debido fundamentalmente al rechazo de las células germinales de un miembro de la pareja por el otro) y la de tipo idiopático (de causa desconocida), constituye el 5 % del total de las esterilidades, sin contar con las de origen psicogenético.

Es verdad que la mayoría de las inseminaciones in vitro se llevan a cabo cuando la mujer es estéril, pero dicha técnica también soluciona problemas de esterilidad masculina como en problemas de oligospermia.⁵²

2.3.2.2 Formas en que se realiza

Se pueden manejar las siguientes posibilidades:

- a) Fecundación in vitro intraconyugal o equivalente (mujer sola, pareja de lesbianas, etc.).
- b) Fecundación in vitro con embriones sobrantes o sin ellos porque se trasladan todos los óvulos fecundados.
- c) Fecundación in vitro con gametos aportados por los padres o mediante donación de terceros.
- d) Fecundación in vitro mediante donación simple, uno de los gametos al menos, es de los padres o donación doble porque los padres no ponen ningún gameto y ambos proceden de terceros.⁵³

2.3.2.3 Personas beneficiadas con la fecundación in vitro

Las personas que pueden gozar de esta técnica de inseminación artificial, son aquellas que legalmente pueden ser padres: es una postura general, la que se inclina porque las usuarias

⁵² Soto Lamadrid, Miguel Ángel, Biogenética, filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Argentina, Ed. Astrea, 1990, p. 33.

⁵³ Bustos Pueche, José Enrique, Op. cit., p. 160.

de estas técnicas sean única y exclusivamente los matrimonios o parejas de hecho estables, quedando excluidas como usuarias de esta técnica, las mujeres solas, las parejas de lesbianas y de homosexuales.⁵⁴

2.3.2.4 Problemas que genera la fecundación in vitro

Como consecuencia de utilizar la fecundación *in vitro*, los problemas que genera se han dividido en tres: los de carácter psicológico, las lesiones físicas, y las cuestiones de carácter legal, principalmente, dentro de los cuales encontramos la filiación.

2.3.2.4.1 Psicológicos

En esta técnica de inseminación artificial, en concreto en la fecundación *in vitro*, en la que se utilizan gametos de un tercero extraño, denominada inseminación heteróloga, la primera cuestión para analizar es la actitud del padre para con el niño que ha sido concebido de este modo, puede haber cierto repudio del padre con el niño, y por tal motivo debe realizarse una selección de las parejas, de acuerdo con la estabilidad de su matrimonio y la madurez de ambos miembros. Cuando se hace una buena selección los problemas que se presentan son mínimos.

En las parejas que son muy estables, generalmente, el niño es bien aceptado, esto como consecuencia del gran deseo de tener un bebé, ya que la paternidad real y el amor no depende sólo de un hecho biológico, sino de una actitud diaria, siendo una meta a conseguir día con día⁵⁵

2.3.2.4.2 Físico

En la extracción directa de ovocitos mediante punción de los folículos ováricos, con la finalidad de producir la fecundación *in vitro* y transferirlos posteriormente al útero de la

⁵⁴ *Idem*, p. 161.

⁵⁵ Lopez Ibor, J.J., *Op. Cit.*, p. 105.

misma mujer, sí constituye técnicamente, una lesión, al igual que la colocación de gametos o de cigotos en las trompas de Falopio, usando una vía pecutánea o el método de laparoscopia.

Riesgos de la FIV

“ Toda operación en el cuerpo humano conlleva ciertos riesgos y ciertas posibilidades, y lo mismo sucede en el caso de la FIV. He aquí los riesgos:

RIESGOS

Síndrome de hiperestimulación ovárica (OHSS)

La finalidad de la estimulación consiste en obtener varios ovocitos. Cuantos más folículos maduran, mayor es el tamaño de los ovarios. Por lo tanto, el hecho de que se presenten varios folículos y unos ovarios más grandes es completamente normal cuando se efectúa una estimulación ovárica. Es más, debe ser así para que la primera etapa del tratamiento de FIV tenga éxito: la maduración de varios folículos.

En algunos casos aislados, éstos pueden ser demasiado numerosos y provocar una típica hiperfunción de los ovarios. Hablamos entonces de hiperestimulación ovárica y se prevé que pueda ocurrir cuando los niveles de Estradiol superan los 3.000 pg/ml y en la ecografía observamos más de 20-22 folículos. Sin embargo en algún caso puede aparecer sin que se cumplan estas condiciones.

Este cuadro clínico va a tener tres grados, dependiendo de la severidad del mismo, y se manifiesta por dolor abdominal, sensación de plenitud y aumento del diámetro abdominal en sus etapas más leves (en las que no precisa tratamiento), puede formarse líquido en la cavidad abdominal (ascitis) y excepcionalmente puede provocar alteraciones metabólicas que precisen la hospitalización para su control.

Aspiración folicular

Toda aspiración folicular por punción comporta dos riesgos: hemorragia e infección, si bien su frecuencia es muy baja y ambas tienen tratamiento. Aunque, en la inmensa mayoría de los casos, solo es precisa una sedación (habitualmente se usa sedación y anestesia local), una posible anestesia general entrañaría un riesgo adicional, que en la realidad resulta excepcional.

Embarazo múltiple

Se ha demostrado que la transferencia de varios embriones aumenta el índice de embarazo. A pesar de que habitualmente sólo transferimos tres o cuatro embriones como máximo, existe el riesgo de implantación múltiple, de manera que la probabilidad de tener mellizos oscila entre el 16 y el 18%, y la de tener trillizos, entre el 2-3%.

Embarazo tubárico

Los embriones pueden emigrar desde el útero, lugar donde se depositan, a las trompas. A pesar de haber efectuado la transferencia conforme a las reglas del arte, el embarazo puede evolucionar a un embarazo tubárico (embarazo ectópico).

Gracias a controles efectuados con regularidad y a tratamientos inmediatos, el riesgo de complicaciones se reduce al mínimo.

Aborto

Entre el 8 y el 10% de todos los embarazos espontáneos acaba en aborto. En el caso de la FIV, dicho índice oscila entre el 12 y el 17%. Entre otras causas, hay que tener en cuenta que la edad media de las mujeres que se quedan embarazadas gracias a la FIV es más avanzada que la de las mujeres con un embarazo "natural", que el control exhaustivo de estas pacientes nos permite detectar embarazos que terminarán en aborto muy precozmente, lo que pasa inadvertido en embarazos naturales."⁵⁶

2.3.2.4.3 Legal

La fecundación in vitro ha creado problemas legales, que le corresponde al derecho aclarar, como la de cuál es la naturaleza jurídica del embrión, si se debe considerar como persona desde el momento de ser concebido, o desde el momento en que se implanta en el

⁵⁶ Fundación, Jiménez Díaz, **Fecundación in vitro (FIV)**, Avda Reyes católicos, 2 28040 Madrid, s/E, s/a, es una unidad de reproducción humana.

útero de la mujer receptora; de lo que no hay duda es que desde que es fecundado cuenta con la protección de la ley; el determinar de quién es el embrión antes de ser implantado, de la pareja que solicitó dicha fecundación, y qué relación guarda con el tercero donante de un gameto. Y quien tiene derecho a decidir el destino de dicho embrión, si se debe aportar a la investigación o se debe abandonar en el banco o en último de los casos destruirlo. A quien pertenece a los progenitores genéticos o a los donatarios de la células germinales. Si ya es un sujeto de derechos, y quien debe de garantizarlos. La pareja que solicita dicha técnica. Si el niño nace anormal, quien sería responsable, y quien tiene la obligación de cuidarlo, es un derecho del niño conocer la forma como fue concebido si o no, cuando tenga que edad, tiene derecho a conocer su identidad, en que casos.⁵⁷

2.3.2.5 Banco de semen

La creación de bancos de semen, se da por la necesidad de congelación para conservarlo, proceso que no afecta al buen estado de las células, que posteriormente son descongelados, bien para fecundar óvulos, bien para ser transferidos al organismo femenino y continuar allí su desarrollo embrionario, es una parte integrante de las operaciones de los programas de fecundación in vitro.

Estos bancos, llamados Centros de Estudio y Conservación del Esperma (CECOES), tomando todas las precauciones para la aptitud genética del donador (hombre casado, menor de cuarenta años de edad y padre de hijos normales). La pareja estéril no lo conocerá, puesto que la conservación del esperma, por congelación, permite practicar una inseminación diferida. El donador de esperma nunca sabrá la identidad del hijo que engendro.⁵⁸

Así la Ley General de Salud, vigente en México desde 1984 y, que el día 26 de mayo del 2000 sufrió una reforma que dice: “producto, a todo tejido o sustancia extruida, excretada, o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán

⁵⁷ Hurtado Oliver, Xavier, *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁸ Marc Maillat, *Op. cit.*, p. 9.

considerados productos para efectos de este título y la placenta y los anexos de la piel;" (Art. 314, frac. XI)

En los Estados Unidos, existen bancos "comerciales" de esperma que conservan los depósitos de sus clientes. La literatura científica únicamente registra, hasta hoy, un solo caso de concepción de un hijo después de la muerte del padre.

2.3.2.6 Banco de óvulos

Los bancos de óvulos, no se han desarrollado porque hasta el momento no se ha desarrollado una técnica de crioconservación, que garantice efectividad en sus resultados por lo que en la actualidad es más fácil garantizar, resultados positivos, en la conservación de semen o de embriones, por lo que concluimos que los gametos femeninos tienen una composición más compleja.⁵⁹

Cabe aclarar que aunque no se ha encontrado la técnica para conservar los óvulos, si hay donadoras, y las características de ellas son: una mujer casada de menos de cuarenta años y madre de niños sanos.

2.3.2.7 Banco de embriones

Los bancos de embriones⁶⁰ son creados con la finalidad de congelar los embriones que, posteriormente, son descongelados, para ser transferidos al organismo femenino y continuar allí su desarrollo embrionario.

En cualquier país en que se estén practicando técnicas de inseminación, hay decenas de miles de embriones congelados que, obviamente, no se implantarán en su totalidad y en el plazo máximo legal, que suele ser de dos a cinco años. En España, por ejemplo, se maneja como término legal de crioconservación de un embrión cinco años. Y a los padres biológicos

⁵⁹ Bustos Pueche, José Enrique, *Op. cit.*, p. 23.

⁶⁰ Para los efectos del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. En su artículo 6º, fracción II, señala que: " Bancos de órganos y tejidos: Todo establecimiento autorizado que tenga como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su preservación y suministro terapéutico;"

solo se les conceden dos años después de la crioconservación para poder hacer uso del embrión. Después de ese plazo podrán hacer uso de ese embrión algunos padres adoptivos que quieran ser padres.⁶¹

Para efectos de nuestro Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. En su artículo, 6º, fracción, XIII, dice; "Embrión: El producto de la concepción hasta la décimo tercera semana de gestación;"

2.3.2.8 A título oneroso

Es un sentir general, en casi todas los países, y además conforme a sus legislaciones, la prohibición de comercializar con los productos del cuerpo, ya sean tejidos o algún equivalente, células reproductoras masculinas o femeninas.

Se rechaza el fin lucrativos la donación de gametos o embriones, o de sus productos.

“ En el informe de procreación artificial humana de 1989, el Comité de Ministros del Consejo de Europa insistía en la no-comercialización de las donaciones de óvulos, semen y embriones o de sus partes, y también atribuía la paternidad legal, en caso de inseminación por donante, al marido o compañero que consintió la inseminación.”⁶² Los Organismos Internacionales, también se oponen a que se realicen estas donaciones con fines lucrativos, aunque, en sentido estricto, si encontramos fines lucrativos, ya no sería propiamente una donación.

Para efectos de nuestro Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. En su artículo 21 señala:

“La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito.”

⁶¹ Bustos Pueche, José Enrique, Op. cit., p. 164.

⁶² Idem., p. 136.

Al respecto el, artículo, 22, del mismo Reglamento precitado dice:

“Se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.”

Por lo que se desprende de estos preceptos, en nuestra legislación, la donación, de células reproductoras o de embriones, debe ser altruista.

2.3.2.9 A título gratuito

La regla general, es la gratuidad en todas las aportaciones a bancos, cuando se trate de óvulos, espermias o embriones. Lo que se desprende es que este tipo de donaciones deben de realizarse con fines altruistas y no comerciales o lucrativos, por mucho, debería pagarse a los donadores los gastos que ellos realizarán, por faltar a su trabajo, los de traslado al lugar, y los días que necesiten de reposo.

La legislación española, señala en su Ley de Reproducción Asistida, en su artículo 5-1:

“ La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas en esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto, concertado entre donantes y el centro autorizado, Art. 5-3 La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”.

Por otro lado, Organismos Internacionales como el Consejo de Europa, a través del Proyecto de Recomendación n.º 87 del Comité de Ministros a los Estados Miembros (CAHBI, Estramburgo, 3 de octubre de 1988) en el Principio 9-1, señala que la donación de óvulos, de espermias de embriones y de cualquier elemento obtenido de éstos no puede dar lugar a ningún beneficio. Sólo podrán ser reembolsados al donante la pérdida del salario así como los gastos de desplazamiento u otros directamente causados por la donación, y en el 9-2 preceptúa que la persona u organismo público o privado que está autorizada para ceder los gametos con fines de procreación artificial o de investigación no debe de hacerlo con un objeto de lucro.⁶³

⁶³ Herrera Campos, Ramón, *Op. cit.* p. 53.

Por lo que hace a nuestra legislación esta aquí la Ley General de Salud en su artículo 327 asimismo, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en su artículo 21 señala:

“La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito.”

Por lo que, no queda duda, que nuestra legislación a seguido los lineamientos, de otros países y los internacionales, para que la donación de células reproductoras y embriones, sea gratuita y con fines altruistas.

2.3.2.10 A título nominativo

Lo mejor en este tipo de donaciones es el anonimato de los donantes, porque evitar problemas de diferente índole, desde los psicológicos hasta los legales, cuando el donador quiera reconocer la paternidad del bebé, o los psicológicos, para que el niño no se sienta menos que cualquier otro, aunque esto dependería en mucho de su educación.

En el último de los casos, la única forma de saber la identidad de los donadores sería por fines terapéuticos, es decir cuando se quiera saber la procedencia de alguna enfermedad genética del bebe, y la identidad del donador ayudara a curar o prevenir dicha enfermedad. También hay algunas corrientes que piensan que cuando el niño llegue a su mayoría de edad tiene derecho a saber quienes son sus padres genéticos.

2.3.2.11A título anónimo

La inseminación artificial heteróloga se caracteriza, fundamentalmente, porque la identidad de los donantes queda oculta para el marido o compañero estable y para la mujer que ha sido inseminada.

Cuando un matrimonio o pareja estable se somete a la inseminación heteróloga, porque padecen alguna causa de esterilidad, que les impide tener descendencia, si logran su objetivo, tratan de olvidar lo más posible el procedimiento por el cual tuvieron a su descendencia. El

anonimato que prevé la doctrina y algunas legislaciones, es una condición esencial para llevar a cabo la inseminación heteróloga. Además de que ayuda a eliminar, responsabilidades de todo tipo con los donadores de células reproductoras o embriones.⁶⁴

⁶⁴ *Idem.* p. 54 a 55.

CAPÍTULO III. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.

En este apartado trataremos de ubicar a la maternidad subrogada, en diferentes legislaciones del mundo, para conocer y analizar su normatividad, y realizar las comparaciones necesarias, sobre los criterios que manejan los diferentes países para regular los arrendamientos de útero, y también sobre la reglamentación de las técnicas de inseminación artificial, que son necesarias para hacer posible la maternidad subrogada.

3.1 En Suecia

El primer Estado en regular de forma específica la inseminación artificial fue Suecia, en su ley de 1984/1.140, de fecha 20 de diciembre de 1984, que entró en vigencia el día 1 de marzo de 1985.

En las disposiciones suecas, no se permite el nacimiento de hijos a través de la maternidad subrogada, cuando se obtiene como pago una contraprestación en dinero, como ganancia del servicio prestado.

La Ley impone un requisito, para que el procedimiento tenga validez y es que la mujer estéril adopte al niño de la madre que ha dado a luz, porque la legislación sueca, tampoco permite la adopción, cuando a cambio se da una retribución económica. En general no se permite el comercio para obtener hijos así se pueden realizar los contratos de "Sustitución de útero", pero sin que haya de por medio una compensación económica.

En este país, para darle validez a la maternidad subrogada, además de cumplir con la prohibición de no comercializar con la maternidad subrogada, se debe dar eficacia jurídica a la relación de filiación de la madre contratante con el hijo, a través de la figura de la adopción.⁶⁵

⁶⁵ *idem*, p. 64.

3.2 En Francia

En este país se hizo una propuesta de ley presentada a la Asamblea Nacional francesa, el día 18 de mayo de 1984, la cual establece la nulidad de pleno derecho, a todo contrato que se realice de maternidad subrogada, que se trate de la concepción de un niño.

En Francia a pesar de las disposiciones, existe desde julio de 1983, L.A.N.I.A.S. (Assotiation Nationale pour l' Insemination Artificielle par Substitución) y desde octubre de 1983 la Asociación "Meres D'Acueil" (madres de acogida), con sede en Marsella y presidida por el Dr. Sacha Séller, conocido por remunerar las donaciones de espermias.

El primer caso de alquiler de útero lo realizó el Dr. Séller, con Patricia, y se trato de simular el hecho de la remuneración, por medio de declaraciones a la prensa, con el fundamento de que fue por fines altruistas, y decía "se trataba de responder al desamparo de una pareja estéril a punto en esos momentos de suicidarse". La Secretaria de Estado para la Sanidad, indicó que dichas asociaciones de madres substitutas eran ilegales.⁶⁶

El Tribunal de apelación de París, en contra de la corriente sostenida por el Consejo de Estado francés y el Comité Nacional de Ética, el día 15 de julio de 1990, concede la adopción de dos niñas nacidas por maternidad subrogada a las esposas de los padres biológicos.

La sentencia consideró que la adopción de Marie y Elise era legal, desde el momento en que la madre gestante renuncia a sus derechos sobre el bebé que le pertenece conforme a la ley, por un acto de abandono de manera voluntaria y definitiva. El Tribunal de apelación consideró, por otro lado, que la donación de un niño, es semejante, jurídicamente a la que se realiza con órganos, que es admitida por la ley, y por haber una contraprestación económica por el servicio de arrendamiento de útero, no se considera que haya un daño a la sociedad.⁶⁷

⁶⁶ Ídem, p. 66 a 67.

⁶⁷ Diario El País, Madrid, España, 12 de octubre de 1990, p. 23. Nota tomada de Gómez De la torre Vargaz, Mariceruz, Op. cit., p. 221.

En este país, podemos analizar el caso de las hermanas gemelas, Magali y Christine, donde la primera, como consecuencia de un accidente queda estéril, y su hermana Christine le ayuda, siendo ésta inseminada con semen de su cuñado, gesta durante los nueve meses al niño y después lo entrega a su hermana Magali, en este caso Christine, tuvo que someterse a un tratamiento psicológico, por la tensión que implicó gestar al niño para después entregarlo.⁶⁸

En Francia, podemos observar, que aunque existe prohibición expresa por la ley y por los tribunales de llevar arrendamientos de útero, por medio de pagos en dinero, en la práctica se llevan acabo, además existen asociaciones profesionales que se dedican a esa actividad, y por si fuera poco los mismos tribunales han convalidado la adopción de los niños a las esposas de los padres biológicos.

3.3 En Inglaterra

En Gran Bretaña el informe Warnock del mes de junio de 1984, dice que existe una laguna legal, y que como consecuencia no es perseguida la maternidad subrogada, no obstante debe realizarse una ley y además tendría que considerarse como delito, cuando se haga por dinero. En el Reino Unido y en Irlanda del Norte, se ha aprobado recientemente una ley, en la que se prohíbe realizar de manera comercial al arrendamiento de útero, llegando hasta el extremo de penar la publicidad para propiciar dichas contrataciones, y la gestación.⁶⁹

El Reino Unido realizó una ley para reprimir el posible tráfico lucrativo, en relación con estas prácticas. Se trata de la *Surrogacy Arrangements Act 1985*. Esta Ley recogió la primera recomendación al dejar claro que queda prohibido comercializar con la maternidad subrogada. En su párrafo 2, menciona que; cualquier actividad, sean personas físicas o morales, de mediación lucrativa entre quienes podrían participar en este tipo de contratos, y la publicidad y propaganda para facilitar dichas contrataciones. En relación con el (párrafo 3), menciona que: la ley prohíbe las negociaciones de cualquier índole y participación en materia de maternidad subrogada "*on a comercial basis*". Pero tiene sus excepciones, porque no castiga a los particulares, a la mujer que arrienda su útero, ni tampoco a la pareja que requirió

⁶⁸ *Ídem*, p. 202.

⁶⁹ Herrera campos, Ramón, *Op. cit.*, p. 66.

el servicio, aunque como contraprestación de dicho servicio haya mediado una cantidad de dinero. Lo que se pretende prohibir no es tanto el lucro en los servicios de maternidad subrogada. Lo que se quiere prohibir son las asociaciones mediadoras en estos servicios con fines mercantiles de mediación.

La Ley inglesa, la Human Fertilisation and Embryology Act 1990, recoge la segunda recomendación, contenida en su parágrafo 36, cuando declaró que no es ejecutable ningún acuerdo de maternidad subrogada; y la en su parágrafo 27, ordena que la madre que gestó al hijo sea considerada como madre para todos los efectos legales.⁷⁰

El caso que enseguida se analiza, se registró en 1978 en Inglaterra, con un juez de la división familiar, del máximo poder Judicial de este país, es decir de la Suprema Corte de Justicia inglesa, al dar el fallo de un caso que tenía por objeto la disputa de un niño nacido como consecuencia de un arrendamiento de útero. Una pareja, con un problema de esterilidad, que vivía en unión libre, decidieron hacer uso del servicio de arrendamiento de útero, para lo cual contrataron a una mujer, para que fuera fecundada con células reproductoras de su marido, y convinieron que cuando diera a luz al niño, iba ser entregado a la pareja.

La mujer que arrendó su útero, tenía como profesión la de sexo servidora, que por la cantidad de tres mil quinientas libras esterlinas acordó en embarazarse. Una agencia clandestina dedicada a la subrogación, hizo las gestiones necesarias para que una clínica la inseminara con éxito. El acuerdo fue que los gastos de embarazo y del parto corrían a cargo de la pareja y la cantidad pactada se daría al momento de entregar al niño.

La mujer al dar a luz al niño, se negó a entregar al bebé, aún ofreciéndole más dinero, no quiso cumplir el contrato. El padre biológico acudió a los tribunales competentes, para solicitar la custodia y control del niño, dicha pretensión le fue negada, se le atribuyeron las obligaciones que se derivan de un hijo ilegítimo, es decir las de darle alimentos hasta que fuera mayor de edad. Y a cambio tenía el derecho de visitarlo. La madre legal del niño, se inconformó contra el derecho del padre biológico a visitar al niño, y la Suprema Corte resolvió

⁷⁰ Bustos Pueche, José Enrique. *Op.cit.*, p. 180 a 181.

de forma unánime, en el sentido de que se le revocara al padre el derecho de visitar y además la publicación de los incidentes de su concepción y nacimiento.⁷¹

En este caso la maternidad quedó determinada por la mujer que dio a luz al niño, era madre legal ante la ley, y también era madre, lo que si se podría pelearse era la paternidad, pero como se dieron las cosas y como fue un padre derivado de un arrendamiento de útero, la Suprema Corte decidió quitarle los derechos que se derivan de la paternidad, dejándole solo la obligación de dar alimentos.

3.4 En España

España es considerada como el primer país Europeo en emitir una Ley que regula, de manera sistemática, la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Aunque hay que hacer mención que anteriormente, es decir, el 22 de diciembre de 1985. Suecia había dictado una ley que regulaba de forma exclusiva la inseminación artificial.⁷²

España es uno de los pocos países donde se tiene regulada la maternidad subrogada. El Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria del día 10 de abril de 1986 (la cual fue dedicada a la gestación por sustitución) contiene estas tres recomendaciones, que a continuación se transcriben:

Recomendación 115: “Deberá prohibirse la gestación de sustitución de cualquier circunstancia”.

Recomendación 116: “Deberán ser objeto de sanción penal del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen”.

Recomendación 117: “Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución”.

⁷¹ Waller Louis, **Borne for another**, *Monash University Law Review*, tomo 10, sept. 1984, p. 119. Nota tomada de Hurtado Oliver, Xavier, *Op. cit.*, p. 66 a 67.

⁷² Gómez De la torre, Vargaz Maricruz, *Op. cit.*, p. 30.

El 20 de octubre de 1988, en el Pleno del Congreso de los Diputados se votaron las enmiendas a la Proposición de Ley, procedentes del Senado y la Ley de Reproducción Asistida que fue aprobada por las Cortes Generales. El 24 de noviembre es publicada en B.O.E. número 282 del día 26 de ese mes, y se publica en el B.O.E. número 284 una corrección de errores, por medio de lo cual la Ley de Reproducción Asistida entra en vigor en España.

El artículo 10. 1 de esta Ley dice lo siguiente:

“Artículo 10.1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamar de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”⁷³

En el artículo en comento, podemos decir, que de manera expresa prohíbe y dispone serán nulos los contratos de maternidad subrogada, con independencia de que haya o no una contraprestación económica, por el servicio de arrendamiento de útero, cuando se renuncian a los derechos de filiación derivados de una madre para con su hijo. Además, para que no quede duda alguna, establece que la filiación de los hijos se determina por el parto, es decir por la mujer que da a luz al niño, y la paternidad la puede reclamar el padre biológico, por medio de las acciones que le concede la ley, pero no queda determinada previamente por dicho contrato.

Hay que advertir, que la sanción civil en estos casos, es la nulidad de pleno derecho de los contratos, pero ésta puede ir acompañada de otra sanción penal. El Código Penal español en sus artículos, 220 y 221, castiga el *delito de suposición de parto*, que consiste sencillamente, “en el hecho material de la ficción del alumbramiento” (S.T.S.287-IX-1963, A.N.º 3852) de manera que se atribuya la maternidad de la criatura a quien no dio a luz. Y naturalmente, caben las distintas formas de participación en el delito: autoría, complicidad y

⁷³ Herrera Campos Ramón, *Op.cit.*, p. 68 a 69.

encubrimiento. Esas agencias mediadoras o aquellas profesionales sanitarios, además de los autores directos, podrían incurrir en responsabilidad penal.⁷⁴

3.5 En Estados Unidos de Norte América

En este país existe un abogado llamado Noel Keane, quien se auto denomina el “padre” de la subrogación en maternidad, lo dice en un libro publicado en los Estados Unidos denominado (*The surrogate mother, Pinguin Editors, New York.*), en el cual se cuentan los casos más sobresalientes de maternidad subrogada.⁷⁵

La maternidad subrogada, ha tenido un gran desarrollo en los Estados Unidos. El autor Silva Ruiz explica ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia:

“en los Estados Unidos, la opinión más generalizada postulaba la necesidad de aprobar una legislación especial, que resolviera los múltiples interrogantes que suscita el contrato de maternidad subrogada, pues tal parece que se trata más de ‘un acuerdo de caballeros, que de un contrato.

Varios proyectos de ley se han presentado, pero, que conozcamos, ninguno ha sido aprobado aún y la legislación estatal vigente sobre inseminación artificial, no resuelve las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea”⁷⁶

Uno de los principales motivos, para que en los Estados Unidos, se modificaran sus criterios legislativos sobre la maternidad subrogada, fue el hecho de la falta de leyes que la prohiban o reglamenten, lo que contribuyó para que este tipo de convenios aumentaran paulatinamente.

Los que a toda costa se pretende, es la validez y flexibilidad de los contratos de arrendamiento de útero, que a todas luces es un negocio prospero en los Estados Unidos, es vago el fundamento de que la procreación es una garantía individual, que va implícita en el

⁷⁴ En el Código Penal vigente es el art. 220.

⁷⁵ Hurtado Oliver, Xavier, *Op., cit.*, p. 65.

⁷⁶ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Op., cit.*, pp. 374 a 375.

derecho a la privacidad, y que su impedimento constituye una trasgresión y, como consecuencia, una violación a las garantías individuales.

El derecho a la privacidad, conforme a la carta magna norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a excepción de que éste, tenga a bien demostrar la existencia de un interés superior, es decir un interés social o público, que sirva como justificación de su acción.

La declaración de la existencia de ese derecho proviene de la decisión de la Suprema Corte de Justicia al resolver casos de anticonstitucionalidad de leyes Estatales en relación con la procreación. Y son los siguientes:

En *Skinner vs. Oklahoma* (316 U.S. 535 (1942) al declarar anticonstitucional una ley de esterilización de los delincuentes, encontró que " *uno de los derechos civiles básicos del hombre era el derecho a estar libre de interferencias en su capacidad de procreación*", y declaró que " *el derecho a procrear es fundamental para la existencia y supervivencia de la raza*".⁷⁷

Como vemos en los Estados Unidos, tenemos una legislación más abundante en relación con la maternidad subrogada, y siguiendo la obra de Kleegman y Kaufman sobre *Infertility in Women*, Lori Andrews explica que estos autores llegaron a la conclusión de que las nuevas técnicas de reproducción humana, son recibidas en principio con una gran conmoción, y que va pasando a través de diferentes etapas, antes de ser aceptadas.

La autora explica que dentro de la " *etapa del horror*", señala, que en muchos proyectos de ley se rechaza cualquier tipo de maternidad sustitutiva entre esta tenemos a los Estados de Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin, mientras tanto otros sólo se oponían específicamente a la subrogación por medio de un pago (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pensylvania). Algunos proyectos, como el que se presento en el Distrito de Columbia y las propuestas alternativas para Florida y New York,

⁷⁷ *Journal of juvenile Law*, vol. 7. 1983. The Surrogate Child: Legal Issues and Implications for the Future. P. 85. Nota tomada de Hurtado Oliver, Xavier, Op., cit., p. 68.

rechazaban la subrogación retribuida, admitiendo la gratuita sólo si se sometía a una amplia reglamentación.

En el "*periodo de la negación simple*", que no contiene horror, también algunos legisladores se opusieron a la maternidad subrogada, en este caso no se consideró conveniente imponer penas privativas de libertad a las parejas que tratan de convertirse en padres por medio de este procedimiento, aunque la intención era desanimar a las parejas para que no realizaran este tipo de convenios, negando la validez a estos contratos. Y de este modo las Legislaturas de cuatro Estados (Connecticut, Illinois, North Carolina y Rhode Island) hicieron propuestas de leyes que hacían que los contratos de subrogación no tuvieran eficacia jurídica, es decir que fuesen inválidos e inexigibles.

Lo positivo de estas propuestas era que a la pareja y a la madre subrogada, no se les imponía una pena privativa de libertad, por participar en esta relación contractual, pero si la madre subrogada cambiaba de opinión, no se podría hacer exigible el contrato.

Durante la "*etapa de evaluación*", algunas legislaturas, en lugar de plantear disposiciones con relación a la maternidad subrogada, propusieron o autorizaron comisiones de estudio, con la finalidad de valorar los beneficios y los perjuicios de los contratos de subrogación. Los Estados que adoptaron esa corriente fueron Delaware, Indiana, Louisiana, Rhode Island y Texas, y habiendo sido propuestas en otros ocho Estados.

En la actualidad, dice Andrews, el "*periodo de aceptación*" esta de manifiesto en casi todos los últimos proyectos legislativos sobre subrogación, pues todos de alguna forma contienen la idea que debe haber una forma de ser admitida.

En estos nuevos proyectos, lo que se debe regular, son los casos en que las madres subrogadas deben ser pagadas; en qué casos la pareja que pretende la paternidad debe ser reconocida como los padres legales y, en qué plazo. En la cuestión pecuniaria, la mayoría de los nuevos proyectos la aceptan. Es verdad que en cuatro jurisdicciones: el Distrito de Columbia, Florida New York y Wisconsin, aceptan específicamente sólo la subrogación gratuita, por otra parte los proyectos legislativos de por lo menos una docena de Estados,

están de acuerdo con los contratos de maternidad subrogada, tanto los onerosos como los gratuitos, y son los siguientes; California, Illinois, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, New Jersey, New York, Oregon, Pensylvania y South Carolina. El proyecto de New Jersey autoriza la subrogación, limitando el pago a la cantidad de diez mil dólares. Y en el Estado de South Carolina, la subrogada no recibe más compensación que los gastos médicos, si ella aborta durante o después del quinto mes.⁷⁸

Lo que se debe aclarar es lo siguiente “ en los Estados Unidos existen más de veinte agencias intermediarias, que ponen en contacto a parejas estériles con mujeres que se presten a ser alquiladas. Hay también agencias de madres de alquiler, donde acuden tanto las madres que se ofrecen, como las parejas que las buscan, donde disponen de un catálogo de fotos y fichas técnicas de las posibles madres alquilables. Los honorarios sobrepasan los seis millones de pesetas (cincuenta mil dólares aproximadamente) que incluyen los gastos médicos y de abogados”⁷⁹. En Norte America sé esta comercializando con la maternidad subrogada, este o no prohibido.

El siguiente caso vale la pena mencionarlo, para observar uno de los problemas que se han presentado en la Corte Estadounidense, en materia de contratos de subrogación, y para observar en qué sentido se resolvió el conflicto.

El Tribunal de Instancia de Nueva Jersey, en el caso de “Baby M”, resolvió que el contrato de subrogación era válido y se podía aplicar de conformidad con las Leyes del Estado de Nueva Jersey. La resolución señaló que los derechos de las partes están protegidos constitucionalmente bajo la enmienda, 14, de la Constitución de los Estados Unidos (derecho fundamental a procrear).

Los motivos que hicieron que se diera este caso son: La esposa del Sr. Stern estaba en riesgo, porque padecía esclerosis múltiple, por lo cual se acordó con la Sra. Whitehead

⁷⁸ Notas tomadas del estudio de Andrews, Lori B., The Aftermath of Baby M: Proposed State Laws on Surrogate Motherhood, Hastings Center, Report, oct.-nov. 1987, p. 31 a 35. Nota tomada de Soto Lamadrid, Miguel Angel, Op., cit., pp. 374 a 380.

⁷⁹ Las nuevas formas de nacer, en rev. “Conocer”, Madrid, Tiempo, jul. 1985, n° 30, p. 37. Nota tomada de Soto Lamadrid, Miguel Angel, Op., cit., p. 380.

celebrar un contrato de maternidad subrogada. A la madre subrogada se le daría una contraprestación de diez mil dólares, por los servicios de procreación de la criatura, más los gastos médicos. De acuerdo a lo convenido, la Sra. Whitehad iba ser inseminada artificialmente con semen del Sr. Stern. Y como consecuencia ella renunciaría a sus derechos maternos, es decir a la custodia del niño a favor de los Stern, así mismo el nombre del Sr. Stern aparecería en el certificado de nacimiento del bebé. Una vez nacida la niña, la madre biológica y gestante se negó a entregar a la niña, los Stern demandaron a la Sra. Whitehead por incumplimiento del contrato.

El Tribunal de Nueva Jersey resolvió en el siguiente sentido: concedió la custodia de la niña "Baby M" al matrimonio Stern. Al mismo tiempo que privó a la madre subrogada de sus derechos maternos, negándole el derecho a visitar a su hija y permitió la adopción de la menor por la Sra. Stern. El tribunal en todo caso busca el bienestar y los mejores intereses de la criatura.⁸⁰

Lo que se ve en el desarrollo de las disposiciones legislativas de los Estados Unidos de Norteamérica, es que en de todo el mundo, es el más avanzado en cuanto a la regulación de la maternidad subrogada, en cualquiera de sus dos vertientes ya sea retribuida o gratuita.

3.6 En Argentina

Lo más que encontramos con relación a las técnicas de inseminación artificial, fue lo relativo, al artículo 250 del Proyecto de los Senadores Menem y Sánchez, al proponer que:

"en caso de que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, el marido sólo podrá impugnar la paternidad en el caso de que no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento".

Los Autores Zannoni y Bossert, comentan, que privó el criterio de que no era conveniente, todavía, consagrar normas relativas a la inseminación artificial ni a la

⁸⁰ Gómez De la torre Vargas, Maricruz, *Op. cit.*, pp. 215 a 216.

fecundación extracorporal y, seguramente por esta razón, la disposición proyectada fue eliminada, y se perdió la oportunidad de legislar en esa materia.⁸¹

En la realidad legislativa, no se ha legislado sobre las técnicas de inseminación artificial y, como consecuencia, tampoco sobre los contratos de maternidad subrogada.

3.7 En Alemania.

La Ley alemana, de fecha 13 de diciembre de 1990, castiga con pena de prisión y multa a quien fecunde un óvulo artificialmente para transferirlo a mujer que no fuera aquella de quien se extrajo (parágrafo 1. (1). 2.) Así como al que fecunde artificialmente o transfiera un embrión a mujer dispuesta a entregar al niño a tercero, después del alumbramiento (1 (1). 7). También en esta ley, las mujeres sustitutas quedan impunes. Se castiga a los profesionales sanitarios que intervienen en estas operaciones.

Como podemos observar la legislación alemana tiene una estricta prohibición, a realizar técnicas de inseminación artificial, con la finalidad de concertar una maternidad subrogada, aunque a la madre subrogada no se le castigue, a los profesionales que practiquen esta técnica si se les impone una pena.⁸²

3.8 En Italia

En este país, la doctrina esta dividida en dos vertientes, entre los que consideran el contrato de subrogación como nulo y carente de efectos jurídicos y, por otra parte, quienes intentan ponerlo en conexión con el Instituto de adopción. En este ultimo criterio se da la renuncia de los derecho materno-filiales, por parte de la madre subrogada. En lo que coinciden

⁸¹ Bosert-Zannoni, Régimen legal de filiación y patria potestad, pp. 178 y 179. Esta nota fue tomada de Soto Lamadrid, Miguel Angel, Op., cit., pp. 81 a 82.

⁸² Bustos Pueche, José Enrique, Op., cit., p. 181.

las ideas de los juristas italianos, es en considerar como no obligatoria la cláusula de entregar al hijo por parte de la madre subrogada.⁸³

Un hecho muy criticado en Roma, capital de Italia, fue aquel en el que un Juez concede una autorización para alquilar el vientre de una mujer, bajo el argumento de que la mujer cede su útero “por amistad y no por dinero”, y al mismo tiempo se autoriza al médico que lo va a realizar. El reportaje de Martha Lobato dice así:

Una juez italiana autoriza que una pareja utilice una madre de alquiler

“ ROMA.- Todavía no ha nacido pero ya ha sido objeto de una dura batalla judicial. Y no es casi nada en comparación con lo que le espera a este niño concebido en probeta con el óvulo fecundado de una joven pareja romana que será implantado en el útero de una amiga de la mujer estéril.

El caso, el primero desde la aprobación por los médicos italianos de un código deontológico, ha abierto un profundo debate sobre los límites de la fecundación artificial en un país que aún carece de una ley en esta materia.

La historia, que ahora ha estallado por sus repercusiones jurídicas, se remonta, desde el punto de vista humano, a hace unos años. Una mujer de 30 años tiene desde su nacimiento una malformación en el aparato genital que le niega la posibilidad de llevar adelante un embarazo, pero que no le impide producir ovocitos.

El aspirante a padre tiene 35 años y un sólo deseo: tener un hijo que sea genéticamente de su mujer y suyo. Para ello, en 1995, la pareja decide recurrir a la fecundación artificial y congelan unos embriones, en espera de encontrar una mujer a quien implantárselos, como les había sugerido el profesor Pasquale Bilotta, un ginecólogo romano muy conocido por algunas intervenciones audaces en el campo de la fecundación artificial.

⁸³ García Rubio, La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Civil español, pp 67 y 68. Nota tomada de Gómez De la torre Vargas, Maricruz, Op. cit., p. 208.

El año pasado, una amiga de la mujer se ofrece a ser la madre por nueve meses. Lo que ocurre es que, mientras tanto, la federación de médicos italianos aprueba un código deontológico que, en su artículo 42, prohíbe expresamente la «maternidad subrogada» o «alquiler de útero».

Sin embargo, la pareja no se echa atrás y recurre a los tribunales, confiando en el vacío legislativo existente en Italia en esta materia. (Ahora se ha preparado una ley muy restrictiva que está aún en discusión en el Senado).

El pasado 17 de febrero, una juez del Tribunal Civil de Roma, Chiara Schettini, da luz verde al profesor Bilotta para que implante los embriones congelados en la segunda mujer. Ante la falta de normativas, la juez autoriza la intervención porque ésta se lleva a cabo «por amor y no por dinero» y porque los embriones ya llevan cuatro años congelados.

Ante esta sentencia, los médicos italianos se levantan en armas. El presidente del Orden de Médicos, Aldo Pagni, recuerda la prohibición del artículo 42, y llueven las críticas contra Bilotta, quien se limita a comunicar la «inmensa alegría» de los futuros padres ante la sentencia.

La Fiscalía de la capital presenta una reclamación contra el veredicto de la juez Schettini, que ayer, sin embargo, fue rechazado por la XI sección del Tribunal Civil de Roma, autorizando indirectamente la intervención. Bilotta, que puede ser sancionado por el Orden de Médicos, ya ha anunciado que practicará la implantación en mayo.

La historia no acabará ahí: según la ley italiana, el niño que nacerá será hijo de la mujer que le dará a luz. Esta deberá proceder a no reconocerlo y así se abrirá el camino de la adopción. Los padres genéticos podrán solicitar el reconocimiento de paternidad a través del examen del ADN pero sólo podrán obtener al crío con la adopción.”⁸⁴

En este país, el hecho de carecer de una legislación que regule la figura jurídica de la maternidad subrogada, trajo como consecuencia que una juez, sin haber una disposición legal que se lo impida, autoriza a la pareja para llevar a cabo a través de otra mujer un embarazo, parece que el tribunal, se fundamentó en el principio de que lo que no está prohibido está permitido, aunque propiamente la figura jurídica que se va a llevar a cabo no es la de la

⁸⁴ Lobato, Marta, Una juez italiana autoriza que una pareja utilice una madre de alquiler. *El mundo*, Madrid, España, Sábado, 1 de junio de 2000, periódico, pp. s/p, en Internet no venian.

maternidad subrogada, sino que se va realizar su legalización a través de la adopción, es decir, ya que nazca la criatura, la madre sustituta va renunciar a sus derechos filiales que le corresponden en relación con el niño, y la pareja que solicitó el servicio, va realizar el padre un reconocimiento de paternidad del niño, a través de las pruebas de sus genes, para que posteriormente la pareja adopte al niño. Por falta de reconocimiento de la maternidad subrogada se tiene que recurrir a la adopción.

El médico autorizado para aplicar el procedimiento de fertilización, (al parecer tiene cierta trayectoria en este tipo de casos) es ginecólogo romano Pasquale Bilotta, quien se ha visto envuelto en polémicas con el mundo científico y bioético. Dirige un centro de fecundación artificial y en 1995 dio nacimiento a una niña implantada en el útero de la tía paterna de la criatura. Hace tres años, Bilotta volvió a la carga. Envuelto de nuevo por el revuelo, anunció la gestación de dos fetos de dos parejas disintas en el útero de una romana de 35 años. Las dos madres biológicas no podían engendrar hijos por padecer del corazón. Al parecer uno de los móviles de los Tribunales, para autorizar a la pareja fue la experiencia y el éxito de este doctor.⁸⁵

3.9 En Holanda

En este país se considera al contrato de maternidad subrogada nulo, porque *la causa del contrato es ilícita*, y si como contraprestación del servicio encontramos el pago de una cantidad de dinero, el contrato es contrario al orden público y a la moral.⁸⁶

En este país la doctrina se proclama en el mismo sentido que la legislación, están en contra de comercializar con el arrendamiento de útero, se apoyan en principios generales, es decir, que no se viole el orden público y la moral, y si lo interpretamos en sentido contrario,

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Enkelaar, C. C. M., Family Relations and Modern Medicine: Netherlands Report (XII th. International Congress of Comparative Law, Australia, agosto 1986), p. 16. citado por Silva Ruiz, Pedro, El contrato de maternidad substituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler, en Derecho de Familia. Tapia. Octubre 1987. p. 80. y también citado por Herrera Campos, Ramón, Op. cit., p. 68.

podríamos decir que si se realiza de forma gratuita si se permite el contrato. Porque ya no existiría la causa ilícita.

3.10 En Canadá

En este país, una parte de la doctrina canadiense, interpreta que el contrato de maternidad subrogada trae aparejado el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de una mujer, lo que pone en duda la validez del objeto de dicho contrato, de acuerdo a lo estipulado en el Derecho Civil de Québec, provincia de Canadá.

La ley de esta provincia, considera que procrear un hijo para renunciar a su patria potestad, cuando la madre subrogada de a luz, se considera contrario al orden público. Esta legislación le da el mismo sentido que la legislación holandesa.³⁷

³⁷ Boudouin, J. L., A Canadian Perspective. en Family relations in modern Medicine, XII International Congress of Comparative Law, Melbourne University, Canberra, Australia, Agosto, 1968, p. 30. Nota tomada de Gómez De la torre Vargas, Maricruz, Op. cit., p. 208 a 209.

CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada, es un término que empezaremos por definir, para conocer más sobre esta figura jurídica, ya que es el objeto principal de estudio en este capítulo, y en concreto sobre la problemática jurídica que se presenta en su regulación.

El tratadista Zannoni, dice:

“ se alude a la maternidad subrogada (del inglés *surrogate motherhood*) o *gestación por cuenta de otro*, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por un precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa.

En puridad, la maternidad subrogada o maternidad sustituta, se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues ella es quien aporta el óvulo que es fecundado con el esperma ajeno. En cambio la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación”.⁸⁸

La Iglesia Católica, en su *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, incluye bajo el rubro de madre sustitutiva a las dos hipótesis que maneja el tratadista Zannoni de la siguiente forma:

a) La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de *donadores*, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación, y

⁸⁸ Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España, octubre d 1987.

b) la mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con espermatozoide de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.⁸⁹

Para la Iglesia Católica, los dos casos los clasifica como maternidad subrogada, ya sea que la madre sustituta, aporte su óvulo, o cuando solo presta su útero. Pero para el autor Zanoni, en cambio solo es maternidad subrogada cuando ella solo presta su útero y no aporta el óvulo, y cuando la madre sustituta, presta su útero y aporta su óvulo, dice que es simplemente madre.

La maternidad subrogada, para nosotros, es total cuando la madre sustituta solo presta su útero para la gestación, es decir cuando el óvulo y el espermatozoide pertenece a la pareja contratante, y maternidad subrogada parcial, cuando la madre subrogada aparte de aportar su óvulo, también presta el útero para la gestación del niño. En estos casos si somos más estrictos, en el primer caso es madre de gestación y en el segundo madre gestante y biológica.

La maternidad subrogada también podemos clasificarla de *comercial*, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero; y de *altruista o gratuita*, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando más la pareja paga los gastos del embarazo y del parto.

4.1 Fundamento legal de la maternidad subrogada

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece y consagra derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la vida y a la conservación de la salud de los habitantes del territorio nacional, los derechos se han elevados a rango constitucional, ubicadas en su parte dogmática como garantías individuales.

⁸⁹ Nota tomada de Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Op. cit.*, p. 318.

4.1.1 Procreación como garantía individual

En lo que hace al artículo 4º, el cual sufrió una reforma, que fue publicada el día 7 de enero de 1983, en el Diario Oficial de la Federación. En la cual se adicionó el párrafo tercero, que a su letra dice:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la 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 disponga la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

El artículo, 14, en su párrafo segundo, a su vez dice:

“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

En el artículo 4º, párrafo tercero, encontramos el fundamento de su ley reglamentaria, que es *la Ley General de Salud*. En la cual encontramos más detallados los derechos de salud, que tiene los habitantes del territorio nacional, podemos decir que es una garantía individual, porque encontramos al sujeto activo beneficiado en este caso al habitante del territorio nacional, y un sujeto pasivo es decir el obligado a brindar la salud, el Estado a través de las Instituciones de salud.

El artículo 14, párrafo segundo, nos garantiza y protege el derecho al valor más valioso del ser humano que es la vida, y también dicho derecho esta clasificado dentro de los derechos humanos.

4.1.2 En los derechos humanos

Los derechos humanos, doctrinariamente, están clasificados en generaciones, de acuerdo a la época en la que surgieron. A los primeros derechos se les conoce ahora como *derechos humanos* de la *primera generación* (son los clásicos: *derechos a la vida*, a la libertad, a la dignidad, a casarse, *a formar una familia*, al honor, a la honestidad, y un escueto derecho de participación política, entre otros.) En esta primera generación el que a nosotros nos interesa es el de formar una familia y el derecho a la vida, principalmente.

En los de segunda generación no menos importantes, “ se incorpora cierta extensión del sufragio, algunas libertades públicas y el progresivo reconocimiento de los grupos”⁹⁰

En la tercera generación, que son más de carácter social, entre los cuales encontramos “La tercera generación coincide con el denominado Estado Social y, junto con los derechos de las dos anteriores generaciones, se reconocen los derechos económicos (salario mínimo, protección económica de los menores, minusválidos, ancianos, etc.) y los derechos de prestación exigibles al Estado para garantizar materialmente su ejercicio: Derecho a la educación, a la tutela judicial, etc.”⁹¹

Por el año 1973 surgen los derechos humanos de cuarta generación, entre los que encontramos (derecho a una mejor calidad de vida, derecho a la paz, derecho al desarrollo) Esta nueva generación de ideas apunta a la relación del hombre con otros derechos en proceso de definición, a los cuales el jurista argentino Augusto Mario Morello resume como “*la hipoteca moral de entregar un mundo mejor a las futuras generaciones*”. Entre esta última categoría también se ubica un cúmulo de derechos que “compondrían un nuevo estatuto jurídico de la vida y del patrimonio genético de cada individuo en las sociedades democráticas, el cual se referiría a los nuevos problemas planteados en relación con el inicio de la vida humana (*fecundación artificial, investigación y crioconservación de preembriones*

⁹⁰ Gómez Sánchez, Yolanda, **El derecho a la reproducción humana**, Madrid, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1994, p. 24.

⁹¹ *Ibidem*.

y embriones humanos, etc.) y con el fin de la vida (trasplante de órganos y eutanasia en sus diversas modalidades.⁹²

Lo que debemos de aclarar es que estos derechos fundamentales para el ser humano no están reconocidos en las Constituciones de todos los Estados. Estos derechos muchas veces son reconocidos a través de *convenios internacionales*, de los que los Estados sean parte.⁹³

4.2 En la Ley General de Salud y sus Reglamentos

La Ley General de Salud es la Ley Reglamentaria del Artículo 4º, párrafo tercero de nuestra carta magna. En la cual se definen las modalidades para el accesos a los servicios de salud, la integración, objetivos y funciones del Sistema Nacional de Salud y se establece la distribución de competencias entre la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad en general.

El día 20 de febrero de 1985 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Reglamento de la ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos”.

El 27 de mayo de 1987 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de Reforma y Adiciones a la ley General de salud, en el que se establecen aspectos de importancia, como son el control del Estado sobre la sangre y la gratuidad de su aportación.

Por último, el día 26 de noviembre de 1987 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto que reforma una vez más el Reglamento mencionado que, de conformidad con lo expresado en el artículo 1º reformado, tiene por objeto “proveer en la esfera administrativa al cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados,

⁹² *Idem*, p. 24 a 25.

⁹³ Por, ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, que se convierte en pionera e inaugura la era de los tratados multilaterales; la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos y Libertades del Hombre (1950); el pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

productos y cadáveres de seres humanos, con fines terapéuticos, e investigación y de docencia. También declara que la ley es de aplicación en toda la república y sus disposiciones son de orden público e interés social”.

A través de sus órganos administrativos, que instituye, interviene en el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especializaciones que requiere el desarrollo nacional en materia de salud. Contemplado en el artículo 17, fracción IV, de la Ley General de Salud.

El artículo 68, fracción IV de la misma ley antes citada dice:

“IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana:”

Este es uno de los servicios que comprende la planificación familiar.

En el Título Segundo del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, en vigor desde el mes de enero del año de 1987, establece las normas para que se lleve a cabo, según sean los sujetos de la investigación.

El decreto que se comenta señala a la Secretaría de Salud como la competente para “emitir las normas técnicas a que se sujetará, en todo el territorio nacional, *la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados*, productos y cadáveres humanos, *incluyendo los embriones y fetos* (artículo 4°).

El Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, nos señala la competencia de la Secretaría de Salud y dice así:

“ La aplicación de este reglamento corresponde a la Secretaría y a los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo al Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias y en los términos de los acuerdos de coordinación que se suscriban para

formalizar las acciones que tengan por objeto promover e impulsar el desarrollo de la investigación."

En relación con este artículo sobre la investigación comprende lo que señala el artículo, 59, del mismo Reglamento, que a su letra dice:

"La investigación a que se refiere este capítulo comprende la que incluye la utilización de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, así como el conjunto de actividades a su obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final."

La investigación a que se refiere este artículo, sobre tejido se refiere a las células germinales masculinas y femeninas (espermatozoides y óvulos) y los embriones y fetos. Y su fundamento lo encontramos en el artículo, 55, del multicitado ordenamiento en cuestión, que dice:

"Artículo 55. Las investigaciones con embriones, óvulos, fetos, nacimientos, muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el título décimo cuarto de la ley y en este reglamento."

El artículo 56 del mismo ordenamiento, nos menciona, los casos en los que se aplica la fertilización asistida, para mayor abundamiento, transcribimos dicho artículo que dice:

*"Artículo 56. La investigación sobre **fertilización asistida** sólo será admisible cuando se aplique a la solución de **problemas de esterilidad** que no se pueda resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere con el del investigador"*

Este artículo señala que las causas de inseminación artificial no se pueden realizar de manera discrecional, sino que debe de ser como un medio para remediar una causa de esterilidad y que por ningún otro medio se puede solucionar, en este caso la esterilidad de la pareja.

El artículo, 90, del Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. El cual nos señala que se requiere licencia sanitaria en los siguientes casos:

"II. Los bancos de órganos y tejidos, los de sangre y los de plasma:"

Es decir, se necesita licencia sanitaria, para la obtención, manejo, suministro y para el establecimiento de los bancos de espermatozoides, de óvulos, de fetos y embriones o en su caso preembriones.

La definición legal de la *fertilización asistida* la encontramos, en el Reglamento de la Ley General de Salud, en Materia de Investigación para la Salud. En su artículo número 40, fracción, XI, y dice así:

"XI. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro."

En esta definición, de carácter legal, no se hace propiamente una descripción, solo nos enuncia los dos tipos de inseminaciones que hay , la homóloga, con células reproductoras de la propia pareja, y la heteróloga, en la que encontramos la aportación de los gametos de un tercero, ajeno ala pareja, y estos dos tipos de inseminaciones se pueden llevar acabo a través de la fertilización in vitro es decir (en vivo).

El precepto número 43, del mismo ordenamiento nos habla de los sujetos que deben de dar el consentimiento para llevar acabo la fertilización asistida y dice como sigue:

"Artículo 43. Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso."

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.”

Este precepto, nos habla del consentimiento, es lo que en doctrina se denomina voluntad procreacional, que debe presidir. Antes de llevar a cabo la fertilización asistida, los sujetos que en este caso deben de exteriorizar la voluntad son la mujer y su cónyuge o concubinario, y este último solo está exento de manifestarlo, en el caso en que esté imposibilitado o incapacitado para realizarlo.

El artículo 20, del mismo Reglamento, que tiene relación con el artículo anterior nos señala lo siguiente:

“Artículo 20. Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.”

El consentimiento, que se exterioriza, debe de ser informado, y por escrito, es decir, esta exteriorización de la voluntad debe de realizarse una vez que se tiene conocimiento y conciencia, detallada, de los riesgos y del tipo de procedimiento al que se va a someter.

El otro precepto que tiene relación con artículo 43 del mismo ordenamiento es, el artículo 21 que dice:

“ Artículo 21. Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- I. *La justificación y los objetivos de la investigación;*⁹⁴
- II. *Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyéndola identificación de los procedimientos que son experimentales;*
- III. *Las molestias o los riesgos esperados;*
- IV. *Los beneficios que puedan obtenerse;*
- V. *Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;*
- VI. *La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración de cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;*
- VII. *La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;*
- VIII. *La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.*
- IX. *El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;*
- X. *La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y*
- XI. *Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.*

⁹⁴ En el caso de la fertilización asistida, la explicación deberá versar acerca de por qué se recurre a ese medio alternativo de procreación y qué efectos tendrá la inseminación artificial en su cuerpo, cuál es el motivo por la que se utiliza la clase de inseminación a la que será sometida, la paciente y su respectiva pareja deberán entender la causa y razón de dicho procedimiento.

En el artículo anterior, se señalaron los requisitos, a los que se somete el sujeto, y su pareja para someterse en este caso al procedimiento de inseminación artificial, lo que más me llama la atención es que la pareja tiene la libertad de retirar su consentimiento en el momento que ellos lo consideren oportuno, en cualquier etapa del procedimiento, claro siempre que biológicamente sea posible.

El artículo 22, de dicha legislación nos habla de la forma en que deberá manifestarse, el consentimiento informado, y la forma requerida es por escrito y el precepto dice así:

"Artículo 22. El consentimiento informado deberá formularse por escrito..."

Podemos decir, que el requisito de forma del consentimiento, es un requisito formal ya que nos pide la forma escrita en la exteriorización de la voluntad del llamado consentimiento informado.

El Reglamento, en cuestión, también nos señala quiénes son los sujetos, que se pueden dedicar a prestar servicios relacionados con la fertilización asistida. Y en artículo, 14, Fracción VI, los define así:

*"VI. Deberá ser realizada por **profesionales de la salud** a que se refiere el artículo 114 de este reglamento, con **conocimiento y experiencia** para cuidar la integridad del ser humano, **bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud** que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación;"*

Para concluir la Secretaría de salud tendrá la responsabilidad de emitir las normas técnicas a que se sujetará todo el territorio nacional la disposición de órganos, tejidos y sus componente y derivados, incluyendo los embriones humanos, esto tiene su fundamento en el artículo, 4º, del reglamento antes citado.

4.2.1.Elementos de existencia

Los elementos de existencia, enfocados al contrato o convenio de maternidad subrogada, son el consentimiento y el objeto materia del contrato, uno de los problemas aquí es precisar cuál es el objeto indirecto, de este contrato, si es el útero o el producto de ese servicio, es decir *el niño*, porque las personas no pueden ser objeto de comercio, y desde ese instante, ya no existe el contrato de maternidad subrogada. Esos dos elementos serán analizados con más detalle en los en los siguientes numerales.

4.2.1.1 Consentimiento

En este caso, el contrato de maternidad subrogada, conforme al artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal el consentimiento es un elemento de existencia. Dicho artículo dice así:

“Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;*
- II. ..”*

El consentimiento se puede definir como la convergencia de dos o más voluntades, que concuerdan en un mismo objeto. Y en relación con el Reglamento de la Ley General de Salud, en Materia de Investigación para la Salud, el consentimiento informado, para poder llevar acabo la inseminación artificial debe ser por escrito, y los sujetos en este caso que exteriorizan su voluntad son la mujer (que es el sujeto de la investigación), y su marido o concubinario, y si anexamos, que la que va llevar en su útero el bebé es la madre subrogada también tendrá que converger su consentimiento, o de cualquiera de estos tres sujetos a través de su representante legal, esto de acuerdo a los artículos 20, 22 y 143, del Reglamento precitado.

4.2.1.2 Objeto

El objeto del contrato, también constituye, uno de los dos elementos de existencia del contrato, del cual encontramos su fundamento en el artículo 1794, fracción, II, del Código Civil para el Distrito Federal, y dice así:

“Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

I...

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”

El objeto que puede ser materia del contrato, como elemento de existencia debe cumplir ciertos requisitos, como son el objeto indirecto que es lo material en este caso, el niño o el útero, y el objeto directo en este caso al hecho, es decir dar o entregar al niño.

Como en este contrato se establece, una obligación de dar, debe cumplir con los siguientes requisitos, de acuerdo al artículo 1825, del Código Civil para el Distrito Federal, nos señala los siguientes:

“Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza; 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º Estar en el comercio.”

Aquí donde encontramos una muralla china imposible de rebasar, en el aspecto jurídico, ya que las personas no pueden ser objeto de comercio, en este caso de contrato de maternidad subrogada el bebé no puede ser objeto de comercio, por su naturaleza o por disposición de la ley, conforme a los artículos 748 y 749 del mismo Código precitado y, por lo tanto, el contrato sería inexistente, o como dice la doctrina habría una nulidad absoluta imposible de convalidar. En una resolución del Estado de Kansas, el Procurador manifestó su opinión al respecto, fue en el mes de julio de 1982, diciendo que: “El mayor impedimento para la validez de los contratos de subrogación es que son contrarios a la política estatal fundada en el antiguo principio legal de que los niños no son mercancías y por lo tanto no pueden ser materia de actos de comercio o de simple donación”.⁹⁵ Como podemos ver en cualquier parte del mundo

⁹⁵ Martin K. David, Washburn Law review, Vol. 23, 1984, p. 608. Nota tomada de Hurtado Oliver, Xavier, Op. cit., p. 60.

esta prohibido que el objeto de los contratos de maternidad subrogada sean los niños como mercancías.

El hecho positivo o negativo del contrato debe tener dos características: ser posible y lícito. Estos requisitos los encontramos contemplados en el artículo, 1827, del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra nos señala lo siguiente:

“ Artículo 1827. El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

- I. Posible;*
- II. Lícito.”*

El precepto señala la posibilidad del hecho. En la maternidad subrogada encontramos que el hecho si se puede realizar, en el aspecto físico, por medio de los avances de la técnica, y los perfeccionamientos científicos, es posible llevar acabo la maternidad subrogada a través de la inseminación artificial. En ese sentido no tenemos ningún problema, aunque jurídicamente tenemos una prohibición imposible de superar (las personas están fuera del comercio), pero por lo que hace a la licitud en el hecho objeto del contrato, se refiere a que no debe ser contrario a al orden público y a las buenas costumbres conforme al artículo 1829, del mismo código citado.

4.2.2 Requisitos de validez

Los requisitos de validez de un contrato son aquellos que muchas veces solo producen, nulidad relativa desde el punto de vista doctrinal, y que se pueden convalidar de alguna forma, y son los siguientes: vicios en el consentimiento, incapacidad legal de las partes, para contratar, cuando falta la forma exigida por la ley, licitud en el objeto, motivo o fin del contrato que se va celebrar.

4.2.2.1 Ausencia de vicios del consentimiento

Debe de haber ausencia de vicios en el consentimiento, para que dicho contrato de maternidad subrogada no sea afectado de validez (nulidad relativa), y encontramos su

fundamento en el artículo 1795, del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra nos señala lo siguiente:

"Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

I. ...

II. Por vicios en el consentimiento; "

En el análisis, de la fracción segunda, del artículo en cuestión, para que el contrato no sea invalidado debe estar libre de vicios al momento de exteriorizar el consentimiento, que significa que no ha sido derivada de error, dolo, o mala fe y que se ha exteriorizado libremente, sin violencia de ningún tipo ya sea coacción moral (amenazas) o física (fuerza), y que tampoco haya mala fe, encontramos su fundamento legal en los artículos, 1812, 1815 y 1816.

El contrato de maternidad subrogada, no puede firmarse bajo alguna amenaza, física o moral, que sufra cualquiera de las partes pero, principalmente, la madre subrogada, ni tampoco por medio de maquinaciones, engaños o artificios, para que la madre sustituta firme, o por medio de error, de la madre de alquiler, cuando ella piense que firma para realizar otro tipo de contrato y en realidad está firmando el de maternidad subrogada que implica llevar en su útero un bebé. Y no debe haber mala fe, que se da cuando una de las partes contratantes, conoce el error en el que va caer la madre subrogada y no le aclara su error sino que más bien lo disimula, al momento de firmar el contrato, es decir se le hace creer que al dar a luz no va entregar el bebé, cuando las otras partes saben que una de las obligaciones de ese contrato es la entrega del bebé. Cuando el contrato adolece de uno de estos vicios del consentimiento, entonces puede ser anulado. Además aquí le podemos aumentar que *el consentimiento debe de ser informado*, es decir a la madre subrogada se le dará una explicación de los alcances y consecuencias que le acarrearía el tener en su útero un producto, y de las alteraciones fisiológicas que podría sufrir su cuerpo. Esto en relación con los artículos 20, 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

4.2.2.2 Capacidad

En cualquier contrato debe haber capacidad de ejercicio por parte de quienes lo celebran, y cuando se firma un contrato y una de las partes contratantes carece de capacidad jurídica para contratar, dicho contrato no surte los efectos jurídicos para los cuales se celebró, porque puede ser invalidado. El fundamento legal lo encontramos, en el artículo 1795, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal. El cual nos señala lo siguiente:

“Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de una de las partes o de una de ellas:”

Se necesita que las partes que intervienen en el contrato tengan capacidad de ejercicio, para poder hacer valer por sí mismo sus derechos y obligaciones. Las personas que tienen incapacidad legal o natural, son los menores de edad, y los mayores de edad sujetos a interdicción, esto en relación con el artículo 450, del mismo ordenamiento precitado. Las partes que intervienen generalmente en un contrato de maternidad subrogada serían, la madre subrogada, y la pareja que vive en matrimonio o en extensión los que viven en concubinato, si lo relacionamos con el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Porque si las partes carecen de capacidad para contratar dicho contrato puede ser invalidado.

4.2.2.3 Forma

Para algunos contratos, que la doctrina los ha clasificado, como contratos formales, para que no se vean afectados de validez, se requiere que tomen la forma que nos exige la ley para determinado tipo de contratos, que la ley exige una forma especial. Y su fundamento lo encontramos en el artículo 1795, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra nos dice:

“Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

- I. ...
- II. ...
- III. ...
- IV. *Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."*

Los contratos en los que la ley, exige una forma determinada para exteriorizar la voluntad, forzosamente se tiene que cumplir con dicha forma, sino se quiere ver afectada de validez, y si se quiere que surta los efectos jurídicos para los que se celebró. Las formas en que generalmente se puede exteriorizar la voluntad son la forma expresa o tácita, en la primera de ellas se puede manifestar verbalmente, por escrito, y por medios electrónicos o de cualquier forma legal y, por signos inequívocos; la segunda surge de hechos o actos que autorizan presumir, desde el punto de vista legal, la expresión de su consentimiento. Esto conforme al artículo 1803 del mismo ordenamiento precitado.

El contrato de maternidad subrogada, revestiría la forma escrita, y por su formalidad, sería clasificado como un contrato formal. Esto en relación con los artículos, 20, 21, y 22, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. El cual nos exige la forma escrita para someterse al procedimiento de inseminación artificial, que es el caso que nosotros analizamos en la maternidad subrogada.

4.2.2.4 Objeto, motivo o fin del contrato

Los contratos, exigen que su objeto motivo o fin no sean ilícitos, para que no se vean afectados de validez, y pueden constituir los efectos jurídicos que se pretenden, encontramos su fundamento legal en el, artículo, 1795, fracción, III, del Código Civil para el Distrito Federal., que dice así:

"Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

- I...
- II...
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;"

Los contratos tienen una exigencia de la ley: que deben de ser lícitos, y se entiende que son ilícitos los hechos cuando son contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (esto conforme al artículo, 1830, del mismo ordenamiento). El fin o motivo determinante de la voluntad también debe de ser lícito. Es decir que si al celebrar el contrato de maternidad subrogada el fin se considera contrario al orden público y a las buenas costumbres, estaría afectado en su validez dicho contrato, si por el servicio de préstamo de útero, se cobra un precio, que también trae aparejada la obligación de entregar al niño, entonces el fin o motivo del contrato serían ilícitos. El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en sus artículos, 21 y 22, señala que la disposición de órganos y tejidos, se realizará a título gratuito, y además está prohibido el comercio de órganos o tejidos desprendidos o sean seccionados en una intervención quirúrgica, accidente o un hecho ilícito. Por lo tanto, consideramos que el contrato de maternidad subrogada cuando se cobra por contraprestación del servicio se constituye en un hecho ilícito y, por lo tanto, es un contrato afectado de validez.

4.2.3 Laguna en la legislación civil en cuanto a la maternidad subrogada

Por lo que corresponde al Código Civil para el Distrito Federal, no encontramos una sola disposición, en la que se contemple o regule la maternidad subrogada, ni como forma de contrato, ni como alguna modalidad en la filiación, o alguna forma parecida o similar a la adopción. En el supuesto que se diera un caso de maternidad subrogada y se aplicara dicha legislación, en materia de filiación se le aplicaría la regla general, de madre es la mujer que da a luz al niño, y la paternidad si se pudiese investigar, y se aplicaría la regla de la paternidad, si los hijos nacieron dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio será su hijo, o si nació dentro del matrimonio. El artículo que menciona al relacionado, con la filiación y la paternidad, derivado de las técnicas de inseminación artificial y que vale la pena mencionar es el artículo 326, párrafo segundo, que fue recién reformado y que dice así:

“Artículo 326. El cónyuge varón no podrá impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida a su cónyuge.”

Este artículo, es el único que contempla el caso en que concurre en un nacimiento de un niño las técnicas de inseminación artificial, en la cual si el bebé nace dentro del matrimonio, y dio su consentimiento para que se llevar a cabo, conforme al artículo, 43, del Reglamento de la ley General de Salud en Materia de Investigación, entonces este artículo implícitamente contempla la inseminación heteróloga, es decir que biológicamente, no coincidan los gametos masculinos o femeninos, con la mujer del matrimonio que va dar a luz un bebé. Pero en sentido estricto de la maternidad subrogada, no dice nada la ley en comento es omisa al respecto.

La misma ley señala que la filiación en ningún caso estará sujeta a ningún convenio, transacción o compromiso arbitral, su fundamento esta en el artículo, 326, de dicho Código Civil y, por lo tanto en este artículo se deja totalmente fuera a la maternidad subrogada, en la cual se podría contemplar adquirir la pareja contratante la filiación por medio del contrato de maternidad subrogada, y en el que la madre sustituta renuncie a sus derechos legítimos de filiación que se derivan del solo hecho de dar a luz al niño.

En nuestra legislación en comento, el artículo, 22, señala:

“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.”

Con fundamento en este precepto legal, el embrión concebido *in vitro* debe considerársele concebido para efectos legales desde el momento de su concepción de donde su condición de persona y su protección legal no esta en discusión.

4.2.3.1 La regulación de la maternidad subrogada en el nuevo Código Civil para el Estado de Tabasco.

En el Código Civil para el Estado de Tabasco es el único ordenamiento, de la República, en donde encontramos contemplada y regulada la figura jurídica de la maternidad subrogada. Esta Ley es de nueva creación, fue publicado en Villahermosa, Tabasco, en el suplemento al número 5696 del Periódico Oficial de 9 de abril de 1997. Fe de erratas publicada en el Suplemento 5761 de 22 de noviembre de 1997.

Analizaremos la forma en que dicho ordenamiento, contempla dentro del marco legal a la maternidad subrogada. En su título octavo referente a la filiación, en su capítulo II, dedicado a las presunciones de paternidad. Al respecto nos dice el artículo 324, lo siguiente:

“Artículo 324. Quienes se presumen hijos de los cónyuges.- Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana Artificial:”

En este precepto legal, además de presumir como hijos de los cónyuges, los nacidos después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, y los nacidos dentro de los trescientos días posteriores a su disolución, también se contempla los que nacen por las técnicas de inseminación artificial, que viene a constituir una novedad en nuestro marco jurídico.

El numeral 327, del mismo ordenamiento, nos dice cuándo no podrán desconocerse a los hijos por el varón. A la letra dice:

“Artículo 327. Cuándo no podrá desconocerse a los hijos.- El marido no podrá desconocer a los hijos... Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.”

Este artículo en comento trae como novedad, el hecho de que el varón una vez que ha manifestado su voluntad en términos claros y precisos para que su mujer sea inseminada, para tener un hijo, por los métodos de reproducción artificial, aunque se realice con esperma de un tercero donante, cuando él lo consiente, no podrá desconocer al niño.

En relación al artículo anterior, el numeral 329 del mismo ordenamiento nos habla de la imposibilidad de desconocimiento y dice así:

" Artículo 329. Imposibilidad de desconocimiento.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I...

II...

III...

IV...

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos."

Este precepto legal habla de una imposibilidad del varón para desconocer a un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de celebrado el vínculo matrimonial, cuando el consintió que la mujer se inseminara por los métodos de reproducción artificial humana, aun en el caso, de que la inseminación hubiere sido heteróloga. Y si es homóloga con mayor razón.

Las presunciones de paternidad se extienden hasta los hijos de concubinato, y están reguladas en su numeral 340, de la misma ley multicitada, y dice como sigue:

"Artículo 340. Presunción de los hijos de concubinato.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I...

II...

III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera

métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

En este artículo en comento, nos encontramos que el concubinario no podrá desconocer un hijo, que nazca después de los trescientos días posteriores a la disolución de la vida en común, cuando haya nacido, como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción artificial humana, aún cuando genéticamente, el óvulo o el espermatozoide, o ambos no pertenezcan a la pareja, cuando el concubinario lo haya consentido.

En este mismo ordenamiento, en comento, encontramos en el Capítulo IV lo referente a las pruebas de filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges. En su numeral 347 dice lo siguiente:

"Artículo 347. Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; ...

Sin embargo, como una excepción a esta presunción cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató."

Este precepto legal, es uno de los más importantes del Código Civil de Tabasco, con relación a la maternidad subrogada, porque encontramos la posibilidad de que la madre sustituta renuncie a la filiación del niño, que va dar a luz, ya sea que esta última aporte o no el óvulo y que la filiación se establezca legalmente, a favor de la mujer que contrata el servicio de incubación, también nos da la posibilidad de manera expresa de que la madre sustituta aporte el óvulo o no, o de que solo se le transfiera a ella el embrión, es decir puede que no sea ella la madre genética, sino que solo sea la madre gestante, pero de cualquier forma la filiación del niño que va parir, se establece a favor de la madre contratante. Este es el artículo que de manera expresa permite que se lleven acabo los contratos de maternidad subrogada, aunque no dice cuál deba ser el contrato.

En relación con el reconocimiento de hijo del nasciturus, que es el hijo concebido no nacido, el artículo 349, del mismo ordenamiento señala que:

"Artículo 349. Reconocimiento de hijo no nacido.- Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento..."

En este precepto legal, encontramos que, se puede realizar el reconocimiento de un hijo que no ha nacido, aún en el caso en que el producto no se encuentre en el útero de la mujer, lo que nos señala, es que estos reconocimientos van dirigidos, a los concebidos por cualquier método de reproducción artificial, incluyendo la fertilización in vitro, o en vivo, si lo relacionamos con la maternidad subrogada, entonces podríamos decir, que la pareja contratante podría reconocer como hijo a un embrión que ya se implantó o que va ser implantado, en el útero de una madre sustituta.

El artículo 360, del mismo ordenamiento, en relación con la situación de maternidad sustituta, nos dice lo siguiente:

"Artículo 360. Situación de maternidad sustituta.-Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo."

En este precepto legal se establece que el hijo de una mujer no podrá ser reconocido como hijo de otro varón que no sea su marido, y maneja como excepción el caso en que el niño naciera como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada, solo en este supuesto un hombre distinto a su marido podrá reconocer al niño como su hijo. Este artículo de manera expresa maneja la figura del contrato de maternidad subrogada, y a la madre sustituta.

El artículo 365 habla de los derechos del hijo reconocido, por algún método de inseminación artificial, y dice así:

“Artículo 365. Derechos del reconocido.- El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

I.- A llevar el apellido del que lo reconoce;

II.- A ser alimentado por éste;

III.- A percibir la porción hereditaria que fija la ley en casado de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión testamentaria; y

IV.- A ejercer los derechos que este Código concederé a los hijos póstumos

Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial.”.

En este precepto legal, in comento, nos señala los derechos de los que goza un hijo reconocido por su padre o madre o por ambos, y no excluye si no que los equipara, a los hijos que se reconozcan, y que hayan nacido como resultado de las técnicas de reproducción humana artificial, y si lo hacemos más extensivo, un hijo nacido derivado de un contrato de maternidad subrogada en el que se usaron los técnicas antes aludidas, goza de todos los derechos prescritos en este artículo, de la pareja que contrato el servicio de maternidad subrogada. Es decir, ese niño en relación con la pareja contratante, tiene derecho a llevar sus apellidos, a que lo alimenten, y heredar de ellos en caso de intestado.

4.2.4 Laguna en la Ley General de Salud y sus Reglamentos en cuanto a la maternidad subrogada.

En este ordenamiento jurídico encontramos contempladas las técnicas de inseminación artificial, inclusive contempla las dos clases que hay, la homóloga y la heteróloga, y el procedimiento de inseminación in vitro, pero estos procedimientos están reservados única y exclusivamente, para los matrimonios o parejas de hecho denominado concubinato, pero no contempla de manera expresa la regulación de la maternidad subrogada, aunque por los

procedimientos de inseminación artificial que tienen autorizados, y por los avances de la ciencia realmente si se podrían llevar a cabo. En el plano de lo concreto. Aunque para ser honestos en el marco jurídico no este permitido, pero tampoco hay una prohibición expresa.

4.3 En la jurisprudencia de otras naciones

En nuestro ordenamiento jurídico hasta la fecha, no existe jurisprudencia, relacionada con la maternidad subrogada, por tal motivo se me hizo importante, tomar solo como referencia la que se ha elaborado en otros países.

Estas son unas de las Jurisprudencias más representativas, de la forma como se ha dado solución, a los conflictos de maternidad subrogada, y aunque no es aplicable en nuestro país las anexo para tomarla como referencia.

I. "Cfr. Francois CHABAS, "Jurisprudence relative aux meres de substitution", La Revue du Praticien, n.º 37 del 10 de octubre de 1998, p. 95. El caso jurisprudencia más célebre es el conocido con el nombre de "Baby M", en los Estados Unidos. Los hechos fueron los siguientes: en febrero de 1985, la señora Mary Beth Whitehead firmo un **contrato de maternidad subrogada**, aceptando ser inseminada artificialmente con el esperma de William Stern y entregar el niño a su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. Al mismo tiempo, aceptaba ser sometida a una amniocentesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había "encargado", bajo pena de perder el precio convenido. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz a una niña (Melisa, de donde deriva el nombre del caso) y la entregó, o sin reticencias, a los Stern, quienes decidieron confiársela "a título provisorio y para su salud moral". Ella conservó a Melisa durante cuatro meses, sin intención de entregarla a los Stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial. En marzo de 1987 un juez declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Diez meses después, **la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey la restableció en sus derechos y declaró nula adopción hecha por la señora Stern. La niña fue declarada legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern. Fundándose en el interés superior de la menor, la Corte decidió que ella residiría normalmente con el matrimonio Stern, pero que la madre subrogada --que era la madre genética--, tenía un derecho de visita** (Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1988, p. 1227)".⁹⁶

⁹⁶ Andorno, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**, Madrid, Ed. Tecnos, 1998, p.142 y 143.

En esta jurisprudencia la corte resolvió, a favor del padre, biológico o genético, que aporó la célula reproductoras masculina y, es decir a favor de la pareja que solicitó el servicio de maternidad subrogada.

II.

"La Suprema Corte de California, Estados Unidos, por mayoría, resolvió que cuando, a raíz de un acuerdo de maternidad sustitutiva, **un cigoto formado por los gametos de un esposo y una esposa es implantado en el útero de otra mujer**, aquellos cónyuges son los padres naturales del niño, y que tal solución no afecta la Constitución de California ni la federal, ni tampoco el orden público. Con este fundamento confirmó **la resolución que consideró padres genéticos, biológicos y naturales del niño a los cónyuges, y no a la mujer que lo había llevado en su seno**, y que el contrato de maternidad sustituta era válida y exigible. El voto minoritario sostuvo que tales acuerdos exigen mostrar consideración suprema debe ser el bienestar del niño que el acuerdo ha hecho posible. En razón de ello, se aconsejaba la revocatoria de la decisión y la devolución de los autos a origen para determinar la paternidad en discusión sobre la base de los mejores intereses de la criatura (S.C.J. de California, Estados Unidos, 20-5-93, "Johnson c/Calvert", J.A: 1995-I-440; comentado por Wagmaister, Adriana M. y Levy, Lea M, La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica)".⁹⁷

4.4 Cuestiones jurídicas que se presentan con relación a la maternidad subrogada.

En este apartado, empezaremos por decir que la maternidad subrogada no está regulada en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, porque de ninguna manera está contemplada esta figura jurídica, ni tampoco en materia de Salud está regulada, para llevar a cabo los procedimientos de inseminación artificial y dar origen a un niño que nazca de una madre sustituta. Debemos aclarar que si están autorizados los procedimientos de inseminación artificial, ya sean homólogos o heterólogos. Y hasta la inseminación in vitro, con estas técnicas, que se cuenta y están autorizadas bajo ciertos requisitos, podría darse la maternidad subrogada, pero como anteriormente mencionamos, no está contemplada en el código Civil para el Distrito Federal, ni en la Ley General de Salud, ni en sus respectivos reglamentos.

⁹⁷ Cfr. Revista de Derecho privado y comunitario, No.9, Argentina, Ed. Rubinzal Culzoni, p.397 y 398.

En consecuencia, si en un caso hipotético se llegara a dar la maternidad subrogada, pasaría lo siguiente, si el óvulo y el espermatozoide, pertenecen a la pareja que requirió el servicio de préstamo de útero, y la mujer subrogada solo, aporta su útero, conforme a nuestro precitado código, tenemos el problema de que, en este caso madre legal fuese, la mujer subrogada, que dio a luz al niño, que tendría para todos los efectos legales los derechos y obligaciones que se derivan de la filiación, y el varón que aportó el espermatozoide, podría realizar un reconocimiento de su hijo, pero para la ley, la mujer de la pareja que solicitó el préstamo de útero, no tiene ninguna relación de filiación con el bebé, aunque ella haya aportado el óvulo. En esta no es común realizar una investigación de la maternidad, porque esta es indubitable, se establece con el parto de la mujer, aunque en sentido estricto la madre subrogada sería la madre legal, y la madre gestante, la mujer que aportó su célula reproductora sería la madre genética. Para ser más claros diremos que esos tipos de madres no existen en la legislación que analizamos, la salida que se puede dar en nuestra legislación a la maternidad subrogada, es que la mujer del varón que aportó su gameto, adoptara por la vía legal al niño, para que estableciera una filiación con el niño, sería por medio de la adopción, con la ventaja de que ahora solo existe la adopción plena, y las actas son iguales a las de un hijo consanguíneo, en este tipo de adopción tiene el hijo todos los derechos y obligaciones que tiene un hijo consanguíneo, para con el adoptado y para con toda su familia, el varón que aportó el espermatozoide, realizando un reconocimiento del niño como su hijo, le da solución al problema, es la salida que nos deja nuestra legislación, al no contemplar la figura jurídica de la maternidad subrogada, y al no dar la posibilidad de establecer la filiación a través de dicho contrato, además de ser inexistentes y, por lo tanto, no exigibles dichos contratos.

El jurista Soto Lamadrid opina lo siguiente respecto de la maternidad subrogada: “Por lo que toca a la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre, la mujer inseminada bajo promesa de compensación económica a cambio de la entrega del niño, será igualmente la madre, a todos los efectos jurídicos, por aplicación del nexo biológico y la visible *nulidad del contrato de subrogación materna*, pero no será así en la hipótesis de quien *sólo preste sus servicios de incubación*, receptando un embrión ajeno, porque en este caso de acuerdo con la orientación genetista de los códigos latinoamericanos que se apoyan en las pruebas biológicas, los padres serán quienes aportaron el material genético y no quien llevo a cabo el embarazo y

soporto el parto.”⁹⁸ En este comentario al trasladarlo, a nuestro marco jurídico, tenemos que, para nuestra legislación, cuando la madre subrogada, ya sea que porte su óvulo o no lo haga, si ella es quien da a luz, para nuestra ley sigue siendo la madre para todos los efectos legales, y sobre el contrato, también en cualquiera de las dos hipótesis el contrato es inexistente.

En la ley en comento no esta regulado el *contrato de maternidad subrogada*, además sería muy difícil encuadrarlo en alguno de los nominados y que maneja nuestra ley, además por inexistente dicho contrato. La solución para la maternidad subrogada, es la adopción, sobre todo si se puede demostrar la procedencia de los gametos cuando son de la propia pareja, además se podría dar una adopción en conjunto, siempre y cuando la madre gestante no se oponga, porque si ella no quiere no hay, y no existe ningún medio para obligarla.

4.5 Cuestiones jurídicas para mejorar a la maternidad subrogada

En este dilema de mejorar la maternidad subrogada considero importante lo que en su discurso menciono Grosman, que con relación a la filiación genética, admite que “ en el caso de la inseminación artificial, sea mediante semen del marido o de un tercero, ya no es posible hablar de una presunción de paternidad, porque el responsable de la procreación no surge por inferencia de las relaciones sexuales habidas entre hombre y mujer durante la época de concepción, sino por verificación directa de la cual ha sido el semen fecundante...”⁹⁹

Es decir que cuando, una pareja se someta a las técnicas de inseminación artificial, ya sea con semen del marido o de un tercero, si el marido da su consentimiento, ya no habría la posibilidad de poner en duda la paternidad del niño, porque ésta se establece por el consentimiento del marido para que la mujer se insemine artificialmente, así el hijo nacido de inseminación artificial heteróloga, de fecundación *in vitro* con óvulo de la mujer y semen de un donante, debe ser considerado, en una reforma legal, como hijo de matrimonio. Así la paternidad del marido se apoya en su voluntad de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del procedimiento de fecundación asistida, y esta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico, como origen de la relación paterno filial.

⁹⁸ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Op. cit.*, pp. 79 y 80.

⁹⁹ *idem.*, p. 78.

En este orden de ideas si se reconoce, que por el consentimiento del marido, se establezca la relación paterno filial, aunque la inseminación haya sido con semen de un tercero donante, entonces también es posible establecer una relación paterno filial, y materno filial, si se reconoce que la filiación de un niño, puede estar en personas distintas, de la mujer que lleva en su vientre el niño, cuando esa madre subrogada a dado su consentimiento. Y en consecuencia ha renunciado a su relación materna filial para con el niño, más aún cuando ella no aporta el óvulo, sino que solo realiza el papel de incubadora.

4.6 Cuestiones jurídicas que se presentan en la inseminación

Uno de los bemoles que se presenta en la inseminación artificial es como se sabe, el del secreto, con el que suelen ir unidos el de la investigación de la paternidad, pues si ésta se permite, el secreto se devela, al menos parcialmente. La doctrina dominante se muestra contraria al secreto. Pantaleón, se opone al secreto de los donadores. Por su parte Maria Corona Quezada piensa que el conocimiento del propio origen es uno de los elementos más relevantes de identificación de la persona. Y otros doctrinarios están en contra de que se revele la identidad de los donadores como la Jurista Lacruz, y también la resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, cuando plantean que se permita la inseminación artificial, y la fecundación *in vitro*, pero uno de los requisitos que exigen es el anonimato del donador y otra corriente ecléctica piensa que solo cuando, sea obligatoriamente necesario, es decir cuando se necesite saber su origen, para curar o prevenir alguna enfermedad, y cuando tenga la mayoría de edad a petición del interesado. La verdad es que para fines prácticos más vale el anonimato de los donadores, en la inseminación heteróloga, y fecundación *in vitro*, que es donde se presentan dichos problemas.¹⁰⁰

Una de las cuestiones que se plante, es que con los avances de la técnica, las mujeres se pueden inseminar una vez que ha fallecido su marido (llamada fecundación post mortem). Uno de los problemas que se presenta es el determinar, si ese niño se considera como hijo de matrimonio, para todos los efectos legales, desde el derecho a la filiación con la persona de

¹⁰⁰ Bustos Pueche, José Enrique, *Op. cit.*, p. 136.

donde procede el espermatozoide, hasta el derecho a la herencia, o el poner una prohibición a este tipo de inseminaciones, que solo se puedan realizar, cuando el de cujus, haya dejado su voluntad expresa en algún documento público, que puede ser en testamento, o en el mismo banco donde se encuentra congelado el semen. Y su excepción sería que cuando no haya dado el de cujus su voluntad para que a mujer fuera inseminada después de su muerte, el niño no se considere como hijo del matrimonio.

4.7 Cuestiones jurídicas que se presentan en la fecundación *in vitro*

Uno de los problemas, consiste en el hecho de determinar, el fin que van a tener los embriones sobrantes, derivado de los procedimientos de inseminación artificial, y en concreto de la fecundación *in vitro*, se autoriza en la investigación científica hasta por 14 días, después de haberlos fecundado, como plantea la doctrina, y algunas legislaciones como la española, o si se prohíbe la investigación con embriones, lo más ideal sería solo fecundar los embriones que se van a utilizar, pero como siempre hay sobrantes, estos tienen que ser desechados, y por lo tanto muertos, o si se permite que otras parejas los adopten, no se podría desechar, porque nuestra legislación civil, los protege desde el momento de la concepción, o esta sería una excepción a la regla.¹⁰¹

Sobre estas cuestiones, el Informe del Comité de Expertos del Consejo de Europa, como consecuencia de sus sesiones celebradas del 9 al 12 de octubre de 1984, en Estrasburgo, recomendaba a los Estados miembros, limitar de forma estricta el número de embriones obtenidos por fecundación *in vitro*, y expresaba su deseo de que, si fuera posible, fueran transferidos todos los embriones obtenidos. Y en 1986, el Comité de expertos en Ciencias Biomédicas, que reemplazó al anterior Comité en el Consejo de Europa, apoya aquellas recomendaciones e, incluso, la alternativa II del principio 15 del nuevo documento (Principios provisionales sobre las técnicas de Procreación Artificial Humana y ciertos procedimientos llevados a cabo en embriones en conexión con esas técnicas) y de forma expresa la posibilidad de que sobran embriones: todos deberían ser transferidos al útero de la mujer de quien los ovocitos procedían.

¹⁰¹ *Idem.*, p. 168.

En relación con dichas recomendaciones cabe mencionar que este organismo europeo, de 1990, sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, manifiesta el rechazo a la criopreservación por una doble razón: 1. Porque abre el camino a la investigación sobre embriones, y resulta indeseable, y 2. Porque supone de igual forma "solución técnica" al hecho de la fecundación de embriones en número superior al del que van a ser trasplantados, sin la cual se encontraría más reparos en procurar esta fecundación múltiple que tampoco se estima deseable.¹⁰²

En la problemática sobre los embriones sobrantes, muchas veces el éxito de dicho procedimiento no solo depende de los técnicos encargados, de realizarlo, tendría que ser tan perfecto que solo fecundarán el óvulo que van a implantar en el útero, y que a la primera se pudiera implantar en la matriz, y desarrollarse el embrión normalmente, lo cual es muy difícil de conseguir, por factores ajenos a los técnicos que llevan acabo dicho procedimiento.

En la legislación española de 1988, acepta, la existencia de embriones sobrantes y provee a su criopreservación por plazo de dos o cinco años, según procedan de los propios usuarios de las técnicas para conseguir su descendencias, o de terceros donantes. Pero además, la Ley de 28 de noviembre de 1988 también contempla, expresamente, el llamado diagnóstico preimplantatorio, esto es, al que se somete un embrión en la fecundación in vitro, antes de su transporte al útero, a fin de cerciorarse de que no adolece de enfermedad o defecto que impida su viabilidad. Su artículo 12:1, dice así:

"Artículo 12.1. Toda intervención sobre el preembrión, vivo, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o desaconsejar su transferencia para procrear"

La intervención, que se autoriza en este precepto jurídico, es para evitar cualquier enfermedad del futuro niño, no es con fines de carácter experimental, la disposición de la ciencia, en este caso con fines benéficos para el producto, derivado de dicha técnica.

¹⁰² Bustos Pueche, José Enrique, *Op. cit.*, p 155.

Uno de los problemas que se plantea en la fecundación, in vitro es el que se refiere a las usuarias de dicha técnica, la doctrina y los organismos internacionales se manifiestan en pro de las parejas por matrimonio o parejas de hecho, para que sean las que puedan verse beneficiadas, y no dejarlo abierto al capricho de cualquier persona, y más que nada es como una alternativa para, dar una solución a los problemas de esterilidad, y en particular el Reglamento de la ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en su artículo 43, señala que el consentimiento para llevarse cabo será el de la mujer y su cónyuge o concubino, lo que nos indica que dichas técnicas están reservadas, para las parejas que vivan en matrimonio o en concubinato.

4.8 . Reglamentación de la maternidad subrogada

El hecho de reglamentar la maternidad subrogada, para algunos, en estos tiempos, no implica una necesidad para la sociedad mexicana. Los partidarios de esta tendencia serían aquellos que no requieren de dichos avances científicos, pero las personas que en esta técnica tienen puestas sus esperanzas para poder tener un niño, para ellos sería una necesidad latente. Una de las cuestiones por las que no se le da tanta importancia a la regulación de esta figura jurídica de maternidad subrogada, es porque no se cuenta con estadísticas sobre el número de casos que se han llevado acabo en México, en los hospitales que cuentan con la infraestructura para realizarlos, que son el Centro Médico la Raza y el Hospital Centro Médico, los casos que se han llevado acabo, es Información confidencial para estas instituciones y dicha información no esta a disposición de cualquier persona.

Lo que sí es un hecho es que hay empresas internacionales, y de otros países, y hasta mujeres que de manera individual ofrecen sus servicios de préstamo de útero, y esto a través de la red de Internet, y como ejemplo bajamos un anuncio para mostrarlo y es el siguiente:

Re: Quiero alquilar mi vientre

[[Seguimiento](#)] [[Agregar mensaje](#)] [[Foro de Adopción](#)] [[FAQ](#)]

Agregado por Luis Jaime Garza el Enero 11, 2001 a las 17:08:48:

En respuesta a: **Quiero alquilar mi vientre** agregado por Melisa en Diciembre 25, 2000 a las 14:03:41:

Hola Perla, por favor escíbeme al luisjaime2002@yahoo.com.mx

Somos una pareja que deseamos tener un bebe, por favor contáctame.

Seguimiento:

Agregar mensaje

Nombre :

Tema :

Re: Quiero alquilar mi vientre

[[Seguimiento](#)] [[Agregar Mensaje](#)] [[Foro de Adopcion](#)] [[FAQ](#)]
CONNMED

En Internet, encontramos hospitales, en diferentes partes del mundo, que ofrecen como un producto, dicho servicio, hay hospitales en España, Brasil pero, sobretodo, en Los Estados Unidos de Norteamérica, pero lo que a nosotros nos importa es lo que se esta realizando en México, para lo cual tuvimos que realizar una investigación de campo, visitando algunos hospitales de salubridad pública, como lo es el Instituto Mexicano del Seguro Social, Hospital de Gineco-Obstetricia N°3, Centro Médico "La Raza" Biología de la Reproducción, que son las Instituciones Públicas con la infraestructura para poder realizar estas técnicas. En el Centro Medico la Raza me atendió el jefe de Bio-Reproducción del área de ginecología, el Doctor; Juan Carlos Hinojosa, el cual me informó que a pesar de que allí contaban con la infraestructura para realizarlo, por políticas del hospital, y aunque ya se habian presentado protocolos y hay candidatas para realizarlo la Institución no lo ha aprobado, porque prefieren invertir dinero en el área de planificación familiar. En el lugar donde se han desarrollado estas técnicas es en el Instituto Nacional de Perinatología, donde hace varios años se realizo, y

posteriormente se suspendió por falta de éxito, pero hace un año otra vez se empezaron a desarrollar y llevar a cabo las técnicas de inseminación artificial, esto es por lo que hace a las instituciones de salud pública. Pero también hay hospitales privados que cuentan con la infraestructura y con los médicos especializados para realizar estas técnicas entre los cuales tenemos al Hospital los Ángeles de Interlomas, que cuenta con los Doctores; Kawli y Kashmer, y el Hospital Ángeles del Pedregal cuenta con el doctor Gutiérrez Najera, en el Hospital Español, donde cuentan con el doctor Sergio Téllez Velasco, esto por lo que hace a la Zona Metropolitana, pero fuera del Distrito Federal, encontramos también en Monterrey, que son los pioneros en el país en practicar estas técnicas, cuentan con los doctores; Carlos Félix y Manuel García; también hay en el Estado de Puebla, entre otros. Y, por lo tanto, lo mejor es realizar una reglamentación de dicha figura jurídica, porque es un hecho que se está presentando en la sociedad mexicana y debe ser regulada por el derecho, puede ser a través de contratos de maternidad subrogada, en los apartados posteriores, trataremos de encuadrar este tipo de contratos a través algunas figuras jurídicas que contempla nuestra legislación.

4.8.1 Consecuencias de la filiación en la maternidad subrogada

En relación con el Código Civil para el Distrito Federal, en el cual se establece que la filiación de los hijos se determina, por parte de la madre, por el solo hecho de dar a luz al niño, y por parte del padre, si nació dentro del matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio (con relación al artículo 324 de dicho ordenamiento), solo se acepta como prueba en contrario, la de haber sido imposible haber tenido contacto físico, y por lo tanto, haber tenido relaciones sexuales con su mujer, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, así como los que los avances científicos ofrecen. (en relación con el artículo 325 del mismo ordenamiento), hemos de aclarar en esta situación que se va plantear si la arrendadora del útero está o no casada. Si es afirmativo y si el óvulo y el esperma procede de la pareja que contrata dicho servicio, y el marido de la portadora del útero no impugna la paternidad, el hijo será matrimonial de la mujer portadora y de su marido. Aunque los padres legales en este caso no sean los padres genéticos del niño y en su caso, el padre pelea la paternidad del niño y, tal vez

la madre también lo haga pero para los efectos legales los padres son el marido y la mujer portadora del útero.

Si la madre sustituta no está casada y el espermia proviene de la pareja que solicita el servicio, el hijo será inscrito como no matrimonial de la arrendadora y del donante de espermia una vez que éste ha reconocido al hijo, ya sea en la partida de nacimiento, ante el juez del registro civil por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública por testamento por confesión judicial directa y expresa (esto con relación, al artículo 369 del mismo ordenamiento). En definitiva, la madre legal siempre será la que ha dado a luz, con independencia de que ella proporcione el óvulo o proceda de la madre deseosa o de otra donante; y la paternidad como dijimos podrá ser atribuida al marido de la mujer portadora si esta casada y no podrá impugnar el nacimiento del hijo de su mujer; cuando el dio su consentimiento expreso, para que se sometiera a estas técnicas de reproducción asistida (en relación con el artículo 326, párrafo segundo del mismo ordenamiento), y si el no dio su consentimiento expreso, podrá impugnar el nacimiento, será hijo extramarital, dándose la opción de que el padre que dono el semen lo reconozca basándose en los preceptos legales precitados. El autor Piga, en relación con esta problemática, plantea en el supuesto de que el semen sea de un donante ajeno a la pareja, ¿podría en este caso el dador del semen reclamar su paternidad? No lo podría hacer por el hecho de que el marido de la mujer que arrienda su útero lo consintiera legalmente se considera como su hijo, y éste no puede desconocerlo, además, normalmente, en la donación de semen se pide como prerrogativa el de guardar el secreto, por parte de las instituciones autorizadas para realizarlo.¹⁰³

En la forma en que esta regulada la filiación en nuestra ley en comento, se le quita a la mujer de la pareja deseosa la posibilidad legal de establecer una relación filial con el niño producto de un contrato de maternidad subrogada, se considera que la adopción es la única forma de asumir la maternidad, por la mujer de la pareja deseosa.

En el caso de que el hombre de la pareja deseosa fuera el padre biológico del niño, se podría solucionar el problema con la figura de la adopción, determinando, previamente, la paternidad con relación al niño encargado (Esto en relación con el artículo 353, Cuatre, del

¹⁰³ Herrera Campos, Ramón, *Op. cit.*, p. 77.

mismo ordenamiento multicitado). Una vez determinada la paternidad, su cónyuge podrá solicitar la adopción del hijo de su marido.

El hecho de determinar como madre a aquella persona que en el contrato estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no, podría ser una solución para determinar la filiación del niño.

4.8.2 ¿ El contrato como la base jurídica para determinar la maternidad auténtica?

Si se considera válido este tipo de contratos, se presentan la posibilidad de la existencia de un solo contrato, el de subrogación, donde la atribución de la maternidad y paternidad se determinará según lo estipulado por las partes contratantes (pareja que solicita el servicio de préstamo de útero, y madre sustituta o de subrogación). Es decir, la paternidad y maternidad se imputa a la pareja deseosa, de acuerdo al clausulado del contrato y la madre subrogada renuncia a sus derechos de filiación con el niño, en virtud de su renuncia expresa en el contrato. La determinación de la filiación matrimonial o no matrimonial, deberá funcionar en relación con la pareja que contrata los servicios de arrendamiento de útero, si está o no casada. Esto en relación con la voluntad procreacional, de la pareja deseosa, de constituirse en padres para todos los efectos legales con el niño, y con base a la renuncia voluntaria de la madre subrogada.

En el caso en que se determine la maternidad auténtica, con base al contenido de un contrato, hay algunos que se muestran partidarios del cumplimiento del contrato de sustitución, justifican la pérdida de los derechos maternos de la madre subrogada, en función del abandono que dicho comportamiento significa. Desde esta perspectiva, el abandono indica, generalmente, un propósito resuelto de renunciar a todos los derechos y deberes maternos para un hijo.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Gómez De la Torre Vargas, Maricruz, *Op. cit.*, p. 214.

El jurista Bellusco, admitía que “ el verdadero padre y la verdadera madre son quienes han proporcionado el espermatozoide fecundante o el óvulo fecundado, respectivamente”¹⁰⁵ El autor trata de justificar el hecho de que se establezca, la filiación auténtica con las persona que aportan su óvulo o esperma, para que una tercera persona lo lleve en su útero. Y esto se puede realizar a través de un contrato de maternidad subrogada.

En la exposición de motivos del Código Civil para el Estado de Tabasco (publicada en el Suplemento al número 5696 del Periódico Oficial de 9 de abril de 1997), dice sobre la determinación de la filiación a través de los contratos de maternidad subrogada lo siguiente: “10.3. El derecho no puede ser ajeno a los avances científicos, tan es así que el nuevo Código Civil los hace suyos, incorporando una serie de disposiciones que indubitablemente esperamos sean de gran utilidad para la ciudadanía. ... Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, *“ la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato. (Artículo 347).”*

En este ordenamiento jurídico en comento, es derecho positivo vigente en el Estado de Tabasco, nos da la posibilidad de establecer la maternidad auténtica o la filiación materna y paterna con base a un contrato de maternidad subrogada, contemplando de igual forma la renuncia que realiza la madre subrogada de sus derechos de filiación con el niño, de forma legal.

4.8.3 Como contrato de arrendamiento

Los contratos de maternidad subrogada, se les ha tratado de tipificar como contratos de arrendamiento y a veces nos dicen, que no es un arrendamiento de cosa, porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano (o parte de él) no es jurídicamente una cosa. Y al respecto, en la Comisión del Congreso de los Diputados, la parlamentaria Pelayo Duque,

¹⁰⁵ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Op.cit.*, p. 354.

citando a Jackes Robert, indicó que no se puede aceptar la maternidad de sustitución, porque “ni la mujer es una incubadora humana ni el niño es una mercadería”¹⁰⁶

Analizando la figura jurídica del arrendamiento, para encuadrarla en el contrato de maternidad subrogada, se presentan los siguientes bemoles: que en el arrendamiento, cuando las dos partes se obligan recíprocamente, la madre subrogada se obliga a conceder el uso o “goce” temporal (nueve meses) de una cosa, (el útero) y la otra, la pareja deseosa, a pagar por ese uso o “goce” un precio cierto. Nos encontramos, que la madre subrogada, no puede transferir físicamente su útero, a la pareja contratante, lo que pudiera transferir es el niño, una vez que ha dado a luz, pero el niño no es el objeto del contrato, además porque no lo puede ser, como tampoco se puede comercializar con ninguna parte del cuerpo, la temporalidad tenemos que la madre sustituta llevará en su vientre el niño, solo durante nueve meses, como si fuera incubadora, durante el proceso de gestación, la obligación de la pareja deseosa, de pagar como contraprestación, un precio cierto, este requisito es una limitante para que el contrato de maternidad subrogada sea un contrato de arrendamiento, porque no se puede comercializar con, el cuerpo humano ni con sus partes y como este es un contrato oneroso, no se puede realizar el contrato de maternidad subrogada como un contrato de arrendamiento.

4.8.4 Como contrato de comodato

En la figura jurídica del comodato, trataremos de encuadrar, el acuerdo de maternidad subrogada. El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes, (madre subrogada), denominado comodante, se obliga a conceder *gratuitamente* el uso de una cosa no fungible (“la matriz no es consumible”) y por el otro, (la pareja deseosa), denominada comodatario, contrae la obligación de restituir individualmente. (restituir el mismo útero). En el análisis de esta figura jurídica de comodato, tratando de tipificar a la maternidad subrogada, nos encontramos que en el hecho de obligarse a la madre subrogada a conceder su útero de forma gratuita, es decir altruista, no encontramos ninguna objeción, porque no esta comerciando, con esa parte del cuerpo, pero la pareja contratante, tienen la obligación de cubrir todos los gastos

¹⁰⁶ Robert, Jaques, La revolución biológica en genética face aux exigences du Droit, Actes Sud, Arles, 1985, citado por Pelayo Duque., Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los diputados, II Legislatura, Sesión N° 367, celebrada en Madrid, el 14 de noviembre de 1985, p. 11175.

que genere la concesión de la matriz, durante los nueve meses que dure el embarazo y también los gastos del alumbramiento, en la obligación de la pareja deseosa, de restituir individualmente la cosa no fungible, en este caso la matriz, no la puede restituir porque materialmente, no le fue entregada, y el hecho de devolverla en las mismas condiciones, pues no creo que se pueda por el desgaste natural, que tiene la matriz de una mujer, después del periodo de gestación, y por los cambios que se producen en su cuerpo. Aunque en la obligación de la pareja de devolverla cuando se la solicite el comodante, en este caso la madre subrogada, parece que esto es casi imposible, y se tendrá que establecer como plazo el día en que la madre sustituta de a luz.

Esta figura jurídica, de comodato, es de las que más se tipifica, para encuadrar y regular, al contrato de maternidad subrogada.

4.8.5 Como contrato individual de trabajo

En este caso, no excluimos la posibilidad de regular la maternidad subrogada, a través de la Ley Federal del Trabajo, y para ser más concretos, con un contrato individual de trabajo, que firme por una parte, la pareja deseosa, como patrón de la relación laboral, y por la otra la madre subrogada, que se constituye en trabajador, a cambio de una contraprestación denominada sueldo, este último estará bajo la dirección, subordinación y dependencia del patrón, es decir de la pareja contratante.

En este caso, la madre subrogada, denominada trabajador, tiene derecho a todas las prestaciones, que le atribuye, la Ley Federal de Trabajo, y que se adecuen a dicho trabajo, se le pagarán vacaciones, aguinaldo, prima dominical, horas extras, riesgo de trabajo, se le dará seguridad social por medio del Instituto Mexicano del Seguro Social, o a través de un hospital particular, se le inscribirá en el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), y el patrón dará las aportaciones para el sistema de ahorro para el retiro (SAT), y las demás que conforme a la ley tenga derecho, y el patrón en este caso la pareja deseosa, tendrá todas las obligaciones de un patrón, darlo de alta en el Seguro Social etcétera. En este caso el contrato a excepción podrá ser por tiempo determinado solo por el

tiempo que dura la gestación del niño, que son por lo general nueve meses. En la jornada de trabajo, en este caso no podemos encuadrarlo en ninguna de las tres; diurna, nocturna o mixta, porque su trabajo será cuidarse las 24 horas de cada día durante todo el tiempo que duré su embarazo, además podríamos decir que horas extras en estricto sentido, serían dieciséis horas al día, además rebasaría en un día las permitidas por la ley, en relación a esa cuestión se le daría una regulación especial, y sobre el pago podría ser, cada ocho días, cada quince días o mensual, depende como las partes convengan, una de las obligaciones de la madre subrogada sería checar el estado y evolución del bebé mensualmente, y el patrón, en este caso la pareja deseosa, debe de pagar todos los gastos y materiales que se requieran para el trabajo.

Por algunos, la maternidad subrogada ha sido rechazada, por ciertos sectores debido a que puede constituir una nueva forma de manipulaciones del cuerpo femenino, favorecida por la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo. Y una de las limitantes para no poder desempeñar este trabajo es que se considere ilícito, porque se pague una retribución por el trabajo prestado, pero si no se paga ese salario, nos fallará ese elemento para regularlo como contrato individual de trabajo, y por lo tanto para regularlo por la Ley Federal del Trabajo.

4.8.6 Como contrato de obra a precio alzado

Desde un punto de vista, se estima que la figura jurídica más a fin podría ser el contrato de obra, puesto que se promete un resultado, sin tomar en cuenta el trabajo que se requiere para obtenerlo. Haciendo abstracción de la consideración que merece el objeto del mismo, se ve un auténtico contrato de obra, en cuanto la mujer embarazada pone a disposición una cierta energía a favor de otros de cara a un determinado resultado.¹⁰⁷

Algunos autores, se inclinan por considerar a este tipo de contratos, como contratos de obra. Basan su afirmación en los contratos de maternidad subrogada de los Estados Unidos, donde los pagos a la madre subrogada se hacen mensualmente o trimestralmente para evitar la impresión de que la cantidad que se paga es por el recién nacido.

¹⁰⁷ Moro Almaraz, Jesús, Op., cit., p. 265.

Esta figura contractual, de contrato de obra, siendo aquel por virtud del cual una persona, denominada empresario, que se viene a constituir en la madre subrogada, se obliga a ejecutar una obra (la gestación y nacimiento del niño) en beneficio de otra llamada dueño o propietario, es decir de la pareja deseosa, quien a su vez se obliga a pagar por ella un precio cierto. De acuerdo al artículo, 2615, del Código Civil para el Distrito Federal, aún cuando los gastos deben correr por el empresario en este caso madre subrogada, podría modificarse y correr a cargo del dueño en este caso de la pareja deseosa, y lo normal es que se pague el trabajo al terminar la obra, pero se puede convenir que sea un precio total, pero que se realicen pagos adelantados cada dos o tres meses. El problema es que solo se pueden celebrar estos contratos sobre bienes muebles o inmuebles, y como en este caso la obra terminada sería dar a luz al niño, y su posterior entrega, tenemos una imposibilidad jurídica ya que las personas de pueden ser objeto de comercio.

4.8.7 Como contrato de prestación de servicios profesionales de forma gratuita.

Una de las figuras contractual más adecuada podría ser el contrato de prestación de servicios, puesto que la madre subrogada se compromete a la realización de un servicio, sin consideración al resultado que se consiga. En el contrato de subrogación, la mujer gestante se obliga a realizar un servicio sui generis ya que, más allá de la ejecución de un hacer, se compromete a entregar al niño.¹⁰⁸ En cuanto al contrato calificado como de servicios de incubación en úteros ajenos, hubo una aceptación más matizada. La opinión general es que tales servicios no eran materia susceptible de contratos de lucro.¹⁰⁹ Esta clasificación se establece, cuando existe prestación de óvulo y vientre.

Tenemos que es el contrato en virtud del cual una parte, madre subrogada, que de acuerdo a este contrato se le denomina con el nombre de profesor o profesionista, se obliga a realizar un trabajo (el proceso de incubación), que requiere preparación técnica, artística o en ocasiones título profesional (solo se necesita que su matriz este en condiciones), para llevarlo a cabo, a favor de otra persona, llamada cliente, en este caso la pareja deseosa, a cambio de una

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Vidal Martínez, Jaime. *Op. cit.*, p. 183.

remuneración que recibe el nombre de honorarios. El problema que aquí nos encontramos es la remuneración, si consideramos que se puede realizar este trabajo, debe ser solo de forma gratuita, y el cliente, aquí pareja deseosa deberá pagar solo los gastos que genere, el embarazo y como consecuencia, el nacimiento del niño.

4.8.8 Como contrato de depósito

En el contrato de maternidad subrogada, se podría pensar, que por alguna de sus características, es decir por depositar el embrión, o el espermatozoide en el útero de la mujer subrogada, su regulación se podría realizar a través de la figura jurídica del depósito. Tenemos que el depósito es un contrato por el cual el depositario, en este caso madre subrogada, se obliga hacia el depositante, es decir la pareja deseosa, a recibir una cosa (el embrión, o espermatozoide), mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante, es decir una vez pasado el periodo de gestación, y después de haber dado a luz.

En este contrato de depósito, tenemos que la madre subrogada se obliga a recibir el embrión, para gestarlo dentro de su útero durante los nueve meses de embarazo, hasta culminar con el parto. El problema aquí es que, el embrión o el espermatozoide, no los podemos colocar en ninguna de las dos clasificaciones que maneja el contrato, y que son objeto de depósito, ni como bienes muebles ni inmuebles, además el contrato es oneroso, es decir se debe cobrar por dicho servicio, salvo que en este caso para no comercializar con el cuerpo humano, se realice de forma gratuita, y que el depositante o pareja deseosa, solo cubra los gastos que se originen por la prestación del servicio de depósito de embriones o espermatozoides en úteros ajenos.

4.8.9 El cumplimiento en cuanto a la entrega del bebe en la maternidad subrogada

En la entrega del niño, como producto, del contrato de maternidad subrogada, tenemos dos supuestos, que el contrato de maternidad subrogada sea existente, o en el supuesto en que dicho contrato sea inválido, en el primero de los supuestos, tenemos que una de las

obligaciones derivadas de dicho acuerdo, es que una vez que la madre subrogada ha dado a luz, deba realizar la entrega del niño, y si el contrato es legalmente existente y ésta se niega, podemos demandar el cumplimiento del contrato en cuanto a la obligación de la entrega del niño. En el segundo de los supuestos, tenemos que la madre subrogada no tiene jurídicamente una obligación de entregar, al niño, porque el contrato es inexistente y, por lo tanto, no existe un acuerdo legal en el cual se le pueda exigir la entrega del niño, por lo tanto si ella se niega a entregarlo, no existe forma alguna de obligarla.

4.9 Propuesta de reglamentación de la maternidad subrogada

En el Código Civil para el Distrito Federal se debe de regular la figura jurídica de la maternidad subrogada, y su regulación se debe de realizar en el Título séptimo, de la Filiación; en particular, dentro de las disposiciones generales, en el artículo 324, se le debería adicionar una tercera fracción y quedaría así:

“Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges salvo prueba en contrario:

- I. Los nacidos dentro del matrimonio:
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provengan ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o de nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”
- III. **Los que nazcan, como consecuencia de las técnicas de reproducción humana artificial, homologa o heteróloga, o in vitro, en el útero de madre sustituta, se presumirá para todos los efectos legales como hijo de la pareja contratante.**

En el artículo 326, se deberá anexar un párrafo tercero, que quedaría de la siguiente manera:

“Artículo 326. El Cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el

nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

De ninguna manera, podrá la madre subrogada, impugnar la paternidad o la maternidad, que le corresponde a la pareja contratante, ni en el caso, de que esta primera, hubiera aportado su óvulo, ni cuando solo se le hubiera transferido el embrión, cuando previamente se firmo un contrato de maternidad subrogada.

En el artículo 329, se debería hacer un párrafo segundo y quedar de la siguiente manera:

“ Artículo 329. las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

Tampoco, cuando el varón de la pareja y su mujer, contrataron los servicios de una madre sustituta, para que ésta gestare al niño, y éste naciera después de la fecha prescrita, el niño será hijo del varón y de la mujer contratante, y el niño tendrá todos los derechos que tiene un hijo de matrimonio con relación a la pareja contratante.

En relación al contrato que deberá de regular a este tipo de contratos, la verdad es que ninguno de los que expresamente regula el Código Civil para el Distrito Federal, encuadra perfectamente con las características de la maternidad subrogada, más bien sería un contrato innominado, de los que toman características de varios contratos.

CONCLUSIONES

Primera- Las técnicas de inseminación artificial se desarrollaron primero en las plantas y animales, antes de ser aplicadas en los seres humanos.

Segunda- El desarrollo de la ciencia permitió a los médicos ir evolucionando y perfeccionando las técnicas de inseminación asistida.

Tercera- Las primeras inseminaciones artificiales, que se practicaron, fueron por lo general con semen del mismo marido, es decir inseminaciones homólogas, aunque las realizadas con esperma de un donante, no fueron bien vistas por la religión y por muchos países, pero los anglosajones, hicieron caso omiso, y fueron de los primeros que comenzaron a realizar inseminaciones homólogas.

Cuarta- En el siglo XX no se toma en cuenta la postura de la iglesia, con respecto a estas técnicas de inseminación artificial, y es cuando más avances se obtienen más avances en la aplicación de estas técnicas. Los avances que mayor trascendencia tuvieron, para el desarrollo de estas técnicas son; el de 1932 de Ogino y Knauss sobre los ciclos de menstruación y el de 1945 de Jean Rostan, sobre la congelación de semen.

Quinta- Los primeros bancos de esperma los encontramos en los Estados Unidos y en Japón y, posteriormente, en Francia y después en los demás países del mundo.

Sexta- Los médicos han concluido que el esperma fresco no es idóneo para realizar las técnicas de inseminación artificial, es mejor realizarlo con semen criopreservado.

Séptima- Los primeros que la historia ha registrado en obtener un nacimiento derivado de esta técnica son los dos ingleses, Steptoe y Edwards, y se dio el 25 de julio de 1978, con el nacimiento de la niña llamada Louis Brown.

Octava- El desarrollo de las técnicas de inseminación artificial, y en concreto la inseminación in vitro, fue lo que permitió que se diera la maternidad subrogada.

Novena- Las técnicas de inseminación artificial vienen a constituir la solución a los problemas de infertilidad que presentan las parejas deseadas de tener descendencia.

Décima- La inseminación post mortem a mujeres viudas no debería de ser aceptada porque si bien es cierto que hay niños huérfanos, que se encuentran en desventaja con los niños que cuentan con su padre, en este caso el niño concebido de esta manera, se le estaría condenando a ser huérfano desde antes de su nacimiento.

Décimaprimeras- No se debe confundir el consentimiento, que se da en un contrato como un elemento de existencia, con la voluntad procreacional, es decir la decisión exteriorizada del varón para que su mujer se someta a las técnicas de inseminación artificial, que es el elemento para que no pueda desconocer la paternidad de niño derivado de esta técnica.

Décimasegunda-El hecho de que la mujer del varón, se insemine sin la voluntad procreacional del marido, podría ser considerada por algunos como una causal de divorcio (adulterio), y con más razón cuando se hace con semen de un tercero donante.

Décimatercera- La participación de un tercero, donante de sus células reproductoras, se debe realizar solo en el caso en que la mujer o el varón se vean imposibilitados para que ellos los aporten, y no debe admitirse en ningún otro caso.

Décimacuarta- La donación de óvulos, espermias o embriones, en nuestro marco jurídico, solo puede realizarse de forma gratuita.

Décimaquinta- En la donación de espermias, de óvulos o de embriones, debe mantenerse el anonimato del donante.

Décimasexta- El primer país de mundo en regular la maternidad subrogada fue Suecia, con la imposición de un requisito: que se realizara gratuitamente.

Décimaséptima- En Suecia, para darle eficacia jurídica a la maternidad subrogada, se auxilian de la figura jurídica de la adopción.

Décimaoctava- En Francia, a pesar de la prohibición de llevar acabo los contratos de maternidad subrogada, vemos como ya en la práctica, las personas si las llevan acabo y hasta los tribunales han tenido que darle certeza jurídica ha algunos casos que se le han presentado.

Décimanovena- En algunas legislaciones, como la española, la prohibición para realizar la maternidad subrogada, se ha llegado incluso a tipificar como un delito, para que la prohibición tenga eficacia.

Vigésima- La legislación alemana prohíbe y castiga a las personas que participan en los contratos de maternidad subrogada, solo excluyen a la madre subrogada.

Vigésimaprimer- En la legislación Italiana, la forma en que convalidan la maternidad subrogada al igual que Suecia, es a través de la figura de la adopción.

Vigésimasegunda- Nuestra carta magna consagra como una garantía individual, el derecho a la vida a la salud, y se establece la obligación que corre a cargo del Estado para proteger y conservar esos derechos.

Vigésimatercera- Las técnicas de inseminación artificial se han reconocido en la ultima generación de derechos, como un derecho inherente al ser humano.

Vigésimacuarta- Las leyes que son el fundamento y el marco jurídico de las técnicas de inseminación artificial en México son las siguientes: el artículo 4º, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del cual se desprende su Ley reglamentaria, que es la Ley General de Salud y sus reglamentos.

Vigésimaquinta- El Reglamento la Ley General de Salud en Materia de la Investigación para la Salud señala la posibilidad de aplicar las técnicas de fecundación asistida, pero solo para resolver problemas de esterilidad, que de otra forma no se pueden solucionar.

Vigésimasexta- Para que una pareja se pueda someter a las técnicas de inseminación artificial es necesario que manifieste su voluntad, que de su consentimiento de forma informada, es decir una vez que conoce los riesgos que corre al someterse a dicho procedimiento.

Vigésimaséptima- El objeto materia el contrato de maternidad subrogada, en definitiva, no puede ser ni deber ser, ni el útero y menos el niño, porque por disposición legal y por su propia naturaleza están fuera del comercio.

Vigésimo octava- El nuevo Código Civil, para el Estado de Tabasco, regula la figura jurídica de la maternidad subrogada y las técnicas de inseminación artificial, además establece que el marido de la mujer, no puede desconocer al niño, cuando él dio su consentimiento para que se realizare.

Vigésimanovena- El Código Civil de Tabasco da la posibilidad de hacer el reconocimiento de un hijo antes de nacer, derivado de las técnica de inseminación artificial, es decir aún, antes de ser implantado en el útero de la mujer, o cuando está en la matriz de la madre subrogada.

Trigésima- Una de las alternativas, para dar solución a la maternidad subrogada, sería que la filiación de la madre y el padre, se pudiera establecer a través de un convenio de maternidad subrogada, aunque una tercera persona llevará en su vientre al producto.

Trigésimaprimer- Por las características de la maternidad subrogada, y por su naturaleza, es imposible equiparlo en alguno de los contratos que regula expresamente el Código Civil para el Distrito Federal, por lo que su regulación tendría que ser a través de un contrato innominado.

Trigésimasegunda- Se propone adicionar un párrafo a los artículos 326 y 329 y una fracción al artículo 324 en el título séptimo de filiación del Código Civil para el Distrito Federal, en los que se precise que los que nazcan como consecuencia de las técnicas de inseminación artificial homóloga o heteróloga en el útero de madre sustituta, se presumirá como hijo de madre y padre contratante y, que una vez firmado el contrato de maternidad subrogada, la madre sustituta no podrá impugnar la maternidad o paternidad que se establece a favor de la pareja contratante y el varón y la mujer de la pareja que contratan el servicio de maternidad subrogada, cuando el bebé nazca tendrá todos los derechos de un hijo con relación a la pareja contratante.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aramburu Sierra, Fermín, Propuesta de ley para regular la procreación asistida, México, Ed. ITAM. 1992, 108. p.
2. Barreda Saldaña, Hugo, Genética en reserva: manipulación in vitro de genes eucarióticos para conocer los mecanismos que regulan su expresión, México, Ed. Universidad Autónoma de Nuevo León Facultad de Medicina., 1989. 56. p.
3. Burgoa, Ignacio, Las garantías individuales, México, Ed. Porrúa, 1997, (29ª ed.), 810. p.
4. Bustos Pueche, José Enrique, El derecho civil ante el reto de la nueva genética, España, Ed. dikinson, S.L., 1996, 236. p.
5. De la Cuesta Aguado, Paz, La reproducción Asistida humana sin consentimiento: aspectos penales (análisis del tipo objetivo del artículo 152 del código penal), España, Ed. Tirant lo Blanch, 1999. 150. p.
6. Escárcega Peraza, Florencio, La matriz de cristal, México, Ed. Mundiales, 1980, 158. p.
7. Gómez De la torre, Vargas Maricruz, La fecundación in vitro y la filiación, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1993, 291. p.
8. Hafez, E.S.E., Reproducción e inseminación artificial en animales, México, Ed. Interamericana, 1984, 559. p.
9. Heelein, Susanne, Contribución al estudio de la inseminación artificial con esperma del cónyuge, México, Ed. UNAM Coordinación de Humanidades, 1991, 148. p.
10. Herrera Campos, Ramón, La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española, España, Ed. Universidad de Granada, 1991, 216. p.
11. Hurtado Oliver, Xavier, El derecho a la vida y a la muerte, México. Ed. Porrúa, 1999, 219. p.
12. Iglesias, M., Aborto, eutanasia y fecundación artificial, México, Ed. Helios, 1955, 158. p.
13. Iglesias Prada, Juan Luis, La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano, España, Ed. Civitas, S.A., 1995, 173. p.

14. Leslie McCary, James, Sexualidad humana de MacCary, México, Ed. El manual moderno, S.A. de C.V. 1990, (4ª ed.), 393. p.
15. López Ibor, J., Fecundación y esterilidad, México, Ed. Universo México, 1993, 124. p.
16. Loyarta, Dolores, Procreación humana artificial: un desafío bioético, Argentina, Editorial. Depalma, 1995, (2ª ed.), 528. p.
17. Mailliet, Marc, De los bebés de probeta a la biología del futuro, tr. Sergio Madero Baéz, México, Ed. Ediciones P.L.M., S.A. 1991, 124. p.
18. Maris Martinez, Stella, Manipulación genética y derecho penal, Argentina, Ed. Universidad, 1994. 265. p.
19. Monroy, Alberto, Química y fisiología de la fertilización, tr. Miguel Lennhoff B., México, Ed. El manual moderno, S.A. 1969, 169. p.
20. Moro Almaraz, María Jesús, Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro, España, Ed. Bosch, 1988, 417. p.
21. Peña Bernardo De quiros, Manuel, Derecho de familia, España, Ed. Universidad de Madrid, 1989 (3ª ed.), 613. p.
22. Perezcano Díaz, Hugo Manuel, La filiación ante la fecundación asistida, México, Ed. ITAM, 1992. 197. p.
23. Salazar Licea, Miguel, Breve manual objetivo de inseminación artificial, México, Ed. Aldape, 1976, 64. p.
24. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Argentina, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo De palma, 1990, 573. p.
25. Treviño García, Ricardo, Los contratos civiles y sus generalidades, México, Ed. McGraw-Hill, 1998, (5ª ed.), p. 778.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Civil para el Distrito Federal.
3. Código Civil para el Estado de Tabasco.
4. Ley Federal del Trabajo.
5. Ley General de Salud.
6. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
7. Reglamento de la Ley General de la Salud en Materia de Investigación para la Salud.